



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE “CESARE BECCARIA”

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE “CESARE BECCARIA”
CURRICULUM DI DIRITTO PENALE E PROCESSUALE PENALE – XXXIV CICLO

Tesi di Dottorato di ricerca

DIRITTO PENALE (IUS/17)

NON SOLO AUTODETERMINAZIONE.
DECISORI E CRITERI NELLE SCELTE DI FINE VITA

ANALISI DELLA DISCIPLINA VIGENTE DA UNA PROSPETTIVA PENALISTICA

Coordinatore: prof. Claudio Luzzati

Tutor: prof. Gian Luigi Gatta

Francesco Lazzeri

R12218

Anno accademico 2020/2021

*Uno speciale ringraziamento al Prof. Gian Luigi Gatta
per i consigli, le opportunità e la fiducia
che mi ha dato e continua a darmi
fin dal primo giorno del percorso di dottorato*

*Ringrazio la Fondazione F.lli Confalonieri
della cui borsa di studio ho beneficiato durante il dottorato
e nelle attività di ricerca alla base di questa tesi*

INDICE

Introduzione. Ragioni, metodo e struttura del lavoro.....	13
--	-----------

CAPITOLO I

MORTE VOLONTARIA: IL RIFIUTO DI CURE SALVAVITA E IL MASSIMO RILIEVO DELL'AUTODETERMINAZIONE

1. La legge n. 219 del 2017: un modello di regolazione organica del diritto di lasciarsi morire e un testo normativo centrale per la disciplina (presente e futura) della materia del fine vita.....	22
2. Il rifiuto di cure: fisionomia, esercizio e tutela di un diritto fondamentale.....	23
2.1. La portata del diritto.	24
2.1.1. I contenuti del diritto di rifiutare le cure.	24
2.1.2. Dal diritto di rifiutare le cure al diritto di lasciarsi morire.	28
2.2. La tutela dell'effettività del diritto.	30
2.2.1. Disciplina e garanzie per la corretta formazione e manifestazione della volontà del paziente.	31
2.2.1.1. I requisiti soggettivi.....	31
2.2.1.2. La procedura medicalizzata per l'acquisizione della volontà.....	33
2.2.1.3. Il rapporto medico-paziente.	35
2.2.2. La vincolatività per il medico del rifiuto di cure.....	38
2.2.2.1. Possibili eccezioni.	40
2.2.2.2. (segue) È configurabile una obiezione di coscienza?	42

2.2.3. Gli obblighi accessori del medico.	45
2.2.4. Terapia del dolore e cure palliative.	46
2.3. La proiezione temporale del diritto: le disposizioni anticipate di trattamento (d.a.t.).	50
2.3.1. Limiti o garanzie dell'autodeterminazione? I requisiti di validità tra oneri formali e procedurali.....	53
2.3.2. Limiti o garanzie dell'autodeterminazione? Le ipotesi di non vincolatività.	56
2.3.2.1. In particolare, le "concrete possibilità di miglioramento" sopravvenute.....	59
2.3.3. I rapporti tra i soggetti coinvolti nell'attuazione delle d.a.t. In particolare, il ruolo del fiduciario.....	64
2.4. L'esercizio del diritto mediante soggetti terzi: cenni e rinvio.....	67
3. Il rilievo penalistico del diritto di rifiutare le cure salvavita.....	69
3.1. L'esonero da responsabilità penale per il medico che tiene una condotta conforme alla volontà del paziente.....	69
3.1.1. Le diverse tesi sulla natura giuridica dell'esonero da responsabilità.	70
3.1.2. Conseguenze applicative.	75
3.1.3. L'esonero da responsabilità per reati diversi dall'omicidio.....	77
3.2. Profili di responsabilità per il medico che tiene una condotta non conforme alla volontà del paziente.	79
3.2.1. Un'analisi casistica, alla luce dei principi in materia di trattamento medico arbitrario.....	80
3.2.1.1. Il delitto di violenza privata.....	81
3.2.1.2. Il delitto di lesioni personali.	85
3.2.2. Ulteriori profili di responsabilità: il rifiuto di atti d'ufficio.	88
3.2.3. Se e come punire l'inerzia del medico: una valutazione complessiva	90
3.3. Profili di responsabilità dei soggetti diversi dal medico.....	92

4. Conclusioni. Il rifiuto di cure e l'autodeterminazione "presa sul serio".....	97
---	-----------

CAPITOLO II

MORTE VOLONTARIA: L'AIUTO A MORIRE E I LIMITI ALLA LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE

1. Le fattispecie rilevanti, tra fenomenologia concreta, qualificazione penalistica e scelte terminologiche.	104
2. Alla ricerca del fondamento dell'incriminazione delle condotte di cooperazione dei terzi.....	109
2.1. Il paradigma indisponibilista alla base dell'impianto originario del codice penale: illiceità del suicidio e suoi corollari.	110
2.2. L'evoluzione della riflessione sulla natura giuridica del suicidio.....	115
2.3. (segue) I termini del dibattito attuale: suicidio come libertà di fatto o come diritto di libertà?	118
2.3.1. Gli argomenti a sostegno della tesi prevalente: il suicidio come libertà di fatto.	118
2.3.2. Obiezioni alla tesi prevalente. Il suicidio come diritto di libertà.....	120
2.4. La ratio delle fattispecie incriminatrici dell'aiuto a morire nell'attuale quadro ordinamentale.	128
2.4.1. Le pronunce della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p.	130
2.4.1.1. Tutela della vita o dell'autodeterminazione? Le due letture possibili.	132
2.4.1.2. Un tentativo di sintesi.....	135
3. L'affermazione di un modello disponibilista temperato: il bilanciamento tra tutela della vita e istanze di autodeterminazione alla base della non punibilità dell'aiuto al suicidio.....	138

3.1. Le condizioni per la liceità dell'aiuto al suicidio come limiti alla libertà di autodeterminazione.....	141
3.1.1. La condizione di cui alla lett. d): la volontà dell'interessato.	142
3.1.1.1. Requisiti sostanziali e procedurali come forme di garanzia dell'autodeterminazione.....	142
3.1.1.2. Il problema dell'accertamento di un volere autentico e la tesi che ne subordina la fattibilità alle condizioni soggettive del paziente.	148
3.1.1.3. Considerazioni critiche. L'opportunità di tenere distinti il piano soggettivo e quello oggettivo.....	150
3.1.1.4. La rilevanza di uno <i>standard</i> di validità del volere di carattere normativo e procedurale, indipendente dalle condizioni di salute del paziente.	157
3.1.2. La condizione di cui alla lett. c): la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.	160
3.1.2.1. Profili di irragionevolezza.....	162
3.1.2.2. Possibili letture correttive, tra interpretazione estensiva e analogia, e loro limiti.	166
3.1.2.3. La necessità di un trattamento in atto come ineliminabile vizio di fondo.....	170
3.1.3. Le condizioni di cui alle lett. a) e b).....	173
3.1.3.1. L'irreversibilità della patologia (lett. a): rapporti con la lett. c) e possibili configurazioni alternative.	174
3.1.3.2. L'intollerabilità delle sofferenze (lett. b): tra dimensione oggettiva e soggettiva.....	179
3.2. Quale giustificazione per gli attuali limiti di liceità dell'aiuto al suicidio?..	182
3.2.1. Le differenze rispetto agli spazi di libertà riconosciuti nelle fattispecie regolate dalla l. 219/2017.....	183
3.2.2. I modelli di giustificazione fondati sulla fisionomia del diritto fatto valere dall'interessato.....	185
3.2.2.1. La richiesta di aiuto a morire come esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica. Critiche.....	185

3.2.2.2. La richiesta di aiuto a morire come esercizio del diritto a non soffrire. Critiche.	187
3.2.2.3. L'inadeguatezza del riferimento alla posizione soggettiva dell'interessato per spiegare tutti gli attuali limiti attuali di liceità dell'aiuto al suicidio.	191
3.2.3. Il modello di giustificazione fondato sulle esigenze di tutela del bene vita.	194
3.2.3.1. La complessa definizione di una soglia minima di tutela penale della vita: il nodo dell'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.	196
3.2.3.3. La peculiarità del bilanciamento raggiunto dalla l. 219/2017 per il rifiuto di cure.	200
3.2.3.4. Le indicazioni insufficienti offerte dalle decisioni della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p.	201
3.2.3.5. I principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.	204
3.2.3.6. La normativa di risulta a seguito del referendum come banco di prova del concreto assetto di disciplina richiesto per soddisfare lo standard minimo di tutela della vita.	206
3.2.3.7. La sentenza della Corte costituzionale sull'ammissibilità del referendum.	212
3.2.3.8. (segue) Le persistenti ambiguità sui confini del bilanciamento tra vita e autodeterminazione nelle ipotesi di aiuto a morire.	215
4. Le resistenze all'adozione di un modello disponibilista puro per l'aiuto a morire e le ragioni di un trattamento differenziato rispetto al rifiuto di cure.	219
4.1. Il contesto eutanasi e il paradigma della sofferenza.	223
4.2. Il criterio causale e la distinzione tra "uccidere" e "lasciar morire"	228
4.2.1. I diversi profili di rilevanza della dinamica causale nella disciplina delle scelte in materia di fine vita.	228
4.2.2. La tendenza alla dequotazione del criterio causale nella disciplina del	

fine vita.....	232
4.2.3. Aiuto a morire e interruzione dei trattamenti: una distinzione non riconducibile all'alternativa tra <i>killing</i> e <i>letting die</i>	234
4.3. La scarsità di risorse come fondamento dei diversi limiti alle istanze di autodeterminazione? Prospettive ricostruttive e criticità.....	237

CAPITOLO III

MORTE "NON VOLONTARIA":

I CRITERI ALTERNATIVI ALL'AUTODETERMINAZIONE

1. Morte in assenza di volontà o contro la volontà dell'interessato: un insieme eterogeneo di fattispecie.....	244
2. Una figura trasversale: il divieto di accanimento terapeutico.	247
2.1. La dimensione normativa del divieto e le incertezze circa i suoi presupposti applicativi.	248
2.2. La giustificazione dell'interruzione di trattamenti potenzialmente salvavita: il giudizio di beneficalità secondo criteri oggettivi.	250
2.3. (segue) Gli altri criteri e interessi rilevanti per la portata del divieto.	254
2.3.1. Il criterio causale.	255
2.3.2. L'interesse a un utilizzo efficiente delle risorse sanitarie.	256
2.4. L'incidenza della volontà del paziente sull'operatività del divieto: il giudizio di beneficalità secondo un criterio soggettivo.	259
2.4.1. Il nucleo duro oggettivo del divieto.....	262
2.5. L'inquadramento penalistico del divieto di accanimento terapeutico, tra obblighi di garanzia e regole cautelari.	265
3. La mancanza di una volontà attuale o anticipata del paziente incapace: la rappresentanza nelle scelte di fine vita.	268
3.1. L'attribuzione della facoltà di decidere a un soggetto diverso	

dall'interessato: negazione o tutela dei diritti del paziente?.....	270
3.2. I criteri normativi per le scelte di fine vita riguardanti l'incapace.....	272
3.3.1. Quale spazio per il criterio della "volontà ricostruita" o "presunta"?..	274
3.3.1.1. L'interpretazione in chiave soggettiva dei criteri previsti dalla l. 219/2017.....	276
3.3.1.2. (segue) Le criticità di un richiamo integrale ai principi enunciati dalla Cassazione nella sentenza sul caso Englaro: in particolare, il presupposto della irreversibilità dello stato di incoscienza.	280
3.3.2. I criteri di scelta quando non è possibile ricostruire alcuna volontà ipotetica (ad esempio, in caso di paziente neonato).	285
3.3.2.1. La soluzione giurisprudenziale: il rinvio al divieto di accanimento terapeutico.	287
3.3.2.2. L'interpretazione in chiave oggettiva dei criteri previsti dalla l. 219/2017.....	289
3.3.2.3. (segue) <i>Best interest</i> oggettivo e criteri non clinici: una prospettiva problematica.	292
3.3.2.4. Rigetto del criterio del "mantenimento artificiale della vita" come autonomo presupposto per l'interruzione dei trattamenti.....	296
4. L'irrilevanza della volontà del paziente: le "scelte tragiche" del medico e i conflitti di doveri.	300
4.1. Le scelte tragiche: una casistica.....	301
4.1.1. Le scelte tragiche in ambito medico. In particolare, le situazioni di <i>triage</i> (<i>ex ante</i> ed <i>ex post</i>).....	303
4.1.2. (segue) La competizione per la sopravvivenza, oltre la scarsità di risorse: i casi delle gemelle siamesi.	305
4.1.3. Una tragicità ineliminabile.	306
4.2. Inquadramento penalistico. Il richiamo allo stato di necessità e sua inadeguatezza.	308
4.3. Le scelte tragiche del medico come ipotesi di conflitto di doveri.	311
4.3.1. Nozioni generali.....	311

4.3.2. Tipologie di conflitti.	313
4.4. La disciplina delle diverse tipologie di conflitti.	315
4.4.1. Conflitti tra obblighi di soccorso: la tendenziale equivalenza tra doveri e la logica della giustificazione.	315
4.4.2. Conflitti tra divieto di agire e obbligo di soccorso.	316
4.4.2.1. La tradizionale prevalenza del divieto di agire sull'obbligo di soccorso.	316
4.4.2.2. Le possibili ragioni giustificatrici.	318
4.4.2.3. (segue) La tesi che ritiene la pretesa correlata all'obbligo di agire sempre subordinata alla disponibilità delle risorse necessarie.	319
4.4.2.4. Il principale corollario della tesi tradizionale: la necessità di fondare l'esonero da responsabilità sulla logica della "scusa". Inconvenienti pratici.	321
4.4.3. Argomenti contro un trattamento differenziato delle due tipologie di conflitti e a favore di un unico modello di disciplina con efficacia giustificante.	324
4.4.3.1. I profili di irragionevolezza della tesi tradizionale.	325
4.4.3.2. (segue) Critica alla tesi che fa leva sul criterio della "disponibilità di risorse".	326
4.4.3.3. La soluzione fondata sulla natura omissiva della condotta di interruzione dei trattamenti. Limiti.	328
4.4.3.4. La soluzione fondata sull'individuazione di elementi sostanziali comuni a entrambe le situazioni di conflitto.	329
4.5. I criteri per la risoluzione dei conflitti di doveri.	331
4.5.1. I criteri di scelta come indici di prevalenza di un dovere sull'altro e parametro di liceità della condotta.	331
4.5.2. Alcuni fattori in grado di escludere in radice un conflitto: urgenza, autodeterminazione e accanimento terapeutico.	333
4.5.3. La tesi dell'equivalenza tra le scelte: il rifiuto di criteri di preferenza in nome della "incalcolabilità" della vita umana.	337
4.5.4. L'ordine cronologico: un criterio recessivo.	338

4.5.5. I criteri c.d. clinici.....	341
4.5.5.1. Considerazioni generali tra riferimenti bioetici e indicazioni della comunità scientifica.....	341
4.5.5.2. L'età anagrafica: inaccettabili distorsioni e ragionevoli applicazioni.	344
4.5.5.3. Gli anni di vita salvati: un criterio dalla <i>ratio</i> incerta con un ruolo sussidiario.....	346
4.5.5.4. Le probabilità di sopravvivenza. Alcuni spunti problematici in ottica utilitaristica.....	348
4.5.5.5. Il problema degli effetti discriminatori derivanti dall'applicazione di criteri clinici apparentemente neutrali.	352
Conclusioni.....	357
Bibliografia.....	363

INTRODUZIONE. RAGIONI, METODO E STRUTTURA DEL LAVORO

Assai varie, e molte già esplorate, sono le linee di indagine per approfondire il tema delle scelte di fine vita – ossia delle decisioni e delle condotte conseguenti con cui un soggetto pone fine all'esistenza propria o altrui, in un contesto tipicamente (ma non necessariamente) medico-sanitario.

La prospettiva che si è inteso seguire in questo lavoro si concentra sui soggetti abilitati a prendere le decisioni di fine vita e sulle condizioni, di stampo oggettivo o soggettivo, in presenza delle quali l'ordinamento riconosce la liceità di tali scelte. La ricerca, nelle sue varie parti, è articolata in più fasi: muove dalla mappatura dei presupposti e dei limiti di liceità delle diverse tipologie di scelte, come ricavabili alla disciplina positiva vigente, specie ma non solo di matrice penalistica; procede quindi ad affrontare le principali questioni interpretative attinenti alla loro portata applicativa; infine tenta di individuare le possibili ragioni giustificatrici alla base della loro previsione. L'obiettivo ultimo è quello di verificare l'esistenza di fattori costanti o ricorrenti, che possano rivelarsi utili per orientare futuri interventi di regolamentazione della materia o per valutarne coerenza e legittimità in rapporto ai principi filosofici e giuridici di volta in volta presi a riferimento.

Riteniamo quindi che, per condurre questa analisi, non sia necessario prendere posizione rispetto all'annosa alternativa tra paternalismo e antipaternalismo in materia di fine vita: posta la preferenza personale di chi scrive per la seconda impostazione, lo scopo del lavoro ha natura prima di tutto diagnostica e ricostruttiva, in quanto volto a mettere in luce le plausibili spiegazioni dell'assetto normativo attuale, se del caso segnalandone il rapporto – di armonia o di dissonanza – rispetto a una determinata impostazione filosofica o bioetica.

L'assunto di fondo che qui diamo per acquisito (ancorché, come noto, non pacifico) è che il principio di autodeterminazione tenda a occupare una posizione di preminenza assiologica e giuridica anche nella decisione della persona su quando e come porre termine alla propria vita. In effetti, in questa come in altre materie, l'autodeterminazione conosce oggi una innegabile fase

espansiva, che riteniamo sia da accogliere favorevolmente, alla luce dei riferimenti costituzionali e convenzionali.

Ciò – crediamo – non può che riflettersi sull’atteggiamento dell’interprete, che non dovrebbe più essere gravato dal compito di difendere sul piano filosofico¹ o di rinvenire un fondamento normativo per l’aspirazione della persona a esercitare sovranità su sé stessa, anche nel momento della morte; oggi, semmai, alla luce della tendenza accennata, il giurista è chiamato ad assumere un angolo visuale opposto, interrogandosi sui valori e sugli interessi che possono giustificare limiti alla – altrimenti naturale – dilatazione degli spazi di esercizio dell’autodeterminazione.

Fedeli a questa impostazione, l’ispirazione di questo lavoro nasce dal rilievo per cui, nonostante le sempre maggiori aperture dell’ordinamento al principio di autodeterminazione, il richiamo ad esso non è sufficiente né per inquadrare a livello teorico né per risolvere a livello pratico tutte le questioni problematiche che possono sorgere di fronte alle scelte di fine vita.

In una recente opera, all’esito di un ponderoso lavoro di ricostruzione, il filosofo Giovanni Fornero ha riletto l’evoluzione della disciplina in materia alla luce della dicotomia tra i paradigmi di indisponibilità e di disponibilità della vita, descrivendo e propugnando l’affermazione del secondo a scapito del primo, sia in ambito bioetico che giuridico-penalistico, con l’obiettivo finale di dimostrare la non incompatibilità con i principi costituzionali di un “diritto a morire” di ampia portata (capace di giustificare condotte che vanno dal suicidio all’eutanasia attiva)².

Si tratta di una prospettiva di sicuro interesse, che offre un quadro esaustivo e convincente delle principali spinte propulsive – di ordine filosofico e culturale, prima che giuridico – che rendono sempre più cogente il riconoscimento di un ruolo centrale alla libertà della persona di decidere «circa

¹ Da ultimo, per un’apologia filosofica della libertà della persona di decidere sulla propria vita e, quindi, sulla propria morte – «un problema che non dovrebbe esistere» –, si veda l’efficace *pamphlet* di FLORES D’ARCAIS P., *Questione di vita e di morte*, Einaudi, 2019.

² FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell’eutanasia attiva*, UTET, 2020. Il volume, presto diventato punto di riferimento nella riflessione attuale sulle questioni di fine vita, è stato oggetto di un dibattito a più voci sul numero 140 della Rivista *Notizie di Politeia*, con gli interventi di un penalista (Giovanni Fiandaca), di una costituzionalista (Chiara Tripodina) e di una filosofa del diritto bioeticista (Patrizia Borsellino) e con le repliche dell’Autore.

l'essere o non essere della vita umana»³.

Tuttavia, ci è sembrato che un simile metodo di analisi non fosse appagante rispetto alla finalità di fornire una spiegazione completa dell'articolazione della disciplina vigente in materia di fine vita e delle sue possibili configurazioni alternative.

Anzitutto, lo stesso Fornero, pur assumendo le vesti di un fautore del modello disponibilista, riconosce la possibilità – e forse l'opportunità – che la libertà della persona di ottenere la morte ad opera di terzi sia subordinata a «limiti», «condizioni» e «procedure»⁴. Eppure la natura mutualmente escludente dei concetti di indisponibilità e disponibilità, il loro «antagonismo essenziale»⁵, predicato da Fornero per primo, non ammetterebbe una simile soluzione di compromesso: perché mai, dopo aver contrastato gli argomenti indisponibilisti, si dovrebbe accettare che al ricorrere di determinate circostanze la vita torni a essere ritenuta non liberamente disponibile dal suo titolare? Vero è che vincoli e limiti all'autodeterminazione in materia sono in effetti presenti nell'ordinamento, sicché oggi anche chi – come la maggior parte degli interpreti – ritiene superato il dogma tradizionale dell'indisponibilità della vita si esprime nei termini di una disponibilità “condizionata” o “parziale”. Si tratta quindi, al di là delle enunciazioni di principio, di portare alla luce quei limiti nella loro portata concreta e di rintracciarne una giustificazione razionale; ciò nella consapevolezza che l'origine e la funzione dei diversi limiti possono condizionare il problema di fondo, ossia la sostanziale «spettanza delle scelte»⁶ – se a colui a cui la vita appartiene oppure a un terzo.

Su altro versante, la disponibilità della propria vita dovrebbe portare con sé (come sottolinea anche Fornero) il corollario della indisponibilità della vita

³ Cfr. FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 12 per la definizione teorica della coppia di opposti che dà il titolo all'opera; se il concetto di (in)disponibilità della vita può essere inteso in senso “debole” come attinente alla scelta dei «modi di vivere la vita», il volume ruota intorno al suo significato “forte”, ossia come «possibilità di decidere in merito alla continuazione o meno della vita».

⁴ Questa posizione viene espressa più volte nel testo e ripresa chiaramente nel capitolo conclusivo: cfr. FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 770-771.

⁵ FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 29.

⁶ Questo il nodo «ineludibile» per BORSELLINO P., *Il referendum sull'art. 579 c.p. e l'aiuto attivo a morire. Una “contestualizzazione” necessaria*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 gennaio 2022, p. 3.

altrui, o meglio della sua intangibilità in assenza del consenso dell'interessato. Senonché, anche questa visione è parziale, o comunque non rispecchia la realtà del sistema, che invece contempla deroghe a questo principio apparentemente inscalfibile, in corrispondenza di fattispecie sottoposte sì a una disciplina eccezionale ma, come vedremo, di tutt'altro che infrequente verifica. Si tratta di situazioni che – per ragioni diverse – non pongono il problema di stabilire se prevalga il dovere o la libertà di vivere, e che quindi esulano dalla dicotomia tra indisponibilità e disponibilità della vita, tanto che la relativa disciplina sarà ispirata pressoché *in toto* a principi e fattori diversi dall'autodeterminazione.

Un'avvertenza è d'obbligo: affrontare simili temi dalla prospettiva penalistica si scontra con il fatto per cui, in questa materia più che mai, il diritto penale svolge una funzione servente rispetto a opzioni di fondo che si ricavano dall'ordinamento nel suo complesso, in particolare alla luce della tessitura sempre più raffinata della trama dei diritti fondamentali da parte della dottrina e della giurisprudenza delle corti costituzionali e sovranazionali (operazione che a sua volta risente dell'evoluzione del sentire sociale e delle riflessioni bioetiche).

Il che non significa affatto, evidentemente, che la materia non richieda una disciplina giuridica – il diritto qui soddisfa esigenze di certezza ma soprattutto di garanzia – né che la tutela penalistica sia superflua, alla luce del rango primario dei beni coinvolti: essa, piuttosto, deve essere aggiornata e ricalibrata per tenere conto dei nuovi bilanciamenti che emergono nel tempo.

Di penalistico si è voluto conservare in particolare, oltre all'attenzione privilegiata rivolta al dato positivo, un approccio "per fattispecie".

La struttura del lavoro è infatti basata sulla individuazione di classi di situazioni concrete che presentano tratti sostanziali comuni e che possono essere ricondotte a modelli di disciplina unitaria.

Tutte le situazioni considerate presentano un qualche tratto di "medicalizzazione", vuoi nei presupposti per la scelta, vuoi nelle sue modalità attuative: questo taglio non esaurisce la varietà delle fattispecie astrattamente possibili ma intercetta quelle che costituiscono la parte senz'altro più significativa della realtà empirica (e dunque quelle che, nella prospettiva giuridica, pongono con maggiore urgenza il problema pratico di disciplinarle);

il che non ci impedirà di svolgere considerazioni che ci sembrano in grado di assumere valenza generale.

La prima classe di fattispecie esaminate abbraccia i casi morte “volontaria”, che si verifica cioè in conformità alla volontà dell’interessato, titolare del bene vita (che non chiameremo vittima). All’interno di questo gruppo tratteremo separatamente, secondo una distinzione tradizionale, le ipotesi di rifiuto di cure (Capitolo I) – in cui la volontà della persona è sufficiente per rendere lecita la condotta del medico che si adopra per rispettarla – e le ipotesi di eutanasia attiva o aiuto a morire (Capitolo II) – in cui la volontà è necessaria ma non sufficiente ai fini della non punibilità del terzo che coopera.

Sono questi, specie i secondi, i casi al centro del dibattito odierno. Entrambi sono accomunati dalla circostanza che la decisione è sempre imputabile al titolare del bene vita, ma ciascuno soggiace a una disciplina particolare.

Nelle ipotesi di morte a seguito di rifiuto di cure la libertà della persona trova il suo massimo riconoscimento grazie alla l. 219 del 2017, che – attraverso una serie di disposizioni che analizzeremo nel dettaglio – ne traccia in maniera amplissima i contenuti e al contempo ne contorna l’esercizio con una serie di garanzie di tutela e di effettività. In considerazione del suo valore preminente, rifletteremo anche sulla possibilità di rinvenire nell’autodeterminazione non più solo un fattore di esonero da opporre alle scelte di incriminazione del legislatore ma anche un bene meritevole di tutela penale.

Nelle ipotesi di aiuto a morire – che comprendono aiuto al suicidio e omicidio del consenziente – la volontà dell’interessato è in grado di determinare l’esonero da responsabilità del terzo solo entro lo spazio ristretto corrispondente alla “non punibilità” ritagliata di recente dalla Corte costituzionale nell’art. 580 c.p. Il problema principale che affronteremo riguarda qui proprio la *ratio* dei limiti imposti all’autodeterminazione e la loro tenuta a fronte delle ormai molteplici spinte verso nuove aperture all’area della liceità.

A conclusione dell’esame delle due classi di fattispecie, preso atto della diversa rilevanza attribuita in ciascuna alle istanze di autodeterminazione, affronteremo anche la questione – quantomai enigmatica – delle possibili ragioni alla base di tale trattamento differenziato, che pure si ritrova anche in sistemi più liberali di quello italiano.

A queste ipotesi saranno contrapposti i casi di morte “non volontaria” (Capitolo III): un insieme eterogeneo di fattispecie accomunate dal fatto che la decisione è rimessa a un soggetto diverso dal titolare del bene vita, in situazioni in cui l’ordinamento ammette che la morte sia procurata lecitamente in assenza della volontà dell’interessato o addirittura contro di essa⁷.

Un primo gruppo di ipotesi è riconducibile ai casi in cui non è possibile rinvenire una manifestazione di autodeterminazione giuridicamente rilevante, perché non è mai stata espressa una volontà nelle forme previste dall’ordinamento o perché, più in radice, una volontà non ha mai potuto formarsi: in concreto ciò si verifica, rispettivamente, per i pazienti maggiorenni che cadono in stato di incapacità senza aver mai formulato disposizioni anticipate di trattamento e – in modo eclatante – per i piccoli minori, spesso neonati. Mentre nel primo caso, come vedremo, si può tentare di valorizzare il presumibile intento della persona (tramite il criterio della volontà ricostruita), nel secondo caso è evidente che la decisione del rappresentante legale dovrà essere ispirata a criteri diversi, inevitabilmente caratterizzati da una declinazione oggettiva e in parte eteronoma.

Il secondo gruppo di ipotesi considerato comprende i casi in cui la decisione di fine vita impone una scelta tra più pazienti, perché la volontà di sopravvivere di uno o comunque la sua esigenza di cura entra in conflitto con l’esigenza di cura di un altro: per adempiere al suo dovere di tutelare la vita di un paziente il medico deve necessariamente sacrificare la vita di un altro, violando così il dovere di impedirne o non cagionarne la morte. Si tratta di scenari noti come “scelte tragiche”, riconducibili perlopiù (ma non solo) ai problemi di allocazione di risorse sanitarie in condizioni di scarsità, di cui un esempio concreto sono le decisioni di ammissione in terapia intensiva durante la fase più acuta della recente emergenza pandemica. Dal punto di vista

⁷ Accorperemo dunque nel medesimo Capitolo III, tenendole tuttavia separate al suo interno, le ipotesi che in una nota tripartizione SINGER P., *Practical Ethics*, Cambridge University Press, III ed., 2011, p. 158, contrappone alla “*voluntary euthanasia*” (qui oggetto dei Capitoli I e II), ossia le fattispecie riconducibili alla “*non-voluntary euthanasia*” (che riguarda «*infants*» o persone che «*through accident, illness or old age have permanently lost the capacity to understand the issue involved, without having previously requested or rejected euthanasia in these circumstances*») e quelle ricomprese nella “*involuntary euthanasia*” (che si verifica laddove la persona «*when the person killed is capable of consenting to her own death but does not do so, either because she is not asked or because she is asked and chooses to go on living*»).

giuridico-penalistico affronteremo tali questioni nel contesto della teoria dei conflitti di doveri, distinguendo tra due tipologie di conflitti e interrogandoci sulla possibilità di individuare alcuni presupposti comuni in grado di rendere lecita la condotta del medico a prescindere dalla natura del dovere violato. Ci soffermeremo infine sui criteri di scelta, ossia di quei fattori che consentono di individuare, tra quelli in conflitto, il dovere prevalente e dunque di orientare la decisione su quale paziente salvare – decisione che, a differenza delle ipotesi del primo gruppo, non sarà più limitata alla considerazione degli interessi di un unico soggetto ma dovrà essere necessariamente comparativa.

CAPITOLO I

MORTE VOLONTARIA: IL RIFIUTO DI CURE SALVAVITA E IL MASSIMO RILIEVO DELL'AUTODETERMINAZIONE

SOMMARIO: 1. La legge n. 219 del 2017: un modello di regolazione organica del diritto di lasciarsi morire e un testo normativo centrale per la disciplina (presente e futura) della materia del fine vita. – 2. Il rifiuto di cure: fisionomia, esercizio e tutela di un diritto fondamentale. – 2.1. La portata del diritto. – 2.1.1. I contenuti del diritto di rifiutare le cure. – 2.1.2. Dal diritto di rifiutare le cure al diritto di lasciarsi morire. – 2.2. La tutela dell'effettività del diritto. – 2.2.1. Disciplina e garanzie per la corretta formazione e manifestazione della volontà del paziente. – 2.2.1.1. I requisiti soggettivi. – 2.2.1.2. La procedura medicalizzata per l'acquisizione della volontà. – 2.2.1.3. Il rapporto medico-paziente. – 2.2.2. La vincolatività per il medico del rifiuto di cure. 2.2.2.1. Possibili eccezioni. – 2.2.2.2. (segue) È configurabile una obiezione di coscienza? – 2.2.3. Gli obblighi accessori del medico. – 2.2.4. Terapia del dolore e cure palliative. – 2.3. La proiezione temporale del diritto: le disposizioni anticipate di trattamento (d.a.t.). – 2.3.1. Limiti o garanzie dell'autodeterminazione? I requisiti di validità tra oneri formali e procedurali. – 2.3.2. Limiti o garanzie dell'autodeterminazione? Le ipotesi di non vincolatività. – 2.3.2.1. In particolare, le "concrete possibilità di miglioramento" sopravvenute. – 2.3.3. I rapporti tra i soggetti coinvolti nell'attuazione delle d.a.t. In particolare, il ruolo del fiduciario. – 2.4. L'esercizio del diritto mediante soggetti terzi: cenni e rinvio. – 3. Il rilievo penalistico del diritto di rifiutare le cure salvavita. – 3.1. L'esonero da responsabilità penale per il medico che tiene una condotta conforme alla volontà del paziente. – 3.1.1. Le diverse tesi sulla natura giuridica dell'esonero da responsabilità. – 3.1.2. Conseguenze applicative. – 3.1.3. L'esonero da responsabilità per reati diversi dall'omicidio. – 3.2. Profili di responsabilità per il medico che tiene una condotta non conforme alla volontà del paziente. – 3.2.1. Un'analisi casistica, alla luce dei principi in materia di trattamento medico arbitrario. – 3.2.1.1. Il delitto di violenza privata. – 3.2.1.2. Il delitto di lesioni personali. – 3.2.2. Ulteriori profili di responsabilità: il rifiuto di atti d'ufficio. – 3.2.3. Se e come punire l'inerzia del medico: una valutazione complessiva. – 3.3. Profili di responsabilità dei soggetti diversi dal medico. – 4. Conclusioni. Il rifiuto di cure e l'autodeterminazione "presa sul serio".

1. La legge n. 219 del 2017: un modello di regolazione organica del diritto di lasciarsi morire e un testo normativo centrale per la disciplina (presente e futura) della materia del fine vita.

Tramite una manifestazione di volontà il paziente può ottenere la morte rifiutando l'inizio o la prosecuzione di un trattamento sanitario necessario per la sua sopravvivenza.

Le condizioni e le modalità per esprimere tale scelta, il suo grado di vincolatività per i terzi e conseguenze sulla responsabilità penale di questi ultimi sono questioni – centrali per il nostro studio – disciplinate dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante «norme in materia di consenso informato e di disposizioni di trattamento».

La portata di questo intervento legislativo, soprattutto sul piano concettuale, è assai più ampia dei casi concernenti il fine vita, costituendo il punto di riferimento normativo per la definizione del corrente assetto di rapporti tra medico e paziente in relazione all'intera vicenda sanitaria¹.

Nondimeno, è facile constatare come, specie guardando ai concreti riflessi applicativi, la legge produca le sue ripercussioni più significative nell'ambito del dibattito sugli spazi di liceità delle pratiche in senso lato eutanasiche. Questo è anche l'angolo visuale che sembra prevalente tra i commentatori della l. 219², che talora è stata anche indicata – *not least*, dalla Corte costituzionale³ – come testo normativo idoneo a ospitare una disciplina complessiva del fine vita.

In realtà, come vedremo, i principi alla base della legge stessa potrebbero essere invocati anche per sostenere l'irriducibilità dei diritti in essa riconosciuti

¹ In questa prospettiva la l. 219 viene contestualizzata e commentata in BORSELLINO P., "Biotestamento": i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2018, p. 789 ss.

² Rileva questa tendenza e, critico verso di essa, ribadisce che «la legge n. 219/2017 attiene alle decisioni sui trattamenti sanitari» EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la l. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2018, p. 416.

³ Cfr. Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, Pres. Lattanzi, red. Modugno, § 10 del 'considerato in diritto', laddove la Corte, rivolgendosi al Parlamento, aveva indicato che una disciplina dell'aiuto al suicidio «potrebbe essere introdotta [...] nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima».

(in particolare, del diritto a rifiutare trattamenti salvavita) alle più ampie figure di “diritto a morire” per cui aumentano oggi le richieste di legittimazione.

Ripromettendoci di tornare sul punto, possiamo comunque osservare che la l. 219 resta un ineludibile termine di confronto per la riflessione giuridica sulle decisioni di fine vita, sotto molteplici aspetti: a) a livello dogmatico, per il rapporto dialettico con l’elaborazione dottrinale e con l’evoluzione giurisprudenziale che ne hanno preceduto l’approvazione; b) in ottica *de iure condito*, per l’oggettiva idoneità a regolare parte delle situazioni di cui ci occupiamo; c) in ottica *de iure condendo*, in quanto esperimento di legiferazione (sia pure su casi – perlopiù – “facili”) in una materia eticamente sensibile e per questo politicamente divisiva.

Come detto, trattando adesso della scelta volontaria del paziente di morire, la l. 219 viene in rilievo sia nella sua componente (perlopiù) ricognitiva del diritto vivente, sia nella parte in cui contiene disposizioni realmente innovative.

2. Il rifiuto di cure: fisionomia, esercizio e tutela di un diritto fondamentale.

In forza della l. 219, la facoltà di rifiutare le cure non è ammessa dall’ordinamento come mera possibilità di fatto, bensì tutelata con l’esplicito riconoscimento di un vero e proprio «diritto» e garantita nella sua effettività con la previsione della doverosità (e relativa liceità) delle condotte del personale sanitario che coopera per renderne possibile l’esercizio.

Occorre d’altronde considerare come notoriamente l’intervento normativo si ponga in ideale continuità⁴ con un lungo percorso interpretativo le cui tappe principali sono state scandite da celebri decisioni giudiziarie che, anticipando il legislatore, hanno progressivamente plasmato il diritto vivente e innovato l’ordinamento⁵: per questo nell’analisi che segue ci avvarremo spesso

⁴ Presenta la l. 219 come «eredità morale» della casistica precedente A. MASSARO, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Giappichelli, 2020, p. 25.

⁵ Per una panoramica sintetica dei casi di Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro, nonché di quello, meno noto, di Walter Piludu, cfr. ADAMO U., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Wolters Kluwer, 2018, p. 43 ss. Sui casi Welby ed Englaro la

anche della elaborazione teorica che ha costituito il punto di riferimento per tali pronunce, nonché alle riflessioni dottrinali che sono state sviluppate intorno ad esse.

Nondimeno, pare condivisibile il giudizio complessivo espresso dalla dottrina⁶ quando afferma che la l. 219 non solo «certifica un diritto già acquisito» (con alcune importanti precisazioni rispetto al dibattito pregresso: v. *infra*) ma ha anche il pregio di «dare certezza e assicurare» *entrambi* i protagonisti delle vicende che ci occupano, vale a dire sia i medici sia i pazienti, e di svolgere una funzione di «consolidamento» e orientamento culturale con riguardo ai principi, di derivazione costituzionale, sottesi alla nuova disciplina⁷.

2.1. La portata del diritto.

2.1.1. I contenuti del diritto di rifiutare le cure.

Il diritto al rifiuto è configurato dall'art. 1, comma 5, in termini generalissimi quanto al suo oggetto.

Esso comprende «qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario», e la legge contempla espressamente l'ipotesi che il rifiuto riguardi trattamenti (o singoli atti) «necessaria alla propria sopravvivenza».

Con una previsione *ad hoc*, si stabilisce la qualificazione («ai fini della presente legge») di nutrizione e idratazione artificiali come trattamenti sanitari, pertanto anch'esse rifiutabili.

bibliografia, anche solo penalistica, è assai nutrita, e ci sembra preferibile fare riferimento a singoli contributi laddove specificamente rilevanti per le questioni trattate nel prosieguo del lavoro. Sulla vicenda Piludu, di poco precedente all'approvazione della l. 219, cfr. PIZZETTI F.G., *Considerazioni a margine del "caso Piludu" fra principi costituzionali e pronunce giurisprudenziali in materia di rifiuto di trattamenti sanitari salvavita*, in *BioLaw Journal*, 1/2017, p. 219 ss.; D'ALOIDA, A., *Il caso Piludu e il diritto di rifiutare le cure (anche life-sustaining)*, in *Studium Iuris*, 2018, p. 1462 ss.

⁶ TORDINI CAGLI S., *La disattivazione del "supporto vitale" della persona capace di consenso ma non di agire*, in G. Losappio (a cura di), *Scelte tragiche. Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" (Taranto, 11 dicembre 2020)*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico dell'Università degli Studi Aldo Moro*, n. 18/2021, p. 199.

⁷ In questa prospettiva cfr. CANESTRARI S., *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 19 dicembre 2018, p. 10-11.

Inoltre, il “rifiuto” sottende un duplice potere: da un lato, il potere (di rifiuto per così dire in senso stretto o “impeditivo”) di non consentire l’inizio del trattamento, che si manifesta nella forma del dissenso rispetto alla proposta di intraprendere un percorso assistenziale o di compiere un determinato atto medico; accanto ad esso, il potere di ottenere l’interruzione di un trattamento già avviato (la legge parla di “revoca del consenso prestato”, ma tale dicitura non ci sembra del tutto esaustiva, non potendo adattarsi ai casi in cui l’attività medica è iniziata – lecitamente – a prescindere dal consenso, come accade in casi di emergenza; per questi motivi sembra preferibile il termine “rinuncia”, impiegato in taluni passi dello stesso testo normativo).

Mediante le due precisazioni appena illustrate, sono state risolte *per tabulas* due questioni che in passato potevano risultare controverse, sebbene l’opinione maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza già optasse per la soluzione adesso codificata dal legislatore.

Per quanto concerne nutrizione e idratazione artificiali, è stata accolta – a differenza di quanto prefigurato da progetti di legge anteriori⁸ – la tesi secondo cui tali pratiche condividono con gli altri trattamenti la natura “sanitaria”, ossia la finalità di sostegno alla sopravvivenza del paziente e le modalità di realizzazione⁹. Tale *ratio* è resa palese nel testo normativo, che li descrive come «somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». Queste caratteristiche di ordine pratico sono del resto ben presenti alle associazioni professionali mediche, che a livello nazionale e a internazionale rivendicano appunto la dimensione sanitaria di tali prestazioni¹⁰.

⁸ Il riferimento è al d.d.l. “Calabrò”, su cui si rinvia alle considerazioni critiche di D’AVACK L., *Il disegno di legge sul consenso informato all’atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato dal Senato, riduce l’autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3/2009, p. 1281 ss.

⁹ CUPELLI C., *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *disCrimen*, 15 ottobre 2018, p. 13. Per ulteriori argomenti a favore e per una panoramica del dibattito pregresso, cfr. ADAMO U., *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3/2018, p. 133 ss.

¹⁰ La *communis opinio* della comunità scientifica sembra peraltro depotenziare l’obiezione di EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 424, che stigmatizza la scelta del legislatore di procedere a una qualificazione espressa e definitiva sul presupposto che «la competenza [...] a valutare quali atti, in relazione ai diversi contesti, abbiano natura sanitaria [...] spetta alla medicina» (oltre che sul rilievo per cui il giudizio dovrebbe essere condotto su base casistica e non in modo astratto).

Era questo uno dei punti su cui si registrava – e in parte si registra ancora – il dissenso più radicale da parte di voci di area cattolica, fermo che anche in tale ambito la questione è tutt'altro che pacifica¹¹.

Secondo l'impostazione della Chiesa cattolica, espressa in alcuni documenti ufficiali dei primi anni 2000, nutrizione e idratazione artificiali – vista la loro "essenza" più che le modalità di somministrazione, la loro finalità più che le tecniche di preparazione – esulano dall'area dei trattamenti medici per rientrare a pieno titolo in quella degli «atti di sostentamento vitale». Nutrizione e idratazione artificiali non hanno alcuna valenza terapeutica, ma mantengono in vita il malato nel contesto di un'assistenza di base, come sarebbe dimostrato dal fatto che, interrotte, il paziente morirebbe di denutrizione e non per la patologia a monte: la loro doverosità si coglierebbe sul terreno della solidarietà umana prima che su quello dei doveri di cura. Da ciò deriva, quale principale corollario, che tali forme di assistenza, salvo isolate eccezioni, non integrano atti sproporzionati o gravosi per il paziente, sicché la somministrazione resta dovuta anche in situazioni di stato vegetativo permanente. Anzi, dal punto di vista morale – come riaffermato con vigore in relazione alla vicenda di Eluana Englaro – la loro interruzione può essere ritenuta da taluni equivalente a un omicidio¹².

Ciò, *a contrario*, può essere letto come indice della forza di resistenza che l'ordinamento ha riconosciuto in questa materia alla volontà della persona, rendendo questa padrona di impedire qualsiasi intromissione esterna, anche motivata da quella che potremmo definire come la forma più basilare di "solidarietà biologica".

Rispetto all'assimilazione di rifiuto e rinuncia alle cure già in corso, la scelta del legislatore ha dato prevalenza al punto di vista del paziente, per il quale sussiste evidentemente, in entrambi i casi, il medesimo interesse a sottrarsi a un'ingerenza indesiderata: tale esigenza – e il diritto di libertà che vi sta a monte – non viene meno con l'inizio del trattamento, anche se consensuale,

¹¹ Per un'ampia ricostruzione del tema, cfr. FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 219 ss., che lo definisce (in accordo con altri autori) «una delle questioni bioetiche più discusse».

¹² Esaustivo il quadro delle dichiarazioni raccolte in FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 227.

non potendosi nemmeno ipotizzare in questa materia un auto-vincolo alla volontà precedentemente espressa, la regola essendo piuttosto la ritrattabilità *sine die* del consenso.

Del resto, sono avanzati in dottrina convincenti argomenti che dimostrano l'opportunità di una loro equiparazione a fini di disciplina, facendo prevalere considerazioni di ordine per così dire teleologico.

In primo luogo, la soluzione favorevole a distinguere tra le due ipotesi avrebbe esposto al rischio di conseguenze controproducenti per la stessa salvaguardia della vita del paziente, dandosi la possibilità che questi, per timore di rimanere vincolato a un certo trattamento, fosse indotto a rifiutarlo sin dall'origine, così perdendo anche le poche *chance* di successo che quel trattamento avrebbe offerto¹³.

A ciò si sarebbe sommato la concreta prospettiva di alimentare disparità di trattamento tra pazienti del tutto inaccettabili, in quanto legate a circostanze contingenti quali lo stadio della patologia o le mere modalità tecniche della prestazione¹⁴.

Quanto detto sinora non impedisce che la distinzione in esame assuma però rilevanza dal punto di vista del soggetto che coopera con il paziente, visto appunto che i due modi di atteggiarsi della volontà – rifiuto e rinuncia – corrispondono a due situazioni diverse – trattamento non iniziato e trattamento in corso –, che a loro volta esigono dal terzo due condotte diverse, imponendogli ora di rimanere inerte, ora di compiere un'azione. Esamineremo questo aspetto più avanti, trattando della posizione del terzo e della rilevanza penale della sua condotta.

¹³ Parla di «effetto tremendo e perverso» CANESTRARI S., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2018, p. 81, ricordando di averlo da tempo segnalato, insieme ad altri componenti, nell'ambito del Comitato Nazionale per la Bioetica (in particolare, sin dal parere *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, 24 ottobre 2018).

¹⁴ Aspetti evidenziati nel dettaglio da CUPELLI C., *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *disCrimen*, 15 ottobre 2018, p. 20.

2.1.2. Dal diritto di rifiutare le cure al diritto di lasciarsi morire.

Preme adesso evidenziare come, nel caso che la sopravvivenza si trovi a dipendere da un trattamento sanitario, attraverso il riconoscimento del diritto di autodeterminazione terapeutica l'ordinamento assicura ormai la più ampia soddisfazione possibile alla volontà di morte della persona.

La prospettiva da cui la l. 219 riguarda queste ipotesi è quella della normale incoercibilità di qualsiasi trattamento sanitario: la finalità, di portata generale, è garantire che nessun intervento medico possa essere realizzato senza il consenso del paziente.

Secondo una ricostruzione da ritenersi consolidata¹⁵, oggi esplicitata nell'art. 1, comma 1, della l. 219, tale principio corrisponde all'attuazione del diritto di autodeterminazione terapeutica, sintesi di valori costituzionali primari (la libertà personale; il diritto alla salute, nella sua componente positiva ma soprattutto negativa) e dotato di un solido referente anche nelle carte dei diritti sovranazionali, quali in particolare gli artt. 1 (dignità) e 3 (integrità personale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il senso complessivo di tali previsioni – che, come anticipato, non approfondiremo in questo lavoro – consiste nel sancire il principio del consenso informato come presupposto indefettibile per iniziare o proseguire trattamenti sanitari e nell'elevare al rango di diritto fondamentale della persona l'interesse a respingere ogni ingerenza nella propria sfera corporea, ancorché praticata da sanitari o comunque a fini terapeutici o in senso lato benefici, che l'individuo ritenga però indesiderata in base a una valutazione espressiva di totale libertà.

Se a venire in rilievo è un trattamento salvavita, però, nel consacrare il diritto di autodeterminazione terapeutica l'ordinamento prima e la legge oggi finiscono per riconoscere, in sostanza, un altro diritto: il "diritto di lasciarsi morire".

Questo, dal punto di vista formale, non trova un autonomo fondamento

¹⁵ Per una ricognizione aggiornata dello statuto costituzionale del diritto di rifiutare le cure cfr. ADAMO U., *Costituzione e fine vita*, cit., p. 5 ss.

in una specifica previsione costituzionale o convenzionale, né viene menzionato espressamente in alcun luogo della l. 219; si tratta tuttavia di una presenza reale nell'ordinamento, perché la sua estensione e le sue garanzie sono le medesime di cui gode il diritto di autodeterminazione terapeutica.

In altri termini, l'esercizio di quest'ultimo, *sub specie* di rifiuto di cure, diviene – sia pure in via «indiretta»¹⁶ – strumento di realizzazione dell'interesse della persona a essere lasciata “morire in pace”¹⁷: una prospettiva ormai pacifica in dottrina e che da ultimo, in occasione del giudizio di legittimità sull'art. 580 c.p., ha ricevuto anche l'avallo della Corte costituzionale, quando ha affermato che, sulla base della l. 219, «la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato [...] con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto»¹⁸.

Il rifiuto può certo essere fine a sé stesso, motivato dalla sola contrarietà del paziente al trattamento in quanto tale; ma è verosimile che, in un gran numero di situazioni, la decisione di rifiutare cure salvavita sia direttamente ispirata dalla previsione delle sue conseguenze letali, che il paziente accetta o persegue intenzionalmente¹⁹.

In nessun caso, però, nelle ipotesi regolate della l. 219, l'eventualità della morte rappresenta un ostacolo all'esercizio del diritto di autodeterminazione, né questo, d'altra parte, è sottoposto a limitazioni di sorta. Sicché anche la soddisfazione della volontà di morire, quando può avvalersi del rifiuto di cure:

– non è circoscritta a una particolare condizione di salute preesistente (sebbene ovviamente, affinché la persona possa raggiungere il suo obiettivo

¹⁶ Questo nesso indiretto è colto da DONINI M., *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017, p. 5, nel contesto normativo antecedente all'entrata in vigore della l. 219/17.

¹⁷ L'espressione si ritrova già in STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1018; vi ha dato risalto, di recente, F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2007, p. 6.

¹⁸ Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 8. Critico verso quella che ritiene una «oggettiva forzatura» è EUSEBI L., *Regole di fine vita e poteri dello Stato*, in Marini F.S. – Cupelli C. (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, 2019, il quale, dopo aver rilevato, alla luce della l. 219, una identità di ambito tra scelte «riguardanti l'attivazione e la prosecuzione dei trattamenti sanitari» e «scelte legittime in materia di fine vita» (p. 133), afferma che tale coincidenza andrebbe colta su un piano «di puro fatto», onde scongiurare la prospettiva del riconoscimento di un «diritto (coinvolgente terzi) a morire» (p. 133-134).

¹⁹ Cfr. DONINI M., *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 10.

occorre che la patologia sia potenzialmente letale o comunque vi sia un rischio per la vita);

– è indipendente dalla appropriatezza e dalla possibilità di successo della terapia, che potrebbe anche garantire pressoché la certezza di guarigione (si pensi alla necessità di trasfusione in caso di emorragia intra-operatoria);

– prescinde dai motivi che vi stanno alla base, e dunque anche dalla loro meritevolezza, dalla loro condivisibilità, dalla loro ragionevolezza, perché libere e insindacabili sono le ragioni che legittimano il rifiuto di cure: come accennato, queste possono risiedere tanto nell'ostilità a uno specifico trattamento quanto nella intenzionale ricerca dell'evento (qui, la morte) che consegue al rifiuto.

Queste precisazioni²⁰ consentono di mettere a fuoco il posizionamento del punto di equilibrio raggiunto dal legislatore nei casi di conflitto tra le finalità di tutela della vita in quanto tale e le istanze di autodeterminazione, quando queste si declinano in termini di rifiuto di cure: conviene avvertire sin d'ora che tale bilanciamento è marcatamente diverso – sotto ciascuno dei profili appena evidenziati – da quello che sta alla base della disciplina vigente in materia di suicidio assistito (e di eutanasia attiva) e che esamineremo nel Capitolo II.

2.2. *La tutela dell'effettività del diritto.*

La tutela accordata al diritto a lasciarsi morire non si arresta al piano della sua enunciazione formale, seppure nei termini assai ampi ora visti, ma si avvale di strumenti giuridici ulteriori.

²⁰ L'irrelevanza dell'appropriatezza dei trattamenti e dei motivi che sorreggono la decisione del paziente è messa in risalto – criticamente – anche da EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 421.

2.2.1. Disciplina e garanzie per la corretta formazione e manifestazione della volontà del paziente.

Anzitutto, la l. 219 ha introdotto una apposita disciplina finalizzata a garantire che la volontà della personale sia correttamente formata e manifestata.

Da questo punto di vista, non sono previste regole particolari per il rifiuto di cure salvavita, che dunque può essere ricondotto all'ambito delle disposizioni che regolano il consenso (o il dissenso) rispetto a un qualsiasi trattamento sanitario.

2.2.1.1. I requisiti soggettivi.

Il modello di paziente assunto alla base della disciplina è quello di una persona (*a*) maggiorenne e capace di agire, (*b*) in grado di manifestare un consenso attuale. Norme speciali concernono pazienti che siano (*a'*) minorenni o incapaci, oppure (*b'*) che abbiano espresso la propria volontà in modo anticipato rispetto al tempo in cui è richiesto il loro consenso.

Il presupposto implicito è che una persona dotata delle caratteristiche *sub* (*a*) sia in grado di assumere decisioni informate e razionali sulla propria salute e persino sulla propria sopravvivenza.

Anzitutto, ciò consente di ritenere definitivamente superate le posizioni che in passato argomentavano l'esistenza di un vizio della volontà proprio in forza del contenuto della scelta, ossia dalla stessa decisione di rifiutare cure necessarie per la sopravvivenza.

Ci sembra però più rilevante, in ottica sistematica, osservare che, salve le ipotesi di patologie tali da menomare le facoltà mentali, la presunzione in ordine alla capacità della persona di decidere sul proprio fine vita resta valida, nell'ottica del legislatore, a prescindere dallo stato di salute del paziente e dalle sue condizioni soggettive, anche non di rilevanza clinica.

Senza scomodare gli studi di psicologia comportamentale che denunciano alla radice il vizio di modelli regolatori che ipotizzano agenti perfettamente razionali, è notorio che anche in condizioni ordinarie il processo decisionale

umano può essere condizionato da numerosi fattori²¹. Tra questi rientrano vulnerabilità non patologiche ma di tipo individuale e sociale, date dall'età, dalla solitudine o da una fragilità intrinseca; un senso di disorientamento nelle scelte da compiere può essere facilmente generato dall'esperienza stessa della malattia, come processo di trasformazione nella percezione del proprio sé. Elemento perturbativo può essere il semplice fatto di aver ricevuto una diagnosi infausta, ma si potrebbe pensare che le difficoltà di una valutazione ponderata aumentino man mano che le condizioni di salute peggiorano e il paziente entra in una fase terminale o necessita di trattamenti salvavita²².

Si tratta di profili evidentemente delicati, tantopiù vista la centralità – se non l'esclusività – del fattore volontà nella decisione di morire per rifiuto di cure.

In questa parte del lavoro ci limitiamo a sottolineare che questi problemi non sono stati considerati dal legislatore della l. 219 motivo sufficiente per negare il riconoscimento di tutela del diritto di autodeterminazione terapeutica fino alle sue estreme conseguenze.

Anche questo aspetto della disciplina in esame è stato del resto convalidato indirettamente dalla Corte costituzionale, quando è stata chiamata a esprimersi sulla legittimità del divieto penale di aiuto al suicidio. Da un lato, la Corte ha segnalato il rischio che per l'autenticità della scelta rappresentano debolezze e vulnerabilità individuali, che «ben vero» possono connotare la condizione di «malati irreversibili esposti a gravi sofferenze»; dall'altro lato, ha preso atto che anche «chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento»²³. Valutazione dell'ordinamento che a questo

²¹ Avverte della necessità di adottare una prospettiva problematizzante alla luce delle «numerose evidenze della psicologia scientifica» DI GIOVINE O., *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2018, p. 921.

²² Parla di «autonomia debolissima» con riferimento a questi soggetti CACACE S., *Autodeterminazione in salute*, Giappichelli, 2017, p. 205, che – nel quadro normativo anteriore alla l. 219 – insiste sull'importanza del rapporto medico-paziente e delle modalità (più che ai contenuti) della comunicazione tra questi soggetti ai fini della costruzione di un «consenso progressivo»: un principio simile, come si vedrà nel prosieguo, ha ispirato l'intervento del legislatore nel 2017.

²³ Per entrambe le citazioni cfr. Corte cost., ord. 207/2018, § 9.

punto l'interprete è autorizzato a considerare costituzionalmente legittima, avendo peraltro la stessa Corte fatto leva proprio su tale dato normativo per rilevare e poi dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 580 c.p.

La condizione di malattia e persino la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale non escludono dunque, di per sé, la validità della scelta di lasciarsi morire. Né tantomeno, come visto, il legislatore considera la facoltà di decidere di rifiutare le cure, anche con effetto letale, appannaggio dei soli pazienti affetti da patologie inguaribili o giunti ormai allo stadio finale dell'esistenza.

Si tratta di opzioni regolatorie che, ancora una volta, segnano un netto contrasto con l'assetto vigente in materia di aiuto al suicidio e che, come vedremo più approfonditamente nel prosieguo, non possono essere ignorate nel momento in cui ci si interroga sulla *ratio* degli stringenti presupposti soggettivi a cui la Corte costituzionale ha subordinato la liceità di quella classe di fattispecie.

2.2.1.2. La procedura medicalizzata per l'acquisizione della volontà.

Nel dibattito contemporaneo sulle scelte di fine vita un problema centrale, la cui delicatezza non va di pari passo con l'approfondimento che ad esso viene dedicato²⁴, attiene ai presupposti in presenza dei quali la decisione di morire – in astratto ammessa e tutelata dall'ordinamento – può ritenersi validamente formata e, soprattutto, espressiva di una volontà autentica, perché libera e consapevole.

La Corte costituzionale, come visto, subordina l'efficacia della manifestazione di autodeterminazione al ricorrere di «certe condizioni».

Questo sintetico inciso potrebbe leggersi in senso minimale, come richiamo all'ambito soggettivo di operatività della legge definito sopra: la

²⁴ Nell'ambito di un volume dedicato a tematizzare la questione (con specifico riferimento alla volontà di suicidarsi), rileva una scarsa attenzione sul tema da parte degli studiosi CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Bononia University Press, 2021, p. 29, che alla nota 57 evidenzia tale carenza anche nella pur articolata opera di Giovanni Fornero. Spunti in tal senso si ritrovano in DI GIOVINE O., *Procreazione assistita*, cit., p. 921.

persona maggiorenne capace di agire, senza ulteriori filtri.

In realtà, un esame ravvicinato della trama della l. 219 rivela da parte del legislatore un'attenzione assai maggiore per le garanzie a tutela della genuinità della scelta: nessuna sottovalutazione del problema, dunque, ma – al contrario – una serie di disposizioni che possono leggersi come segno di consapevolezza e al tempo stesso tentativo di risposta di fronte alla complessità delle concrete dinamiche di esercizio dell'autodeterminazione, in materia sanitaria e specialmente nelle decisioni di fine vita.

Anche in questo senso, il valore dell'intervento legislativo ha ottenuto un significativo riconoscimento dalla Corte costituzionale, che ha ravvisato nella l. 219 il «preciso punto di riferimento» per colmare il vuoto dovuto alla mancata previsione, da parte del Parlamento, di una disciplina specifica per l'accertamento (tra l'altro) della «capacità di autodeterminazione» e del «carattere libero e informato della scelta espressa» dal paziente che richiama (non più l'interruzione delle cure, ma) l'aiuto al suicidio.

Nel dimostrare l'idoneità degli artt. 1 e 2 della l. 219 a svolgere tale funzione, la Corte²⁵ ha offerto alcuni spunti utili per leggere le disposizioni citate nella prospettiva della tutela dell'autodeterminazione di fronte al pericolo di abusi ai danni di chi, formalmente in grado di prestare un valido consenso, verso in una condizione di sostanziale vulnerabilità, che ne altera i processi decisionali.

Il *primo* elemento di garanzia deriva dal fatto che, nel suo complesso, la legge consente delinea una «procedura medicalizzata» volta ad assicurare che la decisione finale del paziente sia il frutto di una volontà autenticamente libera e consapevole.

Di seguito se ne illustrano i singoli passaggi nella scansione che risulta dal testo normativo.

a) Grava sul medico un obbligo di completa informazione del paziente circa le sue condizioni di salute, la prognosi e le alternative percorribili, con relativi vantaggi e svantaggi (art. 1, comma 3).

b) La manifestazione all'esterno della volontà non richiede forme particolari (art. 1, comma 4), potendo essere acquisita «nei modi e negli

²⁵ Cfr. Corte cost., sent. 22 novembre 2019, n. 242, § 5 del “considerato in diritto”.

strumenti più consoni alle condizioni del paziente», ferma in ogni caso la necessità che consenso o dissenso vengano documentati (per scritto, se la persona è in grado, o attraverso dispositivi idonei) e registrati nella cartella clinica.

c) Una volta presa la decisione di rifiutare cure salvavita, la legge (art. 1, comma 5) prefigura un nuovo momento informativo, imponendo al medico di comunicare «le conseguenze di tale decisione» e, ancora una volta, «le possibili alternative».

d) Il paziente può sempre modificare la propria volontà, revocando il dissenso, ma se ciò non accade si vedrà *infra* che il medico è tenuto a comportarsi di conseguenza (art. 1, comma 6).

La procedura, come anticipato, dovrebbe quindi offrire garanzie sia nella fase di formazione che di manifestazione della volontà. Affinché ciò si realizzi sembra decisivo, in ogni passaggio, l'apporto fornito dal medico e dalla sua professionalità, che la l. 219 valorizza per delineare un nuovo paradigma della relazione di cura. È il carattere medicalizzato della procedura, in definitiva, a rendere possibile un corretto esercizio dell'autodeterminazione rispetto a una scelta di fine vita.

2.2.1.3. Il rapporto medico-paziente.

Un *secondo* presidio, anch'esso di carattere trasversale e diacronico – non approfondito dalla Corte costituzionale – deriva appunto dalla concezione del rapporto tra medico e paziente di cui la l. 219 si fa promotrice.

Come ampiamente rimarcato dalla dottrina²⁶ sin dall'entrata in vigore della legge, l'idea di fondo è favorire l'affermarsi di un modello di relazione – la c.d. alleanza terapeutica – affrancata dall'atteggiamento paternalistico tradizionalmente associato agli esercenti le professioni mediche, ma che al tempo stesso non perda di vista la naturale intersoggettività della vicenda sanitaria e i vantaggi arrecati da una sapiente scelta, da parte del medico, tanto

²⁶ Cfr. CUPELLI C., *Consenso informato*, cit., p. 15 ss.

dei contenuti quanto delle modalità della comunicazione²⁷.

È infatti un obiettivo dichiarato del nuovo impianto normativo (art. 1, comma 2) far sì che il paziente instauri una relazione di dialogo e fiducia, e non solo di cura, con il medico²⁸. Nel ribadire che il consenso del paziente sta al centro – o meglio, alla base – del rapporto, la legge concepisce quest'ultimo come luogo di "incontro" e di confluenza di una serie di contributi qualificati, tra cui spiccano «la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico». È chiara la ripartizione dei ruoli prefigurata dalla legge: l'apporto del medico non ha funzione tutoria, e neppure servente e meramente esecutiva²⁹, bensì opera in sinergia con l'autonomia decisionale del paziente, rafforzandone la consapevolezza e, in ultima analisi, la libertà³⁰.

L'effettivo assolvimento di tale ruolo da parte del medico presenta dunque tutte le caratteristiche necessarie per scongiurare i rischi che taluni ravvisano nella possibilità che la volontà di rifiutare le cure si formi in una «dimensione solipsistica»³¹ tale da comprometterne l'autenticità.

Sono senz'altro coerenti con questa prospettiva gli obblighi del medico, anche *successivi* alla rinuncia alle cure, aventi contenuto informativo e assistenziale, in quanto consolidano la strada che dalla decisione porta alla sua effettiva realizzazione (v. *infra*). Del resto si è già visto che il dialogo medico-

²⁷ Su questo profilo cfr. LIBERALI B., *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3/2017, p. 274. Sulla rilevanza di *quantum* e *quomodo* della comunicazione come garanzie per la corrispondenza della decisione clinica finale alla volontà effettiva del paziente cfr., prima della l. 219, CACACE S., *Autodeterminazione in salute*, cit., p. 205.

²⁸ Sul rapporto tra medico e paziente come «relazione comunicativa» cfr. RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 277; interessante notare come il risalto dato dall'Autore al «momento della comunicazione» e al «tempo a essa dedicato» sia riecheggiato dalla disposizione della l. 219 – alla quale è dedicato interamente il comma 8 dell'art. 1 – secondo cui «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

²⁹ Decisamente orientato a favore del medico come «attore protagonista» del percorso del paziente verso la decisione è CUPELLI C., *Consenso informato*, cit., p. 18.

³⁰ Cfr. CANESTRARI C., *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 19 dicembre 2018, cit., p. 10, secondo cui il rifiuto di cure si pone «non all'esterno della relazione medico-paziente, né in contrapposizione ad essa», rappresentando invece «l'esito di una scelta maturata all'interno del rapporto di alleanza terapeutica».

³¹ Questa la preoccupazione espressa in DI GIOVINE O., *Procreazione assistita*, cit., p. 923, che dopo aver indicato l'opportunità che la volontà del paziente «si formi, si testi e poi prenda forma in un processo dialogico con altri soggetti, primi tra i quali, appunto, i medici», ritiene tuttavia che tali condizioni siano assicurate «solo verbalmente» dalla l. 219: nel testo illustriamo le ragioni per cui tale giudizio non pare condivisibile.

paziente percorre l'intera vicenda sanitaria: è richiesto sia quando si tratta di fornire al paziente gli elementi su cui questi fonderà la propria scelta, sia quando occorre aiutare il paziente a esprimere in maniera esatta il proprio volere, sia quando viene il momento di tradurre in pratica una decisione già presa.

Va segnalato che, in un'ottica dialogica e, pertanto, paritaria della relazione medico-paziente, sono emerse opinioni secondo cui il riconoscimento di piena dignità all'«autonomia professionale» del medico legittimerebbe altresì – almeno in prima battuta – il tentativo di consigliare e persino persuadere il paziente a desistere dal proprio intento rinunciativo³², laddove si tratti di un trattamento «appropriato e (oggettivamente) proporzionato» e «le motivazioni del rifiuto appaiano al medico, in sé, deboli»³³; considerazioni che in linea generale sono da condividere, purché con la doverosa precisazione che ciò non potrebbe tradursi in una negazione della vincolatività della richiesta del paziente oltre i casi previsti dalla legge (v. subito *infra*), né potrebbe consentire forme di ostruzionismo o di invadente condizionamento dell'altrui volere – essendo semmai giustificata una pausa temporanea nella procedura, con una (ulteriore) parentesi dialogica, per verificare che il paziente abbia assunto la propria decisione nella piena consapevolezza di tutti gli elementi rilevanti³⁴.

Da questo quadro emerge dunque che anche le concrete dinamiche della relazione medico-paziente, nel modello alla base dell'impianto della l. 219, rappresentano un presupposto e uno strumento per un autentico esercizio di autodeterminazione.

³² Cfr. CUPELLI C., *Consenso informato*, cit., p. 16-17, che ritiene tali tentativi parte del contenuto della nuova posizione di garanzia che sorge in capo al medico a seguito della rinuncia alle cure.

³³ Cfr. EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 419.

³⁴ Questa, in definitiva, sembra anche la prospettiva in cui si colloca la posizione di EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., 419-420, la cui preoccupazione che il ruolo del medico non sia limitato a «una mera presa d'atto del rifiuto, burocraticamente attestato da una firma cui attribuisca effetti deresponsabilizzanti» risulta a ben vedere animata dall'idea per cui «la condizione psicologica derivante dallo stato di malattia» o «la prima reazione a una notizia negativa inattesa per la salute» potrebbero condurre a decisioni istintive e non sufficientemente meditate.

2.2.2. La vincolatività per il medico del rifiuto di cure.

Oltre a disciplinare la fase della formazione della volontà della persona, la l. 219 si è preoccupata di assicurare l'effettiva attuazione del suo diritto di autodeterminarsi (fino a "lasciarsi morire") attraverso l'espressa previsione di obblighi speculari, di tipo principale e accessorio, in capo al personale sanitario che ha preso in carico il paziente.

In primo luogo, il medico, ai sensi dell'art. 1, comma 6, «è tenuto a rispettare la volontà» del paziente, sia essa di rifiuto o di interruzione dei trattamenti: un obbligo il cui contenuto consiste in tutti i comportamenti, attivi o omissivi, necessari per assicurare, sul piano materiale, la liberazione del corpo della persona da intromissioni indesiderate. Per norma di legge, dunque, in tutti questi casi la volontà di morire espressa del paziente è vincolante per i sanitari³⁵.

Si tratta di una garanzia di effettività che dovrebbe impedire il ripetersi di vicende di cui sono rappresentazioni emblematiche le storie sanitarie di Piergiorgio Welby³⁶, Eluana Englaro³⁷ e Giovanni Nuvoli³⁸. Prima dell'entrata in vigore della l. 219, il pionieristico riconoscimento nelle aule giudiziarie di un diritto del paziente di lasciarsi morire si scontrava con il disconoscimento di fatto del medesimo diritto nelle stanze di ospedale da parte del personale

³⁵ Questa l'opinione pressoché unanime in dottrina. Una voce discorde è quella di EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 422, secondo cui la l. 219 porrebbe in capo al medico soltanto un obbligo di non compiere «atti reiterativi» del trattamento, ma non di «agire per interrompere» il trattamento stesso.

³⁶ Rileva VIGANÒ F., *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2007, p. 5, che il giudice civile (Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2006) chiamato per primo a pronunciarsi sull'azione di accertamento proposta ex art. 700 c.p.c. dai legali di Welby aveva sì riconosciuto l'esistenza del diritto del paziente a ottenere l'interruzione delle cure, escludendo però la possibilità di chiederne tutela in via esecutiva, «essendo la sua attuazione rimessa alla totale discrezionalità di qualsiasi medico al quale la richiesta venga fatta».

³⁷ Le resistenze a dar corso alla richiesta del rappresentante legale di Englaro di interrompere la nutrizione artificiale sono state messe in risalto dalle due decisioni con cui il Consiglio di Stato ha prima giudicato illegittimo il rifiuto dell'amministrazione sanitaria regionale di indicare una struttura in cui eseguire e poi condannato la stessa al risarcimento del danno.

³⁸ Una efficace ricostruzione dei fatti e dei dilemmi, umani e giuridici, che hanno caratterizzato la vicenda di Giovanni Nuvoli, si ritrova, a distanza di anni, nel ricordo del pubblico ministero che si occupò del caso fin dal momento in cui fu chiamato a provvedere sulla richiesta di autorizzazione all'interruzione dei trattamenti: cfr. PIRAS P., *L'interruzione delle terapie salvavita: il caso Nuvoli prima e dopo la legge 219 del 2107*, in *Sist. pen.*, 15 gennaio 2020.

sanitario, con notevoli difficoltà di *enforcement*, poiché il quadro normativo risultava carente degli strumenti per darvi attuazione. In concreto, nelle vicende citate, per i pazienti l'esito letale era giunto solo dopo ripetute e inascoltate richieste di interruzione delle terapie, insoddisfatte per l'asserita mancanza di un dovere di attivarsi a carico del medico e della struttura ospedaliera; addirittura, la morte di Giovanni Nuvoli era avvenuta soltanto quando la situazione era degenerata al punto di rendere necessario l'avvio di nutrizione e idratazione artificiali, che egli aveva potuto finalmente rifiutare.

La vincolatività nei confronti dei sanitari del rifiuto o della rinuncia alle cure è dunque un aspetto centrale della l. 219, che impone alcune precisazioni rispetto a strategie argomentative volte a metterne in discussione la portata.

Da un lato, una volta rifiutate le cure, il deteriorarsi delle condizioni di salute del paziente non può legittimare ulteriori interventi medici motivati con l'urgenza di proteggere la vita del paziente stesso, ora minacciata da un pericolo imminente. In altri termini, deve escludersi la pertinenza del richiamo all'art. 51 (*sub specie* di adempimento del dovere di cura) o all'art. 54 c.p.³⁹, norme la cui applicazione nei casi di specie avrebbe l'effetto di vanificare l'effetto pratico della nuova disciplina e l'effettività del diritto del paziente⁴⁰. L'elusione sarebbe evidente anche laddove si sostenesse che tali norme, paralizzate dal rifiuto delle cure opposto dal paziente fintantoché vigile, tornerebbero a operare non appena questi, a causa della sospensione delle cure, scivolasse in una condizione di incoscienza e dunque di incapacità, equiparabile a una normale urgenza terapeutica, così consentendo di prescindere dal consenso per legittimare l'intervento medico⁴¹. D'altra parte, le situazioni di emergenza sono disciplinate dalla l. 219 con una previsione *ad hoc* (comma 7 dell'art. 1), che non

³⁹ In realtà, nonostante la diffusa tendenza a richiamare l'art. 54, la dottrina più autorevole esclude la pertinenza dello stato di necessità nelle ipotesi di trattamento medico, anche urgente: cfr. VIGANÒ F., *art. 50*, in Dolcini E. – Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, IV ed., 2015, p. 846.

⁴⁰ Cfr. CANESTRARI S., *Rifiuto informato*, cit., p. 1908-1909; VALLINI A., *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del fine vita*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2016, p. 1143, che sottolinea come il giudizio di proporzionalità sotteso all'art. 54 c.p. dovrebbe risentire della prevalenza – espressa dal sistema già prima della l. 219 – della volontà del paziente quale esercizio di autodeterminazione sanitaria.

⁴¹ L'art. 8 della Convenzione di Oviedo ammette che si possa procedere a «qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata» quando il paziente non può dare il proprio consenso informato «in ragione di una situazione d'urgenza».

solo resta distinta dalle disposizioni che regolano il rifiuto di cure, quasi a segnare graficamente la diversità delle fattispecie, ma si preoccupa di ribadire la necessità del «rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla».

Gli stessi motivi impongono anche di non ritenere di per sé viziato, e dunque superabile, il dissenso eventualmente reiterato dal paziente nello stato di prostrazione seguito all'interruzione delle terapie.

Può invece ritenersi che la l. 219 risolva, sul piano del diritto positivo, quella che in passato la dottrina⁴² aveva convincentemente qualificato come un'ipotesi di conflitto di doveri⁴³ avente ad oggetto beni diversi appartenenti a uno stesso soggetto, in cui si contrappongono in capo al medico il generale obbligo di tutela della salute del paziente (ovunque se ne rintracci il fondamento) e l'obbligo di rispettare la libertà e l'autodeterminazione terapeutica del medesimo, astenendosi da trattamenti consapevolmente rifiutati. A quest'ultimo la l. 219 – attraverso la previsione in esame – assegna oggi prevalenza *expressis verbis*, peraltro recependo la conclusione che dottrina e giurisprudenza dominanti già ricavavano dai principi⁴⁴.

2.2.2.1. Possibili eccezioni.

Devono essere respinti gli argomenti che per ridurre il grado di cogenza della volontà del paziente nei confronti del medico ravvisano un appiglio nello stesso testo della l. 219.

In primo luogo, solleva dubbi la proposizione normativa, contenuta nel comma 6 dell'art. 1, secondo cui il paziente «non può esigere trattamenti sanitari contrari a norma di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi

⁴² Così, VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, p. 523 ss.

⁴³ *Amplius*, su tale categoria, Capitolo III.

⁴⁴ Cfr. il quadro di sintesi in VIGANÒ F., *art. 50*, in Dolcini E. – Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., 2015, p. 851 ss. Lo stesso Autore aveva sostenuto la tesi poi affermata già in *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 528.

professionali»⁴⁵.

Anzitutto, poiché sia dalla deontologia professionale sia dalle vigenti norme penali a tutela della vita deriverebbe l'illiceità della condotta del medico che a qualsiasi titolo cooperi a procurare attivamente la morte del paziente, secondo una certa visione⁴⁶ la norma citata non comporterebbe la vincolatività della richiesta di interruzione dei trattamenti in corso quando la sua esecuzione – come spesso accade – implicasse un comportamento attivo.

In realtà, una corretta interpretazione dovrebbe primariamente valorizzare un canone di coerenza interna, in forza del quale non sarebbe ragionevole che la l. 219 si dichiarasse sussidiaria rispetto ad altre fonti nel giudizio di liceità proprio su quelle condotte – l'astensione o l'interruzione delle cure – che essa stessa provvede a regolare, configurandole come doverose.

Inoltre, data la genericità della clausola di salvezza, si potrebbe sostenere che sul piano dei rapporti tra fonti la l. 219 debba prevalere su altre norme di rango primario in base al criterio temporale e al criterio di specialità.

Per quanto concerne il codice di deontologia medica, invece, non solo è insostenibile affermarne la prevalenza su norme di legge⁴⁷, ma il tenore delle previsioni rilevanti in esso contenute pare anche formalmente compatibile con i principi e il dettato della l. 219: l'art. 35 comma 2 stabilisce infatti il divieto di intraprendere o proseguire interventi terapeutici «in presenza di dissenso informato», senza distinguere a seconda della natura, salvavita o meno, del trattamento.

Pertanto, un divieto come quello in esame, per quanto di incerto significato, sembra avere piuttosto carattere ricognitivo di limiti già previsti dall'ordinamento⁴⁸ – che, come del resto ovvio, restano fermi in mancanza di modifiche apportate dalla l. 219. Considerato che il divieto riguarda la materia dei trattamenti sanitari in generale, si può fare l'esempio della richiesta di

⁴⁵ Paventa il rischio che la norma avalli interpretazioni tali da «consentire al medico di non rispettare la volontà del paziente» LIBERALI B., *Prime osservazioni*, cit., p. 272.

⁴⁶ Cfr. EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 421.

⁴⁷ Giudica «non felice» l'accostamento della fonte legale alle regole deontologiche S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 11.

⁴⁸ Cfr. ADAMO U., *Il vuoto colmato*, cit., p. 130 (a proposito delle disposizioni anticipate di trattamento, i cui limiti di sono stabiliti dall'art. 4 comma 5 *per relationem* all'art. 1 comma 6 della l. 219).

accesso a terapie non fondate su evidenze scientifiche (si pensi al “caso Stamina”⁴⁹); in relazione al fine vita, invece, si ipotizza che il legislatore intendesse riferirsi a pratiche di aiuto a morire non coperte dalla patente di liceità della l. 219⁵⁰, tuttora sanzionate dalla legge penale e contrarie a espresse previsioni del codice di deontologia medica (in particolare all’art. 17, secondo cui non è consentito «anche su richiesta del paziente» compiere «atti finalizzati a provocarne la morte»).

Oggi, peraltro, tanto a proposito dei limiti di carattere deontologico che di quelli di natura legale, occorre coordinare la disposizione in esame con la sopravvenuta creazione di un’area di “non punibilità” delle condotte di aiuto al suicidio da parte della sentenza 242/2019 della Corte costituzionale e dal corrispondente esonero di responsabilità sul piano disciplinare per il medico che presti il proprio contributo⁵¹; con la doverosa precisazione per cui rispetto a tale ipotesi sembra comunque permanere la non vincolatività della richiesta, sebbene non più per l’illiceità della condotta ma per ragioni legate – da un lato – alla facoltà per il medico di esercitare l’obiezione di coscienza (in quell’ambito espressamente prevista dalla Corte costituzionale, a differenza della l. 219: v. *infra*) e – dall’altro – al mancato riconoscimento al paziente di un “diritto di morire” in grado di fondare una pretesa verso terzi (v. Capitolo II).

2.2.2.2. (segue) È configurabile una obiezione di coscienza?

Confutato questo primo tentativo di ridimensionamento, tuttavia, la medesima disposizione contenuta all’art. 1 comma 6 potrebbe recare in sé, a causa della sua ambigua formulazione, il germe di un ulteriore limite al

⁴⁹ Sui rapporti tra terapie scientificamente non comprovate, autodeterminazione e doveri del medico si rinvia alle articolate considerazioni di CACACE S., *A proposito di scienza e diritto: il «caso Stamina» (ma non solo). Libera scelta della cura e tutela della salute: là dove il dovere del medico si arresta*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2016, p. 109 ss.

⁵⁰ Cfr. CUPELLI C., *Consenso informato*, cit., p. 14.

⁵¹ Il venir meno dell’assolutezza del divieto penale di aiuto al suicidio si è tradotta anche in una modifica della norma rilevante del codice deontologico: si vedano gli indirizzi applicativi relativi all’art. 17 approvati il 6 febbraio 2020 dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri.

concreto dispiegarsi della volontà del paziente di lasciarsi morire: essa rappresenta infatti la base normativa su cui una parte della dottrina, come ora vedremo, all'indomani dell'intervento del legislatore ha ritenuto di poter fondare l'ammissibilità di un'obiezione di coscienza da parte del medico.

A rigore, nulla dispone la l. n. 219/2017 in relazione a una possibile obiezione di coscienza del personale sanitario chiamato a dare attuazione alla volontà del paziente.

In passato, anche gli autori che affermavano convintamente la liceità dei fatti di interruzione delle terapie salvavita escludevano la doverosità di tale condotta⁵²: una posizione probabilmente condizionata anche dal fatto che, una volta faticosamente rintracciato per via ermeneutica il fondamento del diritto di rifiutare le cure, la mancanza di chiari riferimenti normativi rendeva assai arduo, *de iure condito*, spingersi oltre, tantopiù trattandosi di coinvolgere e comprimere la sfera di libertà di una persona diversa dal paziente. In questo scenario, è interessante notare l'emergere di un parallelismo con la ricostruzione in termini attivi oppure omissivi della condotta del medico: se taluni si dichiaravano favorevoli all'obiezione di coscienza proprio sul presupposto che l'interruzione di un trattamento in corso integrerebbe un *facere*⁵³, altri ne escludevano la configurabilità leggendo la vicenda di sospensione delle cure sempre in termini omissivi⁵⁴.

Dopo l'entrata in vigore della l. 219, si è rafforzata l'opinione contraria

⁵² Cfr. CANESTRARI S., *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 764-765 e già SEMINARA S., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 696, secondo cui la necessità di riservare al medico uno spazio di libertà secondo coscienza avrebbe reso problematico configurare a beneficio del paziente un «vero e proprio diritto, giuridicamente azionabile» (problema risolto in ogni caso positivamente dalla l. 219).

⁵³ Così DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 3/2007, p. 914. La stessa posizione si ritrova chiaramente espressa nel parere del 2008 del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, cit., p. 17, che ricollegava il «diritto di astensione» alle situazioni in cui per accogliere la richiesta del paziente «siano necessari un'azione o comunque un intervento positivo da parte del medico e della sua équipe (ad esempio lo spegnimento di un macchinario che garantisca la sopravvivenza del paziente)».

⁵⁴ Cfr. CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 5/2008, p. 1830-1831, anche per una citazione testuale della relazione di VIGANÒ F., *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, all'incontro di studi organizzato dal CSM su «Autodeterminazione, diritto alla vita, eutanasia e tutela prenatale», Agrigento, 23 settembre 2007.

all'ammissibilità dell'obiezione di coscienza⁵⁵, facendo leva – oltre che sull'argomento *ubi lex noluit, tacuit* – su un'interpretazione sistematica della disciplina. In un'ottica sensibile a esigenze di effettività si valorizza, da un lato, il ruolo centrale che i principi e adesso la legge attribuiscono al diritto di autodeterminazione del paziente e, dall'altro lato, si osserva come, secondo lo spirito della legge, la decisione con cui il paziente esercita il proprio diritto maturi pur sempre nel contesto di una relazione di cura e di fiducia con il sanitario. Inoltre, viene dato risalto alla circostanza per cui nelle situazioni oggetto di disciplina non sussisterebbe quell'esigenza di bilanciamento con i diritti fondamentali di altri soggetti che invece si pone, ad esempio, in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

Il quadro delle opinioni non è però uniforme, e anche tra chi nega l'esistenza di un "diritto" all'obiezione di coscienza si sostiene talora l'opportunità di riconoscere «la facoltà di astenersi da effettuare condotte attive doverose immediatamente causali rispetto all'evento morte, qualora siano da loro avvertite come contrarie alle proprie concezioni etiche»⁵⁶.

Anche in queste sfumature si coglie tra gli interpreti la tendenza – già evidenziata e che ritroveremo più volte in questo studio – a elaborare soluzioni di disciplina differenziate a seconda della qualificazione della condotta del medico come omissiva o attiva e della sua incidenza sul decorso causale che porta alla morte del paziente⁵⁷.

Non mancano, d'altro canto, voci apertamente favorevoli all'obiezione di coscienza⁵⁸.

⁵⁵ Cfr., anche per gli argomenti riportati di seguito nel testo, CANESTRARI S., *La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 11-12; BORSELLINO P., *"Biotestamento"*, cit., p. 802.

⁵⁶ CANESTRARI S., *La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 12.

⁵⁷ Così, ad esempio, se per Canestrari, come appena visto, la eccezionale facoltà di astensione del medico trova motivo nella specificità delle condotte attive (sul presupposto che a questa classe debba ricondursi l'interruzione dei trattamenti), la posizione di totale chiusura espressa da Borsellino si fonda anche su una premessa opposta, assumendosi che anche in caso di sospensione del trattamento « a "causare" la morte non sono i trattamenti omessi o sospesi ma, in concomitanza con l'evolvere della patologia, il giungere a compimento del processo del morire».

⁵⁸ Cfr. EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 421-423, che ravvisa nella facoltà di obiezione di coscienza un principio qualificante della professione medica, che, laddove finalizzata a tutelare un bene avente rango di diritto umano fondamentale, sarebbe desumibile direttamente dalla Costituzione anche in assenza di legge ordinaria (ferma la possibilità, secondo l'Autore, di argomentare in tal senso alla luce del coordinamento tra art. 1 comma 6 l. 219 e art. 22 del codice di deontologia medica).

Per queste, un possibile aggancio normativo⁵⁹ è dato appunto dalla previsione della non vincolatività della richiesta, da parte del paziente, di trattamenti contrari (oltre che alla legge) alla deontologia, alla luce del fatto che il codice deontologico contiene a sua volta una clausola aperta (art. 22) che consente al medico di rifiutare la propria opera rispetto a prestazioni “in contrasto con la propria coscienza”.

Alla luce di tali incertezze, nell’ottica dell’effettività del diritto del paziente di rifiutare le cure, anche mediante interruzione di un trattamento in corso, si apprezza il valore tanto simbolico quanto pratico della previsione di cui al comma 9 dell’art. 1⁶⁰: con tale disposizione il legislatore si è premurato di precisare che la «corretta attuazione dei principi» della disciplina dovrà essere garantita da «ogni struttura sanitaria pubblica o privata [...] con proprie modalità organizzative». Quali misure concrete, il testo della legge menziona quelle dirette ad assicurare «l’informazione necessaria ai pazienti» e «l’adeguata formazione del personale», ma non c’è motivo per considerare tale elencazione tassativa: non solo potrebbe ritenersi che i corsi di formazione debbano essere volti a rendere edotti i medici dell’obbligo normativo di rispettare in ogni caso la volontà del paziente; ma, anche ad ammettere l’obiezione di coscienza, ci sembra possibile sostenere che gravi almeno sulla struttura l’obbligo di mettere a disposizione dei pazienti un congruo numero di medici “non obiettori”⁶¹.

2.2.3. Gli obblighi accessori del medico.

In aggiunta alle garanzie che presidiano la corretta formazione del rifiuto di cure e l’espresso dovere del medico di attenersi alla scelta del paziente, la l. 219 è percorsa da un’ulteriore direttrice normativa che può parimenti leggersi

⁵⁹ Lo riconosce, sia pure senza concordare con la conclusione del ragionamento, anche C. CUPELLI C., *Consenso informato*, cit., p. 22.

⁶⁰ Una posizione più scettica si ritrova in LIBERALI B., *Prime osservazioni*, cit., p. 270.

⁶¹ Così in particolare PIZZETTI F.G., in AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, in *BioLaw Journal*, 1/2018, p. 59-60.

nel senso del rafforzamento dell'effettività del diritto a lasciarsi morire.

Questo tratto si coglie nell'ambito del fenomeno, segnalato dalla dottrina⁶², della rimodulazione dei doveri gravanti sul medico a seguito del rifiuto di cure.

Già prima della l. 219 gli studiosi avvertivano che ravvisare nel dissenso del paziente un limite alla posizione di garanzia del medico non potesse comportare per quest'ultimo, in caso di rinuncia ai trattamenti, anche salvavita, un'abdicazione totale ai propri compiti professionali⁶³.

La nuova legge enuncia in maniera espressa alcuni succedanei del dovere di cura "in senso stretto"⁶⁴. Si prevedono, accanto al supporto nella fase decisionale, sia obblighi di contenuto informativo (circa l'evoluzione delle sue condizioni di salute e sulle ulteriori scelte da compiersi) sia doveri di cura "in senso lato" («ogni azione di sostegno al paziente»), comprensivi di assistenza anche sul fronte psicologico.

2.2.4. Terapia del dolore e cure palliative.

Tra questi rientra, con un'innovativa previsione (art. 2, comma 1), il dovere del medico di «adoperarsi per alleviar[e] le sofferenze», tramite la messa a disposizione di una «appropriata terapia del dolore». Oggetto di una scelta concordata con il paziente, nei casi di dolore incoercibile («sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari»), può essere anche quella particolare forma di cura palliativa rappresentata dalla sedazione profonda (art. 2, comma 2).

È importante notare che l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore era già sancito come «diritto» dal legislatore (l. 15 marzo 2010, n. 38), che ne include l'erogazione tra i livelli essenziali di assistenza e ne detta una articolata disciplina amministrativa.

La l. 219 anche da questo punto di vista "chiude il cerchio": al diritto del paziente si correla ora il *dovere* del medico (e non solo della struttura), peraltro

⁶² Cfr. CUPELLI C., *Consenso informato*, cit., p. 16.

⁶³ Cfr. VIGANÒ F., sub *art. 50*, cit., p. 855.

⁶⁴ Per una panoramica completa si veda CUPELLI C., *Consenso informato*, cit., p. 17.

in esplicita associazione alle ipotesi di rifiuto o revoca del consenso alle cure.

Invero, se resta senz'altro valido quanto già affermato in generale dalla l. 38/2010 – per cui terapia del dolore e cure palliative sono funzionali ad assicurare «il rispetto della dignità e dell'autonomia» della persona, oltre al suo «bisogno di salute» – i medesimi principi ci sembrano assumere una valenza pregnante proprio nei casi di rinuncia alle cure, in particolare a quelle salvavita.

Prospettando una strada il più possibile libera dal dolore, il legislatore contribuisce a garantire effettività al diritto di autodeterminazione. Ciò sotto un profilo almeno duplice.

Anzitutto, la decisione di non curarsi e lasciarsi morire sarebbe fortemente scoraggiata laddove il paziente, come “costo” della scelta, fosse costretto a sopportare un carico di dolore aggiuntivo. Al contrario, l'obiettivo della l. 219 sembra essere, tra gli altri, quello di rendere la rinuncia alle cure, sul piano della sofferenza, un'opzione equivalente, e non deteriore, rispetto alla prosecuzione del trattamento⁶⁵.

Quanto detto non comporta che la liberazione dalle sofferenze sia un incentivo a optare per la rinuncia alle cure salvavita, rendendola maggiormente appetibile rispetto all'ipotesi contraria; piuttosto, essa rafforza la libertà del paziente sul piano delle alternative percorribili, che ne escono arricchite, ferma la massima discrezionalità del paziente nella scelta tra di esse.

Oltre a rendere concretamente praticabile la decisione assunta, poi, una condizione libera da sofferenze rappresenta una garanzia aggiuntiva per la autenticità della scelta stessa.

È questo secondo profilo a essere stato particolarmente valorizzato, di recente, dalla Corte costituzionale e dalla dottrina, laddove hanno insistito sull'importanza dell'effettività nell'accesso alla terapia del dolore e alle cure palliative come irrinunciabile presupposto per la validità della volontà di morire, soprattutto (ma non solo) di quella che si manifesta sotto forma di richiesta di aiuto al suicidio.

Questo nesso è stato efficacemente reso dall'ordinanza 207/2018, quando afferma che «il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe

⁶⁵ Osserva VALLINI A., *Pianificazione delle cure*, cit., p. 1151 (prima della l. 219) che l'intervento palliativo costituisce un «atto egualmente terapeutico» che è in grado di surrogare il trattamento precedente, la cui interruzione «non ha più niente a che fare con l'abbandono».

costituire [...] un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente».

Una concezione in parte diversa sembra emergere dalle motivazioni della sentenza 242/2019, secondo cui il senso della garanzia delle cure palliative deriverebbe dal fatto che essa (come la terapia del dolore, possiamo aggiungere) «si presta [...] a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita».

Qui la Corte sta sostenendo che la liberazione dalle sofferenze fa venire meno una spinta motivazionale determinante della scelta di lasciarsi morire, sul presupposto che questa si formi «spesso» nella mente del malato in conseguenza di un dolore non più sopportabile e rispetto al quale non si vedono più vie di fuga.

Nella visione della Corte, quindi, la liberazione dalle sofferenze sarebbe funzionale a incidere sul *contenuto* della decisione finale: garantire l'accesso alla terapia del dolore finisce per disincentivare le richieste di aiuto al suicidio (e, per estensione, il rifiuto di cure salvavita).

Si tratta di una considerazione che la sentenza stessa ammette essere frutto di una generalizzazione non sempre verificata, ma che pare in generale condivisibile alla luce della realtà empirica. Al contempo, essa è coerente con l'impostazione adottata dalla Corte individuando il fondamento della liceità dell'aiuto al suicidio nella sofferenza del malato e nell'interesse di questo a liberarsene anche al costo della vita (sicché, una volta venuta meno la sofferenza, la richiesta di morire sarebbe priva di una "causa" adeguata).

Ci pare tuttavia che questa lettura finisca per attenuare il collegamento tra terapia del dolore e autodeterminazione del paziente, o che comunque ne dia una lettura non completa.

Se la messa a disposizione di un percorso di cure volte a liberare il paziente dalle sofferenze può certamente disincentivare la volontà di morire del paziente, si è visto però che essa potrebbe essere compatibile con un esito contrario, ad esempio perché rimuove un ostacolo al chi desideri morire.

Le due affermazioni non sono in contraddizione, perché – ci sembra – possono essere spiegate come corollari di una medesima idea di fondo. Eliminare o quantomeno ridurre le sofferenze è uno sforzo (dello Stato e del medico) volto indubbiamente a tutelare la salute dell'individuo, ma che ad

avviso di chi scrive svolge anche la funzione di salvaguardarne la libertà di scelta in materia di trattamenti sanitari e, più in generale, di fine vita: una volontà genuina alla base della rinuncia di continuare a vivere (per interruzione delle cure o per aiuto di terzi) postula la libertà dal dolore, che di regola esercita una grande forza distorsiva. La disponibilità effettiva di un percorso analgesico e palliativo dovrebbe essere considerato quindi un presupposto necessario ai fini della validità della decisione di morire⁶⁶.

L'effetto, tuttavia, non dovrebbe essere considerato esclusivamente quello di instradare la volontà del paziente verso un esito predefinito, che così finirebbe per essere imposto all'individuo anche contro la sua volontà. Piuttosto, anche questa misura si può meglio comprendere e giustificare nell'ottica della protezione dell'autonomia del paziente stesso, come strumento per contrastare un notevole fattore di perturbamento. Resta fermo, però, che il modo in cui l'individuo sceglierà di esercitare la propria (autentica) libertà rimane aperto, non predeterminato, potendo allora entrare in gioco altri criteri.

Il fatto che la persona non provi dolore non sembra privarla della legittimazione ad autodeterminarsi: ciò è evidente nei casi regolati dalla l. 219, dove la decisione di lasciarsi morire non è subordinata a nessun requisito di tal genere, ma – come vedremo nel Capitolo II – non è inconcepibile che lo stesso principio possa essere esteso alle richieste di aiuto a morire.

Adottare una simile prospettiva significa schiudere il campo a una molteplicità di fattori, in grado di orientare la decisione del paziente nel confronto tra le alternative qui considerate (prosecuzione/interruzione dei trattamenti), sia tra queste e ulteriori possibilità di fine vita (aiuto al suicidio e, in prospettiva, eutanasia attiva).

Ad esempio, è importante precisare che l'intervento legislativo sembra rivolto a contrastare la sofferenza intesa come dolore fisico – quello che presenta una maggiore base oggettiva e su cui, del resto, è più semplice agire per via farmacologica. Ciò non impedisce che nella decisione possano a quel punto giocare un ruolo determinante altri fattori di stampo più strettamente

⁶⁶ In questo senso, invece, la posizione assunta dalla Corte costituzionale italiana (pur con le precisazioni di cui nel testo) è da preferire a quanto affermato sul punto dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza sull'aiuto al suicidio, che invece si sarebbe limitata a ravvisare nei trattamenti palliativi una semplice «alternativa "prospettabile"» rispetto alla scelta del paziente di darsi la morte: cfr. CANESTRARI C., *Ferite dell'anima*, cit., p. 47.

soggettivo, tra cui – in modo non contraddittorio – la sofferenza *psichica*⁶⁷, intesa come il peso psicologico derivante dall'essere costretti in una condizione di vita che egli ritiene (per utilizzare espressioni diffuse) "intollerabile" o "non rispondente alla propria concezione di dignità".

Un'impostazione, questa, assai più aperta a un pluralismo etico, che si sposa con una prospettiva incline a rimettere integralmente alla persona l'individuazione dei motivi per cui congedarsi anticipatamente dalla vita: motivi che la terapia del dolore e le cure palliative potrebbero non rimuovere, ma che consentono al paziente di valutare con più autentica libertà.

2.3. La proiezione temporale del diritto: le disposizioni anticipate di trattamento (d.a.t.).

La prestazione del dissenso da parte di un paziente attualmente capace è oggi solo una delle modalità con cui il paziente può esercitare il proprio diritto a rifiutare trattamenti sanitari, anche salvavita.

Uno dei profili maggiormente innovativi della l. 219 consiste infatti, per opinione unanime, nell'aver positivizzato e disciplinato nel dettaglio un istituto che consente di dare rilevanza ultrattiva alla volontà manifestata prima che insorgesse la situazione in cui è necessario acquisire il consenso: le disposizioni anticipate di trattamento (di seguito, d.a.t.).

Il problema pratico che le d.a.t. risolvono è chiarito nell'art. 4, comma 1, della legge: si tratta delle ipotesi in cui una persona intende esprimere «le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari», manifestando il consenso o il rifiuto rispetto a tutti o ad alcuni di essi, «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi».

Il risultato è una scissione temporale tra manifestazione e attuazione della volontà, con cui il soggetto esercita "ora per allora" il proprio diritto di

⁶⁷ Sottolinea che questo aspetto, dal punto di vista empirico, sostenendo che «le cure palliative possono attenuare la sofferenza fisica, ma non quella psicologica», e che pertanto «ci sono tante ragioni [...] per cui una persona può scegliere di non soffrire più, psicologicamente, pur potendo accedere alle cure palliative», MANIACI G., *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, 1/2019, p. 295.

autodeterminazione, dando luogo a un fenomeno che – con terminologia tradizionale e tuttora diffusa – viene talora denominato “testamento biologico”, sebbene numerose siano le differenze rispetto al richiamato istituto di diritto successorio⁶⁸.

Il difetto di attualità della volontà e i suoi corollari – l'impossibilità di prevedere esattamente le circostanze future, di assumere rispetto ad esse decisioni adeguatamente informate e di revocare la dichiarazione una volta sopravvenuto lo stato di incapacità – erano stati in passato spesso richiamati per negare efficacia al rifiuto anticipatamente espresso dal paziente⁶⁹, magari in tempi anche molto remoti⁷⁰.

Oggi, il legislatore parifica le d.a.t. alla volontà attuale sia sul piano dei contenuti che della efficacia vincolante nei confronti del medico, disciplinandole come «un'estensione logica del principio del consenso»⁷¹.

Sotto il primo aspetto, si ammette anzitutto la possibilità di esprimere «il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari», in cui – coordinando la disposizione con l'art. 1, comma 5 – devono ritenersi compresi anche i trattamenti salvavita e di conseguenza, tra questi, nutrizione e idratazione artificiali⁷²; d'altra parte, non avrebbe senso che tramite d.a.t. il paziente potesse esigere trattamenti consentiti se richiesti nell'attualità, pertanto restano fermi i limiti già visti desumibili da altre disposizioni di legge o dalle regole deontologiche.

Dal secondo punto di vista, il valore delle d.a.t. non è meramente orientativo, ma di regola (v. *infra*) obbliga i sanitari al loro rispetto (art. 4, comma

⁶⁸ Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, Studio n. 136-2018, p. 15.

⁶⁹ Cfr. NICOLUSSI A., *Testamento biologico e problemi del fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 2/2013, p. 484 ss. Per un quadro delle obiezioni tradizionalmente addotte contro le manifestazioni anticipate di volontà cfr. BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 184 ss.

⁷⁰ D'altra parte, anche la dottrina favorevole ad assegnare rilevanza alle manifestazioni anticipate di volontà riconosce che queste appariranno tanto più simili a una espressione di autodeterminazione piena e attuale (e dunque, può ritenersi, tanto più "accettabili" nel loro contenuto dispositivo) quando «formulate da soggetti che si trovano già in una condizione di malattia, proprio grazie alla loro contestualizzazione»: cfr. BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 193.

⁷¹ ADAMO U., *Il vuoto colmato*, cit., p. 118.

⁷² Sottolinea questo aspetto CANESTRARI S., *La legge n. 219*, cit., p. 12.

5, che pure riproduce a beneficio di costoro la previsione del conseguente esonero da responsabilità civile e penale): eloquente la scelta lessicale del legislatore, atteso che il termine “disposizioni”, rispetto a quelli diffusi nel dibattito antecedente (“dichiarazioni”⁷³ o “direttive”⁷⁴), ha una indubbia connotazione prescrittiva.

L’avvenuto riconoscimento normativo non ha fatto cessare i malumori di parte della dottrina⁷⁵, accentuati dalla circostanza per cui la validità delle d.a.t. non è stata subordinata a limiti temporali né all’esigenza di rinnovi periodici.

La tesi accolta dal legislatore si può giustificare alla luce della prospettiva secondo cui il requisito della attualità deve essere interpretato in senso «logico e non meramente cronologico-temporale»⁷⁶ e in forza dell’opportunità di dare prevalenza, dotandola di un’adeguata veste giuridica, a una scelta pur sempre riconducibile alla volontà del paziente rispetto a una decisione in materia di fine vita che altrimenti sarebbe presa da soggetti terzi⁷⁷. La preoccupazione che le convinzioni della persona in ordine al proprio fine vita possano cambiare nel tempo risulterebbe soddisfatta dal riconoscimento della facoltà di modifica o revoca delle d.a.t., e in ogni caso sarebbe da considerare recessiva rispetto all’esigenza di garantire l’esercizio di un diritto fondamentale – come il diritto di autodeterminazione – in tutte le fasi dell’esistenza, nonostante la perdita di coscienza⁷⁸. Né la c.d. pianificazione concordata delle cure di cui all’art. 5 della l. 219⁷⁹ – un programma terapeutico e assistenziale condiviso dal medico e dal

⁷³ Questa la dicitura – neutrale – adottata da COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA nel parere *Dichiarazioni anticipate di trattamento* del 18 dicembre 2003.

⁷⁴ Così BORSELLINO P., *Bioetica tra “moralì” e diritto*, cit., p. 179 ss., che all’indomani della l. 219 (EAD., *Biotestamento*, cit., p. 799) afferma peraltro di considerare il termine “direttive” come «sinonimo» di “disposizioni”.

⁷⁵ Per una ribadita sottolineatura del carattere intrinsecamente inattuale delle d.a.t. cfr. EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 431.

⁷⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., p. 13.

⁷⁷ Cfr. ADAMO U., *Il vuoto colmato*, cit., p. 123-124.

⁷⁸ Per queste riflessioni cfr. BORSELLINO P., *Bioetica tra “moralì” e diritto*, cit., p. 191; più in generale, per tutte le possibili repliche agli argomenti contrari alla ammissibilità di d.a.t., cfr. *ibidem*, p. 187 ss.

⁷⁹ Per dettagli sull’istituto e per una visione ottimistica sulle prospettive offerte da una sua adeguata valorizzazione cfr. CASONATO C., “Taking sick rights seriously”: *la pianificazione delle cure come paradigma di tutela delle persone malate*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 947 ss.

paziente affetto da patologia cronica o a progressione infausta *già in corso*⁸⁰ – può essere considerata risolutiva: sebbene il ricorso ad essa venga generalmente auspicato in dottrina⁸¹ per l'intrinseca "contestualizzazione" della decisione in una condizione di malattia, le fattispecie indicate dalla legge con tutta evidenza non esauriscono i casi (quali la caduta in stato vegetativo per eventi acuti e imprevedibili) rispetto ai quali sussiste l'esigenza di assicurare alla persona il controllo sui trattamenti sanitari che, pur incosciente, potrà ricevere.

In ogni caso, occorre sempre rilevare come il legislatore non abbia ignorato i problemi sottostanti a queste fattispecie, ma si sia premurato di circondare il nuovo istituto di una serie di cautele, condizionando l'efficacia delle d.a.t. al ricorrere di diversi presupposti, più rigorosi rispetto alle ipotesi di manifestazione di un dissenso attuale. La finalità sembra quella di raggiungere il miglior equilibrio tra le istanze di libertà e le esigenze di tutela dell'autenticità del volere in situazioni che presentano una loro innegabile peculiarità⁸²; ciò non toglie che, come vedremo, le norme in questione possano costituire un limite anche significativo all'autodeterminazione del paziente, nell'interpretazione data da chi ancora manifesta avversione nei confronti dell'istituto.

2.3.1. Limiti o garanzie dell'autodeterminazione? I requisiti di validità tra oneri formali e procedurali.

Anzitutto, il legislatore esige – oltre a quelli soggettivi: maggiore età e capacità di intendere e di volere – alcuni requisiti di efficacia che si traducono

⁸⁰ Sottolinea questo aspetto, smentendo possibili letture alternative, VERONESI P., in AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 67

⁸¹ Convergono sul punto, pur muovendo da prospettive opposte circa la forza delle manifestazioni anticipate di volontà, BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralità" e diritto*, cit., p. 193, ed EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 431. In una prospettiva di grande *favor* per l'autodeterminazione, cfr. anche VALLINI A., *Pianificazione delle cure*, cit., p. 1151, il quale, esprimendosi prima della l. 219, rilevava – a margine di un documento della Siaarti relativo al trattamento del paziente cronico in fase terminale – che attraverso la pianificazione anticipata delle cure nel contesto di una relazione «condivisa e progressiva» con i sanitari «si ridimensiona oltremodo il rischio di valorizzare una pseudo-libertà del paziente».

⁸² Un «buon» punto di equilibrio giudica BORSELLINO P., *"Biotestamento"*, cit., p. 800, quello raggiunto dalla l. 219 tra l'obiettivo di garantire la riferibilità delle d.a.t. all'interessato e quello di evitare una «"ingessatura" in forme eccessivamente rigide».

nell'imposizione di altrettanti oneri a carico del singolo.

Un primo onere ha natura conoscitiva, poiché già l'art. 4, comma 1 esige che per poter formulare d.a.t. la persona abbia in precedenza «acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte». Peraltro la legge non precisa se il paziente debba avvalersi di un aiuto qualificato (ricorrendo alla consulenza del medico curante o addirittura di uno specialista) oppure possa provvedere anche in via autonoma (ad es., attraverso semplici ricerche su internet)⁸³: le varie alternative sottendono equilibri anche molto diversi tra garanzie di competenza e affidabilità da un lato, praticità e snellezza dall'altro (con il problema, in questo caso, di come provare l'adempimento dell'onere). La prima soluzione pare preferibile alla luce della finalità di assicurare una manifestazione di volontà libera e consapevole, che – nella già illustrata prospettiva del legislatore – può compiutamente realizzarsi non quando la decisione è presa in un contesto solitario, bensì quando matura nel confronto dialettico con un medico⁸⁴. Né questo sembra un irragionevole appesantimento del percorso decisionale, dato che la medesima dinamica, con la previsione di un preventivo obbligo informativo a carico dei sanitari, si riscontra in caso di dissenso espresso nell'attualità⁸⁵.

Si tratta di un incombente non trascurabile, dal momento che il suo mancato assolvimento – in quanto tale o per gli effetti che produce sulla manifestazione di volontà – potrebbe ridondare nella “incongruità” delle d.a.t.⁸⁶, che ai sensi dell'art. 4, comma 5 rappresenta una causa di non

⁸³ Sulle diverse possibilità cfr. PIZZETTI F.G., in AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 55.

⁸⁴ Decisamente favorevole a questa soluzione EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 431-432, che, dopo aver criticato il difetto di chiarezza della l. 219 sul punto, alla luce della centralità del momento informativo per l'esercizio di autodeterminazione in materia sanitaria sostiene l'opportunità di una «attestazione ad opera di un medico competente in merito all'avvenuta informazione» del paziente intenzionato a redigere le d.a.t. La necessità di una «traccia documentale» è richiesta peraltro dal codice di deontologia medica (art. 38).

⁸⁵ Secondo PIZZETTI F.G., in AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 55, lo standard da rispettare ai fini delle d.a.t., in termini di quantità e specificità delle informazioni, sarebbe peraltro inferiore a quello necessario per la volontà attuale, dovendosi assumere come riferimento una situazione solo ipotetica.

⁸⁶ Ritieni ad esempio ADAMO U., *Il vuoto colmato*, cit., p. 140-141, che acquisire da un medico le informazioni necessarie non sia un presupposto necessario per la vincolatività delle d.a.t., ma rientri nell'autoresponsabilità del paziente e che carenze in questa fase – senza automatismi – possano rilevare solo indirettamente, inficiando la chiarezza del documento e dunque riverberandosi in un possibile vizio di “incongruità” (v. *infra*).

vincolatività per il medico (*v. infra*).

Un secondo onere è di carattere formale (art. 4, comma 6). La disciplina si distanzia significativamente da quanto previsto per i casi di dissenso attuale, che come visto è del tutto deformalizzato, salva la necessaria documentazione (che però non ha alcun valore costitutivo): qui invece il legislatore prescrive quella che sembra doversi considerare a tutti gli effetti una forma *ad substantiam*, richiesta non solo in sede di prima redazione ma anche in caso di aggiornamento e di revoca. È plausibile ritenere che nella disciplina dell'istituto convergano entrambe le funzioni tradizionalmente associate ai requisiti di forma, ossia quella di assicurare certezza giuridica anche agli occhi dei terzi nonché quella di richiamare l'attenzione dello stesso interessato sull'importanza di un atto destinato a spiegare i suoi effetti in un imprecisato momento del futuro.

Questo approccio legislativo si rivela problematico nella misura in cui può generare un eccesso di «burocratizzazione»⁸⁷, in ipotesi tale da scoraggiare questa modalità di esercizio *pro futuro* dell'autodeterminazione.

Il rischio è in realtà stemperato alla luce del fatto che il legislatore ha prefigurato una serie di forme equipollenti⁸⁸, tra cui compare anche quella, più facilmente accessibile, della scrittura privata da consegnare di persona presso l'ufficio di stato civile del comune (o presso le strutture ospedaliere, nelle regioni che hanno attivato il fascicolo sanitario elettronico: cfr. art. 4, comma 7). Si ammette inoltre, con clausola aperta, che a seconda delle condizioni del paziente si faccia ricorso a «videoregistrazione o dispositivi che consentono alla persona con disabilità di comunicare». Questo *minimum* di formalismo pone a carico del paziente un onere limitato, nella misura necessaria ad assicurare una idonea documentazione della volontà della persona in vista di un momento in cui sarà più capace di reiterarla, essendo così maggiormente esposta al rischio di alterazioni⁸⁹.

⁸⁷ Un rischio paventato ancor prima dell'approvazione definitiva della l. 219 da CASONATO C., *A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del re*, in *Rivista il Mulino online*, 21 aprile 2017.

⁸⁸ Lo osserva ADAMO U., *Il vuoto colmato*, cit., p. 122, secondo il quale attraverso tale previsione «ci si avvicina molto alla libertà di forma».

⁸⁹ In questo senso, condivisibilmente, ROSSI S., *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *lacostituzione.info*, 22 aprile 2017.

Frutto di ponderazione ci sembra anche la regola dettata in materia di revoca. La sottoposizione della revoca a un requisito formale risponde probabilmente alla finalità di tutelare la stabilità della volontà del paziente, escludendo una volta per tutte la rilevanza di comportamenti concludenti, che potrebbero prestarsi a interpretazioni assai opinabili. D'altra parte, sarebbe stato eccessivo vincolare indefettibilmente il paziente a una sua precedente dichiarazione se, al momento in cui il trattamento deve essere eseguito, è in grado di esprimere una volontà diversa ma non ci sono i tempi per manifestarla nelle forme prescritte: accade così che il legislatore attenui l'onere formale per le ipotesi di revoca nelle situazioni di «emergenza e urgenza» – in cui, deve ritenersi, il paziente sta per cadere in stato di incoscienza –, accontentandosi di una «dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni» (art. 4, comma 6, ultimo periodo).

In questa materia, il tradizionale principio della revocabilità *sine die* e *ad nutum* del consenso/dissenso da parte della persona cosciente dovrebbe portare con sé come corollario un principio di libertà delle forme. In condizioni normali questo principio viene sacrificato dal legislatore in nome di concorrenti esigenze di certezza – che, come visto, veicolano anche finalità di tutela dell'autonomia stessa della persona. Tuttavia, a fronte di circostanze straordinarie, quando ogni altra condotta sarebbe inesigibile, il bilanciamento si sposta di nuovo a favore della libertà; il formalismo residuo assume piuttosto una finalità probatoria e al tempo stesso si spiega ancora una volta come teso a garantire il rispetto dell'autonomia dell'individuo, scongiurando il rischio che il medico chiamato a intervenire sostituisca la propria scelta a quella del paziente, ormai impossibilitato a provare di aver espresso una diversa volontà.

2.3.2. Limiti o garanzie dell'autodeterminazione? Le ipotesi di non vincolatività.

Il valore delle d.a.t. è di regola vincolante, ma non assolutamente

inderogabile⁹⁰. Lo iato tra manifestazione e attuazione della volontà, combinato con la circostanza per cui quest'ultima avviene in una situazione in cui il paziente è incapace, ha consigliato al legislatore di attribuire al medico un margine di discrezionalità inedito, se confrontato con la pressoché indiscriminata doverosità del suo adempimento in caso di dissenso attuale.

Non si tratta di casi in cui la richiesta del paziente è contraria alla legge o alla deontologia, in cui già sarebbe escluso ogni obbligo a carico del medico. Vengono in rilievo, invece, ipotesi in cui la volontà espressa rientrerebbe tra quelle astrattamente eseguibili, ma per una serie di motivi diversi da quelli menzionati non può ricevere attuazione.

A ben vedere, le cause di non vincolatività delle d.a.t. (art. 4, comma 5) possono distinguersi in due tipologie.

Nel primo gruppo ricadono i casi di palese "incongruità" o "non corrispondenza alla condizione clinica attuale del paziente".

Mentre appare chiaro il significato di quest'ultima espressione, meno agevole è comprendere quando le d.a.t. possano dirsi «incongrue». Tra le spiegazioni proposte dai commentatori è stata avanzata la tesi per cui si tratterebbe del vizio che inficia le d.a.t. che si rivelano insufficienti o comunque inidonee a fornire indicazioni attendibili rispetto a una determinata situazione concreta⁹¹, come potrebbe avvenire – in modo paradigmatico – a causa di un non esatto adempimento dell'onere di previa acquisizione di informazioni da parte del disponente. Tantopiù considerato che, come visto, non è espressamente richiesto dalla legge l'intervento di un sanitario né in sede di redazione né di deposito delle d.a.t., si potrebbe pensare all'ipotesi in cui la persona – per mancanza di adeguate nozioni, per errori di comprensione o per l'impiego di un linguaggio non tecnico – abbia formulato disposizioni contraddittorie, illogiche o gravemente ambigue. Ad esempio, la disposizione "*rifiuto la rianimazione*" potrebbe trovare attuazione nel caso di paziente

⁹⁰ Il legislatore ha così accolto una soluzione – quella del carattere «non (assolutamente) vincolante, ma nello stesso tempo non (meramente) orientativo» delle DAT – già auspicata nel parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003, p. 13 ss., per ragioni legate all'esigenza di rispettare l'autonomia professionale del medico ma prima ancora la volontà del paziente stesso.

⁹¹ Questa la lettura che del parametro della "congruità" dà ADAMO U., *Il vuoto colmato*, cit., p. 146.

terminale o con una qualità di vita attesa particolarmente bassa, laddove sia chiaro che la persona abbia inteso un prolungamento delle proprie sofferenze; ma, se formulata *sic et simpliciter*, potrebbe essere ritenuta incongrua nel caso di paziente che per un evento acuto richieda un intervento di sostegno delle funzioni vitali solo temporaneo e destinato a essere seguito da una guarigione quasi totale⁹².

È possibile anche una diversa interpretazione, per cui le d.a.t. sarebbero da ritenersi incongrue quando le circostanze di fatto prefigurate dal disponente e gli assunti da questi poste alla base della propria decisione anticipata risultano smentite o non più sostenibili nel mondo in cui sarebbe necessario eseguire il trattamento. Il criterio della “incongruità” sarebbe così complementare a quello della “non corrispondenza”: mentre quest’ultimo avrebbe termini di riferimento di carattere medico-clinico, il primo consentirebbe di prendere in esame anche elementi di fatto di natura diversa, per valutarne il peso rispetto alla volontà del paziente come risultante dalle d.a.t. Così interpretato, il parametro in esame, se da un lato rappresenta una forma di tutela dell’autonomia individuale, consentendo di controllare la persistente adeguatezza della volontà espressa in passato a fronte di sopravvenienze impreviste o imprevedibili, dall’altro apre notevoli margini di giudizio da parte di terzi, alimentando controversie interpretative che possono arrivare a lambire l’incerto – ma insindacabile – territorio dei motivi. Un elemento che depone contro questa impostazione è dato dalla necessità di leggere le cause di non vincolatività delle d.a.t. alla luce del loro destinatario, ossia il medico, chiamato a verificarne la sussistenza: il che indizia nel senso di ritenerle confinate a un ambito strettamente sanitario.

Ad ogni modo, si pone – tanto nei casi di incongruità che di non corrispondenza – un problema di “descrizione dell’evento” e di confronto tra la fattispecie prefigurata dal disponente e quella oggi riscontrata dal medico: in entrambi i casi la valutazione dovrebbe svolgersi secondo un criterio elastico, senza che discrepanze minime possano vanificare la volontà del paziente a

⁹² La critica che può rivolgersi a questa lettura sta nel fatto che (come evidente dall’esempio riportato nel testo) essa postula, ai fini del giudizio di congruità, la necessità di ricostruire la volontà del paziente *aliunde*, senza tuttavia indicare quali potrebbero essere tali fonti di conoscenza alternative – necessariamente diverse dalle d.a.t. – né quali le modalità del loro accertamento.

favore di criteri eteronomi, con effetti magari irrimediabili, in casi di perdita di coscienza definitiva.

Date queste premesse, le due situazioni in questione presentano un tratto in comune: la situazione clinica del paziente, nel momento in cui sarebbe richiesto il suo consenso, non rientra tra quelle coperte dalle d.a.t., e non può essere regolata direttamente da queste.

Ci sembra pertanto che, nella schematizzazione adottata per questo lavoro, esse debbano essere ricondotte, pur con le precisazioni che vedremo, alle ipotesi in cui le d.a.t. mancano del tutto perché il soggetto non le ha mai formulate: i problemi posti da queste fattispecie dovranno essere risolti sulla base di criteri diversi dalla volontà attuale o da suoi equipollenti normativi (cfr. Capitolo III).

Si noti che, nei due casi ora in esame, quello che il legislatore menziona come “potere” del medico di disattendere le d.a.t. sarebbe da intendere preferibilmente come vero e proprio “dovere”, dal momento che darvi esecuzione al di fuori delle situazioni contemplate rappresenterebbe con alta probabilità una lesione dell’autodeterminazione del paziente; il che non toglie che i criteri sostitutivi della volontà possano poi condurre alla medesima soluzione pratica, eventualmente valorizzando come elemento indiziario anche la stessa volontà (mal) espressa nelle d.a.t., ma senza che ciò possa legittimare automatismi di sorta.

2.3.2.1. In particolare, le “concrete possibilità di miglioramento” sopravvenute.

Una distinta causa di non vincolatività delle d.a.t. coincide con le ipotesi in cui, quando sarebbe necessario prestare il consenso, sono diventate disponibili «terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita».

Si tratta, com’è intuitivo, di situazioni tanto peculiari quanto delicate.

Il legislatore presuppone una ipotesi ben definita: che il paziente tramite d.a.t. abbia regolato validamente la situazione clinica in cui poi verrà

effettivamente a trovarsi (qui sta la differenza con i casi visti appena prima), e che in vista di essa abbia rifiutato il trattamento, sulla base delle informazioni e delle prognosi disponibili secondo lo stato dell'arte.

Ammettendo che una volontà siffatta, altrimenti vincolante, possa essere disattesa, sembra che la legge finisca per rendere l'autonomia del paziente recessiva rispetto a un criterio di tipo esclusivamente oggettivo.

Il problema generale affrontato dal legislatore è la rilevanza delle sopravvenienze: in particolare, dei mutamenti delle circostanze che hanno indotto il paziente a compiere una certa valutazione circa l'alternativa tra dare il proprio consenso al trattamento e rifiutarlo, lasciandosi morire.

Ora, è un dato incontrovertibile che la volontà di non curarsi dipende strettamente dalle circostanze contingenti: è sempre manifestata *rebus sic stantibus*.

Questa osservazione presenta valore generale, attagliandosi anche alla volontà prestata nell'attualità da un paziente cosciente: non si può mai escludere che, temporeggiando ancora, si sarebbero verificate sopravvenienze – una nuova cura, una ragione per ritenere sopportabile la prosecuzione del trattamento – che avrebbero orientato la decisione del paziente in una direzione opposta.

Lo stesso vale a maggior ragione per la volontà confluita nelle d.a.t., visti i numerosi cambiamenti che possono verificarsi, sia nel mondo esterno sia nel foro intimo della persona, nel tempo anche molto lungo che separa dalla loro attuazione. Del resto, si è visto che la mutevolezza del volere, in forza di pressioni per così dire "endogene" ed "esogene", è uno degli argomenti più frequentemente addotti per criticare l'istituto.

Nonostante la correttezza di tali rilievi, occorre constatare che – in linea generale – l'ordinamento accetta l'alea connessa a possibili mutamenti e sopravvenienze, lasciando che essa gravi sul paziente. Certo, a questi viene accordato un potente strumento di gestione del rischio, ossia la perpetua revocabilità del dissenso, e si cerca di favorirne un consapevole esercizio attraverso gli obblighi di informazione nell'ambito del rapporto medico-paziente; ma in ultima analisi l'incertezza – e le conseguenze di una scelta "errata" o meglio mal ponderata – restano a carico del singolo, essendo l'autoresponsabilità il prezzo dell'autodeterminazione.

Pertanto, si dovrebbe concludere che se le d.a.t. non sono state modificate né revocate, l'ordinamento non attribuisce alcuno spazio alla possibilità di dimostrare che, se il paziente potesse rimeditare la propria scelta alla luce delle circostanze esistenti, esprimerebbe una volontà diversa⁹³.

Non è solo un problema di adeguata informazione: lo stesso principio sembra valere, secondo quanto si ricava dal dato normativo, anche quando la sopravvenienza potenzialmente determinante è imprevedibile, sicché per definizione al paziente non sarebbe comunque stato possibile acquisire le necessarie conoscenze.

La previsione di cui all'art. 4 comma 5 è singolare perché rappresenta una eccezione – significativa – a questo sistema di generale irrilevanza delle sopravvenienze.

L'assunto alla base della norma può essere individuato nella presunzione secondo cui le possibilità di guarigione e la qualità di vita attesa sono fattori determinanti nella richiesta di interruzione delle terapie. Qualora si modificassero in meglio, il legislatore ha ritenuto giusto disattendere una volontà che si suppone condizionata da circostanze decisive non più esistenti. Per certi versi, anche la situazione in esame può essere assimilata a quelle prima considerate: le d.a.t. che non considerino un elemento tanto rilevante potrebbero ritenersi affette da "incongruità", o "non corrispondenti" alla condizione clinica attuale (valutata tenendo conto della prognosi fausta), in definitiva mancanti di idoneità a regolare il caso concreto.

La decisione di non applicare le d.a.t. è subordinata a una valutazione del medico basata in prima battuta su criteri clinici oggettivi. La l. 219 è esplicita nel richiedere che le possibilità di miglioramento non siano meramente ipotetiche, ma «concrete»: una soglia non predeterminata (e impossibile da predeterminare) che però comunica la necessità che il sacrificio dell'autonomia del paziente sia bilanciato in nome di reali prospettive di cura, e non per seguire strade illusorie, che darebbero luogo a forme surrettizie di accanimento terapeutico o di trattamenti sperimentali non consensuali.

Il punto di equilibrio raggiunto dal legislatore potrebbe essere percepito

⁹³ Salva la possibilità di accogliere una interpretazione estensiva della "incongruità" come causa di non vincolatività: v. *supra*.

come una penetrante ingerenza nelle scelte del paziente, ma una serie di considerazioni consentono di smussare questa visione e di prevenirne derive eteronormative.

In primo luogo, deve ricordarsi che, se ben inteso, l'ambito di applicazione della causa di non vincolatività in esame descrive ipotesi rispetto alle quali non si è potuta formare una adeguata volontà del paziente. La norma tutela e non comprime l'autonomia, proteggendo la persona da scelte da ritenersi "non informate" e dunque non autentiche.

Qui si coglie l'importanza selettiva del requisito della "non prevedibilità" delle nuove terapie, che dovrebbe consentire di includere soltanto ipotesi non coperte dalla autoresponsabilità della persona (un tempo) capace: la norma dovrebbe operare solo rispetto a quelle sopravvenienze che non è in alcun modo plausibile che il paziente abbia preso in considerazione al momento della decisione. Al contrario, per le circostanze "prevedibili" è ragionevole richiedere che la loro gestione sia onere del paziente, potendosi legittimamente presumere che se il paziente non le ha menzionate ciò significa che le ha giudicate non determinati: in altri termini, torna a valere la regola della generale irrilevanza delle sopravvenienze.

Lo stesso requisito della "non prevedibilità" porta a sdrammatizzare, almeno in parte, il problema del valore della disposizione con cui il paziente abbia voluto escludere l'operatività di questa causa di non vincolatività, pretendendo in ogni caso l'interruzione dei trattamenti: ove tale richiesta sia formulata con un sufficiente grado di specificità, tale da includere determinati trattamenti e – in ipotesi – altri «dello stesso genere, qualora dovessero diventare disponibili in futuro», non ricorrerebbe l'imprevedibilità necessaria per disattendere la volontà del paziente, che anzi ha preso espressamente in considerazione eventuali sopravvenienze.

Ciò è tantopiù vero dal momento che il paziente, in nome di una propria convinzione personale, potrebbe essersi opposto a un'intera classe di trattamenti per ragioni intrinseche alla loro natura, a prescindere dunque dalla loro efficacia terapeutica (nell'esempio classico, le trasfusioni eterologhe per un Testimone di Geova): una clausola in tal senso dovrebbe poter "disinnescare" in radice l'operatività della causa di non vincolatività in esame, se non altro perché il trattamento rientra tra quelli previsti e rifiutati anticipatamente dal

paziente. D'altra parte, se invece emergesse un trattamento di pari efficacia terapeutica ma privo di quei caratteri che lo rendono inaccettabile per il paziente, è perfettamente ragionevole consentire al medico di non dare corso alla volontà negativa espressa nelle d.a.t., ora non più pertinente.

Queste ultime osservazioni si legano a una seconda riflessione sulla compatibilità tra la previsione in esame e le istanze di tutela del diritto di autodeterminazione.

Si è detto che, a prima lettura, la non vincolatività delle d.a.t. dipende da un giudizio prettamente medico-clinico. In realtà, il testo normativo è suscettibile anche di una diversa interpretazione. Il richiamo alle "condizioni di vita" e al loro "miglioramento" apre alla possibilità di valutazioni in grado di valorizzare parametri ed elementi di natura soggettiva: non verrebbe in rilievo soltanto una nozione di salute in senso oggettivo, ma potrebbe darsi peso alle convinzioni personali del paziente in ordine al livello di qualità della vita ritenuto accettabile e ai mutamenti che potrebbero rappresentare ai suoi occhi un reale beneficio, tale da giustificare la decisione di disattendere le d.a.t.⁹⁴.

Così, per ritenere sussistente un concreto miglioramento delle condizioni di vita non sarà sufficiente ravvisare la possibilità del ripristino di una serie di funzioni organiche, se comunque queste non consentono al paziente di recuperare la coscienza, di riprendere un'attività da lui ritenuta qualificante e identitaria, o comunque non risolvono le ragioni esistenziali che stanno dietro la scelta di lasciarsi morire.

Vi sono infine alcune notazioni di ordine pratico che ridimensionano i timori per eccessive compressioni dell'autonomia del paziente.

Anzitutto, può avvenire che la nuova cura abbia l'effetto di riportare il paziente in condizioni di capacità e di offrirgli una seconda occasione per valutare se proseguire o meno nei trattamenti (ammesso che giunti a questo stadio l'interruzione sia ancora sufficiente per morire): in questo caso l'orizzonte di scelta ne risulterebbe addirittura arricchito.

⁹⁴ Sembra orientato nel senso di una lettura soggettiva della causa di non vincolatività in esame ADAMO U., *Il vuoto colmato*, cit., p. 129. Così anche BORSELLINO P., prima in *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, in *BioLaw Journal*, 3/2013, p. 99, poi in *"Biotestamento"*, cit., p. 801, che sottolinea – in ottica generale – l'opportunità di declinare sempre il criterio della "appropriatezza" di un trattamento alla luce della volontà del paziente e della «sua personale valutazione della qualità della vita».

Ancora, guardando alla realtà empirica non è agevole ipotizzare casi in cui la causa di non vincolatività in esame possa trovare applicazione. Se, come da ipotesi, il paziente non ha revocato le d.a.t. con cui rifiuta ogni intervento in mancanza di concrete speranze di guarigione, quando cade in stato di incoscienza (vuoi per un evento traumatico, vuoi per il progressivo avanzamento della malattia) il medico dovrebbe subito interrompere i trattamenti di sostegno vitale, causando in breve tempo il decesso: allora, per avere una qualche utilità, la nuova terapia dovrebbe sopravvenire nel tempo – assai breve – tra il verificarsi della situazione regolata dalle d.a.t. e la loro attuazione. Per trovare un margine di operatività della norma si può fare il caso seguente: se un paziente in coma non rifiuta nutrizione e idratazione artificiali, ma soltanto interventi di rianimazione, il medico sarà tenuto a garantirne la sopravvivenza, dovendo astenersi da manovre salvifiche solo in presenza di eventi acuti; tuttavia, qualora si verifichi un arresto cardio-respiratorio, il medico potrà procedere nonostante la contraria volontà del paziente (fino a quel momento mantenuto in vita) se, nei lunghi anni trascorsi in stato vegetativo, si è scoperta una cura in grado di restituirgli la coscienza.

2.3.3. I rapporti tra i soggetti coinvolti nell'attuazione delle d.a.t. In particolare, il ruolo del fiduciario.

Le valutazioni del medico circa la vincolatività o meno delle d.a.t. non sono insindacabili: è sempre necessario acquisire il consenso del fiduciario (su cui v. subito *infra*) e, in caso di conflitti, vari soggetti possono investire della decisione il giudice tutelare (cfr. art. 3, comma 5, cui rinvia l'art. 4, comma 5, ultimo periodo).

L'analisi delle cause di non vincolatività ha evidenziato in più punti la possibilità – se non l'opportunità o addirittura la necessità⁹⁵ – che il medico sia chiamato a confrontarsi con le d.a.t. per indagare, oltre il dato meramente

⁹⁵ Sottolinea l'ambiguità della l. 219 e del codice deontologico rispetto al problema della possibilità per il medico, di fronte alle d.a.t., di ricostruire la volontà del paziente tramite il riferimento a dati "extra-testuali" ADAMO U., *Il vuoto colmato*, cit., p. 138 e nt. 123.

testuale, gli interessi e le motivazioni sottese alla scelta del paziente di rifiutare i trattamenti.

Un problema di interpretazione già si pone, d'altronde, per la parte immediatamente dispositiva delle d.a.t., ossia quando la prospettiva non è tanto quella della disapplicazione, bensì – al contrario – quella di una corretta e fedele attuazione.

Un ruolo chiave in questo senso dovrebbe giocare, nell'impianto della l. 219, l'inedita figura del fiduciario.

Attraverso di essa il legislatore mira a introdurre essenzialmente un fattore di garanzia e di equilibrio nella «distribuzione del potere decisionale tra i diversi soggetti coinvolti»⁹⁶: non solo paziente e medico, ma anche soggetti – come i parenti – la cui partecipazione alle decisioni sui trattamenti è assai rilevante nella prassi, nonostante sia spesso carente di adeguata legittimazione giuridica⁹⁷, finendo per limitare indebitamente le prerogative dei professionisti e per sostituirsi di fatto all'autonomia dell'interessato⁹⁸.

Il fiduciario – la cui nomina, solo eventuale⁹⁹, spetta al paziente senza necessità di adire il giudice – ha invece il compito di assicurare la corretta attuazione della volontà espressa a mezzo d.a.t., attraverso il raccordo con il personale sanitario (medico ed *équipe*) e con la struttura sanitaria.

Tale funzione di viene assolta anzitutto mediante una basilare attività di vigilanza sulla esatta applicazione delle d.a.t., a sua volta connessa a poteri di promuovere controlli con ricorso al giudice tutelare.

Tuttavia, secondo le prime ricostruzioni teoriche¹⁰⁰, in attesa di conferme dalla prassi, il fiduciario potrebbe offrire anche un prezioso apporto di carattere proattivo, svolgendo un'opera di precisazione e definizione della volontà del

⁹⁶ BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 203.

⁹⁷ Ai sensi dell'art. 1, commi 2 e 5, i familiari (a cui sono equiparati espressamente la parte dell'unione civile e il convivente) sono coinvolti nella relazione di cura solo con il consenso del paziente.

⁹⁸ Cfr. BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 203-204.

⁹⁹ Critica tale opzione regolatoria (oltre che le modalità eccessivamente formalistiche della nomina) GIARDINA F., in AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 61, secondo la quale la centralità e la peculiarità della figura del fiduciario (irriducibile a quella dell'amministratore di sostegno) rende sempre fortemente opportuna la sua presenza.

¹⁰⁰ Cfr. GIARDINA F., in AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 62-63; ADAMO U., *Il vuoto colmato*, cit., p. 138-139.

paziente in rapporto alle diverse situazioni concrete in cui sorge la necessità di applicare le d.a.t.; fermo il divieto di sostituirsi alla decisione del paziente, l'intervento del fiduciario potrebbe consentire di integrare il mero dato testuale mediante la ricostruzione dell'assetto di interessi, valori e intendimenti personali che stava alla base delle d.a.t. e che in queste non ha trovato espressa menzione, sebbene ne ispirasse i contenuti, mediando tra quanto dichiarato e le specificità delle contingenze effettivamente determinatesi.

In quest'ottica, il fiduciario rappresenterebbe uno strumento di valore nell'arginare possibili tendenze di segno estensivo nell'applicazione delle cause di non vincolatività delle d.a.t., evitando che ciò dipenda da scostamenti minimi o formali tra la situazione prefigurata e quella poi verificatasi, oppure fornendo un contributo decisivo per la lettura in chiave soggettiva delle *chance* di miglioramento offerte da eventuali terapie sopravvenute.

Se nella decisione sull'applicazione delle d.a.t. resta indispensabile il riferimento costituito dal sapere del professionista sanitario¹⁰¹, l'attività del fiduciario consente di dare rilievo a elementi di carattere non medico ma per questo tutt'altro che secondari¹⁰², nell'ottica di garantire la tutela sia della autenticità che della effettività della volontà (anticipata) del paziente.

D'altra parte, in ottica sistematica, è parimenti significativo che anche nelle ipotesi in cui l'esercizio dell'autodeterminazione del paziente incapace non richieda un rappresentante legale (a differenza dei casi trattati *infra* e nel Capitolo III), in quanto realizzato mediante d.a.t., il legislatore favorisca – sebbene non imponga – uno sviluppo bilaterale e intersoggettivo della decisione sui trattamenti sanitari¹⁰³, che non resta mai affidata unicamente al medico. Al contempo, va sottolineato che – similmente a quanto vale per i casi di rappresentanza – in caso di accordo tra medico e fiduciario la l. 219 consente

¹⁰¹ Cfr. BORSELLINO P., "Biotestamento", cit., p. 801.

¹⁰² Ciò vale a replicare all'obiezione di chi (EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 432) contesta l'assetto normativo lamentando che il legislatore avrebbe posto «sullo stesso piano» medico e fiduciario «rispetto a valutazioni di natura essenzialmente medica»: senonché, come evidenziato, ciascun soggetto esprime giudizi e rappresenta interessi attinenti a piani distinti, e la decisione finale senza che – evidentemente – quello rappresentativo della volontà dell'interessato possa dirsi subvalente ai fini della decisione finale.

¹⁰³ Per GIARDINA F., in AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 62 il fiduciario avrebbe proprio la funzione di rappresentare «l'unico strumento di residua "consensualità" nel rapporto tra medico e paziente incapace».

che la volontà del paziente, anche di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, sia attuata o disattesa senza l'intervento di un giudice.

2.4. L'esercizio del diritto mediante soggetti terzi: cenni e rinvio.

Si è visto sin qui che l'ordinamento consente di manifestare la volontà di rifiutare trattamenti salvavita quando la dichiarazione proviene da persona maggiorenne e capace. In questi casi la decisione è riconducibile direttamente e unicamente alla volontà espressa del paziente – contestuale o anticipata rispetto all'intervento medico – a prescindere dalla sussistenza di condizioni oggettive.

I problemi sollevati da queste situazioni riguardano le tutele a presidio dell'autenticità del volere, la sua efficacia vincolante e le garanzie di una sua effettiva attuazione.

Un paradigma diverso, che analizzeremo nel Capitolo III, riguarda i soggetti che non hanno mai espresso una volontà giuridicamente rilevante per l'ordinamento, né sono in grado di farlo: vuoi perché ciò era ed è materialmente impossibile – come nei casi di neonati o piccoli minori –, vuoi perché mancano manifestazioni di volontà rivestite delle forme riconosciute – come nel caso di soggetti incapaci che non abbiano mai formulato d.a.t.

In queste ipotesi la questione principale concerne i criteri che un soggetto, necessariamente diverso dall'interessato, deve tenere in considerazione nel compiere decisioni di fine vita per suo conto.

Realizzano una parziale intersezione tra questi insiemi le situazioni di pazienti – minorenni o incapaci di agire – che l'ordinamento non autorizza a porre in essere autonomamente valide manifestazioni di volontà, richiedendo che queste siano veicolate attraverso diverse forme di rappresentanza, ma che in realtà sono in grado, sul piano naturalistico, di compiere decisioni sufficientemente libere e informate circa la propria salute: si tratta in particolare dei c.d. grandi minori, dei soggetti inabilitati e dei beneficiari dell'amministrazione di sostegno che non richiedono rappresentanza esclusiva

in ambito sanitario¹⁰⁴.

In generale, con riferimento ai soggetti incapaci, l'ordinamento mira a garantire sempre il maggior coinvolgimento possibile dell'interessato per assicurare che la decisione finale sia conforme o quantomeno prossima alla sua volontà, per quanto espressa in maniera giuridicamente imperfetta. Secondo la l. 219, persino l'interdetto – la cui perdita di capacità di agire dipende da forme gravi di infermità di mente – deve essere sentito «ove possibile».

Nei tre casi prima considerati, questo principio può raggiungere la sua massima estensione, alla luce delle indicazioni normative, che impongono di «[tenere] conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere».

Questo approccio è enunciato testualmente in relazione all'amministrazione di sostegno, che costituisce l'istituto di rappresentanza più flessibile e meglio in grado di assicurare l'equilibrio tra esigenze di tutela e istanze di autonomia. La regola può infatti trovare applicazione a una varietà di situazioni concrete anche molto diverse tra loro, a seconda che l'infermità abbia reso necessaria la rappresentanza esclusiva oppure la mera assistenza nelle decisioni in ambito sanitario, che si adatta ai casi meno gravi in cui è verosimile che il paziente disponga di maggiori spazi di autonomia. È da segnalare, peraltro, che un problema di “valorizzazione” della volontà della persona riguarda solo le ipotesi in cui il decreto di nomina attribuisca all'amministratore di sostegno poteri nella materia delle scelte sanitarie: si tratta di una eventualità, al di fuori della quale la persona conserva la piena autonomia decisionale circa il rifiuto dei trattamenti, anche salvavita, secondo il modello finora esaminato.

Nel caso di inabilitazione, una forma di incapacità di agire che corrisponde a forme di infermità mentale meno gravi rispetto a quelle che darebbero luogo all'interdizione, la l. 219 prevede che il consenso sia espresso «dalla medesima persona inabilitata», senza forme di mediazione.

Qualora si tratti di un soggetto minorenni, il legislatore specifica la necessità di “tenere conto” della volontà della persona «in relazione alla sua età

¹⁰⁴ Per un'analisi più dettagliata dei profili evidenziati in questo paragrafo cfr. POTENZANO R., *Il consenso informato ai trattamenti sanitari su minori e decisioni di fine vita*, in *Dir. fam. pers.*, 3/2019, p. 1316 ss.

e al suo grado di maturità». Il consenso, per tutti i minori, è pur sempre «espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore», ma in alcuni casi vi è ampio spazio per un esercizio anche sostanziale dell'autodeterminazione¹⁰⁵.

In tutti questi casi – grandi minori, inabilitati e beneficiari dell'amministrazione di sostegno che non richiedono rappresentanza esclusiva in ambito sanitario – è dunque lecito ipotizzare un modello decisionale prossimo a quello dei soggetti maggiorenni e capaci, ferma la variabilità del grado di maturità e capacità riscontrabile nei diversi casi concreti.

3. Il rilievo penalistico del diritto di rifiutare le cure salvavita.

3.1. L'esonero da responsabilità penale per il medico che tiene una condotta conforme alla volontà del paziente.

Storicamente, la progressiva affermazione del diritto di rifiutare i trattamenti salvavita, prima del suo riconoscimento ad opera della l. 219, è passata attraverso una serie di decisioni giudiziarie riguardanti spesso la configurabilità di una responsabilità penale a titolo di omicidio del consenziente in capo del medico che avesse assecondato la volontà del paziente di rifiutare le cure¹⁰⁶.

L'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza, già prima dell'intervento del legislatore, si era orientata nel senso della liceità della condotta del medico, sia nel caso in cui questi si astenesse dal prestare le cure sia nei casi – maggiormente controversi – in cui fosse richiesta da parte sua l'interruzione di un trattamento già in corso.

¹⁰⁵ Sul tema dell'autodeterminazione dei "grandi minori" (o "minori capaci di discernimento"), cfr. PISU A., *Scelte terapeutiche e protezione degli interessi esistenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita*, in *Giur. pen. web*, 2019, 1-bis, p. 6 ss.; FOGLIA M., *Il diritto di partecipazione dell'adolescente alle decisioni che riguardano la sua salute*, in *BioLaw Journal*, 1/2021, 39 ss., spec. 48 ss.

¹⁰⁶ Un percorso giurisprudenziale le cui tappe principali sono sintetizzate, restituendo il senso della progressione, da CUPELLI C., *Consenso informato*, cit., p. 4 ss.

Pur a fronte di una grande varietà di ricostruzioni – propense, come vedremo, a ravvisare ora una carenza di tipicità, ora di anti giuridicità, con ulteriori divergenze circa la causa di giustificazione applicabile – era pressoché unanime la tesi per cui il diritto del paziente di rifiutare trattamenti sanitari non desiderati esonerasse da responsabilità il medico, anche in caso di esito letale: questo nonostante il generale riconoscimento di una posizione di garanzia in capo al medico, che ne rende penalmente rilevanti anche le omissioni, e a dispetto del vigore di una norma incriminatrice, come l'art. 579 c.p., che esclude l'efficacia scriminante del consenso rispetto all'evento morte.

Anche da questo punto di vista la l. 219 ha natura ricognitiva del diritto vivente, in funzione – principalmente – di rassicurazione del personale sanitario¹⁰⁷. In aggiunta alla vincolatività del volere del paziente, si stabilisce espressamente che la sua osservanza rende il medico «esente da responsabilità civile o penale» (art. 1, comma 6, primo periodo).

3.1.1. Le diverse tesi sulla natura giuridica dell'esonero da responsabilità.

La legge resta silente sulla natura giuridica dell'esonero da responsabilità, pertanto i commentatori tendono ancora a riferirsi al dibattito sviluppatosi prima dell'entrata in vigore della legge.

L'analisi della letteratura e dei provvedimenti giudiziari in materia restituisce un quadro interpretativo articolato: il tratto saliente è dato dal fatto che le diverse soluzioni si intrecciano con le incertezze relative alla qualificazione, come attiva oppure omissiva, della condotta posta in essere dal medico per attuare la volontà del paziente.

Ci sembra che anche in questo caso un approccio che distingua per fattispecie concrete possa aiutare a mettere ordine.

Si registra un sostanziale accordo sul fatto che il rifiuto del paziente a iniziare un determinato trattamento impedisca la nascita, faccia venire meno o comunque escluda il dovere del medico di praticarlo.

¹⁰⁷ Cfr. CUPELLI C., *Consenso informato*, cit., p. 14.

L'acquisizione di fondo, ormai incontestata, è che la volontà del paziente, espressa attraverso il consenso informato, costituisce – almeno di regola – «legittimazione e fondamento del trattamento sanitario»¹⁰⁸, anche quando vengono in rilievo interventi necessari per la sopravvivenza: di conseguenza, in termini penalistici, essa rappresenta «non solo il necessario presupposto ma anche l'insuperabile limite della posizione di garanzia del medico»¹⁰⁹, che altrimenti avrebbe come contenuto l'obbligo di porre in essere tutte le attività consentite necessarie per salvaguardare la salute e la vita del paziente (nel rispetto del divieto di accanimento terapeutico).

Laddove il malato opponga un rifiuto, in capo al medico non è più dato ravvisare alcun dovere di soccorso e cura¹¹⁰, ma sorge semmai il dovere di astenersi da ogni interferenza con l'attuazione della volontà del paziente, contornato – come già si riconosceva in passato¹¹¹ e oggi è sancito dalla l. 219 – da obblighi di informazione, cooperazione e assistenza.

Il suo mancato intervento a protezione della vita, che nelle ipotesi considerate ha natura pacificamente omissiva, non può rilevare sul piano causale ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.: pertanto, qualora al rifiuto dovesse seguire la morte del paziente, a carico del medico non sarà configurabile un fatto tipico di omicidio del consenziente¹¹².

Maggiormente problematico è il caso in cui il paziente decide di rinunciare a trattamenti vitali già in corso. È qui che si avverte il peso delle divergenze interpretative circa la natura della condotta del medico, questione mai sopita e a sua volta emblematica delle difficoltà che nell'ambito della responsabilità sanitaria si incontrano tradizionalmente nel distinguere tra comportamenti attivi e omissivi.

¹⁰⁸ Questa la formula icastica impiegata, nel caso di Eluana Englaro, da Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., par. 6.

¹⁰⁹ Cfr. CUPELLI C., *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1157; così già GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 91.

¹¹⁰ Cfr., tra i molti, CANESTRARI S., *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 763-764; VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2008, p. 71.

¹¹¹ Cfr. CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente*, cit., p. 1822.

¹¹² Espressamente in questi termini CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in AA. VV., *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011, II, p. 1907.

Le opinioni sul punto si possono dividere in due principali linee di pensiero. In termini generali, come osservato in dottrina, risulta determinante l'adesione degli interpreti a un approccio naturalistico oppure normativo¹¹³.

In base a un primo indirizzo, che sembra raccogliere le adesioni più numerose¹¹⁴, il medico che interviene per interrompere il trattamento salvavita pone in essere una condotta commissiva, che in caso di morte del paziente integra un fatto tipico di omicidio del consenziente. Gli esempi tradizionali renderebbero evidente che il medico – “staccando la spina” di un macchinario o “premendo un pulsante” – tiene un contegno a tutti gli effetti di natura attiva, legato da un nesso di causalità condizionalistica al decesso del paziente: tale dato naturalistico dovrebbe informare anche l'inquadramento giuridico, rendendo irrilevanti riflessioni sulle sorti della originaria posizione di garanzia, utili sono nel contesto di una ricostruzione della condotta in termini omissivi.

In questa prospettiva, l'impossibilità di operare sul versante della tipicità conduce a ricercare la liceità del fatto sul piano delle cause di giustificazione.

La tesi largamente dominante ritiene riduttivo leggere vicende del genere di quelle in esame nei confini del consenso dell'avente diritto: la scriminante pertinente viene individuata, *ex art. 51 c.p.*, nel *dovere* del medico di assecondare la richiesta del paziente di interruzione dei trattamenti¹¹⁵, che a sua volta, secondo l'elaborazione teorica più moderna maturata nella prospettiva dei diritti fondamentali¹¹⁶, rappresenta esercizio del *diritto* di autodeterminazione terapeutica, avente rango costituzionale e convenzionale (se non – come visto –

¹¹³ Cfr. DI GIOVINE O., *Procreazione assistita*, cit., p. 918.

¹¹⁴ Cfr. GIUNTA F., *Diritto di morire*, cit., p. 92-93; SEMINARA S., *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2007, p. 1563; DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, 3/2007, p. 911; VALLINI A., *Rifiuto di cure “salvavita”*, cit., p. 82; CANESTRARI S., *Rifiuto informato*, cit., p. 1910; di recente BARTOLI R., *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2018, cit., p. 101; in giurisprudenza, cfr. g.u.p. Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007, in relazione al caso di Piergiorgio Welby, in *Dir. pen. proc.*, 1/2008, p. 59 ss. e g.i.p. Tribunale di Udine, decr. 11 gennaio 2020, in relazione al caso di Eluana Englaro, in *unipo-lawtech.eu*.

¹¹⁵ Poneva l'accento sulla doverosità dell'interruzione come presupposto per la liceità della condotta GIUNTA F., *Diritto di morire*, cit., p. 95. Così inizialmente anche DONINI M., *Il caso Welby*, cit., 913.

¹¹⁶ La logica dell'esercizio di un diritto fondamentale (che non esclude, ma fonda, il coesistente obbligo del medico di interrompere i trattamenti) ha preso progressivamente terreno nella dottrina anche penalistica: il riferimento sul punto è DONINI M., *La necessità di diritti infelici*, spec. p. 14 ss.

di un vero e proprio “diritto di (essere lasciati) morire”¹¹⁷).

Si noti peraltro che nell’ambito di questa impostazione la dottrina aveva iniziato a ricostruire il fondamento della liceità della condotta evocando la figura della scriminante procedurale¹¹⁸, ben prima che tale schema tornasse di attualità, anche nel dibattito teorico, in relazione alla “procedura medicalizzata” di cui alla l. 219 e, soprattutto, ai presupposti per la “non punibilità” dell’aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale con sent. 242/2019.

Opposta è invece la posizione di un secondo indirizzo¹¹⁹ circa la natura della condotta di interruzione dei trattamenti in corso.

Anche nelle situazioni considerate, si afferma, resta possibile una ricostruzione della vicenda in termini omissivi. L’innegabile dato empirico che vede il medico tenere una condotta attiva dovrebbe essere guardato in una prospettiva sostanzialistica, che sappia cogliervi i profili più qualificanti sul piano sociale e giuridico. Evocando la categoria dogmatica di origine tedesca della “omissione mediante azione”¹²⁰, si osserva che il valore dell’azione con cui viene disattivato un macchinario è quello di una condotta strumentale alla sospensione dell’intervento sul corpo del paziente. L’interruzione del trattamento non può passare sempre per un semplice arresto dell’azione fisica del sanitario, ma richiede – per la specificità tecnologica che caratterizza oggi l’assistenza sanitaria, specie in situazioni che richiedono alta intensità di cura – un’altra azione per inibire il funzionamento altrimenti continuo della macchina,

¹¹⁷ Cfr. ancora la posizione più recente di DONINI M., *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 15, secondo il quale, già prima della l. 219, il quadro ordinamentale «non consente più di “celare” il riconoscimento implicito del diritto di morire sotto la copertura argomentativa del diritto di rifiutare le cure» (così in nt. 34).

¹¹⁸ Cfr. per tutti, prima della l. 219, DONINI M., *Il caso Welby*, cit., 907; SEMINARA S., *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby*, cit., p. 1567.

¹¹⁹ Le voci più rappresentative sul punto sono quelle di VIGANÒ F., *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?*, cit., p. 6 ss., e di CUPELLI C., *Il “diritto” del paziente*, cit., p. 1824 ss., nonché amplius ID., *La disattivazione*, cit., p. 1164 ss.; ma cfr. già STELLA F., *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., p. 1017.

¹²⁰ Cfr. SEMINARA S., *Osservazioni penalistiche sulla sentenza del Bundesgerichtshof tedesco in tema di eutanasia passiva*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2010, p. 558 ss. per una panoramica della dottrina e della giurisprudenza tedesche sul tema, fino al superamento della categoria ad opera della sentenza annotata nel contributo, che a giudizio dell’Autore «è funzionale a uno spostamento della valutazione dal piano della tipicità a quello dell’antigiuridicità», che dà centralità alla posizione soggettiva del paziente, e in particolare al diritto di sottrarsi a trattamenti indesiderati «indipendentemente dalla natura delle condotte necessarie ad esaudire la sua pretesa».

longa manus del medico: ciò non toglie, però, che si sia comunque di fronte a una condotta di sostanziale desistenza, una «omissione di ulteriore trattamento»¹²¹.

D'altra parte – sostiene questo indirizzo – nessun argomento inerente al nesso di causalità tra la condotta del medico e la morte del paziente (considerata nelle sue peculiarità di luogo, tempo e modo) depone univocamente a favore della tesi commissiva¹²². Anzitutto, l'anticipazione dell'evento letale ben può essere ricollegata eziologicamente a un contegno omissivo (così accade, del resto, nei casi in cui il medico si astiene *ab origine* dall'intervenire). Soprattutto, però, la tesi avversa sarebbe smentita accogliendo il criterio che distingue tra condotta attiva e omissiva a seconda che l'evento risulti la concretizzazione di un fattore di rischio rispettivamente introdotto dal medico ovvero preesistente e da questi non neutralizzato: nelle ipotesi in esame, la morte del paziente costituisce l'esito di un decorso causale già in atto, dovuto alla patologia sottostante e solo temporaneamente (fino all'azione interruttiva) contrastato dai sanitari.

La dimostrata natura omissiva della condotta del sanitario imporrebbe, ai fini della sua rilevanza penale, l'individuazione di un contrario obbligo di attivarsi per impedire l'evento morte. Qui, tuttavia, l'interprete dovrebbe prendere atto dell'acquisizione sopra ricordata – per cui il dovere del medico di intervenire sussiste se e nella misura in cui vi è il consenso del paziente – e portarla alle naturali conseguenze. Il rifiuto delle terapie salvavita esclude l'obbligo di cura (in senso stretto) e fa venir meno la posizione di garanzia del medico rispetto al bene vita: mancando allora i presupposti di cui all'art. 40 c. 2 c.p., sarebbe carente persino la tipicità causale del delitto di omicidio, vuoi *ex art. 579* o *ex art. 575*.

¹²¹ VIGANÒ F., *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 7.

¹²² Le contro-obiezioni che seguono sono sviluppate in CUPELLI C., *La disattivazione*, cit., p. 1168 ss.

3.1.2. Conseguenze applicative.

Posto che entrambe le tesi esaminate concordano sulla liceità della condotta del medico, conviene verificare se vi siano ripercussioni applicative di altro genere derivanti dall'adesione all'una o all'altra ricostruzione.

La questione può presentare un suo interesse anche all'indomani della l. 219, che nel cristallizzare il punto di convergenza dei due filoni interpretativi – l'esonero da responsabilità per i sanitari – ha lasciato impregiudicata la questione del suo inquadramento sistematico.

D'altra parte, per ciò che riguarda la natura, attiva o omissiva, della condotta di interruzione delle terapie in corso, un chiarimento non è giunto neppure dalla Corte costituzionale: nelle due pronunce sull'art. 580 c.p. la Corte ha sì riconosciuto che «il distacco o lo spegnimento di un macchinario» costituiscono condotte attive, ma ha precisando subito dopo che ciò è vero «almeno sul piano naturalistico», così mostrandosi aperta a letture diverse alla stregua di un parametro normativo¹²³.

Venendo allora alle ricadute operative delle tesi in esame, può considerarsi acquisita, ma anche di minor momento sul piano pratico, la differenza tra le formule di proscioglimento. Vale a dire, accogliendo le categorie proprie delle concezioni tripartite e quadripartite del reato: «perché il fatto non costituisce reato», se si aderisce alla tesi che ravvisa una condotta commissiva coperta da causa di esclusione dell'antigiuridicità; «perché il fatto non sussiste», per chi configura la fattispecie in termini omissivi e predica la cessazione della posizione di garanzia in capo al medico. Non sembra però che ciò abbia riflessi sul piano degli effetti esterni del giudicato, sia per ragioni di teoria generale sia – almeno oggi – per l'espressa previsione della l. 219, che come visto esclude la responsabilità del medico anche sul piano *civile*.

Le due impostazioni sembrano condurre a risultati sostanzialmente equivalenti in relazione ai casi di erronea supposizione da parte del medico della volontà del paziente di rifiutare cure salvavita. Si tratta all'apparenza di un'ipotesi residuale, quasi di scuola, quando la volontà è manifestata da un

¹²³ Per entrambe le citazioni cfr. in particolare Corte cost., ord. 207/2018, § 9 del “considerato in diritto”.

paziente capace, ma che potrebbe rivelare una sua rilevanza pratica a fronte di d.a.t. contenenti indicazioni con un certo margine di ambiguità; peraltro è verosimile che il problema si ponga soprattutto laddove manchi un fiduciario o comunque il medico si risolva a interrompere le terapie prima di raggiungere con un accordo con il fiduciario stesso oppure prima che intervenga la decisione del giudice adito con ricorso *ex art. 4 comma 5 l. 219 (v. supra)*.

Nelle ipotesi in cui il medico si rappresenti per errore un consenso all'interruzione delle terapie in realtà insussistente, l'esonero da responsabilità (a titolo di dolo, quantomeno) potrà essere indifferentemente raggiunto in applicazione dell'art. 59, comma 4, c.p. – per chi ravvisa una causa di giustificazione – oppure – alla stregua dell'indirizzo alternativo – dell'art. 47, comma 1, c.p.¹²⁴. In questa seconda prospettiva, infatti, non ricorrono i problemi, di difficile soluzione teorica e pratica, sollevati dalle ipotesi di erronea supposizione di un elemento specializzante con effetto degradante¹²⁵. La situazione, in altri termini, non è identica a quella di chi si rappresenta falsamente il consenso della persona offesa, così ritenendo di integrare un fatto corrispondente a quello descritto dall'art. 579: nei casi considerati, l'agente si rappresenta, errando, un fatto – interrompere le cure salvavita su richiesta di un paziente – che, se esistente, sarebbe lecito (perché atipico, come si ricorderà), e non soltanto punito con pena più mite.

Un aspetto di divergenza emergeva invece, specie in passato, a proposito dell'ammissibilità di una obiezione di coscienza da parte del medico, almeno nelle ipotesi in cui a questi viene richiesto di attivarsi per interrompere i trattamenti in corso.

Pur nella estrema varietà delle tesi sostenute in materia, abbiamo già notato (*v. supra*) una parziale corrispondenza – da un lato – tra la qualificazione

¹²⁴ A rigore, tra i tipi di errore postulati dalle due norme esiste una sottile differenza: se per l'applicazione dell'art. 47 è sufficiente che l'agente *non si rappresenti* l'elemento (negativo) costitutivo del fatto (l'assenza di consenso), l'art. 59 consente l'esonero da responsabilità dolosa in presenza solo a condizione che l'agente *si rappresenti positivamente* la sussistenza di una circostanza che, se presente, determinerebbe la liceità del fatto. Sul punto cfr. VIGANÒ F., *Art. 59*, in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, V ed., 2021, p. 1190-1191.

¹²⁵ Per una panoramica, cfr. la ricostruzione di LEO G., *Art. 47. Sub b) L'errore sugli elementi specializzanti*, in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., 2021, p. 744 ss.; nella manualistica, per tutti, la disamina più approfondita si trova in MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Wolters Kluwer, VIII ed., 2013, p. 386-387.

come attiva della condotta del medico e il riconoscimento della obiezione di coscienza, e – dall'altro lato – tra la ricostruzione della condotta in termini omissivi e la negazione di tale facoltà.

Il dibattito sull'obiezione di coscienza non è stato sopito dalla l. 219, silente sul punto, e prosegue nonostante l'espressa previsione del dovere del medico di rispettare la volontà del paziente.

Rinviando alle considerazioni svolte in precedenza per i termini della questione, in questa sede è da rilevare come la dottrina fautrice della persistente configurabilità dell'obiezione di coscienza accolga sempre una concezione *attiva* della condotta di interruzione delle terapie, appellandosi principalmente alle esigenze di tutela della sfera morale della persona connesse alla violazione del basilare divieto di non uccidere.

Complessivamente, dall'esame della letteratura in materia si ricava la percezione circa la non decisività della qualificazione giuridica della condotta del medico e dell'esonero da responsabilità – questione non a caso trascurata dalla dottrina una volta superata una prima fase di novità, in cui le riflessioni sull'inquadramento della "non punibilità" del medico erano probabilmente funzionali, innanzitutto, a giustificarne (prima) e a consolidarne (poi) il riconoscimento.

3.1.3. L'esonero da responsabilità per reati diversi dall'omicidio.

Un ultimo problema concernente la responsabilità penale del medico che asseconda la volontà del paziente di lasciarsi morire rifiutando le cure potrebbe sorgere alla luce di delitti contro la persona diversi dall'omicidio del consenziente. Tra i reati che tutelano il bene vita, infatti, potrebbe venire in rilievo la fattispecie di omissione di soccorso, in particolare nella forma aggravata dall'evento morte di cui all'art. 593, comma 3, c.p.

La tipicità del fatto in capo al medico che si astiene dal prestare (ulteriori) cure difficilmente potrebbe essere negata anche dalla tesi che riconosce a tale condotta natura omissiva, dato che la norma incriminatrice in esame prevede un reato omissivo (proprio).

Il dubbio può semmai derivare dal suo carattere di reato comune, incompatibile con le ipotesi in cui il soggetto attivo rivesta una posizione di garanzia rispetto all'incolumità fisica o alla vita della persona offesa¹²⁶; vero però che, come visto, con il rifiuto del paziente tale posizione di garanzia viene meno, seppur per lasciare spazio a doveri di "cura" di diverso contenuto.

Al netto di questa incertezza, per il personale sanitario una sicura garanzia contro possibili incriminazioni è da ricercare nell'esistenza di un prevalente *dovere* di assecondare la volontà della persona che esercita il proprio di diritto di rifiutare le cure.

È questa la conclusione cui si poteva giungere già in via interpretativa¹²⁷ e che ora dovrebbe accogliersi *a fortiori* per effetto dell'espressa previsione di tale dovere ad opera della l. 219.

Può anzitutto richiamarsi l'argomento valoriale connesso al rilievo primario delle istanze di autodeterminazione, e alla soccombenza, rispetto ad esse, dei doveri di tutela della vita e dell'incolumità fisica, quando la lesione deriva da un valido rifiuto di trattamenti sanitari: questo il punto di equilibrio del sistema cristallizzato dal legislatore del 2017, in conformità ai principi costituzionali e convenzionali più volte citati.

La prevalenza del dovere di rispettare la volontà del paziente può essere poi sostenuta in forza di un criterio teleologico, dal momento che il diritto di autodeterminazione sarebbe sostanzialmente svuotato se si ritenesse che, non appena il paziente cada in stato di incoscienza, il medico debba prestargli assistenza.

Inoltre, la prevalenza del dovere di cui all'art. 1 comma 6 può ricavarsi anche facendo appello a un criterio di specialità, trattandosi di un obbligo assai circostanziato nei suoi presupposti operativi: un problema di concorso con il dovere di soccorso *ex art. 593* è ipotizzabile solo nei limitati casi di persona in pericolo di vita a seguito del rifiuto di cure manifestato nelle forme prescritte dalla legge.

Infine, sul piano testuale, bisogna osservare che il legislatore non accorda

¹²⁶ Cfr. BASILE F., *Art. 593*, in Dolcini E. – Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., 2021, p. 1297.

¹²⁷ VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 523 ss.

l'esonero da responsabilità con riferimento a una singola fattispecie, ma lo ricollega agli illeciti (civili o penali) configurabili «in conseguenza» delle condotte poste in essere dal medico per «rispettare» il volere vincolante del paziente: non vi è ragione, dunque, per non includervi, oltre all'omicidio del consenziente, anche l'omissione di soccorso.

3.2. Profili di responsabilità per il medico che tiene una condotta non conforme alla volontà del paziente.

La disciplina della l. 219, intesa anche come precipitato dei principi già elaborati in materia da dottrina e giurisprudenza, pone ulteriori quesiti a chi si interroghi su eventuali profili di responsabilità penale a carico dei soggetti coinvolti.

Proseguendo l'analisi dal punto di vista del medico e del personale sanitario in generale, se non si ammette l'obiezione di coscienza ci si può interrogare sui reati configurabili in caso di rifiuto di ottemperare alla volontà del paziente fuori dai casi consentiti (come sarebbe, ad es., a fronte della richiesta di un trattamento contrario alla legge).

È innegabile che, nel quadro vigente, una condotta del genere sia *illecita*¹²⁸. Essa non solo contrasta con la norma imperativa che prevede in capo al medico un obbligo, ma – alla luce dei principi che informano la materia – risultava lesiva di interessi del paziente che assurgono al rango di diritti fondamentali e che possono ricondursi a beni giuridici penalmente tutelati. In particolare, il diritto di autodeterminarsi in materia sanitaria rifiutando trattamenti sanitari indesiderati può trovare un correlato nell'oggettività giuridica dei reati posti a tutela della libertà morale e della integrità fisica.

¹²⁸ Cfr. VIGANÒ F., *Art. 50*, in Dolcini E. – Gatta G.L., *Codice penale commentato*, cit., 2015, 853.

3.2.1. Un'analisi casistica, alla luce dei principi in materia di trattamento medico arbitrario.

Tuttavia, poiché l'illecito penale è vincolato a determinate modalità di aggressione del bene protetto, la rilevanza delle condotte in esame deve confrontarsi con l'area di tipicità delle pertinenti fattispecie astratte: in ragione di ciò, sulla strada verso la punibilità del sanitario che rifiuta di assecondare la volontà del paziente possono riproporsi alcuni ostacoli già individuati dalla giurisprudenza in materia di c.d. trattamento medico arbitrario¹²⁹.

Va subito chiarito che con questa locuzione ci si riferisce per convenzione alle ipotesi in cui un sanitario, nel contesto di un trattamento lecito perché autorizzato dal paziente, pratica – per finalità terapeutiche e nel rispetto delle *leges artis* – un intervento per cui non ha ottenuto il previo consenso (ad esempio, nel corso di un'operazione programmata per l'asportazione di un organo, rimuove organi ulteriori di cui in sede intra-operatoria si è correttamente riscontrata l'infiltrazione da parte di masse sospette); nelle situazioni qui considerate, invece, si ipotizza che il medico pratichi un trattamento (salvavita) *contro* l'esplicito dissenso del paziente.

Nonostante questa distinzione concettuale, le due ipotesi pongono problemi affini dal punto di vista dei beni giuridici coinvolti e degli addebiti astrattamente configurabili nei confronti del sanitario – la violenza privata e le lesioni personali. È ricorrente l'affermazione secondo cui il dissenso espresso del paziente dovrebbe consentire di superare molti dei problemi incontrati nel ravvisare la sussistenza di tali reati quando il consenso mancante: vedremo adesso, però, che a un'analisi più approfondita una simile affermazione risulta non sempre fondata.

¹²⁹ Della ricca bibliografia sul tema, possono qui richiamarsi GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2001, p. 377 ss.; MANNA A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2010, p. 449 ss.; VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 141 ss.; VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1811 ss.; per una panoramica storica dell'evoluzione giurisprudenziale anteriore e successiva alla sentenza delle Sezioni unite del 2008, cfr. VALSECCHI A., *Sulla responsabilità del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2010; . Sui punti di contatto (e di differenza) tra il problema del trattamento medico arbitrario e le questioni inerenti al rifiuto di cure cfr. CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente*, cit., 1818.

Punto di riferimento in materia, oggi¹³⁰, sono i principi enunciati dalle Sezioni unite, a proposito del trattamento medico arbitrario, in occasione della sentenza *Giulini* del 2008¹³¹.

3.2.1.1. Il delitto di violenza privata.

Rispetto alla contestazione del delitto di violenza privata, la Cassazione¹³² ha precisato come tale figura criminosa da un lato postuli l'attualità del volere coartato dall'agente e dall'altro richieda la non coincidenza tra la condotta di costrizione e il comportamento che, per effetto di essa, la persona offesa è costretta a subire (che nella fattispecie rappresenta l'evento). Da ciò l'impossibilità di configurare il reato quando il trattamento per cui mancata il consenso è praticato su un paziente in stato di incoscienza, incapace di esprimere un dissenso attuale, che abbia acconsentito all'anestesia. Il paziente addormentato non oppone alcuna resistenza, per vincere la quale occorra violenza o minaccia, modalità tipiche di realizzazione del fatto *ex art.* 610. La situazione presenta piuttosto i caratteri di una forma di abuso dello stato di inferiorità psico-fisica in cui versa il paziente: si tratta però di una condotta che il legislatore considera in via autonoma, come dimostrano altre fattispecie incriminatrici, e la cui rilevanza penale dipende pertanto dall'esistenza di una espressa previsione, qui carente¹³³.

¹³⁰ Sullo specifico tema della responsabilità del medico che attua (iniziando o proseguendolo) un trattamento espressamente rifiutato dal paziente nell'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica, una dettagliata analisi era stata condotta – prima della sentenza delle Sezioni unite del 2008 – in VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 75 ss. Gran parte delle riflessioni sviluppate dall'Autore conservano attualità, e vi faremo riferimento nella ricostruzione che segue nel testo.

¹³¹ Cass., Sez. un., 18 dicembre 2008 (dep. 21 gennaio 2009), n. 2437, Pres. Gemelli, est. Macchia, imp. Giulini, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1739 ss., con la già citata nota di VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*.

¹³² Cfr. Sez. un. 2437/2009, *Giulini*, cit., p. 26 ss. della copia della sentenza. In dottrina cfr., per tutti, VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento eseguito senza il consenso del paziente*, p. 162 ss.

¹³³ L'argomento *ubi lex voluit, dixit* assume come consueto termine di paragone l'equiparazione espressa tra il costringimento a subire atti sessuali realizzato «con violenza e minaccia», da un lato, e «abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa», dall'altro (cfr. rispettivamente il comma 1 e il comma 2 n. 1) dell'art. 609-bis c.p.).

Per individuare un margine di operatività della norma in tema di responsabilità medica, si evoca lo scenario di un trattamento sanitario forzoso: gli esempi più frequenti sono quelli del paziente che per essere sottoposto a un intervento viene addormentato contro il suo volere e del testimone di Geova cui viene praticata una trasfusione di sangue nonostante il suo espresso rifiuto.

La prima ipotesi può avere le sembianze di un caso scuola, ma ha il merito di rappresentare una situazione in cui il delitto di violenza sarebbe senza dubbio integrato¹³⁴: di fronte al rifiuto di essere ricoverato o, in generale, di iniziare un certo trattamento, l'ingerenza del medico che, noncurante del volere del paziente, procedesse a una qualche forma di contenzione (meccanica o farmacologica) o addirittura lo addormentasse per poter poi sottoporlo a un intervento, quand'anche necessario per la sopravvivenza, costituirebbe una sopraffazione fisica sussumibile nella "violenza" richiesta dall'art. 610 c.p.

Qualche precisazione in più richiede invece il caso del testimone di Geova. In una possibile versione, la situazione non si discosta da quella appena vista: se la persona è cosciente e insiste nel rifiutare la trasfusione, integra indubbiamente violenza privata, se non addirittura altre fattispecie¹³⁵, la condotta con cui il sanitario la immobilizza per poter ricavare l'accesso venoso necessario.

Ma le conclusioni iniziano a cambiare già se si ipotizza che la persona abbia rifiutato la trasfusione prima di cadere in stato di incoscienza, come ad esempio prima di sottoporsi a un intervento invasivo a cielo aperto, che invece ha acconsentito. Se, a fronte di una emorragia massiva intra-operatoria con un serio rischio per la vita, il medico decidesse di trasfondere il paziente, non avrebbe bisogno di tenere alcuna condotta per vincere l'inesistente resistenza di quella, potendo procedere direttamente all'infusione delle sacche di sangue.

Questa situazione lascia intravedere un problema sollevato, in termini più generali, dai casi di inosservanza del volere manifestato dal paziente attraverso d.a.t.

Sgombriamo subito il campo da un equivoco. Ci sembra che il valore

¹³⁴ Cfr. GIUNTA F., *Il diritto di morire*, cit., p. 101, in relazione alla «somministrazione forzata di medicinali» e «all'assoggettamento coattivo ad altro tipo di terapia».

¹³⁵ Cfr. VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 75, che prefigura – ove del caso – anche i reati di sequestro di persona o lesioni personali.

riconosciuto oggi alle d.a.t. – che il legislatore equipara sotto numerosi aspetti, tra cui l'efficacia vincolante, al dissenso espresso da un paziente capace (v. *supra*) – consenta facilmente di confutare una possibile obiezione: ossia quella secondo cui la carenza di attualità del volere giustificherebbe l'assimilazione alle ipotesi in cui manca il consenso del paziente, con l'effetto di escludere sempre, in base ai principi visti, la configurabilità del delitto di violenza privata; al contrario, il dissenso può considerarsi attuale, alla luce della sua considerazione normativa.

Senonché, anche una volta superato questo ostacolo, resta un dato difficilmente eludibile. Da un punto di vista empirico, quando si rende necessario eseguire il trattamento rifiutato dal paziente a mezzo d.a.t., questi è già in stato di incoscienza, sicché di regola al medico non occorre usare violenza per intervenire.

Sembra quindi che il dissenso anticipato rispetto alla perdita di coscienza, manifestato in via informale o tramite d.a.t., non si riveli sufficiente per sostenere un'imputazione a titolo di violenza privata a carico del medico che opti per una linea interventista¹³⁶.

Problemi ulteriori solleva l'ipotesi in cui il medico disattenda la volontà del paziente di interrompere un trattamento già in corso.

Si è già visto che il fondamento consensualistico della liceità del trattamento medico vale non solo per il suo inizio, ma anche per la sua prosecuzione, sicché in presenza di una volontà contraria del paziente un intervento originariamente lecito può diventare illecito.

È di nuovo un "caso facile" quello in cui il paziente, non solo cosciente ma ancora capace di movimenti autonomi, di fronte al rifiuto del medico di disattivare un macchinario cerchi di provvedervi da solo e sia dal medico stesso fermato e ristretto, con una condotta in cui sono ravvisabili tutti gli estremi della violenza privata.

¹³⁶ Si mostra invece possibilista VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 76 sia attraverso il rinvio a una tesi che ravvisa una "violenza" funzionale al fatto che il paziente è costretto a subire (es. la trasfusione) nella «manipolazione del corpo della persona», sia attraverso la proposta di ammettere che i caratteri della "violenza" e della "costrizione", sebbene concettualmente distinti, possano essere ravvisati in un unico atto, sicché «tenere le mani addosso» a un paziente nonostante il suo rifiuto integra tanto il comportamento che questi è costretto a subire (evento del reato) quanto il mezzo attraverso il quale la costrizione è attuata (condotta).

Le questioni più delicate sembrano riguardare le ipotesi in cui il paziente, pur lucido, non è fisicamente in grado di far cessare il funzionamento della macchina che lo tiene in vita, oppure quelle in cui ha dichiarato la volontà di rinunciare alle cure tramite d.a.t. e ora versa in una situazione di incoscienza.

Certamente, in quest'ultimo caso, secondo una costante valida per tutte le situazioni di incapacità, il medico non deve usare alcuna violenza per vincere un'inesistente resistenza fisica del paziente. Ma vi è di più: in entrambe le ipotesi considerate per disattendere la volontà del paziente il medico potrebbe in teoria limitarsi a un mero *non facere*, contando sull'inerzia del sostegno vitale già in atto. Qualificando la sua condotta come omissiva, sarebbe allora inibita la configurabilità del delitto di violenza privata: anche ad ammettere che il medico rivesta una posizione di garanzia a tutela del diritto del paziente di non subire intromissioni indesiderate nella propria sfera fisica¹³⁷, l'art. 610 descrive – secondo l'opinione dominante¹³⁸ – un reato a forma vincolata, in quanto tale incompatibile con la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p.¹³⁹.

D'altra parte, sebbene la lettura della vicenda in termini omissivi non sia l'unica possibile, sembra molto difficile superare tale ricostruzione.

Certamente, possono darsi ipotesi empiriche in cui è pacifico che per disattendere la richiesta del paziente si è dovuta porre in essere una condotta attiva: si pensi alla sostituzione delle sacche per la nutrizione e idratazione artificiali o al riavvio di un macchinario soggetto a disattivazione periodica.

Laddove, invece, al medico non sia richiesto di prendere l'iniziativa (es. per il funzionamento continuativo del respiratore), susciterebbe più di un dubbio il tentativo di applicare – in ottica rovesciata – il ragionamento che una parte della dottrina propugna nei casi di interruzione delle terapie.

Come in quei casi viene ritenuta omissiva la condotta del medico che agisce per spegnere il respiratore, realizzando una desistenza trattamentale,

¹³⁷ Scettico VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 77, secondo il quale il dovere del medico di non ingerirsi non potrebbe intendersi *ex se* come obbligo di garanzia nei confronti del paziente contro possibili ingerenze; così anche CANESTRARI S., *Rifiuto informato*, cit., p. 1914.

¹³⁸ *Contra* GIUNTA F., *Il diritto di morire*, cit., p. 101, il quale, accogliendo una nozione lata di violenza (c.d. impropria) ai fini della configurabilità dell'art. 610, ritiene che si possa dare rilievo a ogni condotta, anche omissiva, «causalmente orientata alla costrizione della vittima» – così di fatto riscrivendo la fattispecie come reato d'evento a forma libera e consentendo la combinazione con l'art. 40 comma 2 c.p.

¹³⁹ Si attesta su una posizione analoga VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 77.

così – ipotizziamo – si potrebbe sostenere che attraverso la macchina il medico persiste nella propria attività sul corpo del paziente, realizzando una “prosecuzione di ulteriore trattamento”.

Una lettura del genere porterebbe alle sue naturali conseguenze la concezione della macchina come *longa manus* del medico, ma forse peccherebbe di un approccio eccessivamente sostanzialistico.

L’insegnamento tradizionale e i principi generali portano infatti a distinguere, consuetamente, la condotta dai suoi effetti illeciti, che possono permanere anche una volta cessata la prima (sia istantanea o meno); né l’inerzia a fronte della permanenza degli effetti può essere sanzionata, di regola, senza che la loro rimozione sia oggetto di un corrispondente obbligo di agire. Nei casi considerati tale obbligo esisterebbe, oggi per espressa previsione normativa, ma come visto pare incompatibile con la forma vincolata del delitto di violenza privata. Ancora, potrebbe osservarsi che l’approccio sostanziale di cui si è detto, se accettabile nelle ipotesi di interruzione del trattamento, nelle ipotesi di mancata interruzione del trattamento costituirebbe un (debole) argomento interpretativo per sostenere una soluzione *in malam partem*¹⁴⁰.

In ogni caso, il peso della questione relativa alla natura della condotta è ridimensionato dalla circostanza per cui – come visto appena sopra – anche un contegno attivo non risolverebbe tutti i problemi di tipicità posti dalla fattispecie *ex art. 610*.

3.2.1.2. Il delitto di lesioni personali.

Attingendo ancora ai principi di cui alla sentenza *Giulini* delle Sezioni unite, il titolo di responsabilità del medico per mancato rispetto della volontà del paziente di rifiutare i trattamenti non sembra potersi rinvenire neppure nel

¹⁴⁰ Molti tra gli argomenti critici qui adottati sembrano potersi individuare nell’opinione di VALLINI A., *Rifiuto di cure “salvavita”*, cit., p. 77, laddove osserva che, nelle situazioni considerate, l’applicazione della violenza privata rappresenterebbe una «estensione analogica» di tale fattispecie «a casi che ad un caso concreto che di tale reato esprime, forse, il “disvalore sostanziale”, ma in relazione al quale non è individuabile una condotta umana di violenza, mentre esiste al più un “evento” (il funzionamento di un macchinario) causato da un comportamento ormai da tempo concluso (l’attivazione dello strumento), ed allora lecito».

delitto di lesioni personali.

Decisivo è qui il concetto di “malattia” accolto dalla Cassazione¹⁴¹: secondo i giudici di legittimità, l’evento del reato consisterebbe in «un processo patologico evolutivo, necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell’assetto funzionale dell’organismo», sicché si sarebbe fuori dal tipo criminoso ogni qual volta il trattamento medico arbitrario abbia esito fausto, producendo un miglioramento dello stato clinico precedente.

La dottrina¹⁴² peraltro concorda nel segnalare come tale impostazione rifletta a sua volta una concezione oggettiva del bene salute, definito in base a criteri clinici standardizzati applicati al livello di funzionalità raggiunto dall’organismo a conclusione del decorso terapeutico, senza considerare né la percezione del paziente circa la natura benefica o meno dell’intervento né i costi, in termini di sofferenza fisica e disagio interiore, del percorso che precede la guarigione.

Se questo è il metro al quale devono misurarsi le offese all’integrità fisica, diventa evidente la difficoltà di ritenere sussistente il reato quando conseguenza della condotta del medico è, per ipotesi, la sopravvivenza del paziente. Se un generale miglioramento delle condizioni cliniche viene considerato un “esito fausto”, a maggior ragione ciò dovrebbe valere quando l’autodeterminazione è sacrificata non in nome della salute, ma addirittura della vita. È possibile che, ove la questione dovesse porsi in sede applicativa, troverebbe emersione l’impostazione tradizionale che vede nella vita sempre e comunque un bene, a prescindere dalle condizioni in cui si svolge e dalla considerazione che il titolare ne abbia.

L’alternativa sarebbe per l’appunto quella di ammettere la rilevanza delle valutazioni della persona circa la propria sfera personale ai fini della sussistenza dell’offesa.

Ora, è senz’altro plausibile immaginare che la nozione di salute sia destinata presto a evolversi, in linea con le indicazioni della stessa comunità medica e con le sollecitazioni della dottrina bioetica e giuridica, per aprirsi agli

¹⁴¹ Cfr. Sez. un. 2437/2009, *Giulini*, cit., p. 30 ss. della copia della sentenza.

¹⁴² Cfr. VIGANÒ F., *art. 50*, cit., p. 831 ss.; denuncia efficacemente la creazione di una «frattura tra la tutela dell’autodeterminazione dell’individuo e la tutela della sua salute» SEMINARA S., *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011, I, p. 219.

apprezzamenti soggettivi del paziente circa il proprio complessivo equilibrio psicofisico¹⁴³.

Potrebbe invece sembrare più arduo che l'ordinamento accetti di recepire il giudizio con cui il singolo ritiene conforme alla propria idea di "salute" la morte anziché la vita.

Nondimeno, quella che appare come una contraddizione in termini può trovare una ragionevole spiegazione nel contesto vigente.

Ciò che il medico sacrifica, intervenendo contro il volere del paziente, non è tanto l'aspirazione di questi alla morte, ma, prima e più immediatamente, il suo diritto di autodeterminazione terapeutica, che si manifesta, tra l'altro, nella pretesa a non subire intromissioni indesiderate nella propria sfera corporea (del cui esercizio la morte è una conseguenza indiretta). E l'interesse a mantenere intatta la propria integrità fisica da intrusioni non autorizzate – si è osservato in dottrina¹⁴⁴ – costituisce in definitiva il bene giuridico protetto dal delitto di lesioni personali. Per ravvisare gli estremi di questa fattispecie, e in particolare l'evento «malattia», si potrebbero addurre le alterazioni funzionali e le sofferenze che l'intervento del medico (anche per il tramite di macchinari), pur diretto a garantire la sua sopravvivenza, provoca nel corpo e nella psiche del paziente, secondo una lettura coerente con una nozione soggettiva di salute.

Questa soluzione offre almeno due vantaggi.

Dal punto di vista dell'effettività sanzionatoria, nell'ambito del delitto di lesioni si dequota il problema della natura attiva o omissiva della condotta medica, posto che la norma configura un reato a forma libera e che l'inerzia del medico nell'interrompere i trattamenti assume rilevanza penale quantomeno alla luce degli obblighi, oggi fondati su solidi dati normativi, di rispettare la volontà del paziente che rifiuta le cure (art. 1, comma 6, l. 219) e di adoperarsi, anche in questo caso, per alleviarne le sofferenze (art. 2, comma 1) – obblighi che sembrano funzionali a proteggere dell'autodeterminazione e della salute psico-fisica del paziente, in casi in cui la tutela necessita appunto della cooperazione di un terzo.

¹⁴³ Una ricostruzione diacronica dei riflessi giurisprudenziali di tale evoluzione, dalla prospettiva del penalista, si ritrova in VALLINI A., *Pianificazione delle cure*, cit., 1142 ss.

¹⁴⁴ VIGANÒ F., *Art. 50*, cit., p. 833.

Inoltre, ricostruire il fenomeno in questi termini, basandosi su premesse generalmente accettate quali il principio di *habeas corpus*, consente di non dilatare la concezione soggettiva del bene salute e il diritto di autodeterminazione terapeutica fino ad affermare che la morte rappresenti un esito “fausto” per il paziente, oltre che oggetto di un dovere di procurarla in capo al medico. Vero che una prospettiva del genere affiora nella trama delle motivazioni delle pronunce della Corte costituzionale sull’art. 580 c.p., laddove si adombra l’idea che l’esito letale costituisca una tra le modalità di liberazione delle sofferenze rientranti nell’esercizio della autodeterminazione terapeutica¹⁴⁵: tuttavia, non si è fatta attendere la (convincente) reazione critica della dottrina, secondo cui così facendo si sarebbe sottoposto il diritto alla salute a una torsione eccessiva, snaturandone il contenuto¹⁴⁶.

3.2.2. Ulteriori profili di responsabilità: il rifiuto di atti d’ufficio.

Un deterrente penalistico all’inerzia del medico di fronte alla volontà del paziente di rinunciare ai trattamenti, in particolare se già in corso, potrebbe essere individuato nel delitto di rifiuto o omissione di atti d’ufficio *ex art.* 328 c.p.

Se in passato la configurabilità del reato era esclusa sul rilievo della mancanza di un obbligo per il medico di procedere alla disattivazione dei macchinari, tale presupposto può ora ritenersi integrato dalla espressa previsione di cui all’art. 1, comma 6, l. 219¹⁴⁷.

Ammesso che il medico, incardinato in una struttura pubblica o privata

¹⁴⁵ Il riferimento è alla ricostruzione secondo cui l’illegittimità del divieto penale assoluto di aiuto al suicidio deriverebbe dal fatto che tale divieto «finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.»: cfr. ord. 207/2018, cit., § 9 del “considerato in diritto”, confermata dalla sent. 242/2019, cit., § 2.3 del “considerato in diritto”.

¹⁴⁶ Cfr. MORANA D., *L’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale sul “caso Cappato” dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari*, in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 229 ss., spec. 238 ss.

¹⁴⁷ La rilevanza del mutamento normativo ai fini della configurabilità dell’art. 328 c.p. nei casi di cui ci occupiamo è sottolineata da PIRAS P., *L’interruzione delle terapie salvavita*, cit., p. 2-3.

convenzionata con il sistema sanitario nazionale, rivesta qualifica pubblicistica, nei casi in esame sussistono tutti gli estremi della fattispecie di rifiuto di un atto dell'ufficio di cui al comma 1.

La disposizione testualmente richiede un "rifiuto", ma secondo l'indirizzo che pare prevalente in giurisprudenza non è necessaria né una esplicita richiesta da parte dell'interessato né la manifestazione espressa della volontà di non compiere l'atto da parte del pubblico ufficiale: il fatto tipico viene ravvisato anche nella condotta di chi si limita a una mera inerzia rispetto al dovere di porre in essere un atto giuridicamente doveroso che la situazione concreta rende indifferibile¹⁴⁸.

L'atto omesso presenta natura qualificata, dato che la sua impellenza deriva evidentemente da «ragioni di igiene e sanità», tra cui rientrano quelle attinenti alla necessità di tutelare la vita e – per quanto qui interessa – l'integrità fisica di un singolo.

Il dovere di provvedere «senza ritardo» implica una situazione di urgenza che, a differenza di quanto talora viene affermato¹⁴⁹, non pare affatto incompatibile con il tipo di situazioni in esame. L'indifferibilità va interpretata come dovere di compiere l'atto immediatamente, che a sua volta dipende dall'imminenza – e non necessariamente alla irreparabilità – delle conseguenze dannose per la salute della persona derivanti dalla sua omissione¹⁵⁰. Tale requisito è allora soddisfatto dalla stessa prosecuzione di un trattamento che, dal momento in cui viene rifiutato dal paziente, risulta in quanto tale *contra ius*. Naturalmente questa prospettiva risulta ancor più convincente se si ha riguardo non tanto al peggioramento dello stato clinico oggettivo del paziente (che, come noto, non si verifica), bensì alla lesione della sua integrità psicofisica intesa come libertà da manomissioni indesiderate.

Sembra destinata a operare in via residuale, e non solo per la clausola di

¹⁴⁸ Sulla diffusione del criterio della «urgenza sostanziale impositiva dell'atto» per argomenti a sostegno cfr. BENUSSI C., *Art. 328*, in Dolcini E. – Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, 2021, cit., p. 1088 ss.

¹⁴⁹ Così FLORIO M.E., *L'obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione? Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di "disposizioni anticipate di trattamento"*, in *Giur. pen. web*, 2019, 1-bis, p. 38.

¹⁵⁰ Cfr. BENUSSI C., *Art. 328*, in Dolcini E. – Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, 2021, cit., p. 1098.

sussidiarietà posta in apertura, la fattispecie di cui al comma 2, con cui il legislatore punisce l'inerzia, protratta per un certo lasso di tempo, del pubblico ufficiale messo in mora da una diffida scritta da parte di chi abbia interesse al compimento dell'atto. La criticità segnalata da taluni¹⁵¹, secondo cui la necessità di una diffida finirebbe per far dipendere il reato dall'iniziativa di un terzo (fiduciario o rappresentante legale), non desta eccessiva preoccupazione: se, da un lato, non è del tutto da escludersi la possibilità di equiparare la volontà manifestata nelle d.a.t. alla "richiesta scritta" che costituisce presupposto della condotta tipica, dall'altro lato e primariamente il rifiuto espresso nell'attualità o anche a mezzo delle stesse d.a.t., data la sua efficacia vincolante, è sempre fonte per il medico dell'obbligo di interrompere i trattamenti in corso, consentendo di ritenere già integrata la fattispecie di cui al comma 1.

Non consta che la giurisprudenza abbia fatto applicazione della norma nella prospettiva qui prefigurata. L'ipotesi più simile per cui è stata ravvisata la sussistenza della fattispecie di cui al comma 1 consiste nella mancata somministrazione, da parte del medico di guardia, di farmaci finalizzati ad alleviare i dolori di un paziente oncologico in fase terminale¹⁵² – un caso cioè in cui è evidente secondo il senso comune sia l'urgenza dell'intervento sia la correlazione tra l'inerzia del sanitario e la sofferenza del paziente.

Il ricorso all'art. 328 potrebbe quindi rivelarsi uno strumento efficace per sanzionare l'inerzia del medico a dispetto delle resistenze verso l'accoglimento di una nozione soggettiva di salute e delle conseguenti difficoltà nella configurabilità del delitto di lesioni personali.

3.2.3. Se e come punire l'inerzia del medico: una valutazione complessiva.

Se, come visto, dopo la l. 219 può dirsi sostanzialmente ferma la riflessione sulla (ir)responsabilità del medico che coopera all'attuazione della volontà del

¹⁵¹ Cfr. ancora FLORIO M.E., *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 38.

¹⁵² Così Cass., Sez. VI, sent. 12 luglio 2017 (dep. 20 settembre 2017), n. 43123, Pres. Ippolito, est. Costanzo, ric. Giancristofaro, in *CED*, Rv. 271378, il cui principio di diritto, facendo astrazione, potrebbe essere esteso a tutte le ipotesi di mancata o ritardata somministrazione della terapia del dolore o delle cure palliative.

paziente, la questione ancora aperta concerne l'esistenza di un adeguato presidio sanzionatorio a tutela del "diritto di lasciarsi morire".

Anzitutto, ci sembra che i motivi di opportunità politico-criminale dedotti da parte della dottrina¹⁵³ per escludere un intervento «con le "armi pesanti" del diritto penale» non siano determinanti. Se l'ordinamento attraverso i delitti di omicidio – *mala in se* per eccellenza – appresta una tutela integrata contro le diverse forme di aggressione al bene vita, quando lo stesso ordinamento evolve ed esprime un diritto fondamentale che può risultare anche prevalente sul bene della vita, non si vede perché il valore primario di questa posizione soggettiva non debba trovare riscontro anche nell'apparato di tutela offerto dal sistema penale.

La questione su cui riflettere è se a questo scopo siano adeguate le norme incriminatrici già vigenti, eventualmente sottoposte a rivisitazione interpretativa, o se sia necessario introdurre una figura criminosa *ad hoc*.

Si è visto che il delitto di violenza privata, se da un lato esibisce il disvalore più affine a quello riscontrato nelle situazioni in esame, in quanto forma di lesione della libertà di autodeterminazione, dall'altro mal si adatta alla generalità degli scenari considerati, a causa delle modalità vincolate della sua realizzazione.

Una più estesa potenzialità applicativa mostrano invece le fattispecie di lesioni personali e di rifiuto o omissione di atti d'ufficio, sebbene in prima battuta possano apparire non consonanti o addirittura contraddittorie con il piano dei reali interessi incisi dalle condotte del sanitario che disattendono la volontà della persona di lasciarsi morire.

Il reato di cui all'art. 328 si presenta come povero di specificità rispetto ai diritti in gioco e si limita a sanzionare l'inosservanza del medico, piuttosto che il danno cagionato al paziente; d'altro canto, quantomeno sembra agevole ravvisarne gli estremi in quasi tutti i casi in esame.

Il delitto di lesioni combina una grande flessibilità operativa, legata alle sue caratteristiche strutturali, con una proiezione offensiva incentrata sulla posizione del paziente. Come visto, però, i problemi sorgono proprio intorno

¹⁵³ Cfr. CANESTRARI S., *Rifiuto informato*, cit., p. 1914, che fa riferimento all'esigenza di «non alimentare una "contrapposizione agonistica" [...] tra medico e paziente».

all'oggettività giuridica della fattispecie, la cui applicazione richiederà un cambiamento nella interpretazione della nozione di "malattia" (e, a monte, di "salute"), per includervi tutte le conseguenze che, in caso di intromissione indesiderata nella sfera corporea, il paziente giudichi contrarie al proprio benessere psico-fisico sulla base di una valutazione ispirata a criteri eminentemente soggettivi.

Una volta compiuta questa rilettura – passaggio tutt'altro che scontato, viste anche le resistenze mostrate dalla giurisprudenza, anche in ambito civile – si potrebbe forse rinunciare all'introduzione di una fattispecie a tutela della libertà di autodeterminazione appositamente ritagliata sulle ipotesi in questione, elaborata sulla falsariga di quanto proposto in passato, sulla scorta di esperienze straniere, in relazione ai casi di trattamento medico arbitrario¹⁵⁴. Tuttavia, bisognerà essere consapevoli che, allo stato, l'effetto dissuasivo deriverà più dallo stigma del procedimento e della sanzione penale che dall'entità della pena irrogata in concreto, data la mite cornice edittale della fattispecie di lesioni – anche laddove concorra, come possibile, con il delitto di cui all'art. 328 c.p.

3.3. Profili di responsabilità dei soggetti diversi dal medico.

Proseguendo l'analisi dei profili di responsabilità connessi al rifiuto di cure, una riflessione a parte richiede la posizione dei soggetti, diversi da medici e personale sanitario, che, per le ragioni più varie, cooperino all'attuazione della volontà del paziente.

A fronte del rifiuto di iniziare le cure, sembra mancare in radice la tipicità di alcuna figura di reato: se la persona è capace di esprimere un valido consenso, non è configurabile a carico dei terzi, anche se legati da rapporti affettivi o familiari particolarmente forti, un dovere di agire per proteggerne la

¹⁵⁴ Il riferimento è alla proposta di nuovo codice penale del 1992 nota come Progetto Pagliaro, che all'art. 70 comma 1 lett. d) dello schema di disegno di legge indicava la necessità di prevedere il delitto di «attività medica o chirurgica su persona non consenziente», consistente «nel compimento di un'attività medica o chirurgica, anche sperimentale, su una persona senza il consenso dell'avente diritto».

vita e l'incolumità fisica.

Potrebbe semmai discutersi, con un approccio formalistico, della sussistenza di un fatto di omissione di soccorso *ex art. 593 c.p.*, ma non v'è dubbio che sul dovere di soccorso o di avviso debbano ritenersi prevalenti – integrando la scriminante *ex art. 51 c.p.* – il diritto di autodeterminazione del paziente e l'obbligo, valevole *erga omnes*, di astenersi da interferenze nel suo esercizio. Anzi, sarebbe con tutta evidenza da ritenere illecita la condotta con cui il terzo imponesse al paziente, cosciente o meno, di subire un trattamento da questi rifiutato (riproponendosi i problemi ma anche le soluzioni viste per i delitti di violenza privata e lesioni personali). Specularmente, agirebbe in legittima difesa il terzo che, usando violenza, cercasse di impedire l'intervento coattivo del medico, destinato a procurare una lesione senz'altro ingiusta ai diritti di autodeterminazione e di integrità fisica del paziente.

Le risposte diventano più incerte per l'ipotesi in cui il terzo, pur sempre assecondando la richiesta del paziente, intervenga per interrompere un trattamento salvavita.

Anche chi ricostruisce lo stesso fatto in termini omissivi se realizzato dai sanitari ammette che la condotta di disconnessione del terzo consista, tanto sul piano naturalistico che giuridico, in una azione¹⁵⁵ – con ciò portando definitivamente la questione dell'esonero da responsabilità sul piano della giustificazione e dunque delle valutazioni di liceità (di un fatto pur sempre integrante la tipicità dell'omicidio)¹⁵⁶.

A questo proposito, si è osservato che non vi sarebbe motivo per negare che il terzo debba rispondere penalmente per la morte del paziente, alla luce della essenzialità del contesto medico-sanitario per la sussistenza dei presupposti che giustificano la liceità del fatto, per quanto concerne sia la formazione della volontà del paziente, sia il suo accertamento e la sua esecuzione tecnica¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Cfr. CUPELLI C., *La disattivazione di un sostegno artificiale*, cit., p. 1176.

¹⁵⁶ Ribadisce con forza la centralità del problema inerente alle condizioni di legittimazione della condotta, anziché alla qualificazione della stessa, DONINI M., *Il caso Welby*, cit., p. 911 e 913.

¹⁵⁷ Tutti aspetti evidenziati in CUPELLI C., *La disattivazione di un sostegno artificiale*, cit., p. 1176. In termini simili, ponendo l'accento sulla necessità di una verifica medica della validità del rifiuto di cure, CANESTRARI S., *Rifiuto informato*, cit., p. 1915; l'Autore peraltro prospetta la responsabilità del terzo ai sensi dell'art. 579 c.p., dunque implicando la possibilità che in sede di giudizio possa accertarsi, anche senza previa verifica medica, l'esistenza di una volontà

Similmente, sempre prima della l. 219, vi era chi evidenziava come proprio la necessità di dare una risposta ai problemi sollevati – in uno «spazio libero dal diritto» – dalla possibilità di una interruzione dei trattamenti praticata da un terzo rendesse urgente la definizione, per via legislativa, di precise condizioni di legittimazione, in particolare di carattere procedurale, specie per quanto concerne la verifica del consenso¹⁵⁸; precisando subito dopo che, nell’ottica di una simile disciplina, «i controlli sanitari devono mantenere un valore scriminante»¹⁵⁹.

Sulla base di questi argomenti, la conclusione dovrebbe consolidarsi alla luce della l. 219: l’esistenza di una apposita disciplina normativa – che stabilisce le condizioni e una minima procedura per una valida richiesta di interruzione delle cure, regolando la vicenda in una chiara dimensione “medicalizzata” e riconoscendo un espresso esonero da responsabilità al (solo) medico, oltre a imporre a questi il dovere di mettere a disposizione del paziente una adeguata terapia del dolore – può essere letta come una chiusura verso il coinvolgimento di soggetti terzi. Da questo punto di vista, è come se la l. 219 avesse codificato una causa di giustificazione di natura personale, connotata da un ristretto ambito soggettivo di applicabilità; resta peraltro da comprendere se una simile impostazione non consenta comunque di estendere la liceità alle condotte di terzi che aiutassero il medico a realizzare l’interruzione dei trattamenti in un contesto assistenziale e sotto il suo controllo¹⁶⁰ (sebbene l’intervento di soggetti non qualificati sia verosimile quando l’interruzione dei trattamenti è praticata in contesti del tutto estranei all’ambito medico oppure per superare l’inerzia del personale sanitario).

Secondo un diverso indirizzo, il fondamento della liceità del fatto non consentirebbe di individuare limiti soggettivi all’esonero da responsabilità: la giustificazione opererebbe per tutti coloro che si rendono strumenti di attuazione di un valido volere del paziente di rinunciare alle cure.

consapevole e autentica della persona, quale appunto quella richiesta per la configurabilità dell’omicidio del consenziente anziché dell’omicidio comune.

¹⁵⁸ Cfr. DONINI M., *Il caso Welby*, cit., p. 912.

¹⁵⁹ DONINI M., *Il caso Welby*, cit., p. 914.

¹⁶⁰ Prima della l. 219, DONINI M., *Il caso Welby*, cit., p. 915, prefigurava la possibilità di una scriminante estesa ai soggetti non medici sul modello di quanto dispone l’art. 53 comma 2 c.p. per l’uso delle armi da parte del privato «legalmente richiest[o]» dall’autorità.

Questa posizione, espressa prima della l. 219¹⁶¹, ci sembra tuttora cogliere nel segno. Da un punto di vista sostanziale, il diritto del paziente di rifiutare interventi non graditi sul proprio corpo ha portata generale e vi corrisponde, in capo a tutti i consociati, il dovere di astenersi da atti lesivi o di turbamento. È indubbio che tale diritto assuma una sua declinazione qualificata nell'ambito di una vicenda sanitaria, sia per la peculiarità intrinseca nell'atto medico sia per il carattere tecnico-professionale delle prestazioni erogate, terapeutiche e non. La l. 219 ha disciplinato questa dimensione, perseguendo finalità di certezza dei rapporti giuridici e di effettività del diritto in gioco, e per fare ciò ha delineato un ulteriore profilo di specificità: in capo al medico, a differenza che su qualsiasi terzo, grava addirittura l'*obbligo* di agire per ottemperare la volontà del paziente, e non gli è dunque concessa l'opzione di limitarsi a ignorare le sue richieste.

Non pare che questo intervento normativo di rafforzamento della posizione del paziente fornisca argomenti sufficienti per escludere la liceità di qualsiasi condotta di terzi. Possono porsi problemi di realizzabilità tecnica dell'interruzione dei trattamenti, ad esempio per la mancata comprensione di tutti gli aspetti del funzionamento della macchina e per la necessità, anche per il profano, di rispettare le *leges artis*; di somministrazione di un'adeguata terapia del dolore (a cui però il paziente potrebbe aver consapevolmente rinunciato); di accertamento dell'autenticità del volere (che però il paziente potrebbe aver già espresso nelle forme previste dalla legge). Si tratta di una situazione certamente non ideale, irta di inconvenienti pratici e probatori¹⁶², probabilmente destinata a verificarsi in circostanze che si auspicano eccezionali, come ad esempio una protratta inerzia del personale sanitario: ma in casi del genere sembra eccessivo ragionare intorno alla configurabilità della legittima difesa o dello stato di necessità, quando la condotta del terzo rappresenta un mezzo per

¹⁶¹ Cfr. GIUNTA F., *Diritto di morire*, cit., p. 98 ss., anche per le critiche all'opposto indirizzo; RISICATO L., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, Giappichelli, 2008, p. 62.

¹⁶² A questi si aggiunge il rilievo di GIUNTA F., *Diritto di morire*, cit., p. 100, secondo cui la «natura oggettivamente medica dell'atto di disattivazione» di un macchinario di sostegno vitale, sebbene non impedisca che al soggetto non qualificato di beneficiare dell'art. 51 c.p. rispetto alla morte del paziente, importerebbe per costui responsabilità a titolo di esercizio abusivo della professione ex art. 348 c.p., la cui sussistenza, in effetti, viene ravvisata anche in presenza del compimento di un solo atto professionale dalla giurisprudenza tuttora prevalente (cfr. MASULLO M.N., *Art. 348*, in Dolcini E. – Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, 2021, cit., p. 1364).

attuare, piuttosto che per salvare, il diritto del paziente.

L'esonero di responsabilità del terzo non potrà essere fondato sulla espressa previsione di cui all'art. 1 comma 6 l. 219, ma ciò non toglie che esso abbia una solida base sostanziale, corrispondente appunto alle previsioni che fondano il diritto di autodeterminazione terapeutica¹⁶³.

Del resto, anche la dottrina più sensibile verso la necessità di sottoporre le fattispecie di rifiuto di cure salvavita a una disciplina procedurale ammette che, laddove risulti anche successivamente che l'accertamento sanitario avrebbe dato riscontro positivo, specie in ordine alla volontà del paziente, la mera «irregolarità formale» non potrà determinare responsabilità a titolo di omicidio¹⁶⁴; ciò, a maggior ragione, nei casi – pure ritenuti possibili – in cui l'interruzione del trattamento, collocandosi a valle di tale accertamento, rappresentasse un semplice atto materiale, non bisognoso di alcuna competenza medica¹⁶⁵.

Un dubbio ulteriore può il valore delle manifestazioni di volontà anticipate. La l. 219 ha disciplinato le d.a.t. nell'ambito del rapporto medico-paziente e in tale contesto ne ha sancito la vincolatività; ma occorre ricordare che con questa previsione il legislatore non ha solo reso obbligatorio il loro rispetto per il personale sanitario, ma prima ancora ne ha riconosciuto la validità, stabilendo una equivalenza rispetto al dissenso attuale. Tale parificazione ha, a giudizio di molti, il valore di una *fictio* normativa, in assenza della quale – come dimostra il dibattito anteriore alla legge – è tutt'altro che pacifico che ci si trovi di fronte a una vera e propria manifestazione di volontà giuridicamente rilevante.

Oggi la l. 219 offre un elemento in più a sostegno di una risposta positiva, ma non ha valenza univoca, data la stretta inerenza di tale disciplina al rapporto medico-paziente. Sarebbe quindi necessario appellarsi nuovamente agli argomenti spesi da chi in passato, anche in assenza di un riconoscimento di

¹⁶³ Richiama espressamente l'art. 32, secondo comma, Cost. RISICATO L., *Dal «diritto di vivere»*, cit., p. 62.

¹⁶⁴ Così DONINI M., *Il caso Welby*, cit., p. 915.

¹⁶⁵ Come, ad esempio, laddove l'interruzione dei trattamenti potesse realizzarsi «disinserendo a monte il tubo dell'aria dalla macchina (non a valle dalla trachea del paziente)»: cfr. DONINI M., *Il caso Welby*, cit., p. 912 e ivi nt. 12, il quale comunque non esclude, in circostanze diverse, la configurabilità dell'art. 348.

diritto positivo, sosteneva la necessità di rispettare la volontà ricavabile da dichiarazioni del paziente prima di cadere in stato di incapacità.

In ogni caso, è plausibile che l'attuazione delle indicazioni contenute nelle d.a.t. non possa garantire al terzo di per sé l'esonero da responsabilità, aprendo la strada a ricostruzioni giudiziali della volontà del paziente con le relative incertezze e rischi probatori.

4. Conclusioni. Il rifiuto di cure e l'autodeterminazione "presa sul serio".

Nelle fattispecie oggetto della l. 219 si può dire che l'ordinamento riconosce il "dominio della volontà".

Quando il paziente è o è stato in grado di esprimere un valido rifiuto dei trattamenti salvavita, la sua volontà è sufficiente per rendere lecite le condotte dei terzi – in particolare dei sanitari – che collaborino per attuarla.

Nei limiti della capacità di intendere e di volere, non rilevano i motivi, le condizioni individuali del paziente e il suo stato di salute: i criteri in base ai quali assumere la decisione di morire sono interamente rimessi al titolare del bene.

Il valore qui quasi "sacrale" attribuito alla volontà, anche a costo della perdita della vita, in un rovesciamento della tradizionale "*sanctity of life*", è reso palese dal riconoscimento della rilevanza giuridica anche delle sue proiezioni temporali, tramite l'istituto delle d.a.t. Cessato lo stato di coscienza, non per questo viene meno la possibilità di disporre di sé, se ancora persiste l'oggetto materiale – il corpo – che l'individuo è sovrano nel regolare.

Le d.a.t. assicurano che finché sopravvive il corpo può sopravvivere anche la persona, e il suo interesse (diritto fondamentale) ad autodeterminarsi¹⁶⁶. In questo modo, l'ordinamento – anziché le macchine – è in grado di prolungare la vita (non biologica, ma) biografica, restituendo voce a quello che altrimenti sarebbe spesso un mero involucro.

¹⁶⁶ Sintetizza efficacemente questa idea VALLINI A., cit., p. 1143, sebbene in un tempo anteriore alla l. 219: «l'impossibilità attuale di *manifestare* un atteggiamento di dissenso non significa di per sé sola perdita dell'*interesse*, precedentemente manifestato, a non subire certi *interventi sul corpo*» (corsivi nel testo).

L'esercizio dell'autodeterminazione individuale è poi circondato da garanzie dirette a salvaguardare il volere del paziente tanto sul piano della sua autenticità che su quello della effettività. Realizzano una o entrambe queste finalità: una procedura medicalizzata, sia pur embrionale, per assicurare la corretta formazione e manifestazione della volontà; l'espressa previsione di un obbligo, in capo ai medici, di rispettare la volontà del paziente (a rigore, senza possibilità di obiezione di coscienza), e di un dovere, a carico delle strutture sanitarie, di organizzarsi in modo da consentirne l'attuazione; il dovere di mettere a disposizione del paziente terapia del dolore e cure palliative adeguate.

In verità, nell'analisi della disciplina della l. 219 sono emerse talora disposizioni che limitano la rilevanza della volontà del singolo subordinandone la validità o l'efficacia a fattori oggettivi estrinseci. Esempio principale sono le norme sulle d.a.t., sia in tema di oneri formali che di cause di non vincolatività.

Da un lato, si è visto che molte delle potenziali restrizioni al pieno dispiegarsi dell'autonomia della persona possono essere contrastate in via interpretativa, alla luce dei principi che ispirano la legge.

Dall'altro lato, laddove i limiti, ancorché minimali, esistono e non possono essere ulteriormente smussati, essi non sembrano introdurre vincoli eteronomi, ma risultano giustificati alla luce dell'esigenza di garantire lo stesso diritto di autodeterminazione del paziente, tutelandolo da scelte non informate o consapevoli, se non dal rischio di vere e proprie sostituzioni da parte di terzi.

Il legislatore ha ben presente che, nelle situazioni considerate, per il paziente è sufficiente una manifestazione di volontà per determinare la propria morte. Questo, come detto, ispira una doverosa cautela per la verifica della genuinità del rifiuto di cure e un particolare impegno per scongiurare casi di abbandono terapeutico, ma è anche significativo notare che per il paziente non vale nessuna presunzione di debolezza o vulnerabilità. Una volta dotata delle informazioni necessarie e posta di fronte alle alternative praticabili (purché tra queste rientri sempre la strada della terapia del dolore), l'ordinamento – con opzione non smentita, ma confermata dalla Corte costituzionale – ritiene che la persona capace di intendere e di volere, anche se gravemente malata, sia sempre in grado di esercitare la propria autodeterminazione con esito letale.

In ogni caso, la libertà del paziente incontra un limite generale correlato a

un vincolo di fattispecie: la l. 219 disciplina sempre ipotesi in cui la morte dipende da un processo patologico preesistente che, per volontà dell'interessato, il medico si astiene dal (continuare a) contrastare. Anche la condotta naturalisticamente attiva del sanitario – ma lo stesso varrebbe per un qualsiasi terzo, a prescindere dalla liceità della sua azione – ha l'effetto di interrompere l'intervento salvifico fino a quel momento in essere e di lasciare spazio al corso naturale degli eventi.

In altri termini, ai sensi della l. 219 il paziente può vedere soddisfatto il proprio desiderio di morire solo quando la sua condizione di salute già lo porterebbe a quell'esito. L'impegno a cui il legislatore assolve è quello di non ostacolare tale percorso e di accompagnare la persona verso la morte con lo standard di conforto e di "cura" che – una volta esclusa l'opzione terapeutica – è più rispettosa della sua integrità psicofisica, della sua libertà di autodeterminazione e, secondo una prospettiva ampiamente condivisa, della sua dignità.

Il discrimine è rappresentato da quelle situazioni in cui l'ordinamento dovrebbe mettere a disposizione le sue risorse – in concreto, il medico, il sistema sanitario nazionale – per consentire al paziente di morire prima di quanto avverrebbe nelle sue condizioni di salute. Nell'ambito della l. 219, per il paziente è «inesigibile» una azione che acceleri, anziché rallentare o non impedire, l'esito letale. In queste ipotesi, l'apprezzamento della vicenda da parte dell'ordinamento muta radicalmente: per la liceità del fatto non è più sufficiente la volontà del paziente, ma si richiedono presupposti e garanzie ulteriori, che analizzeremo nel Capitolo seguente, approfondendo anche i profili di differenza rispetto alle fattispecie trattate sinora.

* * *

Nei casi fin qui esaminati, il diritto penale sembra essersi quasi del tutto ritratto; anche scorrendo la cospicua letteratura proliferata in materia lo stesso inquadramento del fenomeno in chiave penalistica appare recessivo.

La sanzione penale naturalmente presidia ancora le ipotesi in cui il rifiuto delle terapie dovesse rivelarsi invalido e l'inerzia del medico integrare un'inosservanza del suo obbligo di proteggere la vita in mancanza di volontà contraria del paziente (con i necessari adattamenti in caso di errore circa

l'esistenza del consenso).

Manca ancora una posizione condivisa circa la natura giuridica dell'esonero da responsabilità di cui all'art. 1, comma 6, l. 219, ma si è cercato di dimostrare che le diverse soluzioni non conducono a conseguenze applicative apprezzabilmente diverse. Ciò spiega, del resto, il ridotto interesse che la dottrina ha mostrato per l'approfondimento del tema all'indomani dell'entrata in vigore della legge, la cui disciplina viene ritenuta esaustiva per gli aspetti di maggior rilievo pratico (tra cui la doverosità della condotta del medico).

Su questo fronte, la definitiva affermazione dei valori dell'autodeterminazione potrebbe indurre a privilegiare sempre più la strada della atipicità. Il modello sarebbe costituito dai reati in cui il consenso è elemento negativo del fatto, sicché la sua presenza esclude la sussistenza degli estremi del tipo astratto. Tuttavia, questo schema è solitamente adottato per i reati posti a tutela della libertà di autodeterminazione, nelle sue varie forme (morale, sessuale, etc.): non si può ignorare che, nei casi che ci occupano, bene giuridico protetto sia la vita della persona, che nella concezione consolidata viene peraltro intesa come vita biologica.

Per ritenere l'interruzione o la mancata somministrazione dei sostegni vitali carente di tipicità, allora, due sembrano le strade in astratto percorribili-

La prima via consisterebbe nel dimostrare l'irrilevanza della condotta sul piano causale: tuttavia, si è visto che questa soluzione non è sostenibile per il terzo – anche se sul piano materiale, al pari del medico, contribuisce all'esercizio dell'autodeterminazione – e non è affatto pacifica per il medico, data la perdurante incertezza sulla natura omissiva o commissiva delle condotte che realizzano una interruzione dei trattamenti in corso; inoltre, come vedremo, la varietà dei comportamenti che si traducono nell'accompagnamento alla morte e, allargando il campo, in un "aiuto a morire" del paziente non sembra tale da poter essere ricondotta alla dimensione omissiva, non potendosi dimenticare che spesso è l'esercizio dell'autodeterminazione del paziente a esigere forme di intervento attivo. Una soluzione organica dovrebbe invece mirare a una ricostruzione comprensiva anche di queste ultime situazioni.

Una via alternativa, più ambiziosa, sarebbe quella di rileggere il bene

protetto dalle norme incriminatrici pertinenti: a questo fine occorrerebbe postulare che i delitti di omicidio non tutelino (più) la vita in quanto tale, ma la vita da lesioni non consentite; non il mero dato fisico della sopravvivenza, ma il diritto di vivere come diritto di libertà, se del caso esercitabile anche in senso negativo, rinunciativo. Tuttavia, come si vedrà meglio in seguito, non solo questo passaggio richiede una radicale cambio di prospettiva, anche in termini culturali, rispetto all'impianto originario dell'ordinamento e un corrispondente, profondo sforzo interpretativo; ma esso sembra trovare un ostacolo, allo stato, nella lettura che delle norme in materia ha dato di recente la Corte costituzionale, quando ha tenuto a ribadire la perdurante esigenza di una tutela del bene vita in quanto tale.

Alla luce di queste considerazioni, ci sembra convincente e utile, per le ipotesi in esame, continuare a ragionare nei termini di un diritto – fondato sulla libertà personale e sulla autodeterminazione terapeutica e avente, per questo, rango di diritto fondamentale – che, nel bilanciamento ormai cristallizzato dalla l. 219, la persona può esercitare anche con l'effetto di sacrificare la propria vita.

In questa prospettiva, si svaluta anche il problema causale e la distinzione tra condotta attiva e omissiva¹⁶⁷. Il modello di regolamentazione del rifiuto di cure accolto dall'ordinamento mostra quindi come sia possibile sottoporre a un'unica disciplina organica fatti – non iniziare o interrompere i trattamenti – che pure presentano una incontestabile diversità ontologica, in forza di una valutazione incentrata sulle concrete esigenze di tutela del paziente e dei suoi diritti fondamentali¹⁶⁸, ispirata a canoni di ragionevolezza e uguaglianza sostanziale.

In altri termini, nelle fattispecie di rifiuto di cure la dottrina è sembrata disponibile a ritenere irrilevanti distinzioni – come quella tra azione e omissione – tradizionalmente associate a trattamenti giuridici differenziati, in nome della opportunità di dare tutela alla libertà di autodeterminazione attraverso

¹⁶⁷ Cfr. DONINI M., *Il caso Welby*, cit., secondo cui non bisogna «temere di qualificare come attivo il distacco del respiratore», che «sul piano eziologico attua pur sempre la causazione della morte di un uomo consenziente» (p. 911), essendo opportuno concentrarsi «più che sulle fattispecie incriminatrici [...] sulle condizioni di legittimazione e dunque di liceità» (p. 913).

¹⁶⁸ Insiste sulla necessità di adottare «l'angolo prospettuale del paziente», alla luce del suo unico interesse (avente il rango di diritto fondamentale) a non subire (più) trattamenti medici indesiderati, CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente (di rifiutare)*, cit., p. 1824.

l'elaborazione di una disciplina *extra-penalistica* (di carattere procedurale ma non solo) che ne garantisca un esercizio autenticamente libero e, al contempo, una attuazione effettiva.

Anche da questo punto di vista, la l. 219 e l'elaborazione teorica su cui essa poggia possono rappresentare un utile spunto per futuri sviluppi della riflessione e della regolamentazione in materia di aiuto a morire (cfr. Capitolo II) che sappiano sganciarsi da distinzioni formalistiche tra fattispecie a discapito di approcci unitari più adeguati alle istanze di tutela che sorgono dalla concretezza del fatto.

CAPITOLO II

MORTE VOLONTARIA: L'AIUTO A MORIRE

E I LIMITI ALLA LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE

SOMMARIO: 1. Le fattispecie rilevanti, tra fenomenologia concreta, qualificazione penalistica e scelte terminologiche. – 2. Alla ricerca del fondamento dell'incriminazione delle condotte di cooperazione dei terzi. – 2.1. Il paradigma indisponibilista alla base dell'impianto originario del codice penale: illiceità del suicidio e suoi corollari. – 2.2. L'evoluzione della riflessione sulla natura giuridica del suicidio. – 2.3. (segue) I termini del dibattito attuale: suicidio come libertà di fatto o come diritto di libertà? – 2.3.1. Gli argomenti a sostegno della tesi prevalente: il suicidio come libertà di fatto. – 2.3.2. Obiezioni alla tesi prevalente. Il suicidio come diritto di libertà. – 2.4. La ratio delle fattispecie incriminatrici dell'aiuto a morire nell'attuale quadro ordinamentale. – 2.4.1. Le pronunce della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p. – 2.4.1.1. Tutela della vita o dell'autodeterminazione? Le due letture possibili. – 2.4.1.2. Un tentativo di sintesi. – 3. L'affermazione di un modello disponibilista temperato: il bilanciamento tra tutela della vita e istanze di autodeterminazione alla base della non punibilità dell'aiuto al suicidio. – 3.1. Le condizioni per la liceità dell'aiuto al suicidio come limiti alla libertà di autodeterminazione. – 3.1.1. La condizione di cui alla lett. d): la volontà dell'interessato. – 3.1.1.1. Requisiti sostanziali e procedurali come forme di garanzia dell'autodeterminazione. – 3.1.1.2. Il problema dell'accertamento di un volere autentico e la tesi che ne subordina la fattibilità alle condizioni soggettive del paziente. – 3.1.1.3. Considerazioni critiche. L'opportunità di tenere distinti il piano soggettivo e quello oggettivo. – 3.1.1.4. La rilevanza di uno standard di validità del volere di carattere normativo e procedurale, indipendente dalle condizioni di salute del paziente. – 3.1.2. La condizione di cui alla lett. c): la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale. – 3.1.2.1. Profili di irragionevolezza. – 3.1.2.2. Possibili letture correttive, tra interpretazione estensiva e analogia, e loro limiti. – 3.1.2.3. La necessità di un trattamento in atto come ineliminabile vizio di fondo. – 3.1.3. Le condizioni di cui alle lett. a) e b). – 3.1.3.1. L'irreversibilità della patologia (lett. a): rapporti con la lett. c) e possibili configurazioni alternative. – 3.1.3.2. L'intollerabilità delle sofferenze (lett. b): tra dimensione oggettiva e soggettiva. – 3.2. Quale giustificazione per gli attuali limiti di liceità dell'aiuto al suicidio? – 3.2.1. Le differenze rispetto agli spazi di libertà riconosciuti nelle fattispecie regolate dalla l. 219/2017. – 3.2.2. I modelli di giustificazione fondati sulla fisionomia del diritto fatto valere dall'interessato. – 3.2.2.1. La richiesta di aiuto a morire come esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica. Critiche. – 3.2.2.2. La richiesta di aiuto a morire come esercizio del diritto a non soffrire. Critiche. – 3.2.2.3. L'inadeguatezza del riferimento alla posizione soggettiva dell'interessato per spiegare tutti gli attuali limiti di liceità dell'aiuto al suicidio. – 3.2.3. Il modello di giustificazione fondato sulle esigenze di tutela del bene vita. – 3.2.3.1. La complessa definizione di una soglia minima di tutela penale della vita: il nodo dell'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale

dell'art. 579 c.p. – 3.2.3.3. La peculiarità del bilanciamento raggiunto dalla l. 219/2017 per il rifiuto di cure. – 3.2.3.4. Le indicazioni insufficienti offerte dalle decisioni della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p. – 3.2.3.5. I principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3.2.3.6. La normativa di risulta a seguito del referendum come banco di prova del concreto assetto di disciplina richiesto per soddisfare lo standard minimo di tutela della vita. – 3.2.3.7. La sentenza della Corte costituzionale sull'ammissibilità del referendum. – 3.2.3.8. (segue) Le persistenti ambiguità sui confini del bilanciamento tra vita e autodeterminazione nelle ipotesi di aiuto a morire. – 4. Le resistenze all'adozione di un modello disponibilista puro per l'aiuto a morire e le ragioni di un trattamento differenziato rispetto al rifiuto di cure. – 4.1. Il contesto eutanasi e il paradigma della sofferenza. – 4.2. Il criterio causale e la distinzione tra "uccidere" e "lasciar morire". – 4.2.1. I diversi profili di rilevanza della dinamica causale nella disciplina delle scelte in materia di fine vita. – 4.2.2. La tendenza alla dequotazione del criterio causale nella disciplina del fine vita. – 4.2.3. Aiuto a morire e interruzione dei trattamenti: una distinzione non riconducibile all'alternativa tra *killling* e *letting die*. – 4.3. La scarsità di risorse come fondamento dei diversi limiti alle istanze di autodeterminazione? Prospettive ricostruttive e criticità.

1. Le fattispecie rilevanti, tra fenomenologia concreta, qualificazione penalistica e scelte terminologiche.

La volontà del paziente potrebbe aspirare a che la morte si verifichi non solo prima di quanto accadrebbe in caso di prosecuzione dei trattamenti sanitari, ma anche prima di quanto avverrebbe, una volta interrotti i trattamenti, in base al corso naturale degli eventi.

Questo gruppo di ipotesi raccoglie fattispecie accomunate dalla circostanza per cui è necessaria l'introduzione di un fattore causale aggiuntivo rispetto alla patologia sottostante.

Possiamo anticipare che, nei casi descritti, la liceità del fatto è subordinata a condizioni più stringenti rispetto a quelle viste per i terzi che assecondano la scelta del paziente di lasciarsi morire, non essendo mai sufficiente a tal fine la sola volontà dell'interessato.

La posizione dell'ordinamento nei confronti di queste ipotesi è stata, fino a tempi recenti, ispirata a un atteggiamento di totale disapprovazione, con disconoscimento di tutela per le istanze dell'interessato e previsione di sanzioni per le condotte di terzi dirette a consentirne la realizzazione; un'apertura si è

registrata solo per effetto dell'intervento della Corte costituzionale sull'aiuto al suicidio, con una decisione le cui implicazioni sistematiche devono essere ancora pienamente comprese ma che senza dubbio ha dato nuovo impulso al dibattito, sia in ambito giuridico che nell'opinione pubblica, tanto da rendere possibili, se non addirittura inevitabili, ulteriori sviluppi.

A differenza dei casi di morte per rifiuto di cure, quindi, per quanto riguarda le ipotesi in esame l'ordinamento conosce ancora una fase di transizione, più che di assestamento. Il quadro che l'interprete si trova di fronte è quantomai composito e instabile: una base normativa perlopiù immutata dal 1930, ma informata da principi e ideologie ormai superate alla luce dei principi costituzionali e convenzionali, incrinata nella sua compattezza repressiva da una circoscritta "causa di non punibilità" introdotta dalla Corte costituzionale, percorsa da tentativi di rifondazione per via ermeneutica e da ultimo destinataria di un attacco demolitorio frontale attraverso lo strumento del referendum abrogativo.

Le situazioni in cui la persona si procura volontariamente la morte interferendo con il decorso causale naturale danno luogo a una fenomenologia varia, che a sua volta corrisponde a una diversa rilevanza del fatto e a sue differenti qualificazioni sul piano penalistico¹.

Chi tenta il suicidio – inteso come qualsiasi condotta causale rispetto all'evento morte posta in essere dalla vittima stessa – non è sanzionato dall'ordinamento: non solo non sono previste conseguenze negative sul corpo o sul patrimonio della persona, nel caso in cui il tentativo abbia successo, ma nessuna pena è minacciata per l'ipotesi in cui l'aspirante suicida sopravviva.

Al contrario, il codice penale del 1930 predisponeva – e in gran parte predispose tuttora – una «cintura protettiva»² intorno al suicida, incriminando, all'art. 580 c.p., le condotte di chi fa sorgere in altri l'intento suicidario, lo rafforza o ne agevola materialmente la realizzazione.

¹ Per una ricostruzione dei profili di tipicità delle condotte corrispondenti alle varie scelte di fine vita nell'impianto originario del codice, anche con riferimento alle circostanze applicabili, cfr. CANESTRARI S., *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 756; una recente sistematica della fenomenologia si ritrova in BARTOLI R., *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 11/2021, p. 6 ss.

² Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 4 del "considerato in diritto".

Quando invece la persona delega ad altri l'azione che determina la morte, in capo al terzo si configura il delitto di cui all'art. 579 c.p.

L'approccio sanzionatorio del codice del 1930 si articola dunque attraverso la previsione di due fattispecie distinte ma contigue, la cui linea di confine – secondo un'esegesi ormai consolidata³ – va tracciata in base al soggetto che pone in essere l'ultimo atto della sequenza causale che conduce al decesso: si potrà parlare di suicidio e ipotizzare a carico dei terzi il reato di cui all'art. 580 se l'azione finale è compiuta dalla vittima stessa o, secondo un criterio più flessibile, se quest'ultima mantiene comunque il dominio sulla fase esecutiva; diversamente, qualora l'intero processo causale sia affidato al terzo, nei suoi confronti sussisteranno gli estremi del delitto di omicidio del consenziente.

Il formalismo di questa classificazione normativa appare da tempo eccessivamente rigido quando le fattispecie astratte vengono calate nel loro terreno d'elezione concreto, rappresentato perlopiù dai casi di persone sofferenti, spesso a causa di una qualche patologia sottostante, che cercano nella morte un mezzo per liberarsi dal dolore: l'ambito delle pratiche eutanasiche in senso lato⁴.

Riguardate in quest'ottica, alla luce delle categorie e dei principi elaborati dalla riflessione di filosofi e giuristi, le nozioni fatte proprie dal codice penale mal si conciliano con la sostanza dei fenomeni in esame.

³ Per una ricostruzione più dettagliata e per gli opportuni riferimenti dottrinali sia consentito rinviare a LAZZERI F., *Art. 580*, in Dolcini E. – Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, 2021, cit., p. 943-944.

⁴ Il termine "eutanasia" rappresenta una nozione polivalente e dagli incerti confini, che esprime diversi significati a seconda del contesto storico e culturale di riferimento (sul problema definitorio, anche in prospettiva diacronica, cfr. MAGRO M.B., *Eutanasia*, cit., p. 93 ss.; per una tassonomia onnicomprensiva cfr. MANTOVANI F., *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, 1990, p. 423 ss.). Si tratta peraltro di un termine descrittivo, utile per evocare approssimativamente una determinata classe di fenomeni empirici, ma che – da un lato – non trova corrispondenza diretta e immediata nella disciplina positiva né nel lessico legislativo, e che – dall'altro – è in grado di svolgere una funzione euristica limitata, rischiando anzi di favorire polarizzazioni ideologiche. In questo lavoro, impiegheremo la locuzione "eutanasia (in senso lato)" nell'accezione più generale possibile, ossia come l'insieme delle condotte, attive o omissive, tendenzialmente (ma non esclusivamente) poste in essere da un professionista sanitario, dirette a procurare la morte per sottrarre la persona a sofferenze fisiche o psichiche presenti o future. Questa, del resto, il senso comune fatto accolto dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., Sez. I, sent. 14 settembre 2017 (dep. 12 giugno 2018), n. 26899, Pres. Cortese, est. Esposito, ric. Corini, p. 3. Sono possibili (sebbene minoritarie) definizioni diverse e più restrittive, ma deve senz'altro ritenersi esclusa, per quanto detto, la possibilità di riconnettere automaticamente all'etichetta eutanasia un giudizio di liceità o illiceità, dando luogo a un'inversione logica: se "eutanasia" indica la fattispecie, un passaggio distinto e successivo è la sua qualificazione ad opera del diritto positivo.

Da ultimo, l'insoddisfazione degli interpreti affiora in modo sempre più marcato già sul piano terminologico: è diffusa l'esigenza di abbandonare le locuzioni tradizionali a favore di formule idonee a mettere in luce affinità e differenze rilevanti ai fini di un rinnovato approccio normativo.

Questo vale, anzitutto, per il concetto di "suicidio".

Da un lato si può osservare che, esaltando i profili di volontarietà della decisione autolesiva, tale categoria è in grado di abbracciare la gran parte, se non la totalità, dei casi di morte che si verifica sotto il controllo dell'interessato, ricomprendendo potenzialmente sia ipotesi in cui la persona si lascia morire rifiutando soccorsi esterni, anche in assenza di patologie⁵, sia ipotesi in cui per morire richiede la collaborazione di un terzo della cui opera cui si serve come mero strumento materiale⁶. Tale inquadramento ha il pregio di mettere in evidenza un profilo sostanziale che accomuna situazioni materialmente diverse e si presta a rafforzare strategie argomentative dirette all'estensione dell'area della liceità.

D'altra parte, sono stati manifestati molti dubbi circa la possibilità di ricondurre alla comune nozione di "suicidio" casi del tipo di quelli qui esaminati, appunto inquadrati in un contesto eutanasi. Alcuni ne denunciano l'inadeguatezza lessicale⁷, per altri si tratta di specificità in prospettiva rilevanti addirittura ai fini dell'esclusione della tipicità del fatto⁸: in ogni caso, diffusa è la resistenza, almeno in ottica di politica criminale, a considerare gesto suicidario – inteso come forma di aggressione alla vita – quello di coloro che, attraverso la collaborazione di terzi, spesso resa necessaria dalle condizioni in cui sono ridotti dalla patologia che li affligge, ricercano la morte quale

⁵ Sulla possibilità di considerare "suicidio" la scelta di chi «decide di smettere di nutrirsi fino a lasciarsi morire di stenti» cfr. BARTOLI R., *Le problematiche del fine vita*, cit., p. 7.

⁶ Ritiene plausibile considerare l'omicidio del consenziente un «suicidio per mano altrui», in termini di disvalore sostanziale e «dalla prospettiva (soggettiva) di osservazione della vittima», almeno quando questa sarebbe incapace di darsi la morte da sola, MAGRO M.B., *Autodeterminazione terapeutica e autodeterminazione alla morte dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma TrE-Press, 2021, vol. II, p. 1295.

⁷ Già RODOTÀ S., *La vita e le regole*, cit., p. 255, metteva in guardia contro la «trappola semantica e concettuale legata alla pigra ripetizione del termine "suicidio"».

⁸ Cfr. VALLINI A., *Morire è non essere visto. La Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2019, p. 818.

strumento di liberazione da un corpo che non percepiscono più come proprio⁹.

Nell'ambito di questo filone si inserisce la recente proposta¹⁰ di distinguere, all'interno della categoria di genere, le ipotesi di suicidio "tradizionale" e di suicidio "medicalmente assistito": queste due figure corrisponderebbero a fenomeni di differente natura e, di conseguenza, meritevoli di disciplina giuridica affatto diversa.

In questa prospettiva, a essere assunto come riferimento dal legislatore storico nel disegnare il divieto di cui all'art. 580 c.p. sarebbe il suicidio "tradizionale", gesto di autoannientamento determinato dai fattori più vari ma in definitiva legato a una condizione di sofferenza esistenziale per le «ferite dell'anima»; irriducibile a questo, come «un parente che si ribella ad una "convivenza forzata"»¹¹, sarebbe invece il suicidio "medicalmente assistito", connotato dalla condizione di salute irrimediabilmente compromessa di coloro che lo invocano e che, non padroni dei propri «corpi prigionieri», richiedono la collaborazione del personale sanitario per essere accompagnati più rapidamente a una morte comunque inevitabile.

In parallelo con questa tendenza, si moltiplicano le proposte di alternative ai termini "aiuto al suicidio", "suicidio assistito" e finanche "eutanasia (attiva)". Già da tempo la dottrina più sensibile avverte dell'opportunità di non associare all'ipotesi del rifiuto di cure l'etichetta di "eutanasia passiva", al fine di valorizzare il sottostante diritto del paziente anziché l'effetto che il suo esercizio produce¹². Più in generale, tuttavia, in questo invito può leggersi anche l'ulteriore preoccupazione per i riflessi negativi, anche solo inconsci, che possono essere generati dall'impiego di una parola evocatrice di esperienze storiche abiette, in cui l'eutanasia era praticata in forma non consensuale.

⁹ Cfr. MANES V., *Aiuto a morire, dignità del malato, limiti dell'intervento penale*, in *Pol. dir.*, 2020, p. 46, che – echeggiando un interrogativo dallo stesso Autore posto in sede di discussione davanti alla Corte costituzionale come difensore della parte privata nel giudizio incidentale di legittimità sull'art. 580 c.p. – domanda: «è ancora suicidio il congedo della vita scelto, dolorosamente, drammaticamente, da chi vive in una situazione in cui il corpo si è ormai congedato dalla persona?».

¹⁰ Per la compiuta formulazione di questa tesi cfr. CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 11 ss., 29 ss.

¹¹ CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 45.

¹² Cfr. già CANESTRARI S., *Rifiuto informato*, cit., p. 1906; in senso adesivo CUPELLI C., *Consenso informato*, cit., p. 19, nt. 29.

Analoghe considerazioni sorreggono almeno in parte il più recente tentativo di denominare le varie ipotesi di eutanasia attiva come “morte (medicalmente) assistita”¹³ o “aiuto (medico) a morire”¹⁴.

Queste diciture – che ricalcano espressioni ormai ampiamente utilizzate, anche sotto forma di acronimi, nella letteratura e nella normativa anglofona¹⁵ – sono da condividere: sia per la già accennata capacità di sottrarre al dibattito un fattore potenzialmente divisivo e automaticamente invisibile alla sensibilità di certe fasce di popolazione; sia per la ragione, di carattere sostanziale, che tali espressioni rivelano l’ineluttabilità di una considerazione unitaria delle pratiche di “aiuto a morire”, realizzate vuoi “per mano propria” (secondo il paradigma dell’art. 580 c.p.) vuoi “per mano altrui” (integrando il tipo dell’art. 579 c.p.)¹⁶. Nel prosieguo del lavoro saranno quindi utilizzate queste nuove formule, pur mantenendo talora, per comodità espositiva, l’uso dei termini tradizionali.

2. Alla ricerca del fondamento dell’incriminazione delle condotte di cooperazione dei terzi.

Alla luce delle domande portanti della ricerca – quali soggetti possono assumere e attuare lecitamente “decisioni di fine vita”, e in base a quali criteri –, per il novero di ipotesi trattate in questo capitolo la linea di indagine più

¹³ Questa l’espressione prescelta, ad esempio, da FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 134.

¹⁴ Questa espressione dà il titolo al documento di ampio respiro redatto, all’indomani dell’ord. 207/2018 della Corte costituzionale, da un gruppo di lavoro coordinato da CASONATO C., *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico plurale e consapevole*, in *BioLaw Journal*, 11 settembre 2019.

¹⁵ Si parla di “*medical aid in dying*” o MAID (secondo la locuzione fatta propria dal legislatore canadese), “*physician assisted suicide*” e “*physician assisted dying*” (questa l’espressione oggi più comune in Inghilterra, anche sotto l’acronimo di PAD). Nella letteratura in lingua tedesca da tempo si utilizza il termine *Sterbehilfe* – letteralmente “aiuto nel/a morire” –, anche in ragione della necessità di allontanare gli «spettri del passato» derivanti dalla tendenza ad associare l’eutanasia ai programmi di sterminio del regime nazista: cfr. MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 97, nt. 10.

¹⁶ Questa proposta terminologica si ritrova espressamente in DONINI M., *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2020, p. 24, e, da ultimo, in CANESTRARI S., *Ferite dell’anima e corpi prigionieri*, cit., p. 53-54.

stimolante sembra puntare nella direzione segnata dal seguente interrogativo: se alla persona è consentito darsi la morte senza conseguenze sanzionatorie, perché sono incriminate le condotte di collaborazione di terzi, sotto forma di aiuto al suicidio o di omicidio del consenziente?

La risposta, come anticipato, dipende da una combinazione di fattori normativi e interpretativi mutevoli nel tempo, di cui è agevole descrivere l'evoluzione storica ma assai più complesso ricostruire l'assetto attuale.

2.1. Il paradigma indisponibilista alla base dell'impianto originario del codice penale: illiceità del suicidio e suoi corollari.

Nel 1930 il sistema esibiva una indubbia coerenza interna: illecito era considerato il suicidio e illecite, di conseguenza, le condotte di terzi che fanno sorgere in altri l'intento suicidario, lo rafforzano o ne agevolano la realizzazione; ciò valeva, *a fortiori*, per il caso di morte procurata materialmente e direttamente dal terzo con il consenso dell'interessato.

Nella prospettiva del legislatore storico, decisiva era l'adesione al principio di assoluta indisponibilità della vita¹⁷: gli atti lesivi di tale bene restano illeciti anche se compiuti per assecondare la volontà del titolare.

I commentatori più attenti denunciano la circolarità di certe argomentazioni che per giustificare l'esistenza di un principio di indisponibilità invocavano gli artt. 579 e 580, e per giustificare queste norme incriminatrici si appellavano a un principio di indisponibilità della vita¹⁸.

Nondimeno, è chiara la consequenzialità tra premesse teoriche, qualificazione normativa e conseguenze sanzionatorie.

La vita è ritenuta indisponibile perché – pur senza necessità di negarne la titolarità in capo al singolo – su di essa convergono (anche) interessi super-

¹⁷ Espressamente dichiarata nella Relazione ministeriale sul progetto di codice penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, 1929, IV pt. IV, p. 373, ove si legge, a proposito dell'art. 579, che «all'individuo non si riconosce la libera disponibilità della propria vita» e che, per questo, si «esclude che il consenso della vittima discrimini il reato di omicidio».

¹⁸ Cfr. FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 278.

individuali, afferenti a un'entità funzionalmente superiore, vale a dire lo Stato¹⁹, il quale vanta un interesse c.d. demografico alla conservazione delle energie (moralì, economiche, militari) dei consociati²⁰.

In quest'ottica, il suicidio, in quanto offensivo di un bene di pertinenza (anche) collettiva, è da considerare un atto socialmente dannoso e, dunque, antiggiuridico²¹. La pacifica non punibilità del soggetto sopravvissuto al tentativo di suicidio è giustificata sulla base di considerazioni ulteriori, variamente ravvisate in motivi di pietà umana, nella consapevolezza dell'inefficacia della sanzione nei confronti di chi ha già deciso di uccidersi²², se non addirittura – secondo la posizione espressa dai compilatori del codice – nella finalità di erigere un ultimo baluardo a difesa del bene vita, per non incentivare, con la minaccia della pena, lo studio di modalità esecutive che diano all'aspirante suicida la certezza della morte²³.

Il principio di indisponibilità implica anche, poi, che l'individuo non può autorizzare validamente condotte di terzi che si traducono parimenti in una lesione del bene vita.

Qui sta la *ratio* – del tutto coerente nella prospettiva dell'epoca²⁴ – della repressione penale, attraverso i delitti di omicidio del consenziente o di aiuto al suicidio, delle azioni esecutive o partecipative di terzi: a completamento del sistema di tutela della vita, anche contro la volontà dell'interessato, l'ordinamento crea intorno al singolo una "cintura protettiva" di fattispecie

¹⁹ Sul fondamento statalista del principio di indisponibilità accolto dal legislatore del 1930 – fatto palese, ancora una volta, dalla relazione al codice, ove si legge che «l'esistenza fisica della persona» «rappresenta un prevalente interesse sociale» (*Lavori preparatori*, cit., p. 373) – cfr., per tutti, FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 284 ss.

²⁰ Cfr. MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, VIII, Utet, ed. 1937, p. 7: «l'essenza, la forza e l'attività dello Stato medesimo risiedono necessariamente nella popolazione».

²¹ Nel senso della qualificazione come illecito cfr. la dottrina coeva e di poco successiva: MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, vol. III, ed. 1937, Utet, p. 7; VANNINI O., *Delitti contro la vita e la incolumità individuale*, Giuffrè, 1958, p. 81.

²² Cfr. VANNINI O., *Delitti contro la vita*, cit., p. 80.

²³ Cfr. *Lavori preparatori*, cit., p. 376, con una spiegazione che PADOVANI T., *Dovere di vivere e aiuto al suicidio: un sintagma*, in *BioLaw Journal*, 27 agosto 2019, p. 7, ha definito «peregrina, se non proprio risibile e bislacca».

²⁴ Sulla coerenza dell'impianto repressivo del codice del 1930 cfr. FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, vol. II, tomo I, IV ed., Zanichelli, 2013, p. 44; MASERA L., *Delitti contro la vita*, in Piergallini C. – Viganò F. (a cura di), *Reati contro la persona*, II ed., Giappichelli, 2015, p. 50.

penali che hanno come destinatari soggetti diversi dal titolare del bene, per i quali non sussistono le ragioni di opportunità che consigliano di non punire il suicida.

È interessante osservare come il legislatore abbia tecnicamente realizzato tale obiettivo, nel prevedere due norme incriminatrici come quelle di cui agli artt. 579 e 580 c.p.

La configurazione dell'art. 579 assolve a una duplice funzione²⁵: rendere palese l'irrelevanza scriminante del consenso dell'interessato, dando corpo alla clausola di riserva posta in chiusura dell'art. 50 c.p., e riconoscere al contempo una mitigazione sanzionatoria per fatti che, quanto al resto, sono strutturalmente identici all'omicidio volontario. Quest'ultima finalità è assicurata tramite la configurazione del consenso come elemento costitutivo (specializzante rispetto all'art. 575) di un'autonoma fattispecie anziché come circostanza, sottratto così al giudizio di bilanciamento, ed escludendo l'operatività delle aggravanti comuni nonché delle aggravanti speciali dell'omicidio.

Nel caso dell'art. 580, la previsione di un'autonoma fattispecie delittuosa è spiegata con l'impossibilità di punire il terzo istigatore o ausiliatore a titolo di concorso in un fatto che, ancorché considerato illecito, non è previsto dalla legge come reato²⁶. Né, d'altra parte, per la tesi largamente dominante, il fatto poteva ricondursi al paradigma dell'omicidio. Il carattere necessario di una fattispecie quale l'art. 580, in un sistema ispirato al principio di indisponibilità della vita, è dimostrato dalla circostanza che una previsione analoga era contemplata anche dal codice previgente, quando invece si tollerava l'assenza di una norma *ad hoc* per i fatti di omicidio del consenziente²⁷ (sul presupposto comunemente accettato, sebbene non pacifico, che questi fossero punibili ai sensi della fattispecie generale di omicidio²⁸).

²⁵ Cfr. *Lavori preparatori*, cit., p. 373; in dottrina SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 708-709.

²⁶ Questa la ricostruzione tradizionale in dottrina: cfr. per tutti MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, ed. 1985, Utet, p. 113.

²⁷ Per una ricostruzione storica comparativa delle soluzioni adottate dai codici del 1889 e del 1930 cfr. da ultimo SEMINARA S., *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 311 ss.

²⁸ Sulla varietà di ricostruzioni dell'omicidio del consenziente sotto il vigore del codice Zanardelli cfr. CADOPPI C., *Una polemica fin de siècle sul dovere di vivere: Enrico Ferri e la teoria*

In sintesi, dunque, l'oggettività giuridica degli artt. 579 e 580 c.p., alla luce della loro origine, è da individuare nel bene della vita in quanto tale, che il legislatore intende proteggere da atti eterolesivi, anche se compiuti con il consenso del titolare e dunque strumentali ad atti sostanzialmente autolesivi.

È però interessante notare che la volontà dell'interessato, irrilevante ai fini del giudizio di liceità del fatto, non sembra del tutto obliterata dal legislatore storico.

Il codice prevede infatti per l'omicidio del consenziente e per l'aiuto al suicidio cornici edittali di entità decrescente rispetto alla pena comminata per l'omicidio volontario. Non è agevole giustificare questa disciplina, se si parte dall'assunto che in tutti i casi considerati si è pur sempre di fronte a un'offesa al bene vita. La mitigazione sanzionatoria di cui beneficiano i fatti descritti all'art. 580 potrebbe ancora spiegarsi con la particolare modalità di realizzazione dell'evento e con la natura accessoria dell'apporto causale del terzo rispetto al gesto autolesivo (v. *supra*). Ma questo non può valere per l'omicidio del consenziente, dove l'intera dinamica causale è nelle mani di un soggetto diverso dal titolare del bene vita (tantopiù considerato che il "consenso" richiesto dall'art. 579 non deve consistere necessariamente in una richiesta da parte dell'interessato).

La Relazione al codice²⁹ motiva la scelta con la minore gravità del fatto «sotto il profilo dell'elemento psicologico», per la ridotta pericolosità manifestata da chi agisce con il consenso della vittima. La spiegazione non convince del tutto, e può quasi sembrare un modo per non ammettere che, ancor prima, rispetto all'omicidio comune il fatto presenta un minor disvalore già in termini di gravità oggettiva: una constatazione che però comporterebbe integrare l'oggettività giuridica dei delitti di omicidio, riconoscendo un peso alla libertà individuale (offesa nei casi di cui all'art. 575, rispettata nelle ipotesi di omicidio del consenziente)³⁰, ossia una prospettiva non apertamente dichiarabile nella temperie culturale dell'epoca.

dell'omicidio-suicidio, in L. Stortoni (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'Editore, 1992, p. 125 ss.

²⁹ Cfr. *Lavori preparatori*, cit., p. 373.

³⁰ Sostiene questa tesi MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, VI ed., Cedam – Wolters Kluwer, 2016, p. 122.

La plausibilità di una simile ricostruzione, non esplicitata dal legislatore storico ma sottesa alle scelte di valore del codice, è confortata dalla sua idoneità a giustificare anche l'ulteriore riduzione di pena prevista per l'aiuto al suicidio e, in generale, il differente trattamento sanzionatorio di quest'ultimo³¹. Guardando alla posizione dell'agente, si potrebbe ipotizzare anche qui una sua minore pericolosità soggettiva, legata al ruolo di secondo piano rivestito nella dinamica causale. Ma la circostanza che a questa specifica dinamica corrisponda un trattamento sanzionatorio più lieve potrebbe a sua volta dipendere, a ben vedere, dall'assunto per cui il controllo materiale e psicologico mantenuto dalla vittima sull'ultimo gesto letale offre maggiori garanzie, in termini di autenticità del volere e di libertà della persona, rispetto a quanto avviene non solo nell'omicidio volontario, ma anche nell'omicidio del consenziente³².

Sono dunque considerazioni afferenti al piano della volontà dell'interessato (alla sua autodeterminazione, in termini moderni) a plasmare l'assetto della disciplina in materia già nell'impianto originario del codice Rocco: con l'importante precisazione che, se le istanze di autonomia individuale avevano un peso sul trattamento sanzionatorio, ai fini della liceità il bilanciamento implicito tra i due opposti interessi veniva sempre risolto a favore della vita.

È proprio questo bilanciamento, come vedremo, che la Corte costituzionale ha ritenuto in contrasto con la Costituzione, non ritenendo

³¹ In effetti, la differenza non attiene solo alle cornici edittali ma anche, in modo eclatante, alla disciplina delle ipotesi in cui il consenso dell'interessato risulta affetto da vizi. In presenza di identiche condizioni – quali, in particolare, minore età, infermità di mente o deficienza psichica – l'omicidio del consenziente viene trattato come omicidio volontario (cfr. art. 579 comma 2), mentre per l'istigazione o l'aiuto al suicidio è prevista soltanto una aggravante (comune), salvo che ricorrano circostanze di incapacità estreme (cfr. art. 580 comma 2).

³² Questo ragionamento è forse presente, *in nuce*, nella relazione al codice (*Lavori preparatori*, cit., p. 378), laddove riconosce che l'applicabilità dell'art. 580 anche nei casi di vizi della volontà meno gravi dipende dal fatto che, in quelle circostanze, la scelta del suicida «possa essere considerata effetto della sua determinazione». Senonché, lo stesso potrebbe valere per il consenso alla condotta omicidiaria: la differenza sembra colta più chiaramente da PATALANO V., *I delitti contro la vita*, Giuffrè, 1984, p. 230, il quale spiega l'esclusione dell'art. 580 c.p. solo nei casi di incapacità totale con l'idea per cui, al di fuori di tali ipotesi, «un gesto così grave [come darsi la morte da sé] non possa non dipendere dalla determinazione del soggetto»: è dunque la peculiarità dell'atto materiale – la persona che rivolge contro di sé l'azione letale – a rendere tale atto autenticamente riferibile alla volontà di chi lo compie con maggiore probabilità di quanto si possa ritenere quando l'azione proviene da un terzo. Ricostruisce così la *ratio legis*, criticandone però la congruità, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 136.

sufficiente il rilievo che l'art. 580 c.p. già assegnava all'autodeterminazione.

2.2. *L'evoluzione della riflessione sulla natura giuridica del suicidio.*

Nonostante alcune aperture, peraltro sottotraccia, alla dimensione della libertà individuale, il sistema del 1930 si fondava su una concezione che è parsa sempre più inadeguata una volta inserita nel quadro costituzionale.

La crescente considerazione delle istanze di autodeterminazione ha condotto a un indebolimento, prima, e al parziale superamento, poi, del principio di disponibilità della vita: ciò ha stimolato una rivalutazione della natura giuridica del suicidio e ha reso necessario individuare un nuovo fondamento per la punibilità delle condotte dei terzi.

In verità, fino a non molto tempo fa, era diffusa tra i penalisti l'opinione per cui il dato positivo rivelerebbe ancora un forte atteggiamento di sfavore dell'ordinamento nei confronti del suicidio, anche se compiuto in modo libero e consapevole³³.

Il giudizio di disapprovazione verso il gesto autolesivo emergerebbe, al di là dell'incriminazione delle condotte collaborative di terzi, da una serie di norme che sanzionano sempre penalmente pubblicazioni e trasmissioni aventi contenuto di incitamento al suicidio, se rivolte ai più giovani, o comunque idonee a provocare il diffondersi dei suicidi³⁴.

Del suicidio si mette poi in luce l'essenza di fatto impedibile: di fronte ad atti autolesivi un'eventuale inerzia di terzi, anche in assenza di posizione di garanzia, si ritiene pacificamente configurabile il delitto di omissione di soccorso, mentre un'azione di salvataggio offensiva di altri beni protetti può beneficiare delle scriminanti dello stato di necessità o della legittima difesa (ad

³³ Lo osservava, alcuni anni addietro, SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, p. 722, cui si rinvia per i riferimenti bibliografici; si veda però, ancora di recente, ROMANO M., *Istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2019, p. 1799, il quale sostiene che all'indomani della sentenza della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p. «non è mutata la luce negativa» in cui il suicidio è visto dall'ordinamento.

³⁴ Per un quadro di sintesi delle disposizioni che compongono tale apparato repressivo cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 128.

es., se rivolta verso gli autori di una condotta di aiuto materiale rilevante *ex art.* 580).

Ulteriori riflessi³⁵ di questa concezione di fondo potrebbero cogliersi nella impossibilità di riconoscere un giustificato motivo nel reato di porto d'arma commesso da chi intende suicidarsi e nell'insussistenza di una utilità, e dunque di un fine di profitto rilevante per il delitto di ricettazione, in caso di acquisto di sostanze di provenienza illecita al fine di procurarsi la morte.

Un'autorevole ma isolata tesi, per coniugare questi rilievi con l'esigenza di sfuggire alla dicotomia lecito/illecito, ha elaborato la categoria dell'atto meramente «tollerato»³⁶.

Non mancano voci che, più scopertamente, ritengono di dover tuttora riconoscere al suicidio la connotazione di illecito.

Alcuni, limitandosi a un discorso descrittivo, in continuità con una risalente dottrina³⁷ fanno leva sulla circostanza che l'impedibilità rappresenterebbe pur sempre una forma di sanzione giuridica³⁸.

Altri sono invece propensi a rinvenire nel suicidio un contenuto di disvalore a causa delle conseguenze negative che la scelta di uccidersi produce rispetto alla dimensione relazionale che caratterizza ogni vita umana, ledendo l'interesse proprio dei terzi alla conservazione di tale relazione³⁹.

Ricostruzioni del genere mirano a convalidare l'impianto originario del codice: da un lato, resta ferma la non punibilità di chi sopravvive al tentativo di suicidio, motivata ora anche sulla base dell'argomento (più persuasivo di

³⁵ Li evidenzia, problematicamente, SEMINARA S., *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 326, nt. 34.

³⁶ Così, notoriamente, MANTOVANI F., *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 71, ove si afferma che il suicidio «costituisce pur sempre un disvalore giuridico»; cfr. anche ID., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 128, per altri esempi riconducibili alla categoria degli atti tollerati.

³⁷ Si veda già ALTAVILLA E., *Il suicidio nella psicologia, nella indagine giudiziaria e nel diritto (pubblico, penale, civile e commerciale)*, Morano, 1932, p. 221-222.

³⁸ Cfr. PADOVANI T., *Dovere di vivere e aiuto al suicidio*, cit., p. 6-7, secondo il quale ciò comporterebbe considerare il suicidio, allo stato, «un fatto illecito; senza se e senza ma».

³⁹ Questa la posizione di DE FRANCESCO G., *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con l'altro*, in *Leg. pen.*, 16 marzo 2020, p. 5 ss., che a tale illecito riconduce comunque, quale sanzione, la «sola possibilità di impedirne il compimento». In termini non dissimili, sul «vincolo di reciproca solidarietà» proprio di ogni relazione intersoggettiva e che, secondo l'Autore, rende «tutt'altro che inconciliabile con visioni del mondo compiutamente laiche e liberali» una indisponibilità almeno parziale del bene vita cfr. ROMANO M., *Istigazione o aiuto al suicidio*, cit., p. 1800.

quello proposto dal legislatore storico) secondo cui il gesto autolesivo, per definizione, non implica alcuna *relatio ad alteros* e quindi si sottrae, per sé considerato, alla sfera del diritto; dall'altro lato, non si ha difficoltà a giustificare la rilevanza penale delle condotte di cooperazione dei terzi, convergenti su un fatto carico di disvalore.

Un simile approccio, tuttavia, pur affrancandosi dalla logica statalistica propria del codice del 1930, continua a presupporre, in modo più o meno implicito⁴⁰, la perdurante vigenza nell'ordinamento di un principio di indisponibilità della vita, che vieta al titolare di disporre in nome di un interesse superiore⁴¹.

Senonché, con il tempo, è parsa sempre più difficile la trasposizione di questo precetto nel quadro di valori della Carta costituzionale, ispirato ai principi di laicità, liberalismo e personalismo: una volta riconosciuta la vita come bene di esclusiva pertinenza individuale, sciolto da vincoli di funzionalità a interessi esterni, e preso atto delle caratteristiche dell'atto autolesivo, destinato a esaurire i propri effetti nella sfera dell'autore, la caratterizzazione del suicidio come illecito risulta priva di fondamento⁴². Anzi: postulando un principio di assoluta indisponibilità, il diritto alla vita assumerebbe – paradossalmente – le sembianze di un inaccettabile “dovere di vivere” o di un “interesse legittimo a vivere”⁴³.

⁴⁰ Lo afferma apertamente ROMANO M., *Istigazione o aiuto al suicidio*, cit., p. 1799.

⁴¹ Per questa notazione e per la difficoltà di individuare, a Costituzione vigente, un (legittimo) interesse superiore cfr. PADOVANI T., *Dovere di vivere e aiuto al suicidio*, cit., p. 7-8.

⁴² Così, nettamente, CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 8.

⁴³ L'espressione si deve a PADOVANI T., *Dovere di vivere e aiuto al suicidio*, cit., p. 8, il quale evoca lo schema – caratteristica della figura dell'interesse legittimo – della tutela condizionata alla compatibilità tra la soddisfazione della posizione del singolo con un interesse super-individuale o comunque di rango superiore.

2.3. (segue) *I termini del dibattito attuale: suicidio come libertà di fatto o come diritto di libertà?*

2.3.1. Gli argomenti a sostegno della tesi prevalente: il suicidio come libertà di fatto.

La tesi che si va oggi affermando è incline a considerare il suicidio come “libertà di fatto”⁴⁴, rifuggendo «le due qualificazioni “estreme” della condotta suicidaria: né diritto, né illecito»⁴⁵.

Questa prospettiva presenta in effetti un duplice risvolto: coniuga il rifiuto per la categoria dell'illecito, costituzionalmente insostenibile, con l'intento di contrapporsi al filone di chi ritiene configurabile un vero e proprio “diritto al suicidio”.

Contro la tesi favorevole ad ammettere la sussistenza di un “diritto al suicidio” si è obiettato⁴⁶ che un simile inquadramento sarebbe frutto di una indebita estensione a tutti i casi di suicidio, e dunque anche alle ipotesi di suicidio esistenziale, di una ricostruzione al più prospettabile (peraltro senza certezze definitive) sul diverso terreno del suicidio medicalmente assistito: un equivoco ritenuto foriero di conseguenze pericolose, per il messaggio culturale associato e per i rischi di indebolimento della tutela penale rispetto a situazioni, quali i casi di suicidio tradizionale, che pur essendo ormai affrancate dall'area dell'illecito meriterebbero tuttora interventi di prevenzione, *in primis* attraverso politiche pubbliche, trattandosi di un gesto dalle conseguenze irreparabili per un bene di importanza primaria.

Si sottolinea poi come, portata alle sue estreme conseguenze, la tesi del

⁴⁴ In quest'ottica, da ultimo, cfr. CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 9 ss. Si tratta, come detto nel testo, di una tesi largamente diffusa in dottrina, che esclude sia un giudizio di disvalore, sia la qualificazione in termini di diritto: PULITANÒ D., *Tutela della vita e della integrità fisica*, in Id. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I. Tutela penale della persona*, III ed., Giappichelli, 2019, p. 70; SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 722; ROMBOLI R., *Atti di disposizione del proprio corpo (art. 5)*, in Galgano F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Art. 1-10*, Bologna, 1988, p. 245.

⁴⁵ VITARELLI T., *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni “multilivello”*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2021, p. 4.

⁴⁶ Sul punto si rinvia alla recente riflessione di CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 12 ss.

diritto al suicidio escluderebbe addirittura la liceità (*ex artt. 52 o 54*) e la doverosità (*ex art. 593*) dell'azione di soccorso da parte dei terzi: uno scenario indesiderabile, «anche su premesse marcatamente antipaternalistiche», dal momento che la prassi dimostra come i gesti autolesionistici siano spesso frutto di scelte non meditate o modi per esprimere richieste di aiuto⁴⁷.

Inoltre, i sostenitori della posizione contraria ritengono di poter rinvenire un solido argomento nelle decisioni della Corte costituzionale sull'art. 580. In effetti, la Corte non solo non ha menzionato mai il "diritto al suicidio", ma da un lato, sulle orme della giurisprudenza di Strasburgo, ha negato espressamente la possibilità di ricavare dal diritto di vivere di cui all'art. 2 Cedu un "diritto a morire"⁴⁸, e dall'altro, quando si è trattato di individuare il fondamento sostanziale della non punibilità dell'aiuto al suicidio, ha evocato la «libertà di autodeterminazione del malato nella scelte delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze»⁴⁹. Nell'ottica della tesi in esame, in effetti, è eloquente che la Corte abbia preferito fare ricorso a un'espressione che rinvia a una concezione criticabile del diritto alla salute e all'autodeterminazione terapeutica piuttosto che ammettere l'esistenza in capo alla persona, anche malata, di un "diritto al suicidio"⁵⁰.

Vi è poi un'ultima obiezione talora mossa alla configurabilità di un "diritto al suicidio", anche solo inteso come diritto di libertà e anche solo riferito a contesti di malattia. In senso critico si osserva, con una argomentazione per assurdo, che se davvero l'ordinamento approvasse la scelta di suicidarsi, elevandola a diritto soggettivo, non solo non sarebbero più giustificate iniziative preventive di stampo pubblicitario, ma per coerenza dovrebbe predicarsi l'illegittimità delle condotte (oltre che di agevolazione, anche) di

⁴⁷ Cfr. PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7/2018, p. 68.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 5 del "considerato in diritto".

⁴⁹ Cfr. Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 9 del "considerato in diritto".

⁵⁰ Rimarca tale deliberata scelta della Corte costituzionale, mettendone in luce l'incongruità rispetto alla sostanza delle ragioni che, in base alle motivazioni, fondano la neo-introdotta "non punibilità" dell'aiuto al suicidio, DONINI M., *Libera nos a malo*, cit., p. 4 ss. In questo senso anche TRIPODINA C., *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una decisione annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, p. 224-225, la quale, sebbene favorevole alla soluzione che esclude la configurabilità di un "diritto a suicidarsi" (o, meglio, di un «diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire»), rileva alcune ambiguità nelle motivazioni della Corte costituzionale, dove tale diritto sarebbe pur sempre presente come «convitato di pietra».

istigazione o determinazione, che contribuiscono pur sempre al verificarsi di un esito in ipotesi lecito⁵¹. Una conclusione ritenuta inaccettabile, e del resto non sostenuta neanche dai fautori delle posizioni più liberali.

2.3.2. Obiezioni alla tesi prevalente. Il suicidio come diritto di libertà.

L'inquadramento appena descritto è considerato non appagante da quanti ritengono che – accantonata la prospettiva indisponibilista – la piena valorizzazione delle istanze di libertà non debba arrestarsi al riconoscimento della liceità del suicidio, ma richieda di configurare un vero e proprio diritto di libertà⁵².

La generalizzazione del “diritto al suicidio” – oltre i casi di suicidio per ragioni mediche – sembra in linea con le tendenze evolutive di segno disponibilista che oggi percorrono l'ordinamento, e potrebbe trovare conforto anche nella dimensione dei diritti fondamentali, alla luce delle previsioni della Cedu. È ormai una consolidata impostazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo quella di verificare la legittimità delle norme nazionali che incriminano forme di aiuto al suicidio ai sensi dell'art. 8, par. 2, della Convenzione⁵³. Ciò sul presupposto che tali misure costituiscano un'interferenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dal par. 1 del medesimo articolo, a cui è riconducibile, tra l'altro, l'interesse di ogni individuo a decidere «in che modo e in che momento la propria vita finirà» –

⁵¹ Per questa riflessione cfr. CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 14, nt. 30.

⁵² Sia pure con varietà di accenti, la tesi è stata sostenuta, tra gli altri, da GIUNTA F., *Il diritto di morire*, cit., p. 110 ss., che propugna un generale «diritto di morire con dignità», «comprensivo del diritto di suicidarsi»; STORTONI L., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. pen.*, 2/2000, p. 481; MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 195 ss.; MANNA A., *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia. Commento agli artt. 579-580*, in Id. (a cura di), *Reati contro la persona*, Giappichelli, 2007, p. 54; TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, 2008, p. 99, nel contesto più una più ampia riflessione sui gesti autolesivi e autodistruttivi, da inquadrarsi quantomeno nei termini di «manifestazioni negative della libertà di autodeterminazione in ordine alla propria salute e/o alla propria vita»; da ultimo, per una visione organica sostenuta da un'ampia argomentazione, FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 758 ss.

⁵³ Sul tema in generale cfr. GALLUCCIO A., *Art. 8 Cedu. Parte I*, in Ubertis G. – Viganò F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, p. 257 ss.

interesse che la stessa Corte edu, dopo una prima incertezza⁵⁴, ha poi qualificato espressamente e consapevolmente come «diritto»⁵⁵, almeno laddove la persona abbia potuto formare la propria volontà in modo libero e parimenti sia stato libera nel darvi attuazione⁵⁶.

La scelta di darsi la morte può considerarsi pertanto una forma di manifestazione della più generale libertà di autodeterminazione che la Cedu riconosce come diritto fondamentale e che anche nell'ordinamento interno merita una adeguata qualificazione in termini di diritto soggettivo. Anche laddove si faticasse a individuare un fondamento costituzionale diretto per un siffatto "diritto di darsi la morte da soli", verrebbe in soccorso l'art. 117, primo comma, Cost., con cui il legislatore e l'interprete sono tenuti a confrontarsi⁵⁷. Si noti: ciò non toglie che, come vedremo, le esigenze facenti capo a questo diritto debbano essere temperate con altrettanto legittime istanze di tutela di altri valori rilevanti sul piano costituzionale e convenzionale (già ai sensi del par. 2 dell'art. 8), tramite un bilanciamento perlopiù rimesso al margine di apprezzamento dei singoli Stati; ma questo non deve mettere in ombra la circostanza che il suicidio, almeno quando è gesto compiuto da una persona in

⁵⁴ Timida, in effetti era stata la presa di posizione di C. edu, sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, par. 67, che si era espressa in termini dubitativi: «*The Court is not prepared to exclude that this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Article 8 § 1 of the Convention*». Niente a che vedere, tuttavia, con la chiusura totale che una parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare nella sentenza, e che semmai può essere riscontrata con riferimento alla possibilità di ricavare un ipotetico "diritto di morire" dal diritto alla vita di cui all'art. 2 Cedu: un profilo comunque non decisivo, vista appunto, come segnalato nel testo, la necessità di bilanciare tale diritto con quello riconosciuto dall'art. 8 della medesima Convenzione.

⁵⁵ Cfr. C. edu, sent. 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, par. 51: «*the Court considers that an individual's right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided he or she is capable of freely reaching a decision on this question and acting in consequence, is one of the aspects of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention*».

⁵⁶ Così C. edu, sent. 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*, par. 52, che dopo aver presentato la sentenza *Haas* come "un ulteriore sviluppo della propria giurisprudenza", precisa che il diritto da essa riconosciuto alla persona va ricondotto all'art. 8 «*provided that he or she was in a position freely to form her own will and to act accordingly*».

⁵⁷ La dottrina non sembra aver approfondito il tema da questo punto di vista, se non con la notevole eccezione di ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Leg. pen.*, 16 marzo 2020, p. 10, il quale, rilevato il silenzio della Corte costituzionale in ordine alla «natura di diritto della autonomia della persona nella materia di cui si discute», osserva: «Che però si tratti di un diritto di libertà emerge chiaramente dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, come interpretato dalla Corte europea».

grado di prendere decisioni libere e consapevoli⁵⁸, non può essere relegato nel novero delle “libertà di fatto”.

In termini generali, peraltro, non deve essere esagerata la possibilità di escludere la doverosità o quantomeno la facoltatività di un intervento di salvataggio a fronte di gesti autodistruttivi⁵⁹: non sembra implausibile ipotizzare che tale intervento sia tollerabile nell'immediatezza del gesto lesivo – in base a una logica cautelare fondata, in ragione del rango del bene in pericolo, su una presunzione di non autenticità della scelta, specie quando a prestare soccorso sia un terzo che non è al corrente della situazione soggettiva dell'aspirante suicida –, riconoscendo al contempo che sarebbe doveroso desistere da ogni interferenza nel momento in cui la persona si mostrasse capace di intendere e di volere e reiterasse con fermezza l'intenzione di uccidersi⁶⁰.

D'altra parte, la tesi che esclude che il suicidio possa essere oggetto di un diritto determina poi alcuni inconvenienti specifici quando proiettata in un contesto eutanasi.

Anzitutto, va evidenziato che la lettura che riconduce il suicidio alle libertà di fatto ha una validità empirica limitata, per l'appunto condizionata alla circostanza che la persona abbia la possibilità pratica di darsi la morte, mentre non può dirsi vera per quei soggetti affetti da patologie che, pur non alterando la coscienza, immobilizzano totalmente il corpo. Sebbene la realizzazione del suicidio sia ostacolata da condizioni materiali, anche questi soggetti evidentemente conservano un interesse giuridicamente rilevante – corrispondente anzi a un diritto fondamentale – ad autodeterminarsi nella morte: tanto che qui dovrebbe porsi il problema se lo Stato possa ritenersi obbligato ad adottare misure per consentire l'effettivo esercizio di tale diritto, nei casi in cui appunto sarebbe impossibile per il titolare agire in solitaria.

⁵⁸ Sul problema dell'accertamento della capacità di autodeterminarsi e della libertà del volere in relazione alla scelta di morire ci soffermeremo *infra*.

⁵⁹ Possibilità coerentemente prospettata, una volta riconosciuta la non illiceità del suicidio, da GIUNTA F., *Il diritto di morire*, cit., p. 88.

⁶⁰ Anche chi preferisce parlare di libertà di fatto, negando l'esistenza di un “diritto al suicidio”, contempla poi la possibilità che l'intervento salvifico del terzo conservi legittimazione (solo) «fino a che non consti con certezza la serietà e la libertà del proposito suicida»: PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., p. 68.

Non solo: appare condivisibile la tesi di chi, ancor più radicalmente, evidenzia che ben poco di libero ci sarebbe anche nel gesto delle persone malate e sofferenti che sono sì in grado di uccidersi in autonomia ma che per farlo, in solitudine e senza aiuti di terzi, sono costrette a ricorrere alle modalità più cruento⁶¹. Limitarsi a qualificare come “facoltà” la loro aspirazione alla morte, anche auto-procurata, non porterebbe benefici in termini di salvaguardia del bene vita (ormai precario), mentre significherebbe disconoscere le istanze di tutela concreta della dignità personale. Di nuovo, la stessa Corte di Strasburgo ha affermato, fin dal primo arresto sul tema, che il contenuto del diritto alla vita privata e familiare di cui all’art. 8 Cedu include anche l’aspirazione a evitare una morte che la persona giudichi «penosa e non degna»⁶². Anche in questo caso, dunque, di fronte a una esplicita collocazione di tale interesse della persona tra i diritti fondamentali, la questione dovrebbe riguardare le modalità con cui lo Stato ne può garantire l’effettivo rispetto.

Per quanto suggestivo, poi, il richiamo alle motivazioni della Corte costituzionale per escludere la configurabilità di un diritto al suicidio non pare decisivo.

Anzitutto, non deve corrersi il rischio di ridurre la questione a un problema nominalistico. La scelta della Corte di non impiegare mai la locuzione “diritto al suicidio” si può spiegare con una studiata prudenza lessicale – la stessa che sta verosimilmente alla base della mancanza, nel testo dell’ordinanza e della sentenza, dell’uso di termini riconducibili al sostantivo “eutanasia”. È probabile che abbia prevalso, oltre a una resistenza culturale impressa dalla tradizione, la preoccupazione di evitare parole divisive, in grado già di per sé di urtare le sensibilità di intere categorie nell’ambito del dibattito accademico e dell’opinione pubblica.

Guardando alla sostanza delle cose, invece, non sembra che la Corte costituzionale offra elementi dirimenti per opporsi al riconoscimento di un

⁶¹ Si vedano le convincenti riflessioni di DONINI M., *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 8, secondo il quale in tali situazioni solo in termini apparenti, se non con «ipocrisia», può parlarsi di suicidio come “libertà”.

⁶² Che l’art. 8 si presti a ricomprendere «*the choice to avoid [...] an undignified and distressing end to life*» lo riconosce la sentenza *Haas*, cit., par. 50, citando la sentenza *Pretty*, cit., par. 67.

“diritto a morire”⁶³.

È sì possibile rinvenire una negazione espressa di quest'ultimo, avvalorata anche da riferimenti convenzionali, ma solo con riguardo al suo possibile fondamento nell'art. 2 Cedu o nell'art. 2 Cost., in quanto norme che contemplano un opposto diritto alla vita⁶⁴.

Resta impregiudicata la possibilità di trovare un addentellato normativo in altre previsioni, quantomeno convenzionali. In particolare, le motivazioni della Corte non offrono elementi per disconoscere gli approdi della giurisprudenza Cedu in materia di autodeterminazione, anche nelle scelte di fine vita, e in particolare la riconducibilità di questo spazio di libertà al diritto fondamentale tutelato dall'art. 8 della Convenzione. Lo conferma il fatto che, dovendo giudicare della legittimità dell'art. 580 c.p., la Corte costituzionale come la Corte di Strasburgo si impegna a verificare la sussistenza di interessi idonei a integrare i requisiti di cui all'art. 8, par. 2, Cedu – un'operazione giustificabile proprio sul presupposto che tali interessi si contrappongano e debbano essere bilanciati con una situazione giuridica soggettiva del paziente qualificabile come diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8, par. 1.

In altri termini, come convenzionale è il parametro su cui misurare la legittimità del divieto penale nazionale, convenzionale non può che essere anche il fondamento del diritto con cui la norma incriminatrice interna entra in conflitto. Pertanto, la scelta della Corte di porre alla base della dichiarazione di incostituzionalità esclusivamente gli artt. 2, 13 e 32 Cost., assorbendo le censure sollevate per violazione dell'art. 117 Cost. con riferimento alle disposizioni della Cedu⁶⁵, è da spiegare ancora una volta con ragioni di prudenza, da non elevare ad argomenti di sostanza⁶⁶. In quest'ottica, il richiamo alla categoria

⁶³ Abbiamo già evidenziato *supra* i rilievi di Donini e Tripodina circa la discrasia tra la formale negazione di un “diritto a morire” e il sostanziale riconoscimento di un diritto ad esso assimilabile, postulato indispensabile per motivare l'illegittimità del divieto assoluto di aiuto al suicidio.

⁶⁴ Cfr. Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 5, con richiami alla sentenza *Pretty* della Corte edu.

⁶⁵ Critico su tale scelta, giudicata «affrettata e insufficiente», ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio*, cit., p. 5.

⁶⁶ Limpidamente sul punto DONINI M., *Libera nos a malo*, cit., p. 8: «la scelta di non esplicitare il fondamento più vero è stata vincente in termini di risultato, ma a noi tocca il compito di svelare la sostanza delle cose».

dell'autodeterminazione terapeutica e ai suoi referenti costituzionali tradizionali sembra riflettere l'esigenza di favorire l'accoglimento di una decisione comunque innovativa se non dirompente attraverso categorie più familiari per l'interprete, aggiungendo un aspetto ulteriore al già noto diritto di scegliere "se e come curarsi".

Non può ignorarsi, del resto, come la Corte sia pervenuta a rilevare l'illegittimità dell'art. 580 individuando quale termine di riferimento la posizione di chi potrebbe già determinarsi alla morte rifiutando le cure (*v. infra*) – esercitando cioè, come visto nel Capito I, quello che oggi rappresenta un vero e proprio diritto soggettivo, avente rango di diritto fondamentale. La stessa "libertà" di autodeterminarsi lasciandosi morire giustificerebbe, secondo la Corte, la facoltà di ricevere un aiuto a morire: ma se il fondamento è il medesimo, non si vede perché nel secondo caso tale libertà debba perdere la veste di diritto per essere confinata sul piano del fatto⁶⁷. Un conto è la sua disciplina concreta (oggi sprovvista di azione), un conto la sua natura sostanziale, che resta immutata: *diritto* di autodeterminarsi, anche dandosi la morte.

Quanto detto non esclude che la mancata menzione di un "diritto al suicidio" dipenda anche da una precisa posizione della Corte costituzionale circa una questione di diritto sostanziale, e non più solo di carattere terminologico.

Si può ipotizzare che la Corte temesse di alimentare l'idea per cui, una volta riconosciuto al paziente un "diritto", ciò avrebbe implicato l'attribuzione di una corrispondente pretesa di prestazione nei confronti dei terzi, e dei medici in particolare: una prospettiva che invece la Corte rigetta nettamente, come dimostra la precisazione circa l'assenza di un obbligo in capo al personale sanitario⁶⁸.

⁶⁷ Non pare casuale, dunque, che la dottrina più preoccupata di negare l'esistenza di un diritto a morire si impegni a svalutare l'«argomento principe» della decisione della Corte costituzionale, costituito dal riferimento alle fattispecie e alla disciplina di cui alla l. 219: cfr. ROMANO M., *Istigazione o aiuto al suicidio*, cit., p. 1805, che ritiene l'accostamento tra queste ipotesi e l'aiuto al suicidio una «palese forzatura»; in questo senso anche CANESTRARI S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 4/2019, p. 2163-2164, spec. nt. 11, dove si definisce tale ricostruzione «fallace».

⁶⁸ Cfr. Corte cost., sent. 242/2019, cit., § 6.

In questa accezione pregnante, è senz'altro condivisibile l'affermazione secondo cui la Corte costituzionale ha escluso l'esistenza di un "diritto a (ottenere) il suicidio (da terzi)"⁶⁹.

Tuttavia, come si è cercato di dimostrare, questo non comporta che il suicidio – sia esso medicalmente assistito o meno – si collochi tra le semplici facoltà, dovendo invece riconoscersi ad esso la veste giuridica di un diritto di libertà, a cui corrisponde l'obbligo dei terzi di astenersi da ogni interferenza con un suo esercizio libero e consapevole. In questa diversa accezione, soprattutto alla luce delle norme e della giurisprudenza della Cedu, è ormai arduo disconoscere un "diritto a (commettere) suicidio".

Come accennato, resta aperta la questione se, a dispetto della chiusura della Corte costituzionale, a livello convenzionale sussista – almeno nel contesto eutanasi – un obbligo per gli Stati di collaborare con l'esercizio del "diritto al suicidio", ad esempio mettendo a disposizione le risorse necessarie su richiesta dell'interessato⁷⁰. La questione è senza dubbio centrale, dato che, come accennato, nelle situazioni considerate la soddisfazione dell'interesse della persona – ottenere una morte rapida, indolore e dignitosa – richiede necessariamente l'intervento di terzi, sicché la dimensione pretensiva del diritto è indispensabile per la sua effettività⁷¹.

Quanto, infine, al rilievo per cui ammettere un "diritto al suicidio"

⁶⁹ Ribaltando l'efficace osservazione di TRIPODINA C., *La "circoscritta area"*, cit., p. 230 – secondo la quale «il non parlare di "obbligo" o di "dovere" corrisponde alla consapevole scelta della Corte di tacere anche la parola "diritto" – ci sembra qui ancor più realistico ipotizzare che non parlare di "diritto" è stata la naturale conseguenza della consapevole scelta di non creare in capo ad alcuno un "obbligo" o un "dovere" corrispondente.

⁷⁰ A tal fine potrebbe venire in rilievo la possibilità di desumere dalle disposizioni convenzionali – tra cui anche l'art. 8 Cedu – obblighi positivi a carico dello Stato volti a garantire l'effettività dei diritti e delle libertà in esse contemplati. È vero che in questa materia la Corte ha sempre recisamente negato che dalla Convenzione discendesse il dovere dello Stato di riconoscere la liceità dell'aiuto al suicidio o di ampliare le ipotesi di liceità già previste. Tuttavia, una volta che lo Stato già ammetta forme di aiuto a morire – è questo ora il caso dell'Italia, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 –, la "tecnica dei diritti addizionali" potrebbe indurre la Corte a richiedere che la relativa disciplina sia corredata di adeguate garanzie di effettività (cfr. GALLUCCIO A., *Art. 8*, cit., p. 272), in una prospettiva simile a quella emersa nel caso *Gross c. Svizzera* (sent. 14 maggio 2013) a proposito delle carenze nella regolamentazione elvetica delle modalità di accesso al farmaco letale. Rispetto all'attuale assetto normativo nazionale, si può ipotizzare che lo Stato, riconosciuta la liceità dell'aiuto al suicidio, abbia il dovere di mettere a disposizione le risorse necessarie a consentirne il concreto esercizio.

⁷¹ Si vedano le condivisibili riflessioni (e preoccupazioni) di CUPELLI C., *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla 'doppia pronuncia' della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di assise di Milano*, in *Cass. pen.*, 4/2020, p. 1444-1445.

dovrebbe implicare la liceizzazione anche delle condotte di concorso morale, oltre che di agevolazione, ci sembra che questo argomento provi troppo.

Se il ragionamento fosse corretto, allo stesso esito dovrebbero pervenire coloro che considerano il suicidio quale mera facoltà o libertà di fatto: come si ritiene lecito istigare all'esercizio dell'altrui diritto, ugualmente – forse persino *a fortiori* – sembra lecito istigare qualcuno a tenere comportamenti che restano sul piano del “mero fatto”, neutrale per il diritto; ciò, ovviamente, a meno che l'opzione per una simile qualificazione non nasconda ancora surrettiziamente un giudizio di disvalore per il suicidio e un ritorno a posizioni indisponibiliste, che però sarebbe oggi assai difficile sostenere in termini giuridici, almeno nei casi di suicidio per malattia.

C'è poi un'altra ragione che rende questa critica non convincente. Prospettando una stretta consequenzialità tra l'esistenza di un asserito “diritto al suicidio” e la liceità delle condotte di istigazione, si ottiene un risultato inficiato da un vizio *di metodo*: in particolare, si omette di considerare che la rilevanza penale delle condotte dei terzi potrebbe essere comunque giustificata anche in caso di liceità del suicidio, in nome di contro-interessi di pari importanza. Si tratta, in ultima analisi, dello stesso argomento che è stato addotto dalla Corte costituzionale – e condiviso dai sostenitori della tesi qui avversata – per affermare la perdurante legittimità dell'incriminazione delle condotte di agevolazione a prescindere dalla natura antiggiuridica del suicidio (v. *infra*).

Ma la replica a nostro avviso più persuasiva si fonda su un argomento *di merito*: anche riconoscendo nel suicidio l'oggetto di un vero e proprio diritto, le condotte di istigazione e determinazione non possono essere ritenute equivalenti alle condotte di mera agevolazione. Quantomeno, non laddove esse incidano sul formarsi di una decisione che, per sua natura, rappresenta un momento di massima rilevanza dell'autodeterminazione individuale, meritevole di apprezzamento e tutela da parte dell'ordinamento proprio in quanto espressiva della volontà del singolo, e non di altri, e dunque tendenzialmente incompatibile con forme di condizionamento esterno⁷².

⁷² Vale quanto afferma CONSULICH F., *Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2019, p. 130, secondo il quale qualificare il suicidio come “libertà negativa” «non autorizza a pretendere azioni positive da parte di terzi o dello Stato»,

È più che plausibile che l'ordinamento esiga che una scelta "capitale" come quella di darsi la morte sia il frutto di un atto "solitario", ossia di una determinazione unilaterale. Ciò, con una duplice precisazione: questa impostazione non viene contraddetta dagli apporti (come quelli di carattere informativo o consultivo provenienti dal medico) funzionali a garantire che la decisione sia effettivamente riferibile all'interessato; la sussistenza di una condotta di determinazione o di istigazione deve essere accertata sulla base di un criterio sostanziale, sicché non sarebbe sufficiente il coinvolgimento di un terzo nella fase di formazione della scelta, specie se richiesto dallo stesso interessato, ma occorrerebbe verificare in concreto l'effettiva alterazione del processo decisionale della persona, o, per converso, il grado di autentica riferibilità all'interessato del volere da questi manifestato⁷³.

2.4. La ratio delle fattispecie incriminatrici dell'aiuto a morire nell'attuale quadro ordinamentale.

Il superamento della concezione del suicidio come atto antiggiuridico ha fatto venire meno il perno su cui si innestava il sistema repressivo del 1930.

Oggi, dunque, per l'interprete è ineludibile chiedersi se e a che condizioni possa giustificarsi la punibilità dei terzi nonostante la "non illiceità" del suicidio.

Come accennato nelle pagine precedenti, la domanda si impone a prescindere dalla ricostruzione accolta circa la natura giuridica del suicidio. Il problema è evidente per chi aderisce alla tesi del diritto soggettivo, ma anche chi riconduce il suicidio alle mere facoltà deve confrontarsi con la necessità di spiegare come e in che misura la pur riconosciuta disponibilità della vita attraverso gesti autolesivi sia compatibile con l'impossibilità di autorizzare i

ma «determina comunque l'illegittimità di abusive interferenze altrui», in ragione della sua dimensione «privatissima, presidiata dall'art. 8 Cedu».

⁷³ Per una analoga ricostruzione della ratio dell'incriminazione delle condotte di istigazione e determinazione, nonché sulla opportunità di punire le sole «attività di interferenza nel processo di formazione della volontà» che per la loro «effettiva influenza causale» superano «la soglia del rischio quotidiano di condizionamento psicologico che ciascuno è chiamato a fronteggiare autorevolmente», cfr. MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 203.

terzi che contribuiscono a realizzare o realizzano direttamente quella lesione⁷⁴.

La questione è stata inizialmente confinata al dibattito dottrinale, dove sono emerse le prime riflessioni critiche verso l'impianto originario del codice, man mano che cresceva la sensibilità per le istanze di autodeterminazione e, di conseguenza, l'insofferenza nei confronti delle fattispecie di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente.

Con particolare riferimento all'art. 580 c.p., per assicurare la perdurante compatibilità della norma in esame con la Costituzione e con le fonti sovranazionali a garanzia dei diritti fondamentali, si era diffusa l'idea della necessità di uno spostamento del fuoco della tutela dal bene vita alla libertà di autodeterminazione, in modo da impedire la configurabilità del reato in presenza di scelte suicidarie maturate con libertà e consapevolezza⁷⁵. Tuttavia, a legislazione invariata, una simile operazione appariva evidentemente fuori dalla portata dell'interprete, risolvendosi in una rimodulazione della fattispecie legale⁷⁶.

La stessa insoddisfazione per l'eccessiva latitudine del presidio penale può intravedersi alla base del tentativo di una parte della giurisprudenza di merito di restringere in via interpretativa l'ambito di applicazione dell'art. 580, per escludere la tipicità delle condotte, fungibili e non contigue al momento del decesso, dei terzi che avevano accompagnato il paziente all'estero, nel luogo in cui avrebbe potuto accedere a una procedura di suicidio medicalmente assistito⁷⁷. In questo modo, però, si finiva per prospettare una lettura della

⁷⁴ Un profilo che, come osserva FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. , risulta incompatibile con una prospettiva realmente disponibilista.

⁷⁵ Tra i principali fautori di questa tesi cfr. SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 725-726; GIUNTA F., *Il diritto di morire*, cit., p. 123; MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 202 ss.; MANNA A., *Artt. 579-580*, in Id. (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., p. 48; TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione*, cit., p. 239.

⁷⁶ Così chiaramente PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., p. 59, e SEMINARA S., *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in Marini F.S – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 322, rispettivamente prima e dopo l'ord. 207/2018 della Corte costituzionale.

⁷⁷ Il riferimento è g.u.p. Tribunale di Vicenza, sent. 14 ottobre 2015, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1/2017, p. 300 ss. (spec. p. 307-308), con nota di SILVA C., che ha assolto l'imputato «perché il fatto non sussiste» sul presupposto che la fattispecie di agevolazione richieda una condotta «direttamente e strumentalmente connessa all'attuazione materiale del suicidio» (sentenza poi confermata in appello). Analoga tesi si ritrova nella richiesta di archiviazione del 2 maggio 2017 della Procura di Milano (p. 8-9) nel procedimento penale *ex art. 580 c.p.* a carico di Marco Cappato per l'accompagnamento in Svizzera di Fabiano Antoniani, consultabile in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017, con nota di BERNARDONI P.; la tesi è stata poi respinta, nel medesimo procedimento, dal g.i.p. (cfr. p. 8-9 dell'ord. 10 luglio 2017, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2017, con

norma dai più giudicata *contra legem*, alla luce del chiaro dato testuale della fattispecie⁷⁸, come peraltro interpretata anche dalla Cassazione⁷⁹.

2.4.1. Le pronunce della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p.

Il quadro delle riflessioni in materia deve ora essere aggiornato assumendo, come imprescindibile punto di partenza, il recente intervento della Corte costituzionale sull'art. 580, che se da un lato ha fissato alcuni punti fermi dall'altro suscita nuovi interrogativi.

Il tenore della questione sollevata dalla Corte d'assise di Milano ha imposto alla Corte di affrontare espressamente il problema della *ratio* della norma incriminatrice e della sua oggettività giuridica.

Il giudice rimettente, accogliendo una prospettiva tanto lineare quanto «radicale»⁸⁰, individuava nel suicidio l'esercizio di una libertà di rilievo costituzionale e convenzionale e da questo faceva discendere l'illegittimità di una fattispecie – come quella di cui all'art. 580, in base al diritto vivente – che puniva condotte di aiuto materiale anche in assenza di qualsiasi alterazione del processo decisionale della persona.

La Corte costituzionale ha, da un lato, rilevato l'illegittimità della norma nella parte in cui punisce l'aiuto al suicidio prestato al ricorrere di determinate condizioni, in presenza delle quali l'autodeterminazione individuale sarebbe sacrificata senza che ciò soddisfi altro interesse costituzionalmente rilevante; dall'altro lato, però, ha chiaramente affermato in linea generale la perdurante legittimità della norma incriminatrice, fornendo ai dubbi del rimettente una

nota di BERNARDONI P.) e dalla Corte d'assise, in quest'ultimo caso per motivare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

⁷⁸ Si rinvia alle ampie considerazioni critiche di MANTOVANI F., *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen.*, 2017, p. 134-135; cfr. anche SEMINARA S., *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in Marini F.S – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 321.

⁷⁹ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 6 febbraio 1998 (dep. 12 marzo 1998), n. 3147, Pres. Sacchetti, rel. Vancheri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 871 ss., spec. p. 875, con nota di BISACCI M.C.

⁸⁰ Così VALLINI A., *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2019, p. 810; sull'ordinanza, prima della decisione della Corte costituzionale, si segnalano in particolare, con diversi accenti critici, PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., p. 57 ss., 70 ss.; BARTOLI R., *Ragionevolezza e offensività*, cit., p. 97 ss.

risposta articolata, da cui si ricavano numerose indicazioni utili ai nostri fini.

In primo luogo, viene confutata la prospettiva teorica secondo cui, una volta affrancato il suicidio da un giudizio di disvalore, il carattere della liceità dovrebbe interessare anche, per estensione, i comportamenti con cui i terzi cooperano a rendere possibile il suicidio stesso: la Corte chiarisce che non vi può essere automatismo perché il gesto autolesivo ha natura ontologicamente diversa dalla condotta eterolesiva, che «fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una *relatio ad alteros*» meritevole di distinta considerazione nella dimensione giuridica, per sua natura funzionale alla disciplina di rapporti intersoggettivi⁸¹.

Questa precisazione ha una portata quasi metodologica, e di per sé non dà informazioni sulle finalità perseguite dalla norma incriminatrice. In particolare, non sembra offrire elementi sufficienti per affermare che oggetto di tutela sia proprio il piano dei rapporti interpersonali, come ritenuto da quella tesi, pure suggestiva, secondo cui l'art. 580 (insieme all'art. 579) proteggerebbe (anche) «lo spazio morale delle relazioni fra persone», impedendo che un soggetto sia costretto anche solo a porsi il problema di procurare la morte ad altri⁸². In realtà, una volta individuato il bene protetto (come vedremo subito a seguire), non è necessario ipotizzare che il precetto tuteli anche i suoi destinatari, potendosi facilmente riconoscere nell'opzione legislativa una forma di paternalismo penale di tipo *indiretto*⁸³.

D'altra parte, nell'esaminare le censure del rimettente, la Corte si è impegnata a delineare in positivo le finalità legittime a cui può ritenersi

⁸¹ Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 6 del "considerato in diritto".

⁸² Questa la tesi riconducibile a PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., p. 65.

⁸³ Dove per paternalismo indiretto si intende quello che si esprime punendo non già il soggetto che si vuole tutelare (i c.d. casi di una parte), ma i potenziali soggetti terzi che agiscano con il consenso di quello: sul tema cfr. SPENA A., *Esiste il paternalismo penale? Un contributo sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 3/2014, p. 1235 ss., che poi argomenta (anche con riferimento all'incriminazione dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio) contro la riconducibilità di tali ipotesi al paternalismo in senso proprio, potendosi sempre ravvisare un profilo di danno ad altri, una offesa che il consenso dell'interessato non può elidere. A differenza della prospettiva adottata da Pulitanò, il terzo non è concepito come destinatario della tutela, ma il coinvolgimento della sua «vicenda morale e sociale [...], irriducibile – poiché anche il terzo è una *persona* – a mera proiezione esterna del volere dell'avente diritto» comporta che «la scelta, che può essere anche legittima, di non criminalizzare [tra le altre, le condotte eutanasiche] non può essere ricavata dall'assunto che questi fatti vertano solo su un danno a sé, e non su un danno ad altri» (p. 1243-1244).

preordinato l'art. 580.

L'ordinanza 207 (che più si sofferma sul punto) conferma che bene giuridico tutelato è la vita umana, di cui il divieto penale di aiuto al suicidio contribuisce a comporre la già citata «cintura protettiva».

Rileva il dato, puramente oggettivo, per cui chi agevola il suicida a realizzare il suo proposito sta pur sempre «cooper[ando] materialmente alla dissoluzione della vita altrui»⁸⁴.

Lo sbarramento costituito dal divieto di aiuto al suicidio si rivela particolarmente utile con riguardo alle persone «più deboli e vulnerabili», o che «attraversano difficoltà e sofferenze», le quali, pur senza versare in una situazione di incapacità, potrebbero essere incentivate alla decisione di uccidersi dalla pronta disponibilità di collaborazione da parte di terzi.

La Corte si premura di precisare come questa prospettiva consenta di sostenere la legittimità dell'art. 580 a prescindere dall'adozione di un modello indisponibilista e senza necessità di ritenere la persona funzionalizzata a interessi facenti capo alla collettività.

Il richiamo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁸⁵ intende poi avallare questa ricostruzione, sul presupposto che i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto nella finalità di tutelare le persone fragili una ragione in grado di giustificare limitazioni al contrapposto diritto dell'aspirante suicida (protetto dall'art. 8 Cedu), affidando al margine di apprezzamento degli Stati il compito di individuare il migliore bilanciamento tra i due interessi in gioco.

2.4.1.1. Tutela della vita o dell'autodeterminazione? Le due letture possibili.

Le considerazioni della Corte costituzionale sul punto richiedono un approfondimento.

La giustificazione della legittimità del divieto si colloca sul crinale tra un

⁸⁴ Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 6 del "considerato in diritto".

⁸⁵ Cfr. Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 7 del "considerato in diritto".

modello di intervento penale di tipo paternalistico forte – incentrato su istanze di tutela della vita in quanto tale – e un modello paternalistico debole – che si arresta alle soglie dell'autodeterminazione consapevole –, senza che sia agevole stabilire in via definitiva quale tra i due modelli finisca per prevalere.

Le motivazioni rivelano infatti un'ambiguità di fondo.

Numerose tracce depongono a favore di una maggiore vicinanza al paradigma del primo tipo. La Corte anzitutto riconosce che, attraverso l'art. 580, il legislatore mira a «proteggere il soggetto da decisioni in suo danno», così accettando l'eventualità che tale tutela operi anche in caso di volontà contraria del titolare del bene. D'altra parte, l'affermazione secondo cui la vita rappresenta «un valore in sé» non solo marca il distacco definitivo da letture funzionalistiche incompatibili con il principio personalista che informa la Costituzione, ma rivela implicitamente anche una posizione ben precisa sulla meritevolezza di tutela del bene vita nella sua oggettività, nella sua dimensione biologica.

Con questa idea è in effetti coerente la concezione del diritto alla vita espressamente accolta dalla Corte, che nega la riconducibilità all'ambito degli artt. 2 Cost. e 2 Cedu di un preteso “diritto a morire” e vede invece nella morte un evento che distrugge un'entità carica di valore. Il diritto alla vita si realizza con la sopravvivenza del titolare, mentre sarebbe impossibile immaginare, per ragioni di incompatibilità ontologica, che tra le sue modalità di esercizio rientrino rinunciare a vivere o darsi la morte.

La Corte, del resto, lo afferma a chiare lettere quando esclude la possibilità di «desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita»⁸⁶.

In questo senso, contrastano direttamente con la lettura data dalla Corte costituzionale le tesi che per fondare la liceità delle condotte di aiuto a morire ricostruiscono il diritto di vivere come diritto di libertà, comprensivo di una dimensione negativa e dunque anche dell'aspirazione a morire, per mano propria o altrui⁸⁷.

⁸⁶ Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 6 del “considerato in diritto”.

⁸⁷ Emblematica la posizione assunta dall'ordinanza di rimessione della Corte di assise di Milano. Per una compiuta veste teorica giusfilosofica di tale idea si veda ora il più volte citato FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 721 ss.

Se, inoltre, come ritiene la Corte costituzionale, la consistenza e la meritevolezza di tutela del diritto alla vita prescindono dalle valutazioni e dalle scelte del titolare, diventa difficile sostenere che le condotte di mera agevolazione siano inoffensive e dunque carenti di tipicità⁸⁸.

Ravvisando alla base dell'art. 580 una finalità di tutela del bene vita in quanto tale, infatti, la "non punibilità" delle condotte che contribuiscono a ledere il bene nonostante il consenso del titolare non può che essere discendere dal bilanciamento con interessi diversi e confliggenti, ferma l'obiettivo offensività del fatto⁸⁹.

Come anticipato, tuttavia, nonostante queste indicazioni a tratti univoche, le motivazioni dell'ordinanza 207 in alcuni passaggi lasciano trasparire una diversa prospettiva, maggiormente incline a valorizzare, quale *ratio* dell'incriminazione, le istanze di autodeterminazione.

Di grande rilevanza l'affermazione secondo cui la finalità dell'ordinamento è scongiurare «il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»⁹⁰.

Riflette una impostazione affine l'accento posto dalla Corte sull'esigenza di tutela delle persone vulnerabili, che meritano particolari attenzioni poiché «potrebbero essere indotte a congedarsi prematuramente dalla vita» a causa della situazione in cui versano – che evidentemente si suppone impedisca loro di assumere decisioni adeguatamente ponderate.

⁸⁸ Questa la tesi sostenuta da NAPPI A., *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in *Leg. pen.*, 23 settembre 2019, p. 38 ss., che pure fonda tale conclusione sul carattere tutto interno a un unico titolare del conflitto tra beni in gioco (vita e autodeterminazione), conflitto che il consenso dell'avente diritto risolverebbe facendo venire meno l'offesa.

⁸⁹ Si potrebbe dire, ricordando il ragionamento di SPENA A., *Esiste il paternalismo penale?*, cit., p. 1241 ss., che le motivazioni della Corte sottintendono una concezione che, almeno nella materia del fine vita, nega il «valore trasformativo del consenso», ossia la capacità di quest'ultimo di eliminare la stessa esistenza di un danno a un bene giuridico: un effetto che, secondo l'Autore, non potrebbe operare laddove «l'aggressione dell'altrui libertà convoglia in sé solo una porzione del disvalore complessivo del fatto, il quale presenta ulteriori profili di offensività che sono da quella indipendenti». Tra gli esempi addotti vi è proprio quello dell'aiuto a morire (sub specie di omicidio del consenziente), richiesto da Tizio a Caio, rispetto al quale l'Autore pone i seguenti interrogativi retorici: «Mettiamoci ora nei panni di Caio: possiamo veramente affermare che l'unica questione moralmente rilevante, per lui, debba essere la volontà di Tizio? [...] Siamo sicuri che la volontà, l'autonomia, di Tizio sia l'unico vero *bene* in gioco?» (p. 1241, corsivo nel testo).

⁹⁰ Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 6 del "considerato in diritto".

La Corte qui non sembra preoccupata di vietare, *in quanto tali*, «condotte che spianino la strada a scelte suicide», sul presupposto che questa scelta sia sempre da contrastare, ma sposta l'attenzione su profili che attengono alle «condizioni concrete» in cui viene esercitata l'autodeterminazione della persona⁹¹.

A complicare il quadro concorre uno dei profili di maggiore equivocità segnalati dai commentatori. Individuando la *ratio* del divieto di aiuto al suicidio nella tutela «soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili» (in un altro passo: «anche, se non soprattutto» di costoro), la Corte lascia aperta la questione se tale *focus* debba ritenersi esclusivo oppure concorra con la finalità di proteggere, anche contro la loro volontà, persone che non sono né fragili né vulnerabili⁹².

È evidente come l'una o l'altra lettura sottendano visioni differenti del bene protetto e possano preludere a scelte regolatorie anche molto diverse dall'assetto vigente⁹³.

2.4.1.2. Un tentativo di sintesi.

Non è facile conciliare le due opposte visioni dei rapporti tra vita e libertà che si affacciano nelle motivazioni delle pronunce della Corte costituzionale.

Se nell'ambito di tutela delineato dalla Corte costituzionale rientrasse –

⁹¹ Osserva condivisibilmente BARTOLI R., *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari attuali?*, in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 5, che «se si seguisse con rigore questa strada, l'oggetto di tutela conoscerebbe una trasformazione ulteriore, non essendo né la vita né l'autodeterminazione, ma – per così dire – l'autenticità/genuinità dell'autodeterminazione del soggetto». Sulla stessa scia la riflessione di TORDINI CAGLI S., *Tutela dei soggetti vulnerabili e tutela dell'autodeterminazione: una sintesi possibile?*, in *Arch. pen.*, 2/2019, p. 16, secondo la quale la (sola) «incriminazione dell'istigazione e determinazione al suicidio potrebbe assolvere a quella funzione che la Corte vorrebbe ricondurre invece alla fattispecie di aiuto».

⁹² Così, di recente, PADOVANI T., *Il referendum per la disponibilità della vita*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2021, p. 1563-1564.

⁹³ Lo nota BARTOLI R., *L'ordinanza della Consulta*, cit., in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 5, secondo cui, portando alle estreme conseguenze le affermazioni della Corte citate nel testo «si potrebbe arrivare ad affermare che è legittimo anche il suicidio assistito di chi non si trova in condizioni di malattia irreversibile, nel momento in cui, pur non essendo vulnerabile, la sua scelta si forma senza condizionamenti strumentali».

come sembra preferibile, per il numero di indici in tal senso – il bene vita a prescindere dalle condizioni del suo titolare, e dunque anche nei casi in cui questi sia perfettamente in grado di assumere scelte libere e consapevoli, da un punto di vista formale permarrebbe l'eco di un paradigma paternalistico forte, in cui la persona deve essere protetta sempre e comunque da scelte a proprio danno.

Certamente questo non impedisce di raggiungere, per altra via, un punto di equilibrio idoneo a soddisfare anche le istanze di autodeterminazione. Ma non pare irragionevole, anche in prospettiva antipaternalistica⁹⁴, che, nelle fattispecie in esame, lo Stato eriga indiscriminatamente la barriera della sanzione penale, salvo verificare, in una seconda fase, se sussistono le condizioni necessarie per dare prevalenza alla volontà individuale⁹⁵: ciò in forza della considerazione che, come ricorda la Corte, ci si trova di fronte a una scelta «estrema e irreparabile»⁹⁶, e sulla base della presunzione per cui la decisione di morire, secondo *l'id quod plerumque accidit*, sottintende una richiesta di aiuto

⁹⁴ Vari sono gli autori che si sono preoccupati di inquadrare gli argomenti spesi dalla Corte costituzionale e la disciplina configurata all'esito del giudizio incidentale nell'ambito dell'alternativa tra paternalismo e antipaternalismo, pervenendo a risultati non sempre coincidenti. Ad es., ROMANO M., *Istigazione o aiuto al suicidio*, cit., p. 1804, ritiene che la Corte avrebbe rigettato «impostazioni radicali, antipaternalistiche e estremisticamente liberali»; FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *disCrimen*, 3 febbraio 2020, p. 4, ravvisa nella finalità di protezione delle persone più vulnerabili un'«ottica di paternalismo moderato, compatibile con un liberalismo penale non dogmatico ma ponderato e cauto»; evoca un paternalismo «debole» CANESTRARI S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., p. 2168, riferendosi alla prospettiva di «proibire condotte offensive in presenza del consenso dell'interessato quando non siano sorrette da una scelta realmente libera e responsabile [...] oppure vi è un dubbio, fondato e ragionevole, che non siano sorrette da una scelta autenticamente libera»; con riguardo a una disciplina «che ostacola decisioni essenziali della cui effettiva corrispondenza al bene e alla reale, libera volontà di chi le assume vi è altamente [da] dubitare» VALLINI A., *Morire è non essere visto*, cit., p. 813 ritiene che si possa, «al più, parlare di un antipaternalismo soft». Crediamo tuttavia che tali giudizi dovrebbero essere rimeditati tenendo conto, oltre che della *ratio* dell'incriminazione dichiarata dalla Corte costituzionale, delle condizioni di dettaglio cui la stessa ha subordinato la liceità dell'aiuto al suicidio, che – come si cercherà di dimostrare nel prosieguo – risultano non sempre coerenti con la finalità di tutela enunciata.

⁹⁵ Sembra ricostruire in termini analoghi l'impostazione adottata dalla Corte RECCHIA N., *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2020, p. 70, laddove sottolinea come dall'ord. 207/2018 si tragga la conferma della «legittimità di un intervento a difesa dello stesso diritto alla vita, anche a costo di negare la scelta del singolo in considerazione della sua irreparabilità e della presunta non corrispondenza al suo genuino interesse e alla sua reale volontà».

⁹⁶ Commentando l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, sottolineava questo aspetto differenziale rispetto ad altre ipotesi in cui è in discussione lo spazio da riconoscere alla libertà di autodeterminazione a fronte di incriminazioni di segno paternalistico (in particolare, quelle aventi ad oggetto le condotte accessorie all'attività di prostituzione) GENTILE G., *Il caso Cappato e il diritto di morire (senza soffrire)*, in *Arch. pen.*, 3/2018, p. 20-21.

piuttosto che una volontà di annientamento⁹⁷.

Il riferimento alle persone vulnerabili non è esclusivo ma preferenziale, perché – auspicabilmente – è con riferimento a questa categoria che la pena per l'aiuto al suicidio, minacciata per tutti in astratto, finirà anche per applicarsi in concreto, non potendo costoro soddisfare i requisiti che assicurano un valido esercizio dell'autodeterminazione individuale. Sono i soggetti deboli che dovrebbero sperimentare nella pratica i benefici, in termini di tutela della vita, connessi alla perdurante vigenza della sanzione penale.

Ciò risulta ancor più convincente laddove per vulnerabilità non si intenda uno stato soggettivo predefinito e statico, associato a determinate condizioni soggettive attraverso presunzioni e automatismi⁹⁸, bensì una condizione mutevole in cui può trovarsi ogni persona, anche capace, in ragione di circostanze contingenti che ne turbano i processi decisionali. È in considerazione di questo rischio, da cui nessuno può considerarsi del tutto al riparo, che si può giustificare una tutela penale a carattere generale.

Occorrerebbe allora avere ben chiaro, in una visione d'insieme, che un sistema del genere attribuisce tuttora, nei casi dubbi, maggior valore al bene vita che all'autodeterminazione; un dato che non stupisce, in linea con l'approccio largamente diffuso negli Stati europei, come rilevato – invero alcuni anni fa – dalla Corte edu⁹⁹.

In sintesi, dunque, l'art. 580 fornisce – per usare una metafora alternativa ma simile a quella proposta dalla Corte – una “rete di sicurezza” in casi di fallimento della libertà di autodeterminazione: se si guarda all'aiuto al suicidio prestato alle persone in condizioni di vulnerabilità, ciò che resta non è tanto

⁹⁷ Sottolineano questo aspetto CANESTRARI S., *Una sentenza “inevitabilmente infelice”*, cit., p. 2168 ss., con ampi richiami alla letteratura suicidologica, e VALLINI A., *Il “caso Cappato”: la Consulta autorizza e “disciplina” il suicidio assistito*, in *Giur. it.*, 5/2020, p. 1199-1200.

⁹⁸ Ritiene che una prospettiva di autentico *soft paternalism* passi attraverso il «rifiuto di categorie precostituite di soggetti comunque ritenuti “non autonomi”» TORDINI CAGLI S., *Tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 10, la quale poi denunciando come al contrario la Corte «cada nel tranello delle presunzioni»: mentre ci sembra del tutto condivisibile il richiamo alla necessità di valutare la vulnerabilità in concreto, la critica rivolta alla Corte dovrebbe essere a nostro avviso smussata attribuendo natura solo esemplificativa al catalogo di soggetti fragili menzionati nell'ordinanza («persone malate, depresse, psicologica- mente fragili, ovvero anziane e in solitudine»).

⁹⁹ Cfr. C. edu, sent. 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, par. 55: «*It should be noted that the vast majority of member States seem to attach more weight to the protection of the individual's life than to his or her right to terminate it*».

l'offesa all'autodeterminazione individuale (menomata dalle circostanze di fatto, più che dal terzo agevolatore), bensì l'offesa al bene vita, a quel punto non sorretta da alcun contro-interesse meritevole di tutela¹⁰⁰.

Questa ricostruzione della *ratio* dell'incriminazione delle condotte di aiuto a morire sembra oggi confermata dalle considerazioni che la Corte costituzionale, nella recentissima sentenza con cui ha dichiarato inammissibile il referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., ha svolto con riguardo tanto alla fattispecie di omicidio del consenziente che di aiuto al suicidio (v. *infra*).

Così impostata la questione, l'attenzione si sposta su un duplice interrogativo: da un lato, diventa ineludibile individuare le condizioni in presenza delle quali può dirsi assicurata una autentica autodeterminazione¹⁰¹; dall'altro lato, ci si può chiedere se, al di là delle affermazioni di principio, nella disciplina vigente l'incriminazione sia davvero subordinata unicamente alla carenza di tali condizioni e, in caso contrario, quali interessi e criteri ulteriori giustificano la residua operatività della sanzione penale anche una volta dimostrato che la scelta di morire è adeguatamente meditata.

A sviluppare questa traccia sarà dedicato il prosieguo del Capitolo.

3. L'affermazione di un modello disponibilista temperato: il bilanciamento tra tutela della vita e istanze di autodeterminazione alla base della non punibilità dell'aiuto al suicidio.

Aver chiarito l'attuale funzione dell'art. 580 non è però sufficiente, come

¹⁰⁰ È la prospettiva cui ci sembra alludere VALLINI A., *Morire è non essere visto*, cit., p. 813, quando afferma che quando il suicidio è commesso in mancanza di autentica volontà – il che si verifica, secondo l'Autore, «nella normalità dei casi», così giustificando la presunzione che sta alla base della incriminazione – esso «si configura davvero come un *evento ai danni della vita* del suicida medesimo “suo malgrado”, privo di connotazioni positive meritevoli di tutela» (corsivo nel testo). Questo schema di ragionamento si ritrova oggi anche in BARTOLI R., *Le problematiche del fine vita*, cit., p. 9, che, pur senza riferirsi direttamente alle decisioni della Corte, nell'ambito di un discorso più generale sui «punti fermi, forse inamovibili, del costituzionalismo», afferma che «fuori dalla autonomia individuale, il disvalore tende a farsi pieno e la carica offensiva finisce per coinvolgere la vita stessa».

¹⁰¹ La natura «cruciale» del problema è stata segnalata dalla dottrina in sede di commento alla sent. 242/2019: cfr. CANESTRARI S., *Una sentenza “inevitabilmente infelice”*, cit., p. 2168.

accennato, per fornire una diagnosi esatta del grado di paternalismo della disciplina di risultato, da altro punto di vista, del rispetto assicurato alla volontà individuale in questo settore delle scelte di fine vita.

Si è infatti visto che, di per sé, la sanzione penale mira a proteggere il soggetto anche dal compimento di atti autolesivi volontari, in quanto sopravvive una fattispecie di aiuto al suicidio distinta dall'omicidio comune.

La legittimità dell'incriminazione è giustificata con riferimento ai casi in cui scelta di darsi la morte è presa fuori dalle condizioni alle quali l'ordinamento riconosce la prevalenza delle istanze di autodeterminazione. Nel quadro normativo riscritto dalla Corte costituzionale, il divieto penale di aiuto al suicidio non dovrebbe tutelare interessi superindividuali, né interessi di terzi, bensì proteggere lo stesso aspirante suicida da lesioni a cui (si ritiene che) egli non abbia validamente acconsentito, dato il suo stato di vulnerabilità, strutturale o anche solo transeunte.

Allora, affinché si possano ritenere realmente superati l'approccio indisponibilista tradizionale e una prospettiva di intervento penale all'insegna del paternalismo forte, diventa decisivo verificare a quali condizioni l'ordinamento riconosce la prevalenza, sull'esigenza di tutela del bene vita, delle istanze di autodeterminazione.

In concreto, ciò significa analizzare i presupposti della "non punibilità" introdotta dalla Corte costituzionale, con la quale è stato realizzato un vero e proprio bilanciamento tra i due interessi contrapposti¹⁰².

Va qui premessa la fondamentale avvertenza che tra tali presupposti, come noto, non figura solo la volontà della persona.

Non in tutti i casi in cui l'individuo maggiorenne è capace di intendere e di volere l'ordinamento ritiene che la sua volontà, oltre che valida, sia anche rilevante ai fini della liceità dell'aiuto al suicidio.

In alcuni casi, ciò può dipendere, come vedremo, dalle caratteristiche sostanziali che devono connotare la stessa volontà del richiedente (per come si ricavano dal requisito di cui alla lett. d) e dalle motivazioni delle pronunce della Corte).

¹⁰² Sul bilanciamento come estrinsecazione della tecnica di sindacato impiegata dalla Corte costituzionale cfr. RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, 2020, p. 183 ss.

In altri casi, la ragione sta nella necessità di rispettare una (sia pur minimale) scansione procedurale sia nella manifestazione che nell'accertamento della medesima volontà.

Ma in altri casi ancora, pur in presenza di una volontà conforme ai requisiti sostanziali e procedurali prescritti, continua a prevalere la tutela della vita, e con essa l'operatività della sanzione penale, ove manchino elementi ulteriori, di carattere non volontaristico, descritti alle lettere a), b) e c): la malattia inguaribile, la sofferenza intollerabile e la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.

Un simile assetto dei rapporti tra norma incriminatrice e causa di "non punibilità" si presta a due ordini di considerazioni.

Da un lato, offre un nuovo elemento per comprendere l'utilità pratica della sopravvivenza di una autonoma fattispecie di aiuto al suicidio. Se la sanzione penale fosse effettivamente limitata ai soli casi in cui la persona è in grado di autodeterminarsi, il delitto di cui all'art. 580 vedrebbe eroso quasi per intero il proprio campo di applicazione, a tutto vantaggio dell'art. 575 – cui lo stesso art. 580 già rinvia, nei casi in cui la volontà del suicida è radicalmente invalida o viziata (cfr. c. 2, secondo periodo). L'aiuto prestato a persona capace di autodeterminarsi sarebbe lecito, quello prestato a persona incapace sarebbe illecito e riconducibile al paradigma dell'omicidio. Invece, la Corte costituzionale evidentemente assume che vi sia uno spazio residuo per la fattispecie *ex art. 580*. Ciò si spiega, in parte, con l'esistenza di situazioni in cui la capacità del soggetto risulta sì viziata, non potendo raggiungere la soglia richiesta per la liceità, ma appare sufficientemente integra perché il fatto possa ancora qualificarsi come "suicidio" (uno scenario del resto compatibile con quanto già prefigurato dal c. 2, primo periodo, dell'art. 580, che ribadisce la configurabilità del reato, sebbene in forma aggravata, anche con riferimento a casi di solo parziale compromissione del volere). Ma in misura forse più rilevante sul piano pratico, vengono poi in rilievo tutte le ipotesi in cui, nonostante una perfetta capacità di autodeterminazione, la persona viene aiutata a togliersi la vita in situazioni diverse da quelle contemplate dalle lett. a), b) e c): in questi casi sarebbe indubbiamente iniquo applicare la norma sull'omicidio volontario, con il suo severo trattamento sanzionatorio.

L'interrogativo principale, però, che dovrà guidare il prosieguo

dell'analisi, riguarda le ragioni alla base della previsione di questi requisiti aggiuntivi – inerenti ora alla volontà della persona ora allo stato di salute del richiedente – e il loro peso sul risultato del bilanciamento tra istanze di tutela della vita e dell'autodeterminazione: sono giustificati da un'esigenza di salvaguardia dell'autenticità del volere dell'aspirante suicida oppure si pongono come altrettanti vincoli eteronomi all'esercizio della libertà individuale? In questo secondo caso, in nome di quali interessi se ne può argomentare la legittimità costituzionale e convenzionale?

3.1. Le condizioni per la liceità dell'aiuto al suicidio come limiti alla libertà di autodeterminazione.

Prima di esaminare i singoli requisiti si rende necessario prevenire una possibile obiezione.

È opinione largamente diffusa che la Corte costituzionale abbia individuato le condizioni sostanziali della “non punibilità” dell'aiuto al suicidio facendo astrazione di alcune caratteristiche tipologiche della vicenda concreta oggetto del giudizio *a quo*¹⁰³. In quest'ottica, la scelta dei requisiti in questione sarebbe dipesa da circostanze contingenti, tanto che i giudizi più severi si sono spinti a denunciare un difetto di «razionalità costruttiva» nelle decisioni della Corte costituzionale¹⁰⁴.

Ci sembra che questa lettura sia in linea generale condivisibile – sebbene non dovrebbe sorprendere che la disciplina di risulta sconti un approccio casistico, e dunque parziale, se è il frutto dell'intervento di una corte dei diritti che si è fatta carico di supplire all'inerzia del legislatore parlamentare, in una

¹⁰³ Già a margine dell'ord. 207/2018, si vedano i contributi, sia di penalisti sia di costituzionalisti, raccolti in MARINI F.S. – CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Cappato*, cit. La stessa impressione è stata confermata dalla dottrina in sede di commento della sent. 242/2019: cfr., per tutti, FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile*, cit., p. 2-3; PALAZZO F., *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Politica del diritto*, 1/2020, p. 12.

¹⁰⁴ Così DONINI M., *Libera nos a malo*, cit., p. 16. In termini simili ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio*, cit., p. 7.

materia che richiede delicati bilanciamenti¹⁰⁵, con una decisione già di per sé coraggiosa, e da molti persino criticata per l'eccessivo attivismo¹⁰⁶.

Riconoscere questo limite nella genesi dei requisiti di cui alle lett. a)-d), fortemente condizionati dal caso di specie, non dovrebbe però rendere la loro analisi priva di utilità.

Anzitutto, tali requisiti sono ora compendati in una formula generale e astratta, di valore normativo¹⁰⁷, e si prestano comunque a considerazioni che trascendono le peculiarità della singola vicenda.

Inoltre, le condizioni di non punibilità individuate dalla Corte meritano comunque attenzione non solo perché definiscono, nel diritto vigente, l'unica ipotesi di liceità delle condotte di aiuto a morire (in senso lato), ma anche perché – come osserveremo di volta in volta – si ritrovano, con variazioni a volte minime, in molti progetti di legge volti a dare una disciplina organica della materia.

Per di più, presupposti affini caratterizzano la legislazione di altri Stati che già ammettono forme di eutanasia in senso lato, e sono perciò in grado di rivelare alcune costanti dell'approccio giuridico seguito a livello internazionale verso i problemi posti dalle scelte di fine vita.

3.1.1. La condizione di cui alla lett. d): la volontà dell'interessato.

3.1.1.1. Requisiti sostanziali e procedurali come forme di garanzia dell'autodeterminazione.

Conviene muovere dai requisiti attinenti alla volontà del soggetto che

¹⁰⁵ Rimarca tale aspetto, continuando a invocare, anche dopo la sent. 242/2019, un intervento del legislatore, CANESTRARI S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., p. 2166-2167.

¹⁰⁶ Per tutti, con una valutazione complessiva all'esito del giudizio incidentale, RUGGERI A., *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019.

¹⁰⁷ Come osserva DONINI M., *Libera nos a malo*, cit., p. 2, sebbene sia pacifico che, nella genesi, si tratti di «diritto giurisprudenziale», altrettanto innegabilmente esso rappresenta «ius cogente e paralegislativo».

aspira a ricevere un aiuto a morire.

Secondo la Corte costituzionale, perché prevalgano le istanze di autodeterminazione è necessario anzitutto che la persona manifesti una volontà contrassegnata in positivo come “libera e consapevole”.

È evidente che questa espressione ha un significato ben più pregnante della mera capacità di intendere e di volere: non rileva soltanto un dato inerente allo stato del soggetto – l'integrità delle sue facoltà mentali – ma l'attenzione si sposta sul rapporto tra il soggetto e la decisione presa.

Libertà e consapevolezza in realtà potrebbero evocare una corrispondenza con la capacità di determinarsi in modo autonomo rispetto agli stimoli esterni e di comprendere significato e conseguenze delle proprie azioni (le nozioni compendiate dal requisito della capacità di intendere e di volere); tuttavia, la loro particolarità sembra stare nel fatto che non vengono in rilievo come concetti astratti e statici, ma sottendono un processo dinamico che ha come termine di riferimento una specifica decisione concreta.

Piuttosto che esigere un grado quantitativamente superiore di capacità naturale, dunque, il requisito in esame sembra implicare un giudizio *qualitativamente* diverso.

Decisivo per questa interpretazione è il riferimento, da parte della Corte costituzionale, alle modalità per l'acquisizione del consenso informato ai trattamenti sanitari di cui all'art. 1 della l. 219 del 2017.

È vero che la Corte richiama la disciplina in questione al fine di «*accertare*» (corsivo nostro) la sussistenza dei presupposti sostanziali per la liceità dell'aiuto al suicidio, tra cui «la capacità di autodeterminazione del paziente» e – come requisito distinto – «il carattere libero e informato della scelta espressa». Tuttavia, come si è visto nel capitolo precedente e come emerge anche dalle motivazioni della sent. 242/2019¹⁰⁸, la procedura che risulta dalle norme contenute nel citato art. 1 (in particolare, ai commi 4 e 5) non ha solo funzione di verifica di un consenso o dissenso preesistente, ma incide anche sulle modalità di formazione e di manifestazione della volontà stessa.

In base a questa disciplina, la rilevanza giuridica della volontà della persona è subordinata a un momento di confronto con il personale sanitario,

¹⁰⁸ C. cost., sent. 242/2019, cit., § 5 del “considerato in diritto”.

che dopo aver ricevuto la dichiarazione del paziente è tenuto a porre in essere un'attività informativa su conseguenze della decisione e strade alternative, contestualmente mettendo a disposizione un servizio di supporto psicologico e assicurando la possibilità di accedere a un percorso di terapia del dolore e cure palliative.

Il richiamo alla l. 219, pertanto, è quantomai apprezzabile: non può che guardarsi con favore alla possibilità che la scelta di chiedere l'aiuto a morire, come quella di interrompere cure salvavita, sia il frutto di un «incontro tra l'autonomia decisionale del paziente e l'autonomia professionale del medico»; non sembra contraddittorio, ma anzi auspicabile, che anche l'opzione per il suicidio assistito maturi nel contesto di una «relazione di cura e di fiducia tra il paziente e il medico». In altri termini, il riferimento alla disciplina sul consenso informato per i casi di aiuto a morire non sembra implicare uno snaturamento del ruolo del medico e della relazione di cura, bensì una garanzia aggiuntiva sempre a tutela del paziente¹⁰⁹.

Di ciò si intende fornire la prova con le considerazioni che seguono. Dicevamo infatti che la "libertà e consapevolezza" della scelta non è un dato acquisito, ma il risultato di un processo che la Corte reputa strettamente funzionale a garantire un corretto esercizio dell'autodeterminazione individuale.

Quanto al carattere "libero" della decisione di darsi la morte, se da un lato esso presuppone l'assenza di condizionamenti esterni, dovuti a interferenze di terzi o a pressioni sociali, dall'altro occorre considerare che tra i possibili fattori di disturbo un ruolo preminente, come ben messo in luce dalla Corte costituzionale e dalla dottrina, è svolto dal dolore fisico connesso al decorso della patologia da cui il paziente è affetto¹¹⁰: ecco che la procedura di

¹⁰⁹ Sembra invece rilevare nei tratti citati una inconciliabilità tra l'impostazione sottesa alla l. 219 e la disciplina dell'aiuto al suicidio CANESTRARI S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., p. 2175-2176, il quale vede conferma di ciò nel riconoscimento al medico di una obiezione di coscienza, per l'appunto non prevista dalla l. 219: senonché, oltre alle considerazioni di cui nel testo, possiamo osservare che la facoltà di obiezione di coscienza è legata (non senza incongruenze: v. *infra*) alla tipologia di condotta richiesta al medico, ma ciò non toglie che quando viene in gioco il diverso piano dei presupposti di validità della decisione del paziente interruzione di cure e aiuto al suicidio pongano questioni analoghe, che meriterebbe affrontare con gli strumenti – da più parti a ragione decantati – già offerti dalla l. 219.

¹¹⁰ Insiste molto su questo aspetto, ponendo l'accento sulla necessità di rendere effettivo l'accesso a terapia del dolore e cure palliative CANESTRARI S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., p. 2177 ss., e ID., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 46 ss., nonché in qualità

acquisizione del consenso, in quanto strumentale all'inserimento in un programma di terapia del dolore, non si limita a registrare una volontà preformata, ma al contempo rimuove un elemento perturbante e arricchisce l'orizzonte decisionale del paziente, incrementando sotto entrambi gli aspetti i suoi spazi di libertà. Ciò, si noti, in linea con quanto visto nel Capitolo I, senza implicare che l'alleviamento delle sofferenze abbia solo funzione "preventiva" e rappresenti sempre una alternativa escludente l'aiuto a morire, potendo anche svolgere rispetto ad esso una funzione "preliminare e sinergica"¹¹¹, incidendo sulla formazione della decisione del paziente ma non sul suo contenuto, che rimane rimesso alla libertà del singolo.

Quanto al carattere "consapevole" della scelta, è evidente il valore dell'apporto conoscitivo dato dall'incontro con il medico, la figura professionale più indicata per mettere a disposizione del paziente le informazioni necessarie sul suo stato di salute, la prognosi e le modalità con cui procurarsi la morte in modo indolore.

Alla luce di queste considerazioni, può dirsi che la procedura di acquisizione del consenso *verifica* e al tempo stesso *crea* i presupposti per l'autenticità del volere.

Dare rilevanza al nudo consenso della persona, ancorché capace di intendere e di volere, obliterando alle circostanze concrete – individuali e sociali – in cui la decisione è presa, avrebbe probabilmente significato accogliere una «concezione astratta dell'autodeterminazione».

In quest'ottica può leggersi l'ulteriore passaggio procedurale, introdotto dalla Corte costituzionale nella sent. 242, rappresentato dalla richiesta di parere al comitato etico territorialmente competente. L'attribuzione di compiti consultivi a un organo collegiale terzo viene infatti giustificata, in motivazione,

di membro del Comitato Nazionale per la Bioetica, nel "terzo orientamento" (sub c) del parere *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito* del 18 luglio 2019, p. 24-25 (cfr. p. 19-20 del parere per una sintesi delle visioni emerse in seno al Comitato sul tema).

¹¹¹ Così ora anche una posizione emersa in seno al Comitato Nazionale per la Bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, cit., p. 20; cfr. anche il gruppo di opinioni che compongono il "secondo orientamento", dove si ritrova chiaramente espressa la convinzione che «l'effettiva disponibilità della palliazione non escluda la possibilità che il paziente avanzi comunque una richiesta di aiuto medico al suicidio» (p. 23).

con «la delicatezza del valore in gioco»¹¹² e con l'esigenza di «tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità».

In dottrina¹¹³ sono stati avanzati dubbi sulla concreta idoneità dei comitati etici a svolgere la funzione di garanzia loro demandata: a tal fine si sottolinea, da un lato, l'incertezza circa il valore giuridico del parere loro richiesto, che, se probabilmente obbligatorio, non è chiaro se debba ritenersi anche vincolante¹¹⁴, specie nel caso esprima una posizione negativa; dall'altro lato, viene evidenziata l'incongruità tra il compito affidato a questi organi e le competenze effettivamente possedute, tenuto conto che la valutazione delle situazioni di vulnerabilità soggettiva è stata da loro svolta sinora con riferimento ai problemi – non del tutto sovrapponibili a quelli in esame – concernenti l'utilizzo di farmaci *off label* a scopo compassionevole.

Nonostante queste perplessità, che potranno essere confermate o smentite dalla prassi, in linea teorica sembra che anche questo passaggio aggiuntivo, così come la procedura di cui alla l. 219 e i requisiti sostanziali che devono caratterizzare la volontà del paziente, sia facilmente giustificabile nella prospettiva di un paternalismo debole.

Si è visto infatti che una ragione per limitare la piena esplicazione delle istanze di autodeterminazione viene ravvisata nella finalità di proteggere le persone vulnerabili, che nelle situazioni in esame si traduce nell'impedire che la decisione di togliersi la vita sia presa in modo non libero e senza piena consapevolezza delle conseguenze.

I requisiti sostanziali e procedurali illustrati costituiscono potenziali limitazioni alle infinite modalità di manifestazione della volontà individuale – in concreto, ad esempio, per il ritardo che possono determinare nella realizzazione del desiderio di morire del paziente¹¹⁵. Tuttavia, essi appaiono funzionali a tutelare un diritto dello stesso paziente e, più precisamente, il

¹¹² La Corte utilizza il singolare, alludendo probabilmente al bene vita, ma ci pare che sul tappeto sia anche il rispetto dell'autodeterminazione individuale.

¹¹³ Cfr., tra i molti, in chiave problematica, VALLINI A., *Il "caso Cappato"*, cit., p. 1201-1202; CUPELLI C., *Il caso Cappato*, cit., p. 1444.

¹¹⁴ In questo senso, ma isolato, EUSEBI L., *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, p. 197-198.

¹¹⁵ Esprime tale preoccupazione, specie rispetto al coinvolgimento del comitato etico nella procedura, D'AMICO M., *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 299.

medesimo diritto che questi intende esercitare, cioè la libertà di autodeterminazione, proteggendola contro scelte non autentiche dagli effetti irreversibili e annichilenti per la persona¹¹⁶.

Dubbi potrebbe forse suscitare il limite consistente nel fatto che la procedura di accertamento del consenso e degli altri requisiti sostanziali previsti dalla Corte, nonché la verifica delle modalità di esecuzione del suicidio assistito siano stati riservati a «strutture pubbliche del sistema sanitario nazionale», escludendo così anche soggetti privati accreditati che, di regola, sono invece abilitati a erogare prestazioni in nome e per conto del SSN.

Premesso che questo specifico aspetto richiederebbe un approfondimento maggiore di quello finora ricevuto nei primi commenti alla sentenza 242/2019, possiamo ipotizzare che la Corte abbia ritenuto, nel sottrarre l'aiuto al suicidio all'area dell'illiceità, di mantenerlo entro il perimetro della non patrimonialità e, di conseguenza, della "incommerciabilità". Sebbene possa discutersi di tale soluzione nella prospettiva sia della libertà di iniziativa economica dei privati, sia – soprattutto – dell'effettività dei diritti del paziente, che da uno scenario di libero mercato potrebbe trarre benefici in termini di quantità e qualità dell'offerta, aumentando la possibilità che i propri desideri vengano soddisfatti, sono altresì intuibili (sebbene non esplicitate) le ragioni che sorreggono la scelta della Corte. Da un lato, potrebbe aver esercitato un'influenza la tradizionale considerazione, da parte dell'ordinamento, degli atti di disposizione del corpo – *a fortiori*, qui, venendo in gioco la vita umana – come atti a titolo gratuito, sulla premessa che lo scambio economico possa introdurre una variabile di condizionamento dei soggetti a vario titolo coinvolti (l'interessato, il beneficiario, il gestore del servizio, etc.). Dall'altro lato, non può escludersi che abbia giocato un ruolo una presunzione di maggiore imparzialità e affidabilità, in questa delicata materia, del soggetto avente natura pubblicistica, tenuto istituzionalmente a perseguire l'interesse pubblico, a confronto con il soggetto privato, animato da logiche egoistiche: il che spiegherebbe anche perché non sia stato ritenuto sufficiente – come pure in astratto possibile – consentire ai privati

¹¹⁶ Cfr. per tutti CANESTRARI S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., p. 2168, che, dopo aver ribadito che «in un'ottica laica e liberale l'accertamento della volontarietà della scelta deve porsi come priorità assoluta», avverte che «più la condotta è autodannosa e rischiosa più elevati debbono essere lo *standard* della volontarietà e lo *standard* dell'accertamento».

di offrire procedure e prestazioni connesse all'aiuto a morire con il vincolo della non onerosità.

In definitiva, ci sembra che anche questo requisito non sia distonico rispetto alla finalità di tutelare l'autodeterminazione del paziente e che, sulla base delle considerazioni appena svolte, possa affermarsi la ragionevolezza della presunzione che lo sorregge.

3.1.1.2. Il problema dell'accertamento di un volere autentico e la tesi che ne subordina la fattibilità alle condizioni soggettive del paziente.

Esula da questa trattazione indagare i risvolti pratico-applicativi del requisito di cui alla lett. a).

In particolare, non è questa la sede per approfondire il tema delle caratteristiche che connotano la condizione di "vulnerabilità" e dei fattori che in concreto la possono determinare¹¹⁷, né la questione, strettamente connessa, concernente se e in che misura tale condizione sia compatibile con una decisione effettivamente libera e consapevole¹¹⁸.

Parimenti, non saranno oggetto di analisi le modalità tecniche di accertamento della sussistenza, in capo al paziente, di una effettiva capacità di autodeterminarsi.

Si tratta, com'è evidente, di problemi tanto centrali per l'operatività della disciplina introdotta dalla Corte costituzionale (e di ogni altra disciplina in materia di fine vita) quanto pertinenti al sapere scientifico-sperimentale, più che a un approccio di tipo giuridico.

Non casualmente la stessa Corte costituzionale prevede che, oltre a fornire al paziente gli strumenti necessari per la decisione, spetti sempre al *medico* il compito di verificare, all'esito di una valutazione complessiva, che la volontà del paziente soddisfi i requisiti prescritti; ciò naturalmente non esclude la

¹¹⁷ Per una visione trasversale, da una prospettiva non solo giuridica, cfr. GIOLO O. – PASTORE B. (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, 2018.

¹¹⁸ Un tema su cui rimane fondamentale FEINBERG J., *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 3, *Harm to self*, Oxford University Press (di cui le p. 344 ss. sono dedicate a «*the choice of death*»)

possibilità di una successiva verifica giudiziale, che però si suppone finirà per basarsi a sua volta sull'esame retrospettivo di un perito, condotto ancora una volta secondo parametri tecnici.

In una prospettiva regolatoria, tuttavia, al giurista può comunque porsi il problema della possibilità o – forse più propriamente – dell'opportunità di affidare a una determinata figura professionale la verifica della volontà del paziente.

Di recente in dottrina¹¹⁹ è stata sostenuta una tesi che, pur riconoscendo il rilievo primario da attribuire alla volontà della persona nelle scelte di fine vita, esprime seri dubbi circa la stessa fattibilità di un accertamento del carattere libero e consapevole della decisione di morire.

In base a questa articolata ricostruzione, che muove dalla già citata distinzione tra suicidio esistenziale e suicidio medicalmente assistito (v. *supra*), la possibilità di un simile accertamento sarebbe da ritenersi in radice esclusa per i casi del primo tipo, mentre resterebbe dubbia per quelli del secondo tipo, potendosi ammettere solo in ipotesi limitate e bisognose di particolari cautele.

Dal confronto con studi di ambito psicologico e sociologico¹²⁰ viene ricavata la convinzione per cui il suicidio dovuto alle «ferite dell'anima» sia sempre un evento psichico misterioso, di fatto insondabile nelle sue ragioni ultime e spesso instabile: non sono dati regole né criteri fissi, sicché qui sarebbe fuorviante ipotizzare l'esistenza «di un "valutatore", di un "perito", di un "esperto"». Di fronte al disagio esistenziale, si afferma, è difficile «persino concettualizzare un procedimento finalizzato a valutare l'"abnormità" di un gesto definitivo di autoannientamento».

Considerazioni diverse vengono svolte¹²¹ per il suicidio (c.d. "medicalmente assistito") che trova motivo nelle sofferenze del corpo, dove cioè il "male" che affligge la persona presenta una base organica. In questi casi, secondo la tesi in esame, gli spazi per la verifica della capacità di autodeterminazione della persona che chiede un aiuto a morire si riespano: la condizione patologica non rappresenta un ostacolo, ma porta con sé i

¹¹⁹ La tesi, che già emergeva da precedenti scritti dell'Autore, trova una compiuta illustrazione in CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*.

¹²⁰ Cfr. CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 29 ss.

¹²¹ Cfr. CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 33 ss.

presupposti necessari – «un percorso di cura e [...] una profonda relazione tra il medico e la persona malata»¹²² – per addivenire, proprio grazie all'intermediazione del sanitario, a una verifica attendibile del carattere genuino della richiesta.

Anche all'interno di questo gruppo di ipotesi, tuttavia, viene ritenuto opportuno tracciare una distinzione¹²³. Le condizioni che rendono praticabile l'accertamento dell'autenticità del volere sarebbero senz'altro soddisfatte nei casi in cui il paziente si trovi a dipendere da trattamenti di sostegno vitale; diversamente, pur senza preclusioni assolute, maggior prudenza andrebbe usata dinanzi alla persona malata ma ancora in grado di uccidersi da sola.

Una conferma indiretta della correttezza di questo quadro si ricaverebbe dalle pronunce della Corte costituzionale sull'art. 580, poiché la scelta di limitare la liceità dell'aiuto al suicidio alle condizioni di cui alle lett. a), b) e (soprattutto) c) sarebbe stata funzionale, tra l'altro, alla necessità di un effettivo accertamento della volontà¹²⁴ (v. *infra*).

3.1.1.3. Considerazioni critiche. L'opportunità di tenere distinti il piano soggettivo e quello oggettivo.

A chi scrive sembra che questa tesi, per le distinzioni che traccia tra diverse categorie di soggetti e per le conseguenze che ne trae in termini di disciplina, possa prestarsi ad alcune obiezioni.

È senz'altro condivisibile la premessa da cui si muove, ossia il carattere assolutamente prioritario dell'esigenza di verificare l'autenticità della scelta di darsi la morte: un problema «da non banalizzare»¹²⁵ e, come accennato, fortemente bisognoso del contributo di discipline extra-giuridiche.

Consapevoli di quest'ultimo aspetto, precisiamo subito che qui non si

¹²² CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, p. 35.

¹²³ Tale distinzione – cui viene attribuito grande rilievo a fini di disciplina – viene ribadita e precisata in più passaggi: cfr. CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., spec. p. 35 e 42.

¹²⁴ Cfr. CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 37.

¹²⁵ CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 42.

vuole confutare nel merito la difficoltà tecnica di accertamento della natura «libera, autonoma e responsabile» volontà di darsi la morte, tantomeno opponendo studi scientifici di segno opposto a quelli richiamati.

Ciononostante, anche una volta riconosciuta tale innegabile difficoltà, non persuade il trattamento differenziato che in nome di essa viene riservato alle diverse situazioni prese in esame.

Anzitutto, se l'ostacolo è dato dall'impossibilità di stabilire se la scelta di morire sia realmente frutto di autodeterminazione – per l'instabilità del volere umano, per l'irripetibilità della relazione analitica, per l'intrinseca imperscrutabilità del foro interiore della persona –, ci sembra che la medesima obiezione dovrebbe valere per qualsiasi individuo, sia *sano* o *malato*.

Una considerazione diversa delle due ipotesi potrebbe ammettersi solo a patto di supporre, anche implicitamente, una di queste alternative: che a diverse categorie di soggetti siano richiesti standard di autenticità del volere diversi; che la richiesta di morire proveniente da una persona sana escluda di per sé l'autonomia della persona.

Entrambe queste spiegazioni ci sembrano però insostenibili, e in effetti non sono avanzate dalla tesi in esame, che, come visto, insiste sulle difficoltà di accertamento della volontà, anziché che su *deficit* sostanziali di quest'ultima.

Secondo questa dottrina, il criterio giustificativo del discrimine tra sani e malati andrebbe invece ricercato su altro piano. In particolare, esso sarebbe dato dall'esistenza di un previo contatto con un contesto medicalizzato e quindi dalla circostanza che già vi sia stato l'accesso al sistema assistenziale: un elemento che renderebbe possibile per le persone malate quella verifica inibita ai sani e che, a differenza che per questi ultimi, giustificerebbe il ruolo del medico come valutatore.

Una simile spiegazione ha il pregio di armonizzarsi con l'idea di fondo, già messa in risalto nel corso dell'analisi della disciplina della l. 219, secondo cui il rapporto di cura (in senso lato) con il medico rappresenta il luogo ideale per assicurare alla volontà di morire della persona adeguate garanzie di autenticità (e di effettività).

Anche questa spiegazione, tuttavia, non ci sembra fugare tutti i dubbi sulla distinzione tra diverse categorie di richiedenti l'aiuto a morire.

i) Resta, anzitutto, il paradosso per cui i casi di pazienti gravi e sofferenti

sembrano in realtà quelli in cui più è difficile accertare l'esistenza di una autodeterminazione libera: lo conferma il fatto che ricorre spesso l'appello a moltiplicare gli sforzi, a livello istituzionale, perché sia resa effettiva la disponibilità di terapia del dolore e cure palliative come condizione per l'espressione di una reale volontà di morire. La stessa sofferenza cagionata dalla condizione patologica che agevolerebbe l'accertamento del volere rappresenta un grave fattore perturbativo di quest'ultima.

ii) Anche a ritenere superabile questo ostacolo, si potrebbe sempre obiettare che la costruzione di una relazione di cura e fiducia con il medico, caratteristica dei casi più gravi, è un criterio di selezione "a doppio taglio": da un lato, il malato potrebbe sempre esercitare il proprio diritto di rifiutare qualsiasi intervento terapeutico, il che impedirebbe l'instaurazione di una vera e propria relazione precedente alla richiesta di morire; dall'altro lato, in linea teorica, un percorso medicalizzato di dialogo e confronto finalizzato a garantire l'autenticità e la stabilità del volere potrebbe essere proposto, in quanto tale, anche a chi desidera morire pur senza soffrire di alcuna patologia.

iii) Ancora, alcune indicazioni contrarie alla tesi in esame potrebbero ricavarsi dall'esame dell'assetto di disciplina della l. 219, come ricostruita nel Capitolo I. Si è visto che la legge considera valida la volontà del paziente di lasciarsi morire, anche se questa consiste nel rifiuto di qualsiasi trattamento, prima ancora che sia iniziato – e quindi prima che sia instaurata quella relazione medico-paziente che si ritiene decisiva. Ciò naturalmente non significa che il legislatore abbia abdicato a qualsiasi garanzia, ma si giustifica perché anche una simile volontà, a rigore, dovrebbe essere sempre manifestata con le modalità previste dall'art. 1 della stessa legge, rispettando quindi una procedura medicalizzata. Ma allora sorge spontaneo l'interrogativo: perché la stessa procedura non potrebbe essere estesa a chi non soffre di una patologia, per far sì che, in vista della richiesta di aiuto a morire, si possa costruire comunque una relazione – sia pure minima – con il medico? D'altra parte si è visto che le motivazioni alla base della scelta di lasciarsi morire possono essere le più varie, e non devono necessariamente risiedere nella intollerabilità delle attuali condizioni di salute: nella prospettiva della persona, la morte potrebbe essere un (accettabile) prezzo da pagare in nome di un calcolo razionale o di un ideale, senza che questo comprometta la rilevanza giuridica della volontà. E già si è

osservato come, secondo alcuni, la morte che si verifichi in questo modo possa essere ritenuta per certi aspetti equiparabile a un suicidio (si pensi, in modo emblematico, alla persona che persevera nello sciopero della fame e poi rifiuta la nutrizione artificiale).

iv) Vi è infine un'ultima obiezione, che a chi scrive pare quella di maggior impatto (anche ragionando in termini di conseguenze applicative). Se fattore decisivo è l'esistenza di un rapporto medico-paziente, anche ad ammettere a tal fine sia necessario un rapporto profondo e non semplicemente episodico o funzionale all'accertamento del mero consenso, allora non dovrebbe esserci ragione per ritagliare, dalla classe di soggetti malati, ulteriori sottocategorie. A prescindere dalle critiche che possono essere rivolte verso il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale previsto dalla Corte costituzionale, non è dato comprendere perché le esigenze di accertamento della volontà – in ipotesi soddisfatte grazie al contatto con il sistema sanitario – debbano incontrare maggiori difficoltà, tanto da far mettere in dubbio la loro praticabilità, per il solo fatto che il paziente conservi la possibilità di darsi la morte da solo.

La capacità materiale di uccidersi in autonomia può rivelare qualcosa della patologia da cui la persona è affetta, ma oltre a essere frutto di circostanze accidentali (anche a fronte di identità di malattie) non dovrebbe interferire in alcun modo con la possibilità di instaurare con il medico il già menzionato rapporto di cura e fiducia reciproca, anche serio e prolungato nel tempo (ipotizzando che quest'ultimo requisito debba considerarsi indispensabile).

A riprova di ciò, la motivazione che viene addotta dalla tesi in esame per isolare questo gruppo di ipotesi deve fare appello a un ordine di argomenti diverso da quello finora preso in considerazione: a giustificare un maggior grado di «prudenza, cautela e timore» sembra essere la circostanza che in tali casi il soggetto, pur potendo, «non esercita la forma più estrema di libertà – quella di uccidere se stesso – ma chiede ad altri di assumersi tale responsabilità»¹²⁶.

Un atteggiamento di diffidenza verso l'aiuto a morire richiesto da persone capaci di darsi la morte da sole si ritrova, assai più marcato e scoperto, in altri

¹²⁶ CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 35.

autori¹²⁷, le cui affermazioni suscitano però serie perplessità: tali posizioni sembrano adombrare la tradizionale (ma superata) presunzione semi-assoluta di incapacità del soggetto che desidera morire, se non addirittura rischiano di dare ingresso surrettiziamente a valutazioni di tipo moralistico o comunque eteronomo rispetto alle modalità di esercizio dell'autodeterminazione individuale, quasi che una sua certa manifestazione – la richiesta di collaborazione rivolta a terzi – meritasse di per sé un giudizio di disvalore, con cui magari si rimprovera alla persona di non essere sufficientemente “coraggiosa” (con una strategia caratteristica del c.d. perfezionismo morale¹²⁸).

Né sembra convincente appellarsi a una intrinseca carenza di volontà, vista la già menzionata non equiparabilità tra l'aiuto medico a morire e il suicidio solitario, spesso commesso con modalità cruente e degradanti per la dignità della persona, e la comprensibile, umana difficoltà, anche una volta raggiunta una ferma decisione di morire, di sferrare su sé stessi l'ultimo gesto letale, vincendo il basico istinto di sopravvivenza. D'altronde, l'esperienza straniera dimostra che, nei Paesi con legislazioni più permissive, le richieste di aiuto a morire (in senso lato) sono volte a ottenere, per la stragrande maggioranza, un'azione del medico direttamente causativa della morte, anziché un aiuto al suicidio: questo nonostante che le richieste provengano per lo più da pazienti oncologici (presumibilmente ancora capaci di darsi la morte) e senza che pratiche del genere vengano associate a una volontà dimidiata di chi le richiede¹²⁹.

¹²⁷ In modo emblematico, tra i contributi più recenti, DI GIOVINE O., *Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale*, in *Sist. pen.*, 25 gennaio 2022, p. 5, la quale – a proposito dell'aiuto a morire sotto forma di omicidio del consenziente – di fronte alla domanda retorica «chi vuole togliersi la vita ed è materialmente nelle condizioni di farlo, perché dovrebbe avere bisogno di un terzo che lo uccida?» risponde che «se non vuole provvedere da solo, questo potrebbe voler dire che non è poi tanto determinato come dichiara di essere».

¹²⁸ Sull'argomento perfezionista come tecnica di legittimazione di limiti alla libertà di autodeterminazione nella materia del fine vita si vedano, per tutti, le convincenti considerazioni critiche di MANIACI G., *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, cit., p. 279 ss.

¹²⁹ Il report per il 2021 sulla attuazione della disciplina in materia di eutanasia nei Paesi Bassi – documento curato da appositi comitati di controllo nell'ambito di una costante attività di monitoraggio e revisione delle prestazioni eseguite per verificare il rispetto anche ex post degli standard legali – rivela che circa il 60% dei richiedenti erano malati di tumore (la percentuale sale all'89% considerando patologie cardiovascolari e neurologiche) e che in oltre il 97% dei casi la scelta è ricaduta su una procedura di “*termination of life on request*”, in cui la morte si verifica per effetto di un'iniezione letale ad opera del medico, anziché di “*assisted suicide*”. Il report è consultabile (al momento soltanto in lingua olandese) in www.euthanasiecommissie.nl.

* * *

In definitiva, tutte le criticità segnalate ci sembrano da ascrivere a una radice comune: l'utilizzo di condizioni di legittimazione oggettive come surrogato per supplire al ritenuto difetto di una verificabilità della volontà soggettiva.

Crediamo invece che il problema dell'accertamento del volere debba essere tenuto separato dalla questione attinente alla definizione della platea di persone che possono accedere alle pratiche di aiuto a morire: mentre il primo richiede un giudizio in concreto, la seconda postula scelte generali e astratte in cui si riflettono valutazioni estrinseche rispetto alla libertà di autodeterminazione della persona. Anzi, i requisiti diversi dalla volontà rappresentano, per loro natura, criteri eteronomi, con l'effetto di circoscrivere gli spazi di autodeterminazione¹³⁰. Potrebbe quindi generare una non desiderabile sovrapposizione di piani utilizzarli e giustificarli come presupposti di validità della volontà individuale, con il rischio di finire per avvicinarsi a quelle letture "oggettive" e "a-consensuali" contro cui la dottrina intende meritoriamente mettere in guardia¹³¹.

Posta questa precisazione teorica, ci sembra peraltro che le conseguenze pratiche del mantenimento di una separazione di piani non precludano a scenari drammatici, favorendo semmai nuove aperture all'area della liceità connesse a una maggiore valorizzazione del principio di autodeterminazione.

È certamente condivisibile il disagio a fronte all'eventualità di agevolare il suicidio di persone (apparentemente) in salute, legato a sofferenze esistenziali che raramente si manifestano all'esterno prima del gesto estremo e che spesso risultano incomprensibili anche alle persone più prossime.

¹³⁰ Lo osserva efficacemente PADOVANI T., *Dovere di vivere e aiuto al suicidio*, cit., p. 9: «postulando un sindacato di 'compatibilità' della scelta suicidaria rispetto alle condizioni della persona che la formula (affetta da patologia irreversibile, fonte di sofferenza intollerabile, e tenuta in vita con trattamenti particolari, e pur sempre capace di decidere), si superano ampiamente i limiti di una verifica della effettiva libertà di scelta».

¹³¹ In questo senso – quello, cioè, di una «convinta ma prudente difesa della libertà individuale, anche di fronte alla scelta estrema» – può leggersi e condividersi il senso complessivo della tesi di CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, come abbiamo cercato di evidenziare in una recensione al volume pubblicata in *Sist. pen.*, 6 settembre 2021 (spec. par. 6). Particolarmente pregnante ci era parso, anche in quell'occasione, il passaggio in cui l'Autore, per fugare ogni tentazione di appiattimento del giudizio di liceità dell'aiuto a morire su meri dati oggettivi, afferma che «è la validità della richiesta e non solo l'intensità della sofferenza a costituir[n]e il presupposto assolutamente imprescindibile».

La diffidenza nei confronti di opzioni regolatorie che «spianino la strada» alla morte di queste persone, depenalizzando l'aiuto dei terzi, non dovrebbe però condurre a sopravvalutare i rischi concreti né a transigere su alcune questioni "di principio".

Da un lato, una valutazione medico-psichiatrica potrebbe rivelare che in molti casi la decisione di morire di una persona (per il resto) sana è il prodotto di una patologia in grado di condizionare i processi di libera formazione della volontà.

Dall'altro lato, non sembra inconcepibile che, almeno in una minima frazione di casi, il suicidio della persona non malata rifletta una decisione ponderata, che giunge all'esito di un complesso e personalissimo calcolo di costi e benefici e che, per la tendenziale immutabilità delle circostanze che la determinano, può ritenersi ormai stabile¹³².

Non ci sarebbe niente di scandaloso, ci pare, nell'ammettere che esiste almeno una quota – ancorché piccola – di ipotesi in cui il suicidio "tradizionale", commesso dai sani, costituisce una manifestazione della libertà individuale circa i modi in cui condurre e porre termine alla propria vita. Si tratta di accettare fino in fondo i "costi" dell'autodeterminazione.

Né varrebbe obiettare che in situazioni del genere la decisione sia inevitabilmente compromessa da circostanze contingenti, che ne inficiano l'autenticità: in primo luogo, perché non è detto che, al pari di quanto può accadere per una patologia organica, tali circostanze siano transitorie; in secondo luogo, perché ogni valutazione – come quella circa l'inguaribilità di una malattia – è fatta *rebus sic stantibus*, e sebbene si possa esigere di tenere conto degli sviluppi futuri ragionevolmente prevedibili, non può mai raggiungersi una certezza assoluta; infine, perché – pur senza ripiegare su posizioni rigidamente deterministiche – tutti i processi decisionali umani, nei loro presupposti e nella loro dinamica, subiscono condizionamenti per i fattori più vari¹³³, una parte dei quali deve essere accettata come inevitabile e perciò

¹³² Si interroga problematicamente su ipotesi del genere, ritenendole "istintivamente inquietanti" ma affermano al contempo che «sembrano mancare ragioni perspicue per opporre a simili richieste l'art. 580 c.p., proprio in ragione di come esso viene inteso dalla Corte costituzionale», VALLINI A., *Il "caso Cappato"*, cit., p. 1203-1204.

¹³³ Cfr. MANIACI G., *Esercizi di confutazione su eutanasia e suicidio assistito*, in *Ragion pratica*, 1/2013, p. 249; TORDINI CAGLI S., *Tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., 2/2019, p. 17. «È ovvio che autodeterminazione non significa assenza di condizionamenti», chiosa ZAGREBELSKY G., *Aiuto*

“socialmente normale”. Ipotizzare una libertà perfetta avrebbe l'effetto – tanto per i sani quanto per i malati – di rendere *sempre* impossibile ravvisare in concreto una volontà autentica.

Lo Stato ha certamente il dovere di farsi carico di interventi generali in grado di eliminare, in quanto espressione di fenomeni o fattori socialmente disapprovati, cause strutturali o ricorrenti alla base della decisione di morire (implementando politiche di *welfare* di supporto a situazioni di povertà e marginalità o rendendo effettivo l'accesso alla terapia del dolore, a seconda dei casi); ma laddove tali cause, non del tutto rimosse, facciano avvertire il loro peso in una specifica situazione concreta, come dati di fatto ormai ineliminabili, sarebbe iniquo precludere al singolo una via d'uscita che in ipotesi egli reputi preferibile, adducendo come ostacolo l'impossibilità di ritenere la sua decisione libera e consapevole.

3.1.1.4. La rilevanza di uno *standard* di validità del volere di carattere normativo e procedurale, indipendente dalle condizioni di salute del paziente.

Infine, ci sembra che per negare la liceità dell'aiuto a morire realizzato sulla base della sola richiesta (libera e consapevole) di un soggetto *sano* non sia decisivo dimostrare l'impossibilità di accertare il volere autentico del soggetto medesimo: un ostacolo che, come anticipato, qui non si vuole contestare, ma semplicemente dequotare.

L'opinione di chi scrive è infatti che la volontà ultima della persona resti sempre inattuabile, anche all'individuo stesso che la esprime. Come è impossibile ipotizzare un volere totalmente libero da condizionamenti, così sembra destinata a rimanere sempre fuori dalla portata di strumenti oggettivi una verifica certa e definitiva delle pulsioni e dei processi mentali alla base del comportamento umano.

Si tratta di un dato connaturato all'essenza dei fenomeni psicologici più profondi, che in quanto tale accomuna sia soggetti sani che malati, in virtù della

al suicidio, cit., p. 11, pur ribadendo che ciò non significa abdicare a procedure di verifica rigorose.

comune appartenenza al genere umano.

La dottrina qui in discussione in realtà muove da una simile premessa generale, ma, come detto, per evitare che ciò si traduca in una preclusione assoluta all'ammissibilità di qualsiasi richiesta di aiuto a morire, circoscrive l'operatività di questa acquisizione teorica ai casi di suicidio commesso da persone sane, mentre per i soggetti affetti da malattie organiche ricorre al criterio sostitutivo dato dalla ricorrenza di determinate circostanze oggettive, giudicate (le uniche) compatibili con un accertamento medico.

Ci sembra invece che un ragionevole punto di equilibrio possa raggiungersi seguendo un percorso alternativo a quello descritto, il quale presenta gli inconvenienti sopra evidenziati.

In particolare, conviene prendere atto dell'impossibilità di accertare il volere della persona in termini di certezza scientifica per riconoscere che, del resto, un simile standard non è neppure richiesto dall'ordinamento.

Ciò che conta ai fini della regolamentazione giuridica del fenomeno è, piuttosto, che la volontà della persona possa essere accertata secondo criteri e modalità socialmente accettabili, in base a regole sufficientemente condivise nella comunità scientifica ma anche – se non soprattutto – nella morale collettiva.

La stessa relazione di cura tra medico e paziente, invocata come presupposto di accertabilità della volontà, non sembra presentare un particolare connotato di scientificità, ma è un modulo che la coscienza sociale e la cultura del tempo presente ritiene adeguato e, probabilmente, il più idoneo ad accogliere le determinazioni provenienti dalla persona circa la propria sopravvivenza.

Del resto, è questa la *ratio* che giustifica la disciplina di cui alla l. 219/2017, in base alla quale – per usare le parole della Corte costituzionale – «chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza».

In questo passaggio la Corte si riferisce espressamente ai casi di interruzione di un trattamento già in corso, ma è agevole osservare che la medesima procedura di acquisizione del dissenso vale anche per le ipotesi in cui la volontà di morire si manifesta sotto forma di rifiuto di iniziare le cure,

quindi a prescindere dalla dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e dalla instaurazione di un significativo rapporto con il medico – potenzialmente, anche prima che si abbia un qualsiasi contatto con il sistema assistenziale. Inoltre, si ricorderà come, secondo quanto visto nel Capitolo precedente, ai fini dell'esercizio del diritto di lasciarsi morire non ci sia spazio per sindacare i motivi alla base della scelta, senza che questo comprometta la possibilità di accertare l'esistenza di una autentica volontà di morire.

Per garantire queste condizioni l'ordinamento ritiene oggi sì necessaria ma anche *sufficiente* una procedura di verifica medicalizzata, in cui sono destinati a emergere i fattori di condizionamento fisici, psicologici e ambientali che escludono, in base a un metro di giudizio scientifico e normativo-sociale, «la capacità di autodeterminazione del paziente e il carattere libero e informato della scelta espressa». Tantopiù che, da un lato, la capacità di intendere e di volere è una nozione generale, a cui l'ordinamento ricorre per disciplinare una varietà di contesti senza che ciò ponga insuperabili ostacoli alla sua verificabilità empirica, e, dall'altro, si è già visto che libertà e consapevolezza della decisione non sono attributi dati *a priori*, ma qualità inseparabili dalla procedura stessa, che contribuisce alla loro creazione. Nella procedura medicalizzata anche il soggetto in astratto vulnerabile perde la propria intrinseca debolezza e viene reputato potenzialmente capace di valide scelte.

È libera e consapevole la scelta informata assunta all'esito di un confronto con il medico: non esistono criteri scientifici per verificare questi requisiti (a differenza di quanto può accadere per la capacità di intendere e di volere), ma l'ordinamento fissa un autonomo standard normativo-sociale.

Merita notare ancora una volta che questo standard è stato espressamente ritenuto dalla Corte costituzionale adeguato a soddisfare sia finalità di accertamento della volontà che di prevenzione di abusi ai danni dei soggetti più vulnerabili.

Alla luce di queste considerazioni, non sembrano sorgere particolari ostacoli a una eventuale estensione della medesima procedura, debitamente congegnata, non solo a soggetti malati non dipendenti da trattamenti di sostegno vitale o comunque ancora capaci di darsi la morte da soli, ma anche a

persone sane che decidono di darsi la morte per ragioni non sanitarie¹³⁴.

È peraltro doverosa un'avvertenza finale. Tutto quanto detto non conduce necessariamente a ritenere lecito l'aiuto al suicidio prestato anche a favore di quest'ultima categoria di soggetti – uno scenario che, come più volte osservato, suscita avversione e timori anche nei fautori di posizioni liberali. Nonostante il riconoscimento generalizzato della possibilità di accertare l'esistenza di una autentica volontà di morire, è possibile che a questo punto subentrino opzioni regolatorie ispirate a interessi ed esigenze di tipo diverso, con l'effetto di restringere il novero di soggetti abilitati ad accedere a una lecita procedura di morte assistita.

È questo, come noto, lo stato attuale della disciplina italiana in materia di aiuto al suicidio, alla luce dei requisiti – di cui alle lett. a), b) e c) – che contribuiscono a delimitare l'area della non punibilità introdotta dalla Corte costituzionale.

Il problema successivo è dunque capire in base a quale *ratio* si legittimino tali requisiti. Conviene anticipare sin d'ora che l'analisi appena svolta si mostra utile anche sotto questo aspetto, consentendoci di escludere, nel prosieguo del lavoro, che tra le possibili giustificazioni dei limiti all'autodeterminazione consistenti nelle condizioni cliniche del paziente sia richiamata la finalità di salvaguardare l'autenticità del volere, la quale, come visto, dovrebbe trovare altrove le proprie garanzie.

3.1.2. La condizione di cui alla lett. c): la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.

In aggiunta alla presenza di una decisione di morire libera e consapevole, la liceità delle condotte di aiuto al suicidio è subordinata ad alcuni requisiti che

¹³⁴ A conclusioni analoghe, su presupposti (implicitamente) simili, sembra giungere BARTOLI R., *Le problematiche del fine vita*, cit., p. 21-22, laddove prospetta la possibilità che basandosi «sull'assistenza, sul supporto, sulla relazione» (concetti, si noti, di carattere sociale, e non scientifico) si configuri una procedura di controllo preventivo dell'autodeterminazione «che coinvolge anche il medico, ma non solo, quale che sia la situazione del soggetto, malato oppure non malato» (corsivo aggiunto).

attengono alla condizione medica della persona: una patologia irreversibile, sofferenze intollerabili e la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale.

Conviene muovere da quest'ultimo – il requisito di cui alla lett. c), secondo l'elencazione di cui all'ord. 207 –, che ha rappresentato il principale oggetto di critiche da parte dei commentatori.

Secondo le ricostruzioni più attente, l'origine di tale limite si può rinvenire nella strategia argomentativa adottata dalla Corte costituzionale per ritenere eccessivamente estesa, "sproporzionata", e dunque illegittima la precedente portata del divieto di aiuto al suicidio.

Una volta chiarita la necessità di bilanciare, da un lato, finalità di tutela della vita, specie delle persone più vulnerabili, e, dall'altro, istanze di autodeterminazione della persona circa tempi e modi della propria morte, alla Corte si poneva il problema di individuare un nuovo punto di equilibrio tra gli interessi in gioco.

La soluzione prescelta è passata attraverso un confronto con la disciplina di cui alla l. 219/2017 e con le fattispecie da essa regolate. A prescindere dall'inquadramento di tale tecnica – si basi o meno sull'individuazione di un *tertium comparationis*¹³⁵ –, alla base della decisione sta l'operatività di un canone di ragionevolezza¹³⁶.

Posto che, come noto, la l. 219 ha positivizzato il diritto del paziente di rifiutare e interrompere trattamenti sanitari, anche se necessari per la

¹³⁵ Così ci eravamo espressi, in sede di commento all'ord. 207/2018, in LAZZERI F., *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 191 ss.; nello stesso senso, incidentalmente, VALLINI A., *Morire è non essere visto*, cit., p. 814.

¹³⁶ Lo osserva, per tutti, FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile*, cit., p. 10, ritenendo che a tale conclusione debba giungersi anche a dispetto del mancato richiamo, da parte della sent. 242/2019, del parametro di cui all'art. 3 Cost., menzionato invece nell'ord. 207/2018 – omissione che invece altra parte della dottrina aveva valorizzato per delegittimare la prospettiva di una equiparazione tra rifiuto di cure e aiuto a morire (così, in particolare, il già citato CANESTRARI S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., p. 2164, nt. 11). In verità, non ci occupiamo qui della correttezza di tale equiparazione (che comunque riteniamo giustificabile: v. *infra*), ma ci limitiamo a rilevare che, in base a quanto risulta dalle motivazioni, questo è stato il (condivisibile) argomento impiegato dalla Corte costituzionale per ritenere "sproporzionata", in determinati casi, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, nonché la premessa per riportare la portata della propria decisione solo a un novero circoscritto di ipotesi attraverso la previsione del requisito di cui alla lett. c).

sopravvivenza, la logica¹³⁷ seguita dalla Corte costituzionale¹³⁸ è parsa essenzialmente la seguente: se ormai si ammette che, in base alla l. 219, un medico possa lecitamente tenere una condotta attiva per interrompere i trattamenti al fine di assecondare la richiesta del paziente che desidera morire, è irragionevole continuare a ritenere illecita – *nelle medesime situazioni* – una condotta di agevolazione che ha l'effetto di soddisfare il legittimo interesse del paziente ad accelerare il decorso letale¹³⁹.

Se quella regolata dalla l. 219 è la fattispecie di riferimento, essa si verifica ogniqualvolta la persona potrebbe determinarsi alla morte esercitando il diritto di rifiutare le cure, perché da queste dipende la sua sopravvivenza: si può spiegare così la previsione di un requisito come quello di cui alla lett. c)¹⁴⁰.

Una simile lettura porta con sé anche una certa ricostruzione del significato complessivo dell'intervento della Corte. Questa avrebbe finito per riconoscere (non un nuovo diritto, ma semplicemente) una «diversa modalità di attuazione»¹⁴¹ del diritto che il paziente già potrebbe esercitare chiedendo l'interruzione dei trattamenti salvavita.

3.1.2.1. Profili di irragionevolezza.

Tuttavia, tale assetto – imposto dalla previsione del requisito di cui alla lett. c) – è presto sembrato a molti censurabile, sia perché non condivisibile nel merito sia perché contraddittorio con alcune premesse accolte dalla stessa Corte

¹³⁷ Di un ragionamento «saldamente attestato sul piano logico», più assiologico, parla – pur escludendo di poter considerare la l. 219 un vero e proprio *tertium comparationis* – SEMINARA S., *L'art. 580 c.p.*, in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, p. 331.

¹³⁸ Il passaggio rilevante si ritrova in Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 9 del “considerato in diritto”.

¹³⁹ Avevano prospettato una soluzione di analogo tenore, in sede di commento all'ordinanza di rimessione, PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., p. 71, e BARTOLI R., *Ragionevolezza e offensività*, cit., p. 102.

¹⁴⁰ Questa interpretazione del ragionamento della Corte si è data in LAZZERI F., *La Corte costituzionale traccia la vita*, cit., p. 195. Rileva la connessione tra lett. c) e l. 219, al contempo fornendo – con posizione minoritaria (v. *infra*) – un giudizio positivo di tale requisito, EUSEBI L., *Il suicidio assistito*, cit., p. 196.

¹⁴¹ CUPELLI C., *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Cass. pen.*, 2/2019, p. 543.

costituzionale.

Tra gli interessi del paziente che, secondo le motivazioni dell'ord. 207, entrano nel giudizio di bilanciamento da cui dipende la legittimità della norma penale vi è anche l'aspirazione a terminare la propria vita prima di quanto avverrebbe in base al decorso della patologia; un interesse, quello alla "morte rapida", che la Corte, nella medesima ordinanza¹⁴², ha riconosciuto esplicitamente, mettendolo in collegamento con l'esigenza di rispettare il principio di dignità umana¹⁴³.

Rispetto a tale esigenza, si è osservato, il requisito di cui alla lett. c) rischia di rivelarsi a sua volta irragionevole.

Da un lato, esso consentirebbe l'accesso al suicidio assistito a persone la cui sopravvivenza già dipende da un aiuto esterno, e per le quali dunque è già disponibile una via per porre termine alla propria esistenza – con tempi tanto più brevi quanto più restrittiva è la nozione accolta di "trattamenti di sostegno vitale": ad esempio, in caso di supporto meccanico alla funzione cardio-circolatoria o respiratoria. In queste ipotesi, depenalizzare l'aiuto al suicidio significa in effetti non imporre alla persona un'unica modalità di congedarsi dalla vita, rispettando il pluralismo dei valori e delle convinzioni personali¹⁴⁴, ma rischia di presentare una ridotta utilità pratica.

Dall'altro lato, lo stesso requisito sembra destinato a rivelarsi un ostacolo insormontabile nei casi in cui, proprio perché la sopravvivenza non dipende da sostegni esterni, è più avvertita l'esigenza di un intervento di terzi che acceleri il decorso letale. Come riconosciuto dalla Corte costituzionale, il vero *vulnus* ai diritti del paziente si crea quando la morte si verifica «dopo un periodo di apprezzabile durata» – situazione che ordinariamente presuppone l'assenza di un trattamento di sostegno vitale e dunque una condizione *diversa* da quella prefigurata dal requisito di cui alla lett. c). In questo senso, attraverso la previsione di tale requisito la Corte contraddice le stesse premesse del proprio

¹⁴² Cfr. Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 9 del "considerato in diritto", con riferimento appunto all'ipotesi che «un processo più lento» sia reputato dal paziente contrario «alla propria visione della dignità nel morire».

¹⁴³ Osserva peraltro TRIPODINA C., *La "circoscritta area"*, cit., p. 222, come il riferimento a una lesione dell'idea soggettiva di dignità quale conseguenza di un decorso letale più lento sparisca nella sentenza.

¹⁴⁴ Cfr. DONINI M., *Libera nos a malo*, cit., p. 10.

ragionamento.

A livello empirico, in effetti, si riscontra un dato eloquente. Nelle ipotesi di aiuto a morire fin qui esaminate dalla giurisprudenza penale dopo la sentenza della Corte costituzionale, la richiesta proveniva da soggetti rispetto ai quali potrebbe essere messa in dubbio la configurabilità del requisito di cui alla lett. c): nel caso di Fabiano Antoniani, è stata la stessa Corte costituzionale – in modo quasi paradossale – a riconoscere che Antoniani *non* era «totalmente dipendente dal respiratore artificiale»¹⁴⁵, mentre nel caso di Davide Trentini i giudici di merito hanno comunque dovuto approfondire un particolare sforzo motivazionale per dimostrare la sussistenza del presupposto in questione, ricorrendo a un'interpretazione dichiaratamente estensiva o analogica (*v. infra*).

Questo riscontro lascia pensare che, nella prassi, le situazioni di effettiva dipendenza da sostegni vitali trovino tuttora soluzione nella interruzione dei trattamenti, accompagnata, per il breve tempo di vita residuo, da massicce somministrazioni di farmaci antalgici se non da una vera e propria sedazione profonda. È solo quando il paziente ha davanti a sé una lunga agonia (o meglio, percepita come troppo lunga), a cui non si può sottrarre neanche interrompendo le cure – perché non “di sostegno vitale” –, che chiede a terzi di intervenire per accelerare la morte¹⁴⁶.

D'altra parte, le ulteriori condizioni descritte dalle lett. a) e b) – la patologia irreversibile e la sofferenza intollerabile – sono comuni a una grande classe di pazienti che non necessariamente presentano il requisito di cui alla lett. c) e che pure più di tutti ambiscono a ottenere un aiuto a morire: tra questi spiccano i malati oncologici e le persone affette da malattie neurodegenerative varie¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Così Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 9 del “considerato in diritto”. Per una completa ricostruzione delle condizioni di salute di Antoniani, come accertate in sede di giudizio, si può rinviare ora alla sentenza della Corte d'assise di Milano del 23 dicembre 2019, in *Sist. pen.*, 6 febbraio 2020, con nota di CUPELLI C., *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperto*.

¹⁴⁶ La Corte costituzionale (ord. 207/2018, cit., § 9 del “considerato in diritto”) ha dato atto che Antoniani aveva richiesto l'assistenza al suicidio, «scartando la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale [...] proprio perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida».

¹⁴⁷ Rivelatore, ancora una volta, è lo sguardo all'esperienza olandese: come già visto, nel 2021 (in linea con i numeri già emersi negli anni precedenti), il 60% delle richieste di aiuto a morire proveniva da persone affette da patologia tumorale; assai meno numerosi, ma al secondo posto, i casi di malattie del sistema nervoso.

L'opinione andata affermandosi tra i commentatori e nel dibattito pubblico sottolinea l'irragionevolezza della esclusione di queste categorie di pazienti rispetto a coloro che, a parità di altre condizioni, si trovano a dipendere da trattamenti di sostegno vitale – una circostanza del tutto accidentale nella variabilità dei casi clinici¹⁴⁸.

Per quanto visto, poi, la ragionevolezza del requisito non potrebbe essere difesa ritenendo che esso sia un presupposto imprescindibile per l'accertamento di una libera e consapevole volontà di morire, dal momento che lo strumento di verifica – la procedura medicalizzata – prescinde dalla condizione clinica del malato¹⁴⁹.

Né sarebbe convincente argomentare che, in assenza del requisito di cui alla lett. c), il paziente sarebbe sempre in grado fisicamente di porre termine alla propria vita in totale autonomia, o comunque potrebbe attendere che la patologia degeneri fino a renderlo dipendente da trattamenti "salvavita" in senso stretto, momento in cui potrà richiedere l'interruzione o domandare un aiuto al suicidio, secondo la logica della decisione della Corte¹⁵⁰. Da un lato, come più volte osservato, la morte auto-procurata "in solitaria", anche laddove materialmente alla portata del singolo, non può considerarsi un'alternativa equivalente al suicidio medicalmente assistito; dall'altro, consentire alla persona di ottenere un aiuto da terzi solo quando la morte già potrebbe derivare dall'interruzione dei trattamenti fa riemergere tutte le criticità evidenziate, "costringendo" il paziente ad affrontare quella lenta agonia a cui invece lo si vorrebbe sottrarre.

¹⁴⁸ Si tratta di una convinzione ormai largamente diffusa in dottrina: FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile*, cit., p. 9, che giudica tale requisito «superfluo e irragionevole»; DONINI M., *Libera nos a malo*, cit., p. 15 ss., che bolla tale requisito «arbitrario»; VALLINI A., *Morire è non essere visto*, cit., p. 816, anche per una panoramica delle conseguenze, in termini di negazione di libertà e di dignità, cui conduce il limite dato dal requisito in questione.

¹⁴⁹ Il requisito di cui alla lett. c) trova invece giustificazione in funzione di verifica dell'autodeterminazione nella tesi di CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 196-197, secondo cui esso «permette alla Corte di escludere dall'oggetto della sentenza quelle malattie che si prestano ad un accertamento di estrema difficoltà in relazione alla capacità decisionale della persona malata». Su tale tesi e su alcune possibili obiezioni v. *supra*.

¹⁵⁰ Con tutta evidenza una «logica crudele», come nota VALLINI A., *Morire è non essere visto*, cit., p. 816.

3.1.2.2. Possibili letture correttive, tra interpretazione estensiva e analogia, e loro limiti.

Di fronte a queste condivisibili critiche mosse al requisito di cui alla lett. c), sono emersi due principali orientamenti.

Un primo indirizzo ritiene che la disparità di trattamento cui il requisito dà vita potrebbe e dovrebbe essere rimossa dal legislatore, qualora intervenisse per regolare la materia, e comunque, in caso di inerzia del Parlamento, sarebbe censurabile in un nuovo giudizio incidentale di legittimità costituzionale, da promuoversi individuando come parametro l'art. 3 Cost.¹⁵¹.

Un diverso orientamento ha invece concentrato l'attenzione sulla possibilità di ampliare in via interpretativa la portata del requisito in esame, così da includervi, già *de iure condito*, un numero maggiore di situazioni¹⁵².

Di questo filone è rappresentativa la sentenza pronunciata dalla Corte d'assise di Massa nel caso Trentini¹⁵³.

La Corte era chiamata a giudicare dell'aiuto al suicidio prestato dagli imputati – sotto forma di accompagnamento presso una clinica svizzera dove sarebbe avvenuto il decesso – a un paziente affetto da una patologia

¹⁵¹ Autorevolmente ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio*, cit., p. 8; Fiandaca G., *Fino a che punto è condivisibile*, cit., p. 9. Avevamo sostenuto questa prospettiva, che ci sembra tuttora la più convincente, già in sede di commento all'ord. 207/2018: cfr. LAZZERI F., *La Corte costituzionale traccia la vita*, in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 2014. Si oppone alla prospettiva di nuovi giudizi di costituzionalità EUSEBI L., *Il suicidio assistito*, cit., p. 196, sul presupposto che ciò imporrebbe «che la Corte smentisca l'intero impianto della sentenza in esame»: l'argomento è sottile, ma crediamo, come si cerca di dimostrare nel testo, che l'eliminazione del requisito di cui alla lett. c) sarebbe coerente con la finalità di tutela (oltre che della vita, anche) dei diritti fondamentali del paziente che la Corte ha inteso garantire con il proprio intervento; inoltre, ci sembra che i primi a trovare tale argomento non persuasivo sono proprio coloro i quali ritengono aiuto a morire e rifiuto di cure situazioni irriducibili, il che ne giustificherebbe anche (o quantomeno, non ne impedirebbe) un trattamento differenziato, con previsione di condizioni di liceità differenziate a seconda della fattispecie rilevante.

¹⁵² Prospetta tale strategia DONINI M., *Libera nos a malo*, cit., p. 18; avevamo ipotizzato una simile via per ridimensionare il peso del requisito della lett. c) in LAZZERI F., *La Corte costituzionale traccia la via*, cit., p. 199-200, anticipando però alcuni dei rilievi critici su cui v. *infra*. Al contrario, netto nell'escludere (anche) contro «letture estensive in sede applicativa» EUSEBI L., *Il suicidio assistito*, cit., p. 196.

¹⁵³ Il riferimento è a Corte ass. Massa, sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), Pres. est. De Mattia, imp. Cappato e Schett, in *Sist. pen.*, 14 settembre 2020, con nota di LAZZERI F., *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre DjFabò: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini*; in *Giur. pen. web*, 29 settembre 2020, con nota di MASSARO A., *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*.

irreversibile e straziato da dolori intollerabili, il quale però, a differenza di Antoniani, non era dipendente da un respiratore artificiale o da altri macchinari, cosicché, secondo una opinione diffusa, non avrebbe soddisfatto il requisito di cui alla lett. c).

Secondo i giudici di primo grado, tuttavia, la nozione di "trattamento di sostegno vitale" risulterebbe più ampia di quella da molti ipotizzata all'indomani della sentenza della Corte costituzionale.

Anzitutto, essa non sarebbe limitata ai casi di dipendenza da un supporto meccanico, ma comprenderebbe qualsiasi trattamento sanitario – anche «realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico» – in mancanza del quale si verificherebbe la morte del paziente «anche in maniera non rapida»: potrebbero senz'altro venire in rilievo, come nel caso di specie, la somministrazione di farmaci per il controllo della pressione e manovre manuali di evacuazione¹⁵⁴.

Già così si realizza dunque una significativa estensione delle fattispecie incluse nella non punibilità, dato che senza quei trattamenti un paziente potrebbe sopravvivere anche vari giorni.

Nondimeno, la Corte ha sostenuto una ulteriore dilatazione del requisito, prospettandone una interpretazione dalla stessa dichiaratamente presentata come analogica¹⁵⁵.

Secondo questa tesi, potrebbe affermarsi la liceità del fatto anche nelle situazioni di generica non autosufficienza, in cui il paziente necessita di assistenza continua di un altro soggetto nello svolgimento delle attività più elementari della vita biologica («l'alimentazione, i minimi indispensabili movimenti, la defecazione e la minzione»).

Sussiste infatti identità di *ratio* rispetto ai casi direttamente riconducibili al requisito di cui alla lett. c), data l'omogeneità delle situazioni sostanziali: l'incapacità della persona di attendere autonomamente a bisogni indispensabili per la sopravvivenza, e il pregiudizio che a questa deriverebbe, sia pure in tempi non brevi, in assenza di supporti esterni, «siano essi cose o persone». Trattandosi di una causa di giustificazione, d'altra parte, non potrebbe opporsi

¹⁵⁴ Cfr. Corte ass. Massa, cit., p. 30-31.

¹⁵⁵ Cfr. Corte ass. Massa, cit., p. 35-36.

il divieto di analogia *in malam partem*.

La sentenza della Corte d'assise fa emergere alcune questioni centrali attinenti al requisito in esame.

La ricostruzione proposta in motivazione è da ritenersi apprezzabile nella parte in cui, affermando che la nozione di "trattamento di sostegno vitale" non può essere limitata alle sole forme di dipendenza da macchinari, contribuisce a esplicitare un significato che appare, oltre che di immediato buon senso, del tutto compatibile con una interpretazione letterale del requisito previsto dalla Corte costituzionale. Viene così dissipato l'equivoco che poteva forse essere sorto per la centralità che nel giudizio di legittimità avevano assunto le circostanze del caso concreto, in cui il paziente necessitava appunto di un respiratore meccanico. Sarebbe stato d'altra parte assai più impegnativo sostenere una lettura di segno restrittivo, che non trova aggancio in nessun dato testuale o sistematico: anche considerando l'origine del requisito, come sopra individuata, si può notare che nei casi di rifiuto di cure salvavita già disciplinati dalla l. 219, su cui è stata modellata la nuova ipotesi di "non punibilità", né la giurisprudenza né il legislatore hanno mai concepito la possibilità di distinguere tra tipologie di trattamenti (non considerando le incertezze su nutrizione e idratazione artificiale, qui non pertinenti e peraltro ormai superate *per tabulas*).

Risulta invece fonte di rilevanti criticità la possibilità di ricorrere a una interpretazione analogica del requisito.

Anzitutto, a uno sguardo ravvicinato, non sembra che per un legittimo utilizzo del procedimento analogico sussistano i presupposti necessari.

È vero che qui si ragiona della possibilità di applicare una norma oltre i casi in essa compresi con effetti favorevoli per il reo, e che le scriminanti, in linea di principio, sono espressione di principi generali dell'ordinamento; tuttavia, ricorre pur sempre l'ulteriore limite che, secondo la teoria generale, si oppone all'interpretazione analogica, ossia la non intenzionalità della lacuna che si vuole colmare¹⁵⁶.

Può discutersi, non senza incertezze, della minore o maggiore ampiezza

¹⁵⁶ Cfr., per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giuffrè, 2020, p. 86.

della nozione di “trattamento di sostegno vitale”, ma alla luce delle motivazioni della Corte costituzionale e dell’origine del requisito in esame sembra di poter affermare senza timore di smentita che tale nozione è stata concepita per circoscrivere l’area della non punibilità a un contesto medico-sanitario ed entro un perimetro limitato¹⁵⁷.

In altre parole, è chiaro che la Corte costituzionale ha considerato specificamente alcune situazioni e altre ne ha, così, implicitamente ma volutamente escluse: a prescindere da dove si collochi il confine, tale scelta negativa non potrebbe essere superata per via di analogia.

È allora evidente che, allo stato, comunque non potrebbe arriversi ad ammettere illimitatamente l’aiuto a morire per il solo fatto che si riscontri un qualche “aiuto a vivere” (sia pure a fronte di malattie irreversibili e di sofferenze intollerabili), come invece sembra suggerire la Corte d’assise di Massa¹⁵⁸.

Un’operazione del genere è di per sé sconsigliabile, in considerazione dei delicati equilibri in gioco. Sembra scivoloso – per usare un termine non casuale – invocare un criterio di *eadem ratio* per spostare in via interpretativa i confini della punibilità nella materia del fine vita: sussistono in effetti molte buone ragioni a favore di una parificazione giuridica delle ipotesi di aiuto a morire (volendo, anche oltre le forme riconducibili all’art. 580), ma trattasi di operazione riservata al legislatore o alla Corte costituzionale, che non potrebbe certo essere realizzata in sede applicativa dal giudice ordinario.

D’altra parte, una volta innescato, il procedimento di estensione dell’ambito di applicazione del requisito sembra difficile da governare, rendendolo di fatto onnicomprensivo.

Ad esempio, con un rigido approccio condizionalistico, potrebbero ritenersi vitali tutti i trattamenti che non tengono in vita il paziente nel senso comune del termine, ma gli garantiscono una aspettativa di sopravvivenza

¹⁵⁷ Sull’esistenza, *de iure condito*, di un confine estremo del requisito in esame, entro cui non sembrano rientrare, anche all’esito di una interpretazione estensiva, molti dei casi “analoghi ma diversi” qui descritti, si veda M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., p. 18.

¹⁵⁸ Criticamente, paventando la possibilità che il requisito in esame «si riduc[a] a un generico bisogno di cose o persone per i propri bisogni quotidiani» osserva MASSARO A., *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale*, cit., p. 9-10, che «una cosa è una cosa è un paziente per il quale l’evacuazione manuale è il solo modo per evitare una ischemia e una perforazione intestinale, cosa diversa è necessitare di un deambulatore per spostarsi o di un aiuto per entrare nella doccia».

anche solo di poco più lunga rispetto a quella naturale. In base a questo criterio, dovrebbe ritenersi “vitale” anche la chemioterapia che, pur senza offrire reali speranze di cura, potrebbe dare al paziente oncologico alcuni mesi di vita in più.

Un simile esito apparirebbe probabilmente a molti ancora accettabile. Ma che dire se – portando alle estreme conseguenze l'impostazione promossa dalla Corte d'assise di Massa –, a integrare i presupposti per la liceità del fatto potesse essere una qualsiasi situazione di non autosufficienza (beninteso, insieme agli altri requisiti sostanziali), notoriamente frequente nella sempre crescente popolazione anziana del nostro Paese?

In conclusione, non è un rischio da sottovalutare che la strada dell'interpretazione estensiva e dell'analogia conduca, se realmente percorsa, a una sostanziale *interpretatio abrogans*¹⁵⁹ del requisito in esame, se non a vere e proprie interpretazioni *contra legem* – in entrambi i casi con la prospettiva concreta di soluzioni variabili a seconda della persona del giudicante¹⁶⁰.

3.1.2.3. La necessità di un trattamento in atto come ineliminabile vizio di fondo.

Le difficoltà emerse nel caso Trentini, che i giudici di merito hanno potuto risolvere con relativa facilità grazie ai connotati della vicenda concreta¹⁶¹, in un prossimo futuro potrebbero riproporsi con maggiore urgenza.

¹⁵⁹ In questo senso anche MASSARO A., *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale*, cit., p. 9.

¹⁶⁰ Pur assumendo una posizione fortemente critica verso l'eccessiva ristrettezza dell'area di non punibilità e riconoscendo la possibilità di ricorrere all'interpretazione estensiva e analogica per rimediare ai relativi profili di irragionevolezza, ravvisa con preoccupazione «un grave deficit di precisione, determinatezza e tassatività» nell'art. 580 c.p., come riscritto dalla Corte costituzionale, ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio*, cit., p. 8.

¹⁶¹ Va ora dato conto che, a seguito dell'appello interposto dalla Procura Generale, la sentenza della Corte d'assise di Massa è stata confermata dalla Corte d'assise d'appello di Genova (sent. 20 maggio 2021, in *Giur. pen. web*, 19 luglio 2021), la quale, senza soffermarsi sulla legittimità del ricorso all'interpretazione analogica, per ragioni probatorie ha ritenuto di non assegnare rilevanza al criterio della “incapacità di vita autonoma”, limitandosi semplicemente a rilevare come il requisito della “dipendenza da trattamenti di sostegno vitale”, potesse essere integrato dal fatto che Trentini era sottoposto a un trattamento farmacologico essenziale per la sua sopravvivenza.

I tentativi di superare l'ostacolo posto dal requisito di cui alla lett. c) dovranno allora scontrarsi non solo con le obiezioni appena evidenziate all'impiego dell'analogia, ma anche con un limite invalicabile: la circostanza che, per quanto la si dilati, ogni possibile interpretazione correttiva dovrà continuare a richiedere che il paziente sia sottoposto a una qualche forma di *trattamento*.

È questo, ad avviso di chi scrive¹⁶², il vizio di fondo che inficia la razionalità – e dunque la legittimità – del requisito di cui alla lett. c), e che si aggiunge a quelli sopra richiamati.

Rispetto alla necessità di bilanciare il diritto alla vita con la libertà di autodeterminazione e i bisogni concreti che vi stanno alla base, il requisito in esame pare privo di capacità selettiva¹⁶³.

Il diritto del paziente di scegliere la modalità medica (non il brutale suicidio in solitaria) per liberarsi dalle sofferenze, anche a costo di perdere la vita, nonché il diritto a sottrarsi a un decorso letale doloroso e lento, perciò ritenuto lesivo della propria idea di dignità, configurano posizioni soggettive ed esigenze di tutela del tutto insensibili alla circostanza che lo stesso paziente sia sottoposto o meno a un trattamento sanitario, quale che esso sia.

Né, d'altra parte, questa circostanza sembra incidere sul perseguimento delle finalità che giustificano la persistente legittimità dell'incriminazione dei fatti di aiuto al suicidio, ossia la tutela delle persone deboli e vulnerabili. La protezione dei più fragili dovrebbe passare attraverso un rigoroso accertamento della loro volontà, che non solo, come si è cercato di dimostrare, può essere realizzato nonostante (e non: grazie a) una condizione di salute eventualmente critica, ma che, a ben vedere, prescinde da una *effettiva* sottoposizione della persona a un trattamento sanitario, dato del tutto contingente.

Ciò che davvero sembra dirimente, nella prospettiva dei diritti fondamentali del paziente, è piuttosto la malattia – e la sofferenza che ne

¹⁶² Analoghe considerazioni, commentando l'ord. 207/2018, in LAZZERI F., *La Corte costituzionale traccia la via*, cit., p. 201 ss.

¹⁶³ La necessità di un trattamento vitale è per FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile*, cit., p. 9, «inidonea a fungere da *ratio distinguendi* di situazioni esistenziali che, in termini di comparazione valoriale, appaiono più simili che dissimili».

deriva¹⁶⁴ –, non il trattamento che essa riceve. Questo potrà semmai rilevare come indice della gravità o dello stadio di avanzamento della patologia, ma per il resto è da ritenersi «evenienza estrinseca e occasionale»¹⁶⁵.

D'altra parte, oggi esiste (ed esisteva già al tempo della prima decisione della Corte) un preciso dato normativo per ritenere irragionevole continuare a pretendere che il paziente sia sottoposto a un qualche trattamento. Si tratta, ancora una volta, della l. 219, che all'art. 1, comma 5, riconosce alla persona il diritto di rifiutare, sin dall'inizio, qualsiasi trattamento, anche di sostegno vitale (sia in senso stretto sia in senso lato), e persino la terapia del dolore.

Con il paradosso che, allo stato, per accedere al suicidio assistito, un paziente che avesse da sempre rifiutato qualsiasi cura sarebbe prima costretto a chiedere di essere sottoposto a un trattamento per poi, subito dopo, rinunciarvi¹⁶⁶.

Esistono persino ipotesi, come quelle riconducibili al divieto di accanimento terapeutico, in cui astenersi dal trattamento è *doveroso* per il medico, ai sensi della stessa l. 219¹⁶⁷. Ai sensi dell'art. 2 c. 2 ciò può darsi in casi di «imminenza di morte», ma anche di «prognosi infausta a breve termine»¹⁶⁸: anche i pazienti che versano in quest'ultima condizione – non diversamente da chi dipende da un trattamento di sostegno vitale, a seguire il ragionamento della Corte costituzionale – potrebbero avere interesse, per quanto prossimi alla morte, ad accelerare ulteriormente il decorso naturale: ma il requisito di cui alla lett. c), a rigore, impedirebbe loro di ricevere un lecito aiuto al suicidio perché non sono sottoposti a un trattamento che per definizione la legge stessa considera “inutile o sproporzionato”.

Ci sembra dunque che, una volta riconosciuti i limiti di una sua possibile

¹⁶⁴ Cfr. PALAZZO F., *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Politica del diritto*, 1/2020, p. 11, che riconosce nella sofferenza la «bussola che orienta in materia» di fine vita anche per chi si muove «in una prospettiva laica».

¹⁶⁵ FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile*, cit., p. 9.

¹⁶⁶ Un paradosso che sembra quasi speculare – ma non meno sconveniente – rispetto a quello giustamente sottolineato in passato dalla dottrina rispetto alla possibilità di legittimare solo il rifiuto e non anche l'interruzione delle cure già in corso: una disciplina che, al contrario di quella in esame, avrebbe avuto l'effetto di costringere il paziente a *non iniziare* mai alcun trattamento.

¹⁶⁷ Lo spunto per questo rilievo si deve a POGGI F., *Il caso Cappato: la Corte costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, p. 89.

¹⁶⁸ Sull'ambito di operatività del divieto di accanimento terapeutico si rinvia al Capitolo III.

correzione in via interpretativa, il requisito di cui alla lett. c) contrasti con l'art. 3 Cost.: sarebbe auspicabile che il legislatore provvedesse a eliminarlo in occasione di una futura regolamentazione della materia, ma nelle more potrebbe già essere superato attraverso la promozione di un nuovo giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

3.1.3. Le condizioni di cui alle lett. a) e b).

Si è appena visto come l'origine del requisito di cui alla lett. c) – la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale – sia da ricondurre, oltre che alle peculiarità della vicenda concreta oggetto di giudizio, alla tecnica argomentativa su cui la Corte costituzionale ha fatto leva per affermare la liceità, in determinati casi, dell'aiuto al suicidio.

Non è del tutto da scartare, però, l'ipotesi che tale condizione fosse anche destinata a svolgere, più o meno implicitamente, nella prospettiva della Corte, una precisa funzione nell'individuazione del corretto equilibrio tra tutela della vita e istanze di autodeterminazione.

Per comprendere questo aspetto, occorre prima esaminare le residue condizioni di cui alle lett. a) e b) – che esigono, rispettivamente, che la persona richiedente l'aiuto al suicidio sia affetta da una «patologia irreversibile» e patisca «sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili».

Va subito segnalato che, al pari degli altri requisiti, la Corte non li motiva né li approfondisce, e che anche la dottrina ha mostrato per essi un ridotto interesse¹⁶⁹, perlopiù limitandosi a prenderne atto, probabilmente in virtù di una loro generale e intuitiva condivisibilità (specie se contrapposta alla problematicità della lett. c), che ha invece polarizzato su di sé l'attenzione).

In realtà, una volta chiarito che i due requisiti in esame concorrono a limitare le possibilità di manifestazione dell'autodeterminazione individuale, fondando ma al tempo stesso circoscrivendo la non punibilità di fatti pure commessi in conformità a una decisione libera e consapevole dell'interessato,

¹⁶⁹ Segnala entrambi questi aspetti, in termini critici, POGGI F., *Il caso Cappato*, cit., p. 91.

diventa essenziale comprenderne la portata e, più a fondo, la *ratio*.

Si può giustificare, in nome della finalità di proteggere la vita delle persone vulnerabili, la perdurante incriminazione dell'aiuto al suicidio prestato a persone non sofferenti o affette da patologie curabili? In caso contrario, possono esistere altre giustificazioni legittime?

Ribadendo che la Corte costituzionale è rimasta silente sul punto, possiamo osservare che anche rispetto ai requisiti di cui alle lett. a) e b) vale l'avvertimento generale: è verosimile che la loro previsione sia legata all'approccio minimale seguito dalla Corte stessa nel tracciare i confini della non punibilità in stretta aderenza alle peculiarità del caso di specie.

Tuttavia, come accennato, una spiegazione del genere è solo parziale¹⁷⁰: da un lato, rischia di mettere in ombra il fatto che nessuno dei due requisiti, nella loro attuale configurazione, è di per sé "necessario", potendo darsi per ciascuno una pluralità di opzioni regolatorie tutte in astratto legittime; dall'altro, lascia impregiudicato il problema della loro funzione e dunque della loro giustificabilità alla luce dei principi in gioco.

Quanto al primo aspetto, bisogna distinguere tra i due requisiti.

3.1.3.1. L'irreversibilità della patologia (lett. a): rapporti con la lett. c) e possibili configurazioni alternative.

In base a un'immediata interpretazione letterale, la «patologia irreversibile» indicherebbe soltanto malattie per cui, secondo lo stato dell'arte medica, non c'è speranza di guarigione, mentre non sarebbe necessario, a rigore, che quella malattia sia anche potenzialmente letale (neppure, forse, che determini un peggioramento progressivo delle condizioni di salute della

¹⁷⁰ Sul punto, sebbene non ulteriormente sviluppate, sembrano cogliere nel segno le considerazioni di ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio*, cit., p. 7, nell'ambito di un discorso generale su *tutte* le condizioni sostanziali della "non punibilità". L'Autore osserva che «se non fosse per l'esclusiva considerazione delle condizioni in cui si trovava Fabiano Antoniani [...] non si comprenderebbe la restrittiva definizione» dell'area della liceità, stante «la totale mancanza di motivazione, da parte della Corte, della ragione giustificatrice di *ciascuna* delle condizioni da essa considerate», di cui non è dato riscontrare una «*necessità* o razionalità intrinseca»; subito dopo si aggiunge, a questo rilievo critico, la possibilità di rivolgere «diversi obiezioni attinenti alla *portata* di ciascuna» di tali condizioni (corsivi aggiunti).

persona); ugualmente irrilevante dovrebbe ritenersi l'aspettativa di vita più o meno limitata del paziente. In termini più pregnanti dal punto di vista tecnico, il requisito in esame si presta a ricomprendere forse le patologie *croniche*, senz'altro invalidanti ma non sempre letali, talora compatibili con la vita per un lasso di tempo di molti anni¹⁷¹; in base allo stadio attuale della ricerca, sarebbero incluse la gran parte delle malattie neurodegenerative e, si può ipotizzare, alcune forme incurabili di disordini psichiatrici, così come, all'estremo opposto, sindromi respiratori anche di ridotta entità (asma) o malattie autoimmuni di minore entità (celiachia).

Si tratta, allo stato, di mere ipotesi interpretative, per le quali non è dato rinvenire alcun elemento di segno positivo o contrario nelle motivazioni della Corte costituzionale.

Un indizio potrebbe forse essere tratto, proprio a questo proposito, dalla previsione del requisito di cui alla lett. c). Non può escludersi infatti che, attraverso quest'ultimo, la Corte abbia espresso l'esigenza di delimitare l'area di non punibilità ai soli pazienti ormai prossimi al decesso o, quantomeno, a quelli affetti da una malattia "a prognosi infausta", in grado di portare a un esito letale – un perimetro che appunto non sarebbe definito dal solo requisito di cui alla lett. a) di per sé considerato.

Una simile ricostruzione, per quanto plausibile¹⁷², si scontra con alcune criticità.

In primo luogo, occorre postulare un intento della Corte di cui non vi è traccia esplicita, ma che emergerebbe solo indirettamente dalla lettura globale dei requisiti previsti e dal complessivo atteggiamento di prudenza verso aperture alla liceità dell'aiuto a morire.

Mancano dunque solidi dati a supporto di questa interpretazione, pur sempre limitativa di una ipotesi di non punibilità e dunque potenziale fonte di

¹⁷¹ Un quadro assai vario – dai disturbi dell'udito al diabete, dalle allergie da pollini all'obesità, oltre naturalmente a patologie più gravi – è fornito dall'apposita sezione del sito dell'Istituto Superiore di Sanità dedicato alle malattie croniche: www.epicentro.iss.it/croniche.

¹⁷² Ad esempio CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 37, nell'esaminare rapidamente il requisito di cui alla lett. a) non si interroga tanto sul significato di "irreversibilità", ma – con uno spostamento di fuoco – segnala che la questione problematica «riguarda la definizione dello stato patologico come "terminale"», poco dopo aggiungendo che, subordinando l'aiuto al suicidio al requisito di cui alla lett. c), il paziente «entra necessariamente in una fase terminale dopo aver interrotto i trattamenti di sostegno vitale».

effetti *in malam partem*. Anzi, sul piano strettamente testuale, la Corte non sembra neppure esigere che la necessità di “trattamenti di sostegno vitale” dipenda dalla malattia di cui alla lett. a): i due requisiti sono solo accostati sul piano grammaticale dalla congiunzione «e», ma non vengono legati logicamente prefigurando una specifica relazione di causa-effetto, a differenza di quanto avviene invece per il rapporto tra sofferenze intollerabili e malattia irreversibile, che di questi viene designata espressamente come «fonte».

Soprattutto, poi, affidare al requisito di cui alla lett. c) la funzione di delimitare la portata della lett. a) potrebbe rivelarsi una soluzione precaria: una volta riconosciuto che il primo corre il serio rischio di essere eliminato, risulta evidente l'esigenza di attribuire alla nozione di “malattia irreversibile” un significato autonomo e una capacità selettiva autosufficiente.

La necessità di una chiara specificazione degli elementi che caratterizzano la condizione di salute del richiedente è del resto avvertita in tutti gli Stati che ammettono varie forme di eutanasia.

Emblematico, in questo senso, l'esempio della recente normativa spagnola in materia¹⁷³, avente matrice parlamentare. I presupposti sostanziali per l'accesso alla procedura di aiuto a morire sono individuati in una “sofferenza grave, cronica e invalidante” o, in alternativa, in una “malattia grave e incurabile”.

In entrambi i casi il legislatore non si è limitato a esigere l'irreversibilità della condizione da cui il paziente è affetto, ma ha richiesto anche che questa abbia un impatto oggettivo sulla qualità o quantità di vita della persona.

Da un lato, la “malattia grave e incurabile” che assume rilievo è definita espressamente come quella che, oltre ad essere irreversibile, condanna il paziente a una “aspettativa di vita limitata, in un contesto di fragilità progressiva”.

L'aiuto al suicidio è poi ammesso ove ricorra una “sofferenza grave, cronica e invalidante”: in tali ipotesi, pur sempre connotate dall'impossibilità di guarigione o miglioramento, diventa possibile prescindere anche da una

¹⁷³ Per una prima illustrazione dei contenuti della legge sia consentito il rinvio a LAZZERI F., *Dum Romae (non) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia attiva*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021; una più ampia analisi, anche di taglio storico, in TIGRINO A., *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, in *Leg. pen.*, 27 aprile 2021.

malattia a decorso letale, a condizione che il paziente si trovi a subire "limitazioni che incidono direttamente sulla sua autonomia fisica e sulle attività della vita quotidiana, così come sulla sua capacità di espressione e relazione".

Ciò che qui interessa rilevare è che in entrambi i casi l'esigenza di contenimento dell'area della liceità è assolta da sotto-requisiti ulteriori rispetto alla incurabilità della malattia (e alla intollerabilità delle sofferenze), consistenti rispettivamente nella prognosi infausta/letalità e nell'effetto invalidante; il tutto, si noti, senza necessità di supporre la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale (una situazione che il legislatore prende in considerazione come conseguenza solo eventuale delle patologie invalidanti).

Ciò non significa che i parametri così adottati siano del tutto esenti da criticità (quanto ridotta deve essere l'aspettativa di sopravvivenza del paziente? quando può dirsi che le limitazioni che il paziente incontra nell'attendere alle attività quotidiane superino una soglia minima di rilevanza e compromettano la sua autonomia?).

Nondimeno, le difficoltà di accertamento connesse a tali presupposti sembrano preferibili rispetto alle incongruenze che viziano il requisito di cui alla lett. c) – mettendo per il momento da parte il diverso problema della legittimità dello scopo attraverso di essi perseguito.

Al tempo stesso, le disposizioni richiamate della legge spagnola dimostrano come una regolamentazione adeguata del fenomeno, a partire dall'individuazione dei requisiti sostanziali per l'accesso all'aiuto a morire, richieda una serie di regole di dettaglio difficilmente compatibili con le tecniche di intervento di una corte dei diritti e invece bisognose della ponderazione dialettica appannaggio del legislatore parlamentare.

È auspicabile che anche in Italia, qualora si optasse per mantenere un'area di liceità pressappoco equivalente a quella individuata dalla Corte costituzionale, il Parlamento intervenisse per ri-descrivere il suo perimetro attraverso definizioni più analitiche di quelle vigenti e costruite sulla base di criteri più adatti a dare rilevanza alle effettive condizioni di salute del paziente.

A questo proposito, può essere interessante notare come criteri analoghi ai due sotto-requisiti presenti nella legislazione spagnola – la ridotta aspettativa di vita e la limitazione dell'autonomia del paziente – abbiano iniziato ad affiorare anche nella elaborazione giuridica nazionale.

Da un lato, l'interpretazione analogica del requisito di cui alla lett. c) proposta dalla Corte d'assise di Massa nel caso Trentini portava, in definitiva, a un risultato pratico non dissimile dal ritenere sufficiente, come oggi avviene in Spagna, che il paziente veda ormai irrimediabilmente compromessa la propria capacità di attendere in autonomia alle attività della vita quotidiana¹⁷⁴.

Dall'altro lato, in alcuni disegni di legge presentati negli ultimi anni in Parlamento¹⁷⁵, il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale viene sostituito dalla condizione per cui la patologia da cui il richiedente è affetto, oltre a essere irreversibile e fonte di sofferenza intollerabile, deve avere prognosi infausta oppure addirittura rendere prevedibile che il decesso si verifichi entro un certo termine, solitamente quantificato in alcuni mesi¹⁷⁶.

Il testo più recente oggetto di convergenza delle forze politiche offre sul punto una soluzione distonica rispetto alla prospettiva qui sostenuta, oltre che connotata da alcune contraddizioni.

Infatti, il progetto di legge¹⁷⁷ contempla ora, quale requisito aggiuntivo, una malattia a «prognosi infausta» e non solo irreversibile, ma:

– prevede che tale requisito ricorra congiuntamente alla dipendenza da

¹⁷⁴ Deve tuttavia sottolinearsi – in attesa di osservare come la norma sarà interpretata nella prassi – che, per le espressioni utilizzate e per il tenore generale della disposizione, i presupposti indicati dal legislatore spagnolo depongono nel senso della necessità di dimostrare che la mancanza di “auto-sufficienza” del paziente raggiunga un livello apprezzabile di “gravità”: il che dovrebbe scongiurare il rischio di un allentamento di tale limite nei termini estremi prefigurabili in base alla lettura data dal requisito di cui alla lett. c) dalla sentenza della Corte d'assise di Massa (v. *supra*).

¹⁷⁵ Assai numerose le proposte di legge presentate negli anni in Parlamento, con un ritmo che è andato intensificandosi significativamente – sia pure senza giungere ad approdi definitivi – dopo l'ordinanza della Corte costituzionale. Alla luce di quest'ultima, sulle proposte di legge A.C. 2 (di iniziativa popolare) e A.C. 1586 (di iniziativa dell'on. Cecconi) cfr. CUPELLI C., *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2019. Nel momento in cui si scrive, lo stato della legiferazione in materia è rappresentato dall'approvazione, da parte della Camera, il 10 marzo 2022, di un testo unificato risultato dalla convergenza politica su elementi condivisi dei progetti di legge C. 1418 (Zan), C. 1586 (Cecconi), C. 1655 (Rostan), C. 1875 (Sarli), C. 1888 (Pagano), C. 2982 (Sportiello) e C. 3101 (Trizzino), intitolato «*Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*». Dal 16 marzo 2022 il testo – registrato come A.S. 2553 – è all'esame congiunto delle Commissioni riunite Giustizia e Igiene e sanità del Senato.

¹⁷⁶ Cfr., ad esempio, il comma 1 lett. f) di un art. 4-bis che la proposta di legge C. 1655 (Rostan) mirava a introdurre nella l. 219, ove si richiedeva che il paziente fosse affetto da «una malattia produttiva di gravi sofferenze, inguaribile o con prognosi infausta inferiore a diciotto mesi». La condizione che la morte sia «*reasonably foreseeable*», pur senza l'indicazione di un termine, è richiesta, ad esempio, dalla legislazione canadese (cfr. art. 241.2, par. 2, lett. d), del codice penale, come modificato nel 2016, reperibile, in lingua francese e inglese, sul portale governativo online *Justice Laws Website*

¹⁷⁷ Cfr. A.S. 2553, cit., art. 3, comma 2, lett. a) e b).

trattamenti di sostegno vitale (finendo per rappresentare, nel migliore dei casi, una duplicazione di quest'ultimo presupposto, e nel peggiore una ulteriore restrizione dell'area di liceità¹⁷⁸);

– ferma restando la necessità della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, il presupposto della malattia «irreversibile e con prognosi infausta» è previsto come *alternativo* rispetto all'essere portatore di una «condizione clinica irreversibile», senza ulteriori specificazioni qualitative o quantitative (così mettendo l'interprete di fronte all'alternativa se ritenere questo presupposto di portata generale, rendendo del tutto superfluo il limite della “prognosi infausta” e appiattendo di fatto la nuova disciplina sui requisiti già previsti dalla Corte, oppure se avventurarsi in speciosi e poco promettenti tentativi di distinguo tra “patologia” e “condizione clinica”).

Sembra dunque che il testo della proposta di legge in esame rappresenti una *doppia* occasione persa, sia rispetto alla necessità di far cadere il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, sia rispetto all'opportunità di chiarire meglio le caratteristiche della patologia che legittima a richiedere l'aiuto a morire.

3.1.3.2. L'intollerabilità delle sofferenze (lett. b): tra dimensione oggettiva e soggettiva.

A differenza di quanto appena visto per la lett. a), la formula impiegata dalla Corte costituzionale per definire il requisito *sub* b) è assai più chiara e precisa: sembra difficile nutrire dubbi su quale, tra le varie opzioni astrattamente possibili, abbia finito per prevalere.

Due sono i tratti salienti che caratterizzano la portata del requisito in esame.

In primo luogo, l'uso della congiunzione disgiuntiva «o» autorizza a ritenere che sia stata data rilevanza non solo alle sofferenze «fisiche», ma anche

¹⁷⁸ Lo osserva LIBERALI B., *Un'occasione “storica” per la Corte costituzionale (fra giudizio di ammissibilità del referendum sull'omicidio del consenziente e iniziativa legislativa sul suicidio assistito)*, in D'Amico M. – Liberali B., *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, numero monografico della *Rivista del Gruppo di Pisa*, 25 gennaio 2022, p. 22.

alle sofferenze «psicologiche»: il rapporto di alternatività che emergere sul piano grammaticale fa sì che l'aiuto al suicidio sarebbe da considerarsi lecito anche laddove ricorressero esclusivamente sofferenze del secondo tipo, in totale assenza di dolore fisico.

È verosimile ritenere che l'accertamento dell'esistenza di sofferenze psicologiche sia caratterizzato da difficoltà e incertezze. Nondimeno, merita notare che anche per questo requisito – nelle sue due possibili forme – la Corte costituzionale ha avallato espressamente la possibilità di una verifica da parte del medico, nel contesto della procedura di cui alla l. 219.

Ciò naturalmente potrà rendere necessario il ricorso a competenze e professionalità specialistiche diverse da quelle del medico che ha preso in carico il paziente: del resto la stessa l. 219 stabilisce che, al momento della scelta, al paziente siano messi a disposizione anche «servizi di assistenza psicologica», che con tutta evidenza potrebbero svolgere un ruolo non solo di supporto, ma anche di valutazione.

Ad ogni modo, ci sembra che il rilievo attribuito alle sofferenze psicologiche e la contestuale previsione di un loro accertamento in sede medica siano elementi in grado di avvalorare quanto sopra sostenuto circa l'astratta idoneità della procedura medicalizzata individuata dalla Corte quale strumento di verifica della volontà di morire proveniente anche da persone non affette da patologie organiche, le cui scelte risentono di una dominante componente "psicologica" anziché "fisica"¹⁷⁹.

Occorre segnalare che l'avversione per l'effetto espansivo dell'area della liceità derivante dalla considerazione per qualsiasi forma di sofferenza è probabilmente alla base di alcune proposte di legge – tra cui il testo unificato di recente approvato dalla Camera – che nell'intento di regolare la materia mirano a escludere la rilevanza delle sofferenze psicologiche o a richiedere che ricorrano congiuntamente (e non più in alternativa) ai dolori fisici¹⁸⁰. Una soluzione normativa restrittiva rispetto a quanto previsto dalla Corte

¹⁷⁹ La portata di tale autonomo requisito è «s drammatizzata», secondo CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 38, ancora una volta dalla «concomitante presenza del requisito *sub c)*», che a fronte di (temute) dilatazioni dell'area della non punibilità finisce per ricondurre il fatto entro la più oggettiva dimensione corporea, consentendo esso stesso – come già detto più volte – la verifica della volontà del richiedente.

¹⁸⁰ Cfr. A.S. 2553, cit., art. 3, comma 2, lett. a).

costituzionale, sulla cui legittimità può sin d'ora nutrirsi più di un sospetto per l'irrelevanza cui condanna sofferenze (o meglio, sofferenti) esclusivamente di un tipo o dell'altro¹⁸¹.

Dalla formulazione del requisito di cui alla b) si ricava poi una seconda indicazione, che pare cruciale nel contribuire a fissare l'equilibrio di interessi che caratterizza la disciplina vigente in materia.

Si richiede infatti che la persona sia affetta da sofferenze (dei generi di cui si è detto) «che ella reputa intollerabili».

Sebbene la Corte non si soffermi sul punto, tale locuzione fornisce un'indicazione inequivocabile. Il criterio di valutazione da cui dipende la sussistenza del requisito in esame è di matrice esclusivamente soggettiva: non viene fissato alcuno standard o soglia di carattere oggettivo, né si ammette che un terzo possa sostituirsi all'interessato nel giudizio di "tollerabilità".

Alla luce di questa componente, il requisito *sub b)*, per quanto volto a dare rilievo a fattori diversi dalla volontà dell'individuo, è connotato da un netto *focus* personalistico. Un limite eteronomo può forse ravvisarsi nella previsione, quale presupposto della liceità, di una condizione di "sofferenza", che limita a uno in particolare i motivi che possono giustificare la scelta di morire e che, come visto, si ipotizza suscettibile di accertamento esterno; ma ove ricorra tale condizione (o, meglio, ove tale condizione sia in grado di esteriorizzarsi in modo sufficientemente apprezzabile), il bilanciamento tra valori in gioco non è più definito attraverso sbarramenti predeterminati, ma viene nuovamente affidato all'autonomia del singolo, che esprimerà la *propria* preferenza per la vita o per la morte colorando in chiave soggettiva il criterio della tollerabilità della sofferenza.

Va segnalato che anche *in parte qua* il requisito di cui alla lett. b) non ha trovato sempre fedele corrispondenza nelle proposte di legge in materia, in cui è dato rintracciare formulazioni ambigue, a rischio di offrire sponde anche a letture oggettivistiche ed eteronome, magari anche contro l'intento dei

¹⁸¹ Evidenzia profili di irragionevole disparità di trattamento LIBERALI B., *Un'occasione "storica" per la Corte costituzionale*, cit., in D'Amico M. – Liberali B., *Il referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., p. 22-23.

proponenti (come quando si richiedono sofferenze «gravi»¹⁸² o «intollerabili»¹⁸³ senza ulteriori specificazioni circa il soggetto preposto a tali valutazioni). Però, su questo versante, è senz'altro meritevole di approvazione la direzione intrapresa dal testo unificato, ove invece si precisa, in linea anche con quanto previsto dal legislatore spagnolo, che intollerabili devono ritenersi quelle sofferenze che «la persona stessa»¹⁸⁴ giudica tali.

3.2. *Quale giustificazione per gli attuali limiti di liceità dell'aiuto al suicidio?*

Dopo aver tentato di chiarire la portata dei requisiti sostanziali che delineano oggi l'area di liceità dell'aiuto al suicidio, occorre affrontare le questioni concernenti le ragioni che fondano (o piuttosto, che sono in grado di fondare) la loro formulazione nei termini vigenti e la loro coerenza con i valori costituzionali e convenzionali in gioco.

Punto di partenza di queste riflessioni è sempre la constatazione per cui la Corte costituzionale motiva solo parzialmente la previsione dei requisiti di cui alle lett. a) e b) e c), sollecitando profondi interrogativi sulla loro necessità e opportunità¹⁸⁵.

Già si è detto, in realtà, dell'origine della condizione *sub c)*, e si è anche cercato di sostenere che essa è priva di giustificazione, sia in rapporto alle istanze di autodeterminazione che alla finalità di tutela della vita.

È ora il momento di interrogarsi sulle due condizioni residue, tenendo

¹⁸² Cfr. A.C. 2982 (Sportiello), art. 8, comma 2, lett. b), nell'ambito della disciplina dell'esclusione di punibilità per i fatti di cui all'art. 580 c.p.

¹⁸³ Cfr. A.C. 1888 (Pagano), art. 1, nella previsione di un nuovo comma da aggiungere all'art. 580 c.p.

¹⁸⁴ Cfr. A.S. 2553, art. 3, c. 2, lett. a).

¹⁸⁵ Si vedano, per tutti, le domande – non meramente retoriche, ma in cerca di autentiche spiegazioni – di ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio*, cit., p. 7-8: «Occorrerebbe aver risposta alla domanda che chiede perché il richiedente aiuto al suicidio debba soffrire attualmente di pene intollerabili e non invece temerle come inevitabile conseguenza della sua malattia e volerle evitare. E dire perché tale persona debba essere attualmente tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale e, prima di tutto, definire quali essi siano. Una persona può rifiutare tali trattamenti: dovrebbe accettarli per poi chiedere aiuto al suicidio? E perché escludere in radice il caso di chi non sia malato [...], né sia fisicamente impedito a suicidarsi, ma voglia evitare mezzi traumatici ed anche insicuri rispetto all'esito [...]?».

conto però anche di eventuali modifiche alle stesse – in particolare alla lett. a) – funzionali a dare voce a quei possibili scopi di regolazione che, come visto, si può ipotizzare siano espressi in modo non coerente tramite il requisito di cui alla lett. c).

3.2.1. Le differenze rispetto agli spazi di libertà riconosciuti nelle fattispecie regolate dalla l. 219/2017.

A questo fine, può essere rivelatore il confronto con le situazioni che rientrano nella disciplina di cui alla l. 219/2017.

Abbiamo visto che l'incostituzionalità del divieto assoluto di aiuto al suicidio è stata motivata con l'irragionevolezza della disparità di trattamento che si verrebbe a creare con le ipotesi in cui il paziente già potrebbe ottenere la morte rifiutando trattamenti di sostegno vitale.

Di qui la previsione del requisito di cui alla lett. c), che però – anche se riguardato in quest'ottica – porta con sé due criticità.

Da un lato, la situazione prefigurata dalla Corte attraverso tale condizione non coincide con l'insieme dei casi regolati dalla l. 219, se ciò che è richiesto è che il paziente sia *effettivamente* sottoposto a un trattamento di sostegno vitale, mentre ai sensi della l. 219 la persona può lasciarsi morire anche rifiutandosi di iniziare il trattamento. Questa discrepanza sembra in effetti inspiegabile e, a tacer d'altro, conduce di per sé a ritenere viziato da irragionevolezza il requisito di cui alla lett. c) nella sua attuale formulazione¹⁸⁶. Per ravvisare una analogia con le fattispecie disciplinate dalla l. 219 sarebbe necessario (ma anche sufficiente) richiedere che, a prescindere dai trattamenti, la patologia sia in grado di condurre al decesso (tramite i criteri, sopra esaminati, della "letalità" o della "prognosi infausta": v. *supra*).

Dall'altro lato, anche a trascurare questa incongruenza di fondo, il parallelismo instaurato dalla Corte non sarebbe comunque perfetto. Anche

¹⁸⁶ Individua quale motivo di patente irragionevolezza del requisito di cui alla lett. c) l'effetto di «esclusione dei casi in cui il paziente rifiuti *ab initio* il trattamento» POGGI F., *Il caso Cappato*, cit., p. 11.

laddove ci si accontentasse di confinare la “non punibilità” unicamente ai casi in cui la sopravvivenza del paziente richiede un sostegno esterno, stando al ragionamento *esplicito* della Corte questa sola circostanza dovrebbe poter fondare la liceità dell'aiuto al suicidio, perché questa circostanza è sufficiente per mantenere la simmetria con la l. 219. In altri termini, la lett. c), al netto di alcuni adattamenti, dovrebbe semmai descrivere un'ipotesi autonoma di “non punibilità”.

Invece, la simmetria è rotta dalla previsione delle lett. a) e b), che esprimono requisiti la cui presenza non è affatto necessaria perché il paziente possa esercitare il proprio diritto di lasciarsi morire¹⁸⁷.

Si è visto infatti ai sensi della l. 219 il paziente può ottenere la morte rifiutando cure salvavita a prescindere da (i) condizione di salute, (ii) probabilità di guarigione e (iii) motivazioni alla base della sua scelta.

Al contrario, i requisiti stabiliti dalla Corte costituzionale limitano la liceità del fatto sotto il profilo (ii) – dove rilevano solo determinate ipotesi di patologie: quelle inguaribili (lett. a) – e sotto il profilo (iii) – dove rileva solo un determinato movente: liberarsi delle sofferenze (lett. b). A rigore, un limite ulteriore sarebbe stato introdotto sotto il profilo (i), ma per semplicità ipotizziamo che il requisito (irragionevole) della effettiva dipendenza da trattamenti di sostegno vitale possa interpretarsi come necessità che la malattia da cui il paziente affetto sia di per sé in grado di portare al decesso, rimandando per il resto alle considerazioni già svolte a proposito della lett. c).

Come si spiegano queste differenze? Come si possono giustificare, in particolare, i requisiti di cui alle lett. a) e b)?

La risposta a prima vista più convincente che si può rinvenire tra le pieghe delle motivazioni della Corte costituzionale chiama in causa la natura del diritto del singolo che – secondo la Corte stessa – entra in bilanciamento con la finalità di tutela della vita.

¹⁸⁷ Rileva POGGI F., *Il caso Cappato*, cit., p. 11, che se termine di riferimento per la Corte costituzionale è stato il «bilanciamento operato dalla legge n. 219, allora i requisiti a) e b) sono quantomeno da giustificare, perché la legge non richiede tali requisiti per sospendere o non iniziare un trattamento salva-vita» (corsivo aggiunto).

3.2.2. I modelli di giustificazione fondati sulla fisionomia del diritto fatto valere dall'interessato.

3.2.2.1. La richiesta di aiuto a morire come esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica. Critiche.

Come accennato, per quanto sensibile alla dimensione convenzionale, la Corte non si spinge a riconoscere al paziente che richiede l'aiuto al suicidio un «generico» diritto all'autodeterminazione individuale, corrispondente al diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 Cedu: è stata anzi assorbita la questione sollevata con riferimento, tra gli altri, a quest'ultimo parametro.

A fondamento della declaratoria di illegittimità viene posta una più specifica e circoscritta «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze», i cui referenti costituzionali sono stati individuati negli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.

Numerosi sono stati i tentativi della dottrina di inquadrare tale posizione soggettiva, ora sostenendone la riconducibilità a paradigmi già conosciuti dall'ordinamento, ora ipotizzando (nuovi) diritti con veste autonoma.

Limitandoci alle ricostruzioni più pertinenti ai nostri fini, conviene segnalare che una prima tesi, valorizzando alcune affermazioni espresse contenute nelle motivazioni – tra cui quella poco sopra citata, oltre alla tecnica argomentativa impiegata dalla Corte nel richiamare la l. 219 – è incline a concepire il diritto del malato come un aspetto ulteriore del più noto diritto di autodeterminazione terapeutica. Si tratterebbe di una nuova modalità di esercizio del diritto che già si manifesta sotto forma di facoltà di rifiutare le cure e di pretesa a essere aiutato “nel morire” mediante tecniche di sedazione profonda¹⁸⁸.

¹⁸⁸ In questo senso, chiaramente e per primo, CUPELLI C., *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 83 ss., spec. 86-87, il quale fonda la nuova «modalità di esecuzione» del diritto di autodeterminazione terapeutica su esigenze di tutela della dignità umana, che appunto combinandosi con il diritto di lasciarsi

La tesi pare condivisibile per il tentativo di ricondurre a un fondamento unitario l'aspirazione della persona a ottenere la morte, a prescindere dalle diverse modalità con cui questo obiettivo comune può essere raggiunto (variabili in base alle condizioni di salute e ai desideri del singolo, non necessariamente rilevanti sul piano giuridico). Sul piano più strettamente retorico, poi, può apprezzarsi la scelta della Corte di evocare una categoria ormai "classica" – la libertà di autodeterminazione terapeutica –, rispetto alla quale l'interprete e la cultura giuridica nazionale possono senz'altro vantare maggiore familiarità.

Tuttavia, in senso critico si è osservato che così opinando il principio di autodeterminazione in materia sanitaria verrebbe sottoposto a una torsione eccessiva, dal momento che, anche a voler accogliere una nozione soggettiva di salute, sarebbe difficile concepire la morte come uno strumento terapeutico per il solo fatto che essa determina la liberazione dalle sofferenze¹⁸⁹.

C'è poi un'ulteriore ragione, crediamo, per cui questa impostazione non risulta condivisibile. La prevalenza della libertà di autodeterminazione terapeutica sul diritto alla vita viene tradizionalmente giustificata attraverso principi che non sono immediatamente trasponibili nei casi che ci interessano. È noto che per le ipotesi di rifiuto di cure la liceità del fatto viene affermata ravvisando negli artt. 13 e 32, secondo comma, Cost. un diritto della persona a non subire ingerenze indesiderate nella propria sfera fisica, diritto dal cui esercizio – sotto forma di opposizione all'intervento medico salvavita – deriva *indirettamente* la morte: ma è evidente che questo ragionamento non può essere replicato *sic et simpliciter* per le ipotesi di aiuto al suicidio, connotate dalla pretesa a un intervento esterno diretto ad accelerare la morte rispetto al decorso naturale. Per ricondurre l'aspirazione all'aiuto a morire al medesimo

morire dà vita una figura generale: «non tanto un *diritto a morire con dignità*, quanto piuttosto un *diritto alla piena dignità anche nel morire*» (corsivi nel testo).

¹⁸⁹ Già a seguito dell'ord. 207/2018 aveva espresso forti riserve, da una posizione di particolare sensibilità verso la dimensione costituzionale del diritto alla salute, MORANA D., *L'ordinanza n. 207/2018*, cit., in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 238 ss., ove si esclude che la pretesa a morire più rapidamente del decorso naturale possa trovare copertura nell'art. 32 Cost. «in relazione sia al profilo della libertà di cura sia a quello della pretesa a ricevere prestazioni per la tutela della salute», principalmente per la irriducibilità dei concetti di "vita" e "salute" (per quanto quest'ultima venga concepita in senso lato e «dinamico»), da cui l'impossibilità di attribuire carattere "terapeutico" – come invece sembra fare la Corte costituzionale – ad azioni volte a determinare la morte del paziente.

fondamento costituzionale sarebbe dunque stata necessaria una ben più approfondita rivisitazione della lettura consolidata dei principi in questione, se non l'elaborazione (o l'ammissione dell'esistenza) di un diritto del tutto nuovo¹⁹⁰.

Parlare di sola autodeterminazione nella scelta delle terapie, d'altra parte, continua a non spiegare perché quella che, in ipotesi, è la medesima posizione sostanziale dovrebbe incontrare limiti diversi a seconda che sia esercitata sotto forma di rifiuto di cure o di richiesta di aiuto a morire.

3.2.2.2. La richiesta di aiuto a morire come esercizio del diritto a non soffrire e/o come manifestazione della dignità umana. Critiche.

Una diversa impostazione valorizza invece il ruolo chiave della sofferenza come presupposto in grado di legittimare, in aggiunta al volere del paziente, il sacrificio della vita tramite l'intervento di terzi.

In effetti, anche chi muove da una prospettiva maggiormente ancorata a posizioni indisponibiliste riconosce che una condizione così insopportabile come quella del paziente costretto a patire dolori continui e strazianti alteri il bilanciamento di interessi in forza del quale il legislatore punisce le condotte di aiuto al suicidio, legittimando l'arretramento della sanzione penale¹⁹¹.

¹⁹⁰ In quest'ottica potrebbe rivelarsi proficua la strada tracciata dalla proposta interpretativa di DONINI M., *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 121 ss., poi sviluppata, all'indomani della sent. 242/2019, in ID., *Libera nos a malo*, cit., p. 4 ss. L'Autore ritiene che, al di là della cautela terminologica che caratterizza le motivazioni, il ragionamento della Corte implichi che rifiuto di trattamenti, cure palliative e aiuto al suicidio siano tre forme attraverso cui si esprime un'unica posizione sostanziale, da individuarsi, più che nel diritto di ottenere la liberazione da dolori insopportabili – a cui in effetti solo con qualche forzatura è riconducibile l'aiuto a morire –, nel riconoscimento di veste giuridica al «fine di morire» del paziente. Un vero e proprio «diritto di morire», per l'appunto, ancora latente ma di cui affiorano innegabili manifestazioni: solo postulando questa figura, infatti, si potrebbe spiegare l'equiparazione di fattispecie che altrimenti non condividono una *eadem ratio*. Pur sottolineando a più riprese l'esistenza di tratti fenomenologici e teorici distintivi delle varie condotte in cui si estrinsecano le scelte di fine vita (suicidio, rifiuto dei trattamenti, suicidio assistito ed eutanasia volontaria), allude alla possibilità che tutte siano considerate come *species* di un unico *genus*, da individuarsi nella «rinuncia volontaria alla vita» FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 135; nel corso dell'opera, poi, l'Autore ricostruisce tale rinuncia come una modalità di esercizio del diritto di vivere nella sua dimensione negativa («diritto di non vivere»).

¹⁹¹ Il riferimento è anzitutto a DE FRANCESCO G., *Il suicidio assistito*, cit., p. 6, secondo cui la sofferenza estrema rende intollerabile per il singolo la prosecuzione del rapporto interpersonale

Anzi, talora il requisito della sofferenza viene considerato consonante con approcci di tipo più spiccatamente solidaristico, sul presupposto che rappresenterebbe un argine a ulteriori e in ipotesi incontrollate dilatazioni della libertà di autodeterminazione in materia di fine vita¹⁹².

In un'ottica più generale, è stata avanzata persino l'ipotesi, allo stato embrionale nelle elaborazioni della dottrina, che le decisioni della Corte rappresenterebbero l'emersione di un autentico *diritto* «a non subire più sofferenze percepite come intollerabili»¹⁹³.

Tuttavia, individuare la liberazione dalle sofferenze quale nucleo essenziale del diritto fatto valere dal malato che chiede l'aiuto al suicidio sconta l'obiezione per cui a un simile risultato potrebbe pervenirsi tramite apposite tecniche mediche, quali la sedazione profonda, senza necessità di intervenire per accelerare la morte¹⁹⁴.

Eppure – in un passaggio quantomai eloquente, non presente nell'ordinanza ma aggiunto nella sentenza – è la Corte stessa a rivelare come la

alla cui conservazione è di regola preordinata l'incriminazione dell'aiuto a morire. Un ragionamento simile è quello svolto da PADOVANI T., *Il referendum*, cit., p. 1563, che alla luce del ruolo centrale della sofferenza ritiene di poter attribuire alla "non punibilità" introdotta dalla Corte la natura di un «limite scusante», posto che in situazioni del genere anche il tradizionale "dovere di vivere" di cui l'ordinamento in via ordinaria chiede l'adempimento diventerebbe «inesigibile». Pur attestandosi su posizioni ideologiche distanti da quelle di Padovani, ricostruisce in termini analoghi il senso dell'intervento della Corte ROMANO M., *Istigazione o aiuto al suicidio*, cit., p. 1806, secondo cui l'esonero da responsabilità – parimenti qualificato come scusante – deriva dal carattere "eccessivo" della sanzione penale «in situazioni estreme, quando ogni prospettiva di rimedi o cure sia ormai tramontata, ma persistano indicibili sofferenze fisiche o psichiche».

¹⁹² In questo senso esplicitamente PALAZZO F., *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, cit., p. 11: «Posto che sarebbe verosimilmente contrario alla Costituzione il riconoscimento di una incondizionata libertà di autodeterminazione delle proprie scelte di vita e di morte, l'orizzonte di quella libertà è segnato in modo pregnante dalla malattia e dalla *sofferenza*» (corsivo nel testo).

¹⁹³ Così FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile*, cit., p. 15-16, il quale tuttavia si interroga se gli sforzi per elaborare a livello teorico un nuovo diritto non si traducano in una «esercitazione accademica». Tale rilievo sembra senz'altro condivisibile nella misura in cui pone l'accento, dal punto di vista applicativo, sulla priorità dell'esigenza di assicurare garanzie e tutele effettive all'interesse del paziente a morire (un tema la cui centralità abbiamo cercato di mettere in luce nel Capitolo I, con riferimento alla disciplina del diritto di rifiutare i trattamenti salvavita). Tuttavia, in questa parte del lavoro ci sembra che individuare un fondamento teorico «pertinente e puntuale» (per usare le parole dell'Autore) della pretesa all'aiuto a morire abbia grande importanza per il suo stretto legame con le condizioni sostanziali che rendono lecita l'attuazione di tale pretesa, e di conseguenza per valutare la coerenza della regolamentazione tracciata dalla Corte, come di quella, futura, cui provvederà il legislatore.

¹⁹⁴ Per questo condivisibile rilievo cfr. GIUNTA F., *L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *disCrimen*, 25 novembre 2019, p. 2. Analogamente DONINI M., *Libera nos a malo*, cit., p. 10.

prospettiva del contrasto alla sofferenza (fisica) non sia l'*ultima ratio* della decisione: la sedazione terminale, nonostante il suo sicuro effetto antalgico, non può essere ritenuta una risposta definitiva alle esigenze avvertite dal paziente, poiché, a causa dell'«annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà», potrebbe essere «vissuta da taluni come una soluzione *non accettabile*» (corsivo aggiunto)¹⁹⁵.

A ben vedere, in effetti, soprattutto nelle motivazioni dell'ordinanza 207 si rinvencono affermazioni che rivelano come la preoccupazione principale della Corte sia quella di garantire la dignità della persona anche nella fase finale dell'esistenza¹⁹⁶. È vero che lo scenario da scongiurare è la prolungata agonia che seguirebbe al rifiuto dei trattamenti: ma la «morte rapida» assicurata dall'aiuto al suicidio non viene considerata funzionale tanto a liberare anzitempo il paziente dal dolore, quanto, piuttosto, a sottrarlo a un decorso «in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»¹⁹⁷.

Sembra proprio il «principio della dignità umana», espressamente menzionato dalla Corte a suggello della parte nel merito dell'ordinanza¹⁹⁸, a impedire che al paziente sia imposto, come unico modo per congedarsi dalla vita, l'attesa della morte, ancorché indolore.

In questo senso, la dignità assumerebbe una connotazione soggettiva¹⁹⁹,

¹⁹⁵ Cfr. Corte cost., sent. 242/2019, cit., § 2.3 del “considerato in diritto”. Il passaggio è segnalato e valorizzato da GENTILE G., *Il suicidio medicalmente assistito*, cit., p. 383, il quale riporta interessanti evidenze empiriche a sostegno della insufficienza dell'offerta di cure palliative per eliminare le richieste di aiuto a morire, una quota delle quali continua a essere sostenuta dal desiderio del paziente di ottenere una morte accelerata per non ridursi in una condizione di incapacità.

¹⁹⁶ Già si è visto il peso decisivo che alla dignità umana, in combinazione con l'autodeterminazione terapeutica, attribuisce, anche di recente, CUPELLI C., *Il caso Cappato e i nuovi confini della liceità*, cit., p. 1443.

¹⁹⁷ Sottolinea questo aspetto TRIPODINA C., *La “circoscritta area”*, cit., p. 222.

¹⁹⁸ Cfr. Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 9 del “considerato in diritto”, ultimo capoverso.

¹⁹⁹ Riconosce che, pur conservando un «nucleo oggettivo» (quello emerso nella decisione della Corte costituzionale sulla disciplina penale della prostituzione: cfr. sent. 141/2019), nella sent. 242/2019 la dignità «sfuma verso connotazioni personalistiche» mutuando dall'art. 32 Cost., «un'accezione eminentemente e inevitabilmente soggettiva» RISICATO L., *La Consulta e il suicidio assistito*, cit., p. 3 (cfr. anche p. 2, dove, a proposito dei rapporti tra dignità e autodeterminazione, l'Autrice parla di «capisaldi che si integrano a vicenda»).

finendo per rappresentare un riflesso della libertà di autodeterminazione²⁰⁰, esprimendo un'esigenza di rispetto per le preferenze soggettive dell'individuo: il parametro di riferimento, così come per il giudizio di intollerabilità delle sofferenze, viene individuato sempre nella «visione» «propria» dell'interessato. Al di là della condivisibilità nel merito di tale declinazione del concetto di dignità, viene da domandarsi se ancora una volta la Corte non abbia preferito promuovere una lettura "originale" di alcuni valori tradizionali, mettendo in conto possibili critiche per un loro uso improprio, piuttosto che sdoganare in modo esplicito un generale diritto di autodeterminazione ritenuto in ipotesi difficilmente governabile.

In realtà, la nozione di dignità umana è notoriamente controversa e suscettibile di interpretazioni divergenti, tanto da prestarsi a legittimare, anche in questa materia, soluzioni opposte a medesimi problemi²⁰¹.

Senza estendere lo sguardo a un tema tanto vasto, ci si può limitare a ricordare, come già molti commentatori, che la stessa giurisprudenza costituzionale in una pronuncia coeva abbia fatto ricorso alla dignità in un'accezione ritenuta dai commentatori marcatamente oggettiva, per opporre un argine (anziché offrire una sponda) agli argomenti volti a censurare l'incriminazione di condotte di cooperazione all'attività di prostituzione che sia manifestazione della libertà di autodeterminazione del singolo. È plausibile allora che la necessità di superare questa possibile contraddizione e i timori legati al contenuto eccessivamente indeterminato del concetto di dignità spieghino il ridimensionamento che questo incontra nel passaggio dall'ord. 207 alla sent. 242, dove di fatto scompaiono i riferimenti a tale valore²⁰².

²⁰⁰ Contro la sovrapposizione tra autodeterminazione e dignità, e la conseguente integrale soggettivizzazione di quest'ultima nozione, cfr. da ultimo LOSURDO F., *Il limite costituzionale del diritto all'autodeterminazione*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 153 ss.

²⁰¹ Selezionando, nella sterminata letteratura sul tema, i contributi che si soffermano sul tema della dignità umana mettendolo in collegamento con le questioni sollevate dalla disciplina dell'aiuto a morire e, più in generale, delle scelte di fine vita, si può fare riferimento, tra i penalisti, a FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile*, cit., p. 11 ss.; RISICATO L., *La Consulta e il suicidio assistito*, cit., p. 3 ss.; EAD., *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 53 ss.; TORDINI CAGLIS., *Principio di autodeterminazione*, cit., p. 254 ss.; un cenno anche in VIGANÒ F., *Esiste un diritto*, cit., p. 7-8.

²⁰² In sede di primo commento alla sent. 242/2019, cfr. CUPELLI C., *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sist. pen.*, 4 dicembre 2019, p. 46; ha successivamente messo in risalto e approfondito questo aspetto FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile*, cit., p. 10 e 13; per una lettura della pronuncia della Corte costituzionale in tema di prostituzione nell'ottica dei rapporti con la sentenza sull'aiuto al suicidio cfr. MASSARO A., *Questioni di fine vita e diritto penale*, cit., p. 54 ss., 86 ss., ove si sostiene peraltro che la

A prescindere dall'intento dei giudici costituzionali e dalla congruità tra questo e il risultato raggiunto²⁰³, in ogni caso, vuoi che la dignità costituisca, nel suo nucleo oggettivo, un limite alle istanze di autodeterminazione, vuoi che, nella sua dimensione soggettiva, si intrecci con la libertà di autodeterminazione stessa (come riteniamo preferibile), i suoi contorni assolutamente sfuggenti ne depotenziano quasi del tutto l'utilità rispetto all'obiettivo di rivelare i criteri condizionanti il giudizio di liceità sulle scelte di fine vita²⁰⁴.

3.2.2.3. L'inadeguatezza del riferimento alla posizione soggettiva dell'interessato per spiegare tutti gli attuali limiti attuali di liceità dell'aiuto al suicidio.

In ultima analisi, dunque, tutte le ricostruzioni prospettate si dimostrano intrinsecamente problematiche e controvertibili.

Inoltre, nessuna sembra da sola in grado di giustificare a pieno le condizioni sostanziali richieste dalla Corte costituzionale – specie se considerate, come allo stato necessario, quali condizioni cumulative.

Se l'interesse essenziale fatto valere dalla persona con la richiesta di aiuto a morire fosse quello al rispetto della propria dignità, intesa nei termini sopra visti, sarebbe difficile negare ulteriori aperture all'area della liceità: ad esempio, potrebbe ritenersi non decisive entità e attualità della sofferenza (si pensi al paziente cui è stata appena diagnostica una malattia neurologica a progressione

contraddizione tra le concezioni di dignità accolte in tali occasioni sarebbe solo apparente, trovando spiegazione nella diversità della materia e, in particolare, nel «diverso oggetto della libertà di autodeterminazione: riferita all'interruzione di trattamenti salvavita, da una parte, al commercio del sesso, dall'altra parte».

²⁰³ Già abbiamo accennato alla tesi di TRIPODINA C., *La "circoscritta area"*, cit., p. 224, secondo cui «se pur le parole sono state cancellate, il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione nel morire resta il convitato di pietra di questa sentenza, solo occultato dietro altre parole».

²⁰⁴ Ciò vale senza dubbio qualora la dignità si risolva nell'autodeterminazione individuale, ma non minori perplessità, notiamo, deriverebbero dall'adottare una lettura oggettiva: a causa del suo elevato grado di indeterminatezza, l'argomento della dignità per limitare gli spazi di autodeterminazione si rivela «parassitario», nel senso che non è dotato di una propria capacità discretiva, ma sottende sempre il rinvio ad argomenti e criteri ulteriori (ad esempio, a carattere comunitarista o perfezionista): cfr. MANIACI A., *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, cit., p. 292 ss.

infausta che intende sottrarsi al calvario degradante dell'inevitabile degenerazione); ancora, e in modo più radicale, la curvatura soggettiva del principio potrebbe portare ad affrancarsi dalla dimensione medico-clinica, potendo ciascuno ritenere "non dignitoso" continuare a vivere per le ragioni più varie – tanto quanto possono essere varie le concezioni individuali di dignità –, a prescindere dall'esistenza di una patologia²⁰⁵.

A conclusioni non dissimili si potrebbe giungere se ciò che conta è invece la sofferenza, in combinazione o meno con il principio di dignità, tantopiù laddove si attribuisca rilevanza anche alla sofferenza psicologica. In quest'ottica, non dovrebbe richiedersi – come non si richiede ai fini dell'esercizio del diritto al rifiuto di cure – che la malattia sia irreversibile, dal momento che anche una patologia guaribile con lunghe e dolorose cure, magari dall'esito incerto, sembra fondare un serio interesse del paziente ad accelerare la morte²⁰⁶.

Certamente, si potrebbe continuare ad annoverare tra i presupposti l'esistenza di una malattia di per sé *letale* (fonte di sofferenze insopportabili per il paziente) giustificando questa impostazione con la finalità di mantenere la simmetria con i casi regolati dalla l. 219: negli altri casi, si potrebbe dire, comunque oggi il paziente non vedrebbe tutelato il proprio interesse a morire sul piano giuridico, ma potrebbe perseguirlo solo in via di fatto (ad es., con un suicidio in solitaria).

Anche questo limite, però, alla luce di quanto visto, non sembra necessario e perciò insuperabile.

Sicuramente – che si guardi alle sofferenze o alla dignità soggettiva, o che si adotti un paradigma combinato –, le considerazioni da ultimo svolte confermano l'assenza di giustificazioni per il requisito di cui alla lett. c) così come attualmente formulato (la "dipendenza da trattamenti di sostegno vitale").

²⁰⁵ La difficoltà di governare il riferimento al principio di dignità è resa dall'idea – espressa da TRIPODINA C., *La "circoscritta area"*, cit., p. 224 – per la quale, una volta fondato il diritto del paziente su una nozione soggettiva di dignità, «nessun limite può poi essere posto, né quanto ai soggetti, né quanto ai modi».

²⁰⁶ Mira a svelare questa aporia l'interrogativo retorico di POGGI F., *Il caso Cappato*, cit., p. 92: «Perché la sussistenza di un mio diritto a smettere di soffrire dovrebbe essere condizionato da una circostanza accidentale dipendente dalle caratteristiche della patologia di cui soffro?».

Ma è facile intuire che i medesimi valori, se assunti come fondanti, porterebbero a ritenere incongrui anche limiti dati da possibili riscritture o riconfigurazioni delle condizioni di cui alla lett. c) mirate a circoscrivere la non punibilità ai casi di “prossimità alla morte”: non si vede perché, in effetti, la persona posta davanti a un inarrestabile declino sia costretta a sospingersi fino ai limiti dell'esistenza, per vedersi concessa la possibilità di ottenere una morte comunque inevitabile e ormai imminente.

Ma vi è di più. Ammettiamo pure che le ipotesi di malattia potenzialmente letale possono conservare una loro rilevanza, per simmetria con la l. 219; ma allora queste dovrebbero costituire una fattispecie *autonoma*, mentre i paradigmi della sofferenza e della dignità potrebbero ben legittimare una fattispecie *ulteriore* in cui la liceità dell'aiuto a morire prescinde *in toto* non solo dalla prossimità della morte, ma anche dalla “letalità” della malattia. Non pare affatto implausibile che una condizione patologica di per sé compatibile con la sopravvivenza (almeno nel breve-medio termine) possa comunque essere fonte di sofferenze giudicate dal paziente intollerabili, quantomeno sul piano psicologico, e contrarie alla propria concezione di dignità nel vivere, prima che nel morire (si pensi alle ipotesi di mortificanti invalidità in attività ritenute essenziali per la realizzazione personale).

In definitiva, l'analisi appena svolta dovrebbe dimostrare che non c'è piena coerenza tra l'attuale area di non punibilità dell'aiuto al suicidio e le ragioni – il rispetto delle istanze connesse a diritti fondamentali della persona, secondo un canone di ragionevolezza – che, secondo la stessa Corte costituzionale, dovrebbero giustificare la prevalenza delle istanze di autodeterminazione sulla finalità di tutela della vita. È infatti emerso che tali ragioni, di per sé, porterebbero a estendere la liceità non solo al di là del requisito di cui alla lett. c), ma anche oltre le condizioni individuate dalle lett. a) e b).

Ora, si può comprendere come la Corte, messa di fronte al gravoso compito di fissare un nuovo punto di equilibrio tra gli interessi in gioco, da sostituire all'assetto affatto sbilanciato risultante dalla disciplina del 1930, abbia preferito adottare un atteggiamento di *self restraint*, tantopiù essendo ben consapevole dell'opportunità che una materia così delicata fosse e tuttora sia regolata dal legislatore.

Questo, su altro fronte, non dovrebbe però far dimenticare come le due pronunce sull'art. 580 abbiano realizzato un intervento demolitivo di carattere minimale, limitandosi a quanto sufficiente per recepire nella nuova ipotesi di non punibilità i tratti paradigmatici della vicenda concreta oggetto del giudizio *a quo*: la Corte costituzionale avrebbe per ora garantito ai diritti fondamentali del paziente – in sintesi, alla sua autodeterminazione – uno standard minimo di tutela, suscettibile di ulteriore espansione, ad opera, *in primis*, del Parlamento²⁰⁷.

La diffusa (ancorché talora implicita) consapevolezza di ciò emerge in modo emblematico gli appelli, generalmente condivisi, a un ampliamento delle categorie soggettive di pazienti da ammettere alle procedure di aiuto al suicidio – appelli fondati su argomenti di opportunità politica, prima ancora che sulle ragioni di illegittimità del requisito di cui alla lett. c) sopra evidenziate. È vero che nel dibattito scientifico sono state pressoché interamente trascurate o date per acquisite le condizioni di cui alle lett. a) e b), ma tramite l'analisi che precede si è appunto cercato di mettere in luce come tale conclusione sia tutt'altro che scontata.

Al punto in cui si è giunti, pertanto, non sussistono ragioni cogenti per ritenere che gli spazi di rilevanza della volontà sin qui riconosciuti dalla Corte costituzionale siano gli unici legittimi nell'ambito dell'art. 580 e, più in generale, della disciplina dell'aiuto a morire.

3.2.3. Il modello di giustificazione fondato sulle esigenze di tutela del bene vita.

Nella prospettiva di indagine qui prescelta – i limiti alla libertà del singolo nelle scelte di fine vita e le loro possibili giustificazioni –, il tentativo di ricercare la *ratio* delle condizioni di non punibilità alla luce del tipo di diritto esercitato dal paziente ha condotto a risultati non del tutto soddisfacenti, quando non

²⁰⁷ Non persuade, per questi motivi, la tesi di EUSEBI L., *Il suicidio assistito*, cit., p. 195, secondo cui «se la Corte avesse ritenuto ipotizzabile un ambito di incostituzionalità della norma più esteso, nel momento in cui s'interrogava sui criteri dell'eccezione possibile, non avrebbe fatto altro che descrivere quei limiti in materia meno rigorosa».

contraddittori.

Può allora rivelarsi utile adottare un angolo visuale opposto, abbandonando il terreno delle istanze di autodeterminazione per esplorare il versante dei contro-interessi presidiati dalla norma incriminatrice in esame.

Posto che i diritti del paziente sembrano pretendere una estensione assai maggiore di quella attualmente riconosciuta, bisogna domandarsi *se e in che misura* le condizioni richieste dalla Corte costituzionale possano giustificarsi in quanto funzionali al diverso scopo di assicurare protezione alla vita umana.

In altri termini, viene in gioco una questione di limiti: si tratta di comprendere fino a che punto l'area di liceità sorretta dall'autodeterminazione può essere dilatata senza compromettere «le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell'aiuto al suicidio»²⁰⁸ e dell'aiuto a morire in generale.

In quest'ottica, il limite massimo consentito all'esplicazione della libertà di autodeterminazione nella scelta di morire potrebbe essere ricavato, in negativo, dalla soglia minima di tutela penale del bene vita.

Il tema non è consuetamente affrontato da questa prospettiva, che non riflette neppure l'approccio seguito nelle decisioni sull'aiuto al suicidio dalla Corte costituzionale: è vero che la Corte si è posta il problema dei contro-interessi opponibili all'autodeterminazione per giustificare la persistente legittimità dell'art. 580 c.p., individuandone appunto la *ratio* nella finalità di tutela del bene vita (v. *supra*); ma una volta stabilito *quale* contro-interesse venisse in gioco, dalla decisione non emerge affatto chiaramente quanta parte dei limiti posti alla rilevanza della volontà di morire sia dipesa dalla necessità di garantire una tutela indefettibile a tale contro-interesse, essendosi la Corte mossa piuttosto nell'ottica di garantire alle istanze di autodeterminazione uno spazio minimo di tutela, approssimativamente coincidente con le caratteristiche del caso di specie.

²⁰⁸ Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 9 del "considerato in diritto".

3.2.3.1. La complessa definizione di una soglia minima di tutela penale della vita: il nodo dell'ammissibilità del *referendum* per l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.

Un interessante banco di prova di questo metodo e una fonte di preziose indicazioni ci sembra offerto dal recente giudizio di ammissibilità del *referendum* «sull'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.»²⁰⁹.

Una notazione preliminare. La circostanza che l'iniziativa referendaria investisse la disposizione sull'omicidio del consenziente, anziché quella sull'aiuto al suicidio, non pare in grado di scalfire il valore sistematico delle riflessioni che si possono svolgere al riguardo, né la portata generale dei principi affermati dalla Corte. Chi scrive ritiene infatti di dover aderire alla tesi, ormai sempre più diffusa tra gli studiosi, che considera le due forme di aiuto a morire – almeno quando attuate in ambito eutanasi – aspetti di un fenomeno omogeneo, meritevole di considerazione unitaria tanto sul piano morale che su quello giuridico²¹⁰. D'altra parte, pur nella consapevolezza della diversità di struttura delle due condotte (a livello astratto: in concreto, la distinzione spesso tende a sfumare), non si può non rilevare come identici siano il bene protetto e il contro-interesse fatto valere²¹¹, sicché unica dovrebbe essere anche la soglia minima di tutela del bene stesso. Se peraltro, opinando diversamente, si ritenesse che le modalità di lesione del bene debbano influire anche su tale soglia, l'importanza della questione sottesa al *referendum* e alla conseguente decisione della Corte non ne risulterebbe sminuita. Il grado minimo di tutela da

²⁰⁹ Il ricco dibattito che ha preceduto la decisione della Corte costituzionale è compendiato dai contributi – perlopiù di matrice penalistica e costituzionalistica – raccolti negli atti del Seminario preventivo ferrarese *Amicus curiae* 2021 del 26 novembre 2021 “*La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*”, a cura BRUNELLI G., PUGIOTTO A. e VERONESI P., pubblicati in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 gennaio 2022, e negli atti del Convegno presso l'Università degli Studi di Milano del 15 dicembre 2021 “*Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*”, pubblicati nel quaderno monografico della *Rivista del Gruppo di Pisa*, allegato al fasc. 1/2022.

²¹⁰ Nel commentare le pronunce della Corte costituzionale sull'art. 580, hanno posto la questione della opportunità (se non della inevitabilità) di riconoscere – alle stesse condizioni – anche la liceità dei fatti di omicidio del consenziente-eutanasia attiva: PALAZZO F., *La sentenza Cappato*, cit., p. 9, secondo cui mantenere una differenza di trattamento avrebbe «il sapore dell'ipocrisia»; VALLINI A., *Il “caso Cappato”*, cit., p. 1204; BARTOLI R., *Le problematiche del fine vita*, cit., p. 17-18.

²¹¹ «La differenza può essere marginale e irrilevante quanto a valori e libertà in gioco, legata come è a dettagli esecutivi»: così ZAGREBELSKY G., *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, in *La Stampa*, 26 giugno 2021.

assicurare alla vita in caso di omicidio del consenziente dovrebbe essere (se non pari, allora) superiore rispetto al livello di tutela necessaria nei casi di aiuto al suicidio, dato che gli elementi costitutivi di quest'ultima fattispecie – in particolare, il dominio materiale e morale dell'atto esecutivo in capo al titolare del bene – assicurano di per sé maggiori garanzie²¹². Ne consegue che la soglia di tutela indefettibile eventualmente individuata per l'omicidio del consenziente sarebbe sempre e comunque sufficiente per rispettare la soglia, in ipotesi diversa e inferiore, richiesta per fatti qualificabili come aiuto al suicidio.

Il quesito referendario mirava ad abrogare la previsione sanzionatoria di cui al comma 1 dell'art. 579 e l'intera disposizione di cui al comma 2, lasciando intatto il comma 3 (il cui testo, per esigenze sintattiche, dovrebbe leggersi in continuità con l'*incipit*, *superstite*, del comma 1). In termini contenutistici, ciò significa che, in caso di esito positivo, sarebbe venuta meno la fattispecie incriminatrice dell'omicidio del consenziente, mentre sarebbe sopravvissuta la fattispecie che stabilisce l'applicabilità delle norme sull'omicidio volontario quando il consenso della vittima ricade in una delle ipotesi di "invalidità" predefinite²¹³.

In realtà, non era incontrovertibile la configurazione dell'eventuale disciplina di risulta, ossia come la modifica delle disposizioni in questione avrebbe potuto sulle norme che risultano dall'art. 579 e da altre previsioni dell'ordinamento.

Secondo la lettura più accreditata, effetto dell'abrogazione referendaria sarebbe stato quello di una generale decriminalizzazione delle condotte di omicidio poste in essere «con il consenso» dell'ucciso, salvo che questo sia viziato dalle "invalidità" previste (oggi) dal comma 3. Al di fuori di tali casi, però, l'omicidio "su autorizzazione" o "su richiesta" dell'interessato avrebbe

²¹² Rileva nei fatti di aiuto al suicidio una «maggior garanzia di corresponsabilità e autonomia del paziente» DONINI M., *Libera nos a malo*, cit., p. 23, il quale pertanto invita alla cautela nella depenalizzazione dei fatti di omicidio del consenziente, secondo l'Autore da confinarsi in ipotesi eccezionali, rappresentate (oltre che dalle condotte di interruzione dei trattamenti salvavita) dai casi in cui la persona malata «è nell'impossibilità fisica di attuare l'atto».

²¹³ Il testo dell'art. 579 c.p., ridotto a un unico comma, sarebbe stato il seguente in caso di esito positivo del *referendum*: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

dovuto ritenersi lecito a prescindere da ogni circostanza inerente, in particolare, alle condizioni di salute della persona stessa o alle motivazioni di chi ne cagiona la morte.

Erano state prospettate anche ricostruzioni alternative, che però si esponevano a critiche dirimenti. La tesi, di stampo formalistico, secondo cui l'abrogazione dell'omicidio del consenziente (norma speciale) avrebbe determinato la riespansione dell'omicidio comune, in quanto figura generale – con l'effetto paradossale non solo di vanificare l'obiettivo della depenalizzazione, ma addirittura di comportare un aggravamento sanzionatorio – poteva essere agevolmente superata per via di interpretazione sistematica, valorizzando la funzione dell'art. 579 quale norma fondante il principio di indisponibilità della vita²¹⁴. Anche la tesi orientata a prefigurare un effetto abrogativo solo parziale – in particolare, limitato ai fatti di omicidio del consenziente che presentino i requisiti già individuati dalla Corte costituzionale quali presupposti di non punibilità dell'aiuto al suicidio –, nonostante mirasse a produrre un risultato pratico che probabilmente da molti sarebbe stato ritenuto accettabile²¹⁵, oltre che auspicato dagli stessi promotori del referendum²¹⁶, si scontrava con la necessità di considerare il quesito

²¹⁴ Poiché all'art. 579 è tradizionalmente assegnata la funzione di esprimere il principio di indisponibilità della vita anche da parte del suo titolare, l'abrogazione della norma incriminatrice avrebbe portato con sé anche la caducazione di tale principio (se non l'affermazione di un opposto principio di disponibilità), da coordinare con due importanti dati normativi: il primo è offerto dall'attuale comma 3 dell'art. 579, che nel prevedere l'applicabilità dell'art. 575 soltanto in alcune ipotesi determinate avrebbe consentito di sostenere *a contrario* – ferma l'esigenza di rispettare il principio di legalità-tassatività – che tale equiparazione non si verifica per fatti di omicidio con il consenso dell'ucciso diversi da quelli espressamente contemplati; il secondo si ricava invece dalla vigenza dell'art. 50 c.p., che in mancanza di un'espressa incriminazione avrebbe dovuto riespandere il proprio ambito operativo e scriminare lesioni, anche del bene vita, autorizzate dai titolari. Per queste considerazioni cfr. PADOVANI T., *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, p. 20; MAGRO M.B., *L'art. 579 c.p.: una norma votata all'ineffettività?*, p. 163-164, entrambi in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit.

²¹⁵ In questa prospettiva, la depenalizzazione avrebbe avuto il duplice effetto – da un lato – di rimediare a una evidente irragionevolezza della disciplina vigente (che esclude dall'aiuto a morire i soggetti che non sono materialmente in grado di compiere l'atto letale da soli: v. *supra*) e – dall'altro – di evitare una incontrollata estensione della liceità a qualunque ipotesi di omicidio con il consenso della persona uccisa (in ipotesi, anche in perfetto stato di salute), limitandola a un contesto di sicuro carattere "eutanasiaco" (v. *infra*).

²¹⁶ Cfr. quanto dichiarato sul sito del comitato promotore referendum.eutanasiabile.it, nella sezione "Il quesito referendario", e riportato (criticamente) da PULITANÒ D., *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, cit., p. 1-2. Si ricordi peraltro che, prima della modifica richiesta dall'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di

referendario esclusivamente nella sua portata oggettiva, da cui non era dato ricavare limitazioni di sorta.

È quindi con un'integrale abrogazione della fattispecie incriminatrice di cui all'attuale comma 1 dell'art. 579 che la Corte costituzionale era chiamata a confrontarsi.

Al cospetto di una apertura tanto ampia alle istanze dell'autodeterminazione, potevano sorgere due principali questioni.

In primo luogo, pareva inevitabile interrogarsi sulla ragionevolezza della eventuale disciplina di risulta, in cui la quasi integrale depenalizzazione del reato più grave (l'omicidio del consenziente) si sarebbe trovata a coesistere con la perdurante rilevanza penale di un ampio novero di condotte riconducibili alla fattispecie meno grave (l'aiuto al suicidio), dato che l'estraneità dell'art. 580 c.p. al quesito referendario avrebbe in ogni caso mantenuto la liceità nei limiti già segnati dalla Corte costituzionale.

Un esito del genere sarebbe parso in effetti di dubbia coerenza, sebbene frutto, almeno in parte, di preesistenti asimmetrie nel quadro normativo rilevante; nondimeno, convincenti argomenti teorico-pratici e la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale portavano a escludere che lo scrutinio di ammissibilità del referendum fosse la sede adatta per un giudizio anticipato di legittimità della disciplina di risulta²¹⁷.

Ciò posto, allora, secondo un'opinione già largamente diffusa tra i commentatori, la questione centrale atteneva a un diverso ordine di problemi, concernenti la natura dell'art. 579 c.p. quale norma "costituzionalmente necessaria" o "a contenuto costituzionalmente vincolato", cause ostative all'ammissibilità del referendum: al di là della esatta definizione di tali concetti, vi era sostanziale concordia sul fatto che la Corte avrebbe dovuto affrontare la questione se la disciplina di risulta avrebbe garantito una tutela penale minima alla vita umana, bene protetto dalla norma incriminatrice oggetto del quesito.

Offre una tutela minima una disciplina in cui condizione necessaria ma anche sufficiente per la liceità della morte direttamente procurata da terzi è il

cassazione, il quesito era originariamente denominato "*per l'eutanasia legale*", così evocando una prospettiva di regole e limiti, anziché una mera abrogazione.

²¹⁷ Cfr., per tutti, le persuasive considerazioni di PUGIOTTO A., *Il principio di leale collaborazione in materia referendaria (preso sul serio)*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 182-183.

consenso dell'interessato? Ovvero, in altri termini: esiste, e in che misura, un obbligo di incriminazione di condotte lesive della vita finalizzato a tutelare tale bene anche contro il consenso del titolare?

L'interrogativo spinge l'interprete verso un territorio inesplorato, ma – dato il particolare rilievo della questione nell'economia di questo lavoro – tenteremo di sviluppare alcune riflessioni, per poi valutare la risposta (che anticipiamo essere solo parziale) fornita dalla Corte costituzionale.

3.2.3.3. La peculiarità del bilanciamento raggiunto dalla l. 219/2017 per il rifiuto di cure.

Che la *volontà* della persona consenta – da sola – di sacrificare lecitamente la vita, scriminando la condotta di terzi, è una possibilità ormai riconosciuta e garantita dall'ordinamento, quando tale volontà si manifesta sotto forma di *rifiuto delle cure*.

È questo il significato, anche penalistico, della l. 219/2017, emerso anche dalla ricostruzione che se ne è offerta nel Capitolo I.

Il punto merita di essere sottolineato, per segnalare ancora una volta il peculiare bilanciamento che il legislatore ha raggiunto in materia. La l. 219/2017 consente già oggi che la persona maggiorenne capace di intendere e di volere ottenga la morte, esprimendo (con le modalità previste dall'art. 1) il rifiuto di iniziare o proseguire un trattamento salvavita, *indipendentemente* dall'esistenza di ulteriori condizioni – a prescindere, cioè, dal tipo di patologia e dalla sua reversibilità, dalle probabilità di sopravvivenza e dalle ragioni che stanno dietro la scelta.

Ciononostante, non si è mai seriamente dubitato che un simile assetto, improntato alla prevalenza assoluta della volontà del singolo, possa dare adito a censure di legittimità per insufficiente tutela del bene vita.

È vero che la legge, sotto questo aspetto, non è mai stata portata direttamente all'attenzione della Corte costituzionale. Tuttavia, conviene ricordare che con essa il legislatore ha recepito una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale andata consolidandosi negli anni, fondata su una lettura

ampiamente condivisa di alcune norme costituzionali (artt. 13 e 32); e che, da ultimo, la stessa Corte costituzionale nelle due pronunce sull'art. 580 ha finito per avallare la legittimità della l. 219 *in parte qua*, assumendola ora come parametro (nell'ord. 207/2018) ora come strumento di disciplina (nella sent. 242/2019), anche in rapporto alla necessità di assicurare protezione alla vita delle persone di più vulnerabili²¹⁸.

A meno di non rimettere in discussione questo punto²¹⁹, la domanda da porsi è allora perché debba valere una soluzione diversa quando vengono in gioco condotte di aiuto a morire. Su tale questione – ragioni e l'opportunità di un trattamento differenziato delle ipotesi di “eutanasia attiva” in senso lato – ci soffermeremo nella parte finale di questo Capitolo. Per il momento, preso atto di una specificità delle condotte di aiuto al suicidio e di eutanasia attiva, cercheremo di individuare quale sia, rispetto a tali fattispecie, il livello minimo necessario di tutela del bene vita.

3.2.3.4. Le indicazioni insufficienti offerte dalle decisioni della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p.

Come detto, il bilanciamento raggiunto dal legislatore in materia di rifiuto di cure non può essere traslato automaticamente nell'ambito dell'aiuto a morire, che richiede dunque un'analisi a parte.

In materia esisterebbe un precedente-guida, rappresentato proprio

²¹⁸ Sulla “convalida” della l. 219 da parte della Corte costituzionale in rapporto alle esigenze di tutela della vita, anche dei più vulnerabili, cfr. per tutti POGGI F., *Il caso Cappato*, cit., p. 87, secondo la quale «per dare un senso al ragionamento della Corte occorre postulare che, a suo giudizio, il bilanciamento di valori operato dal legislatore con la legge n. 219 sia ragionevole, conforme a Costituzione».

²¹⁹ «È forse incostituzionale la legge n. 219/2017?» si chiede EUSEBI L., *Regole di fine vita e poteri dello Stato*, in Marini F.S. – Cupelli C., *Il caso Cappato*, cit., p. 138, nel commentare l'ord. 207/2018. Osserva che, a rigore, una volta riconosciuta la necessità di assicurare tutela alle persone più vulnerabili, la Corte avrebbe dovuto compiere tale verifica anche rispetto alla l. 219, anziché recepire per buono il bilanciamento già operato dal legislatore, facendo poi derivare da questo l'illegittimità del divieto assoluto di aiuto al suicidio, POGGI F., *Il caso Cappato*, cit., p. 87. Tale contraddizione, come detto, può risolversi solo ipotizzando che una verifica del genere sia stata implicitamente svolta e conclusa con esito positivo: ma allora, come detto nel testo, sorge il problema di capire perché le fattispecie di aiuto a morire non debbano sottostare al medesimo bilanciamento, e dove si collochi, per esse, la soglia minima di tutela del bene vita.

dall'intervento della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p.: senonché, ai nostri fini se ne ricavano indicazioni solo parziali e, per certi versi, ambigue.

La perdurante legittimità di un divieto penale di aiuto al suicidio è stata motivata dalla Corte con la finalità di tutelare la vita «anche, se non soprattutto»²²⁰ delle persone più deboli e vulnerabili, che potrebbero essere condizionate dalla pronta disponibilità di terzi a procurare loro la morte.

Anzitutto, come è stato notato²²¹ e come si è già cercato di evidenziare, rimane in ombra se il riferimento alle persone fragili sia esclusivo, o se sia giustificazione legittima dell'intervento punitivo quella di proteggere, contro il loro volere, anche persone né deboli né vulnerabili. In altri termini, per gli interpreti può restare dubbio se la Corte abbia individuato nella norma uno strumento di tutela della vita o dell'autodeterminazione. Tale questione avrebbe implicazioni teoriche e pratiche di primaria rilevanza: nel secondo caso, la criminalizzazione delle condotte dei terzi che contribuiscono all'attuazione di scelte di morire libere e consapevoli potrebbe sembrare non solo non necessaria, ma persino illegittima (per violazione del principio di offensività); nel primo caso – che probabilmente coincide con la lettura più corretta delle motivazioni: v. *supra* –, all'opposto, sarebbe stato fissato uno standard di tutela della vita molto elevato, rendendo il consenso (ancorché autentico) irrilevante ai fini della latitudine della fattispecie incriminatrice.

Soprattutto, però, in nessun passaggio delle motivazioni la Corte dice espressamente se, oltre a essere legittimo, sia anche *necessario* un divieto *penale* di aiuto al suicidio²²².

Anzi, la Corte usa la semantica della facoltà, piuttosto che del dovere, laddove afferma che al legislatore «non può ritenersi inibito»²²³ intervenire con la pena, e che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio «non può essere ritenuta

²²⁰ Corte cost., ord. 207/2018, § 6 del “considerato in diritto”.

²²¹ Cfr. PADOVANI T., *Riflessioni penalistiche*, cit., in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 25.

²²² Leggono in questi termini le pronunce della Corte sull'art. 580 PADOVANI T., *Riflessioni penalistiche*, cit., in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 25; BISSARO S., *Brevi riflessioni sulla natura del presidio penale in materia di fine vita*, in AA.VV., *Il referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., p. 53 ss.

²²³ Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 6 del “considerato in diritto”.

incompatibile con la Costituzione»²²⁴.

Non manca il riferimento a un generico dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo, ai sensi dell'art. 2 Cost.²²⁵, e al dovere, più specifico, di proteggere chi versa in condizioni di fragilità: ma in quest'ultimo caso la Corte²²⁶ richiama l'art. 3, secondo comma, Cost. e le «politiche pubbliche» che la norma menziona, le quali farebbero pensare a misure di rafforzamento del sistema di *welfare*²²⁷, non alla previsione di norme incriminatrici.

Nel senso di un obbligo di tutela penale nemmeno si può argomentare a partire dal rilievo che la Corte ha accolto solo in parte le censure di legittimità sollevate dalla Corte d'assise di Milano. Sarebbe errato sostenere che è costituzionalmente necessario, anche in materia penale, tutto ciò che non è dichiarato incostituzionale. Oltre che la teoria generale dei rapporti tra Corte e legislatore (che nei parametri di legittimità costituzionale mantiene pur sempre uno spazio di discrezionalità politica insindacabile), lo dimostra, come visto in precedenza, il fatto che si registri un largo consenso circa la possibilità che l'area della liceità sia estesa ulteriormente, in particolare ad opera del Parlamento, senza che per ciò solo si arrechi un *vulnus* ai valori costituzionali protetti (si pensi all'eventualità, da più parti auspicata, di ammettere alle procedure di aiuto al suicidio anche i pazienti che non richiedono trattamenti di sostegno vitale in senso proprio)

Il senso complessivo dell'intervento della Corte costituzionale sembra quindi piuttosto quello di aver introdotto uno spazio minimo di liceità, piuttosto che aver salvaguardato un limite minimo di penalità, la cui definizione e la cui stessa esistenza restano formalmente impregiudicate. In altri termini, dal tenore della decisione non si ricavano elementi sufficienti per ritenere che quello delineato dalla Corte sia un bilanciamento vincolante per

²²⁴ Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 8 del "considerato in diritto".

²²⁵ Cfr. Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 5 del "considerato in diritto".

²²⁶ Cfr. Corte cost., ord. 207/2018, cit., § 6 del "considerato in diritto".

²²⁷ Dovrebbero venire in gioco, in altri termini, interventi analoghi a quelle «politiche della sanità» che il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel parere *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito* del 18 luglio 2019 (citato sul punto da Corte cost., sent. 242/2019, § 2.4 del "considerato in diritto"), invoca rispetto alla finalità di garantire l'effettività dell'offerta di cure palliative e terapia del dolore.

ogni futura disciplina della materia²²⁸.

3.2.3.5. I principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ci sembra che alla base della reticenza della Corte si possa avvertire il peso della cultura giuridica nazionale, che tradizionalmente nega l'esistenza di obblighi costituzionali di incriminazione²²⁹.

Oggi, tuttavia, la complessità del sistema delle fonti rende ineludibile confrontarsi con i vincoli di matrice sovranazionale, e a questo livello si registra ormai una chiara tendenza a individuare nei diritti fondamentali della persona non solo limiti alla potestà punitiva statale, ma anche – almeno per alcuni di essi e nei casi delle violazioni più gravi – «ragioni che reclamano l'intervento penale»²³⁰ da parte del legislatore nazionale, in funzione di tutela dei diritti fondamentali stessi.

Ponendoci in questa prospettiva, può essere allora proficuo rivolgersi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²³¹, a cui verosimilmente guarderà anche la Corte costituzionale, vista la sempre

²²⁸ Contra D'ALOIA A., *Qualche dubbio sull'ammissibilità del referendum sull'eutanasia legale*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 94.

²²⁹ Per la ricostruzione del panorama dottrinale sul punto cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, 2001, p. 501 ss., spec. p. 512.

²³⁰ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, vol. IV, p. 2654.

²³¹ Per una visione complessiva e ragionata della giurisprudenza convenzionale in materia di fine vita i principali riferimenti sono costituiti, in ordine cronologico, dai contributi di ADAMO U., *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 1 ss.; LEO G., *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1/2019, p. 261 ss.; ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio*, cit., p. 1 ss.; da ultimo VITARELLI T., *Verso la legalizzazione*, p. 7 ss. Nella letteratura internazionale, per una aggiornata revisione critica degli approdi della Corte edu cfr. MARTIN S., *Assisted Suicide and the European Convention on Human Rights*, Routledge, 2021. In vista del giudizio di ammissibilità del referendum, la dottrina, tanto penalistica che costituzionalistica, nell'interrogarsi sulla soglia minima di tutela della vita ha – sorprendentemente – trascurato la prospettiva convenzionale; fa eccezione GENTILE G., *Il referendum sull'art. 579 c.p. e la tutela costituzionale della vita*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 125.

crescente sensibilità di questa verso i parametri convenzionali nell'interpretazione datane dai giudici di Strasburgo (come si è potuto apprezzare anche nelle due decisioni sull'art. 580)²³².

Premessa necessaria è che un limite di tale indagine sta nel fatto che la Corte edu si è sinora pronunciata espressamente solo su casi di aiuto al suicidio, e non di omicidio del consenziente: come vedremo di seguito, tuttavia, sembra che i principi enunciati siano suscettibili di essere generalizzati.

Il consueto riferimento al caso *Pretty* questa volta non pare risolutivo. La Corte²³³ ha stabilito un principio rilevante per definire la cornice delle legislazioni in materia di fine vita – dal diritto alla vita di cui all'art. 2 Cedu non può essere ricavato un diritto di morire; ciò non significa che gli Stati che ammettono forme di aiuto a morire stiano violando la Convenzione – ma non vengono tracciati limiti netti.

Un aggancio più esplicito e pertinente potrebbe invece rintracciarsi nella decisione sul caso *Haas*. Qui la Corte²³⁴ ha desunto dall'art. 2 un dovere positivo in capo agli Stati di proteggere la vita delle persone vulnerabili – solo di queste, sembrerebbe – da gesti autolesivi: ciò si traduce nel dovere di impedire a una persona di togliersi la vita se la decisione non è presa in modo libero e con piena cognizione delle conseguenze (circostanze che lo Stato ha altresì l'obbligo di accertare attraverso una idonea procedura²³⁵). Al contrario, non sembra sussistere un simile obbligo di fronte a un'autentica volontà di morire.

Tuttavia, anche nella sentenza *Haas* la Corte non chiarisce se il dovere di protezione da gesti autolesivi debba essere assistito da *sanzioni penali* nei confronti dei terzi che collaborano alla loro realizzazione.

Si potrebbe essere tentati dal considerarlo un profilo affidato all'ampio

²³² Si vedano i numerosi richiami a pronunce della Corte edu contenute nel § 7 del "considerato in diritto" dell'ord. 207/2018.

²³³ Cfr. Corte EDU, sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, § 39-42.

²³⁴ Cfr. Corte EDU, sent. 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, § 54, secondo cui l'art. 8 della Convenzione «creates for the authorities a duty to protect vulnerable persons, even against actions by which they endanger their own lives» e dunque, in concreto, «obliges the national authorities to prevent an individual from taking his or her own life if the decision has not been taken freely and with full understanding of what is involved».

²³⁵ Corte EDU, sent. 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, § 58: «the right to life guaranteed by Article 2 of the Convention obliges States to establish a procedure capable of ensuring that a decision to end one's life does indeed correspond to the free will of the individual concerned».

marginale di apprezzamento di cui godono gli Stati in materia.

Nondimeno, in varie altre sentenze, rese *fuori dall'ambito eutanasi*, è stata ritenuta condizione imprescindibile per garantire il rispetto del diritto alla vita contro offese intenzionali la predisposizione di norme penali dissuasive e di procedure giurisdizionali in grado di portare a una punizione effettiva degli autori della violazione²³⁶. E a tal fine, si noti, non viene considerata sufficiente la previsione, scontata e del resto onnipresente, di una norma incriminatrice dell'omicidio volontario; ma la Corte si riserva di verificare che non esistano altre norme o istituti tali da depotenziare la portata dell'incriminazione²³⁷. Come sarebbero, ad esempio, scriminanti o cause esimenti non legittime al metro della stessa Convenzione. Come sarebbe – si può ipotizzare alla luce di quanto visto sopra – il consenso alla propria uccisione prestato da un soggetto in condizioni di vulnerabilità, che lo Stato ha il dovere di proteggere anche da sé stesso.

Combinando questi principi, è plausibile sostenere che ai sensi dell'art. 2 Cedu in capo agli Stati sussiste l'*obbligo* di sanzionare *penalmente* i terzi che contribuiscono all'attuazione di scelte di morire *non autenticamente libere e informate*.

3.2.3.6. La normativa di risulta a seguito del *referendum* come banco di prova del concreto assetto di disciplina richiesto per soddisfare lo standard minimo di tutela della vita.

Assumendo che proprio quello appena enucleato dalle decisioni della Corte edu sia il livello minimo di tutela da assicurare al bene vita, è interessante provare a proiettarlo sull'ordinamento italiano, con riguardo al quadro normativo che si sarebbe venuto a creare in caso di esito positivo del referendum sull'omicidio del consenziente.

²³⁶ Espressamente in tal senso a partire da Corte EDU, sent. 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, § 115.

²³⁷ Per una panoramica di sintesi cfr. S. ZIRULIA, sub *Art. 2 Cedu*, in G. Uberris – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, p. 52-53.

Si è visto che, abrogata *in toto* la fattispecie incriminatrice di cui al comma 1 dell'art. 579, il consenso della persona alla propria uccisione sarebbe sempre in grado di determinare la liceità del fatto, salvo che ricorrano le ipotesi predefinite di "invalidità" di cui al comma 3 (minore età, infermità di mente, violenza minaccia inganno).

Anche prima della decisione della Corte era ragionevole nutrire più di un dubbio circa l'adeguatezza di un simile assetto normativo.

A questo proposito, per difendere l'ammissibilità del referendum si è sostenuto che la norma generale sull'omicidio comune e la clausola di rinvio di cui al comma 3 avrebbero delineato una disciplina sufficiente per garantire l'effettività della tutela penale nei confronti delle categorie soggettive connotate da maggiore vulnerabilità, corrispondenti ai casi contemplati dai n. 1)-3) del medesimo comma, scongiurando così contributi attuativi di decisioni di morire non autentiche²³⁸.

Per giungere a tale conclusione potrebbero sfruttarsi anche alcune nozioni dal contenuto aperto menzionate nella disposizione in esame²³⁹.

La «deficienza psichica» di cui al n. 2), per l'assenza di requisiti quantitativi e per l'ampia formulazione normativa, si presta a considerare anche ipotesi ulteriori rispetto a quelle che incidono sulla imputabilità ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p.: non solo potrebbero rilevare alterazioni delle facoltà mentali prive di collocazione nosografica – requisito che le Sezioni unite hanno ormai notoriamente espunto anche dal giudizio di imputabilità –, ma sarebbe ipotizzabile prescindere dal carattere di gravità del *deficit*, e, secondo una certa tesi, persino da una accertata base organica (potendo inficiare il consenso anche una debolezza costituzionale delle facoltà di critica e volizione o una condizione di facile suggestionabilità).

A queste si sommano le possibilità espansive offerte dal concetto di «suggestione» di cui al n. 3), che nella sua atecnicità rispetto ai tradizionali vizi

²³⁸ Questa la tesi sostenuta dal comitato promotore nelle memorie presentate in sede di giudizio di ammissibilità davanti alla Corte costituzionale; in dottrina confidavano su tale prospettiva PADOVANI T., *Riflessioni penalistiche*, cit., in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, p. 27; D'AMICO M. – BISSARO S., *Il referendum sull'art. 579, tra (presunti) obblighi di penalizzazione ed esigenze di protezione delle persone più fragili*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 105

²³⁹ Per il dibattito interpretativo tradizionale sulle nozioni esaminate di seguito sia consentito rinviare a LAZZERI F., *Art. 579*, in Dolcini E. – Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., ed. 2021, p. 911 (sul termine "suggestione") e 912 (a proposito della "deficienza psichica").

del consenso potrebbe coprire ogni condizionamento esterno attuato attraverso forme anche blande di pressione psicologica.

Tali dati normativi, poi, secondo questa tesi, dovrebbero essere coordinati con l'atteggiamento che la giurisprudenza penale, «guardinga e circospetta»²⁴⁰, ha storicamente mostrato elaborando in autonomia uno standard assai elevato per verificare la sussistenza del "consenso" già ai sensi del comma 1 – come dimostrerebbe, nei fatti, l'assenza di applicazioni concrete della fattispecie di omicidio del consenziente, a tutto vantaggio del delitto di omicidio comune²⁴¹.

Ci sembra, tuttavia, che prevalgano gli argomenti a riprova dell'inidoneità del comma 3 dell'art. 579 a soddisfare lo standard minimo di tutela della vita.

Valutata alla stregua di tale obiettivo, infatti, la norma presenta vari difetti.

Anzitutto, contribuisce a definire solo *in negativo* il consenso autentico (che in futuro dovrà segnare il discrimine tra la rilevanza penale e la liceità del fatto).

Inoltre, le ipotesi contemplate sono tutte o quasi "casi facili", in cui il consenso è viziato in modo conclamato oppure intrinsecamente invalido, per una condizione strutturale di debolezza.

Le "clausole aperte" in essa contenute – «deficienza psichica» e «suggestione» – sono poi tanto ampie e dilatabili da risultare potenzialmente indeterminate, rendendo concreto il rischio di una estrema variabilità delle interpretazioni giurisprudenziali, tantopiù censurabile quando è il gioco il confine tra lecito e illecito.

La norma non aiuta a definire *in positivo* gli elementi che caratterizzano la corretta formazione di un volere "libero e consapevole" della persona, specialmente nei casi dubbi.

Il consenso della persona adulta, sana di mente ma vulnerabile – nell'esempio indicato della Corte costituzionale nell'ord. 207, l'anziano affetto da una o più patologie organiche che ormai vive in solitudine – probabilmente non sarebbe "invalido" ai sensi della clausola di riserva in esame, ma questo non darebbe automaticamente garanzie sul rispetto delle condizioni richieste dalla Corte edu.

²⁴⁰ PADOVANI T., *Riflessioni penalistiche*, cit., in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 27.

²⁴¹ Tale notazione, poi ampiamente ripresa dai commentatori, si deve originariamente a PADOVANI T., *Riflessioni penalistiche*, cit., in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 28.

D'altra parte, la vulnerabilità, specie se destinata a risolversi nel difetto di libertà e consapevolezza della scelta, è una condizione da accertare in concreto, e sarebbe comunque difficile incasellarla entro categorie predeterminate in astratto.

Accontentarsi della rete di protezione a maglie larghe data dall'art. 579 comma 3 significa dunque, con alta probabilità, affidarsi a una disciplina che, già in astratto, non tutela a sufficienza il diritto alla vita.

La valutazione di vulnerabilità – e, specularmente, quella di “libertà e consapevolezza” del volere – richiedono un accertamento più penetrante e globale, che possa valutare, come detto, non solo l'astratta capacità di autodeterminazione del soggetto, ma anche il rapporto tra questi e la decisione assunta, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto²⁴².

Ma vi è più. Non deve dimenticarsi che, alla luce delle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte edu, la rilevanza della volontà autolesiva della persona presuppone – ai fini del rispetto dell'art. 2 – che la sua autenticità sia accertata attraverso un'apposita procedura. Ma niente di simile è richiesto dall'art. 579, né dalla giurisprudenza che sinora si è trovata di fronte al compito di verificare la “validità” del consenso (probabilmente anche perché da tale valutazione non dipendeva la liceità del fatto, ma l'applicabilità di due fattispecie incriminatrici tra loro alternative).

A tal fine, era stata prospettata²⁴³ la possibilità di estendere in via interpretativa la “procedura medicalizzata” per l'acquisizione del consenso informato di cui alla l. n. 219/2017 (v. Capitolo I), che la stessa Corte

²⁴² Per questo, condividendone la premessa – ossia l'opportunità di definire la vulnerabilità «in relazione a specifiche condizioni personali considerate idonee a diminuire la capacità di compiere scelte libere e consapevoli» –, si può forse convenire con la tesi di BRESCIANI F.P., *Chi sono i “vulnerabili” che l'art. 579 c.p. deve proteggere?*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 45 ss., secondo cui l'abrogazione del divieto assoluto di omicidio del consenziente avrebbe l'effetto di rendere «più concreta» la nozione di vulnerabilità alla base della norma incriminatrice; ma resta il forte sospetto, parafrasando, che tale nozione non sia *sufficientemente concreta* per rispettare l'obbligo (costituzionale o convenzionale) di tutela qui in esame.

²⁴³ In questo senso ancora una volta si era espresso il comitato promotore del referendum nelle memorie in vista dell'udienza davanti alla Corte costituzionale. Avevamo cercato di sostenere tale tesi, pur consapevoli dei suoi punti di debolezza, in LAZZERI F., *Il pendio verso l'ammissibilità del referendum sull'eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, in AA.VV., *Il referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., p. 66-67. Argomenti in questa direzione erano stati spesi anche da PISU A., *Riflessioni civilistiche sul referendum per l'eutanasia legale*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 176-177, propensa a ritenere la l. 219 «una cornice di regole operative che possono adattarsi a tutte le procedure mediche di fine vita», anche, dunque, di aiuto a morire.

costituzionale ha richiamato ai fini dell'accertamento delle condizioni di liceità dell'aiuto al suicidio.

In effetti, crediamo che affermare l'applicabilità della procedura in questione anche ai casi di morte medicalmente assistita non avrebbe implicato necessariamente un'attività creativa: avrebbe significato piuttosto valorizzare, tramite interpretazione sistematica, l'intrinseca vocazione espansiva della l. 219, come testo normativo in grado di disciplinare, sul piano sostanziale e procedurale, la manifestazione del consenso – almeno – in tutti i rapporti medico-paziente o che involgono comunque trattamenti a contenuto medico-sanitario (in senso lato). È vero, tuttavia, che il problema sarebbe rimasto insoluto rispetto ai fatti di omicidio del consenziente posti in essere – come pure astrattamente lecito, in caso di approvazione del referendum – al di fuori di un contesto eutanasi, i quali sarebbero così risultati sprovvisti di adeguate garanzie procedurali (salvo ipotizzare una analogia a quel punto *in malam partem*). Certamente tale estensione, anche ove consentita, sarebbe stata demandata del tutto all'applicazione giurisprudenziale, con le relative incertezze²⁴⁴.

In ogni caso, è evidente che la radicalità dell'apertura agli spazi di liceità prospettata dal quesito referendario avrebbe imposto alla Corte costituzionale di prendere espressamente posizione sui requisiti sostanziali e procedurali che deve rispettare una disciplina nazionale che offra una tutela minima della vita, in ottica costituzionale e convenzionale.

Oltre a dare risposta diretta alle questioni sollevate dal quesito referendario con specifico riguardo all'abrogazione dell'art. 579, la decisione della Corte costituzionale si preannunciava importante anche per chiarire aspetti rimasti in ombra nelle pronunce sull'art. 580 c.p.

Infatti, è un dato pacifico che le condizioni sostanziali e procedurali della liceità dell'aiuto al suicidio siano senz'altro sufficienti per rispettare lo standard minimo di tutela desumibile dalla giurisprudenza convenzionale. Questo è coerente con la riflessione, più volte ribadita, per cui l'intervento della Corte è stato ispirato a un approccio di cauta e parziale apertura ai valori

²⁴⁴ Sottolineava, poco fiducioso, tale aspetto GENTILE G., *Il referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 127-128.

dell'autodeterminazione, erodendo – in corrispondenza di una limitata classe di fattispecie – l'assolutezza del divieto codicistico: la barriera penalistica, in parte scalfita, è però lungi dall'essere demolita²⁴⁵.

Diventa allora interessante domandarsi, alla luce delle riflessioni precedenti, quale o quali tra le condizioni di non punibilità previste assicurino la conformità ai parametri convenzionali. La malattia irreversibile? La sofferenza intollerabile? La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale?

Alla luce della ricognizione svolta sin qui, saremmo propensi a escluderlo. Il fatto che l'aiuto al suicidio sia lecito in casi del genere può rivelare informazioni sul fondamento sostanziale del diritto del paziente (nell'alternativa tra diritto ad autodeterminarsi nelle cure, diritto a non soffrire o diritto alla dignità nel morire: v. *supra*) e su alcune direttrici di politica del diritto perseguite discrezionalmente dal legislatore nella configurare una disciplina dei fatti di aiuto a morire differenziata rispetto al rifiuto di cure (v. *infra*); ma – questo il punto ora rilevante – non sembrano quelli indicati presupposti essenziali per garantire la soglia minima di tutela della vita umana.

Il requisito veramente decisivo pare invece quello di cui alla lett. d), ossia la presenza di una volontà "libera e consapevole", supportato dalle garanzie procedurali (ma anche sostanziali) offerte dalla procedura delineata dalla Corte a partire dalla disciplina della l. 219.

Da un lato, si è già visto che il requisito *sub* d) assume un significato pregnante, non limitato alla presenza della capacità di intendere e di volere e all'assenza di vizi del consenso, in quanto volto a esprimere l'esigenza che la scelta sia riferibile a un autentico esercizio di autodeterminazione informata dell'interessato.

Dall'altro lato, come si è cercato di dimostrare, libertà e consapevolezza della scelta sono caratteristiche che dovrebbero poter sussistere ed essere accertate a prescindere dalle condizioni di salute della persona, sicché la necessità della loro ricorrenza non dovrebbe implicare la compresenza di altri requisiti oggettivi²⁴⁶.

²⁴⁵ Come chiarisce PADOVANI T., *Riflessioni penalistiche*, cit., in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 24, è tutto da dimostrare «che l'art. 580 c.p., così come ridelineato dalla Corte costituzionale, sia divenuto un baluardo invalicabile».

²⁴⁶ Per la tesi, più volte citata, secondo cui i requisiti oggettivi di cui alle lett. a), b) e – soprattutto – c) sarebbero giustificabili in quanto garanzie della possibilità di concreto accertamento della

Infine, la natura individuale e concreta del giudizio postulato dal requisito in questione esige poi una verifica caso per caso che la Corte costituzionale ha affidato, con alcune integrazioni, alla disciplina di cui all'art. 1 della l. 219: in questo modo è stata soddisfatta anche l'ulteriore condizione, di natura procedurale, pretesa dalla Corte ed ai fini del rispetto del diritto alla vita. Del resto, la procedura di cui alla l. 219, come evidenziato nel Capitolo I, non solo consente un accertamento preventivo dell'autenticità di una scelta per sua natura irreparabile, ma contribuisce anche alla corretta formazione del volere della persona.

Al netto del giudizio sull'ammissibilità del *referendum*, la pronuncia della Corte costituzionale sembrava quindi l'occasione per ottenere finalmente chiarimenti su due punti essenziali nell'ambito del terreno più generale dell'aiuto a morire: da un lato, il carattere autosufficiente della volontà libera e consapevole dell'interessato come presupposto di liceità dell'aiuto a morire; dall'altro, la natura indefettibile di una procedura di accertamento *ex ante* e in concreto, e, in particolare, l'idoneità della specifica procedura di cui alla l. 219 a svolgere tale funzione²⁴⁷.

3.2.3.7. La sentenza della Corte costituzionale sull'ammissibilità del *referendum*.

Con la recente sentenza n. 50 del 2022²⁴⁸, la Corte costituzionale si è infine

autenticità del volere, cfr. S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Bologna, 2021, 33 ss.

²⁴⁷ Il che non è scontato: ritiene la procedura delineata dalla l. 219 «insufficiente quando si tratti di casi seri di rifiuto delle cure e ancor più carente quando si sia in presenza di richiesta di aiuto al suicidio» ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio*, cit., p. 10-11. In effetti, a ben vedere, la l. 219 detta in punto di procedura una disciplina minimale, articolata in un numero limitato di passaggi. Basta mettere a confronto i pochi commi che la compongono con i numerosi e dettagliati articoli della recente legge spagnola che regola l'eutanasia attiva in tutte le sue forme: ad esempio, non è prevista la necessità di reiterare il consenso in più occasioni a distanza di tempo l'una dall'altra, né la pluralità di colloqui, né la consultazione di medici terzi.

²⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. 2 marzo 2022 (ud. 15 febbraio 2022), n. 50, Pres. Amato, red. Modugno. Tra i primi commenti cfr. RUGGERI A., *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale*, in *dirittifondamentali.it*, 22 marzo 2022, 1/2022, p. 464 ss.; D'ANDREA R., *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sist. pen.*, 1 aprile 2022.

pronunciata sul quesito referendario per l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., dichiarandolo inammissibile.

Il motivo portante dell'inammissibilità è stato individuato, come reso noto fin dal comunicato stampa diffuso all'esito della camera di consiglio, nell'intollerabile vuoto di tutela del diritto alla vita che si sarebbe determinato in caso di approvazione del *referendum*.

Per giungere a tale conclusione, la Corte ha anzitutto dato risalto all'ampiezza dell'area di liceità conseguente all'abrogazione della fattispecie di cui al comma 1, non solo precisando che la condotta di omicidio del consenziente avrebbe conservato rilevanza penale nelle sole ipotesi tassative di cui al comma 3, ma anche prospettando un vasto campionario di situazioni che sarebbero sottratte alla sfera dell'illecito: la disciplina di risulta avrebbe escluso il ricorso alla pena a prescindere dalle condizioni di salute dell'interessato e dai motivi della sua scelta, così come dalle qualità del soggetto attivo, dalle ragioni che lo spingono ad agire e dai mezzi con cui questi procura la morte. Il risultato sarebbe quello, ha avvertito la Corte, di rendere lecito l'omicidio del consenziente ben oltre il contesto "eutanasico" dei casi riguardanti persone affette da malattie gravi e incurabili²⁴⁹.

Questa amplissima, quasi totale "liberalizzazione" del fatto si contrappone però con il riconoscimento espresso all'art. 579, da parte della Corte, del carattere di norma «costituzionalmente necessaria»: a tale categoria devono ricondursi in particolare, alla luce della giurisprudenza costituzionale, le disposizioni che «non possono essere puramente e semplicemente abrogate», perché ciò priverebbe di una tutela minima legislativa un diritto fondamentale della persona o altri valori costituzionalmente rilevanti – ad esempio perché tale tutela, nell'ipotesi di una pluralità di interessi coinvolti, necessita un bilanciamento che l'abrogazione referendaria farebbe venire meno²⁵⁰.

Su queste premesse, la Corte ha quindi svolto alcune rilevanti considerazioni sulla funzione svolta dall'art. 579 in relazione al bene vita. Richiamando quanto osservato nelle pronunce sull'art. 580 – a conferma della sostanziale contiguità tra le due fattispecie –, la sentenza ha ribadito che

²⁴⁹ Cfr. Corte cost., sent. 50/2022, cit., § 3.2 del "considerato in diritto".

²⁵⁰ Cfr. Corte cost., sent. 50/2022, cit., § 5.1 del "considerato in diritto".

nell'ordinamento costituzionale la vita «si colloca in posizione apicale», in quanto primo dei diritti inviolabili dell'uomo, e che in ragione di ciò la *ratio* moderna di entrambe le norme incriminatrici in esame può essere legittimamente ricondotta a una finalità di tutela di tale bene in quanto tale, a prescindere da interessi superindividuali²⁵¹.

A questo punto, in un passaggio centrale ai fini della decisione e del presente lavoro, la Corte ha precisato che tale esigenza di tutela sussiste anche in presenza di richieste di morte «pur validamente espresse» e rispetto a ogni individuo, «non soltanto» con riguardo alle persone più fragili e vulnerabili, perché è sempre giustificata dall'interesse a che la vita venga protetta da decisioni autodistruttive che, per le ragioni più varie, siano «non sufficientemente meditate»²⁵².

D'altra parte – la sentenza ha aggiunto subito dopo – evocare l'autodeterminazione individuale non può ritenersi di per sé sufficiente, dato il rischio che, al di là delle affermazioni di principio, il suo esercizio concreto sia condizionato da fattori perturbanti. Per questo non sarebbe possibile ammettere che la libertà di autodeterminazione prevalga «incondizionatamente» sulla finalità di tutela della vita umana, «risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una tutela minima» a tale bene.

Secondo la Corte, dunque, l'abrogazione dell'art. 579 nei termini prospettati dal *referendum* avrebbe risolto il conflitto tra i due interessi in gioco – autodeterminazione e bene vita – a tutto vantaggio del primo, frustrando invece le istanze di protezione del secondo.

La Corte ha ritenuto che questa conclusione non potesse essere sovvertita da quelli che costituivano i due principali argomenti adottati dai sostenitori dell'ammissibilità del quesito (dei quali cui si è dato conto *supra*).

È stata rigettata la tesi più radicale, patrocinata soprattutto dai promotori, secondo cui la disciplina di risulta, e in particolare la persistente vigenza del comma 3 dell'art. 579, avrebbe comunque offerto una adeguata garanzia alle istanze di tutela del bene vita dei soggetti più vulnerabili, minacciando la

²⁵¹ Cfr. Corte cost., sent. 50/2022, cit., § 5.2 del “considerato in diritto”.

²⁵² Cfr. Corte cost., sent. 50/2022, cit., § 5.3 del “considerato in diritto”.

sanzione penale in tutti i casi in cui il consenso fosse ritenuto invalido (anche alla luce dello standard rigoroso elaborato sul punto dalla giurisprudenza).

Contro questa lettura la sentenza ha rilevato che le condizioni di vulnerabilità «non si esauriscono» in quelle descritte (sia pure con formule ampie) dal citato comma 3, ma possono derivare da «fattori di varia natura (non solo di salute fisica, ma anche affettivi, familiari, sociali o economici)»; e in ogni caso non sarebbe sufficiente offrire tutela alle sole persone vulnerabili, coerentemente con l'assunto per cui l'esigenza di scongiurare scelte autodistruttive non meditate «va oltre» tale categoria²⁵³.

Neppure è stata ritenuta persuasiva la possibilità di recuperare una forma di tutela minima del bene vita tramite un rinvio alla disciplina in materia di acquisizione del consenso informato di cui alla l. 219/2017. Ciò si scontrerebbe, in particolare, con la già evidenziata ampiezza delle ipotesi che l'abrogazione referendaria farebbe uscire dall'area del penalmente illecito: non vi sarebbe motivo, per fatti non necessariamente connotati da un contesto medico, di subordinare l'esonero da responsabilità al rispetto di una procedura prevista dalla legge per la manifestazione del consenso o del dissenso rispetto a trattamenti di natura sanitaria²⁵⁴.

3.2.3.8. (segue) Le persistenti ambiguità sui confini del bilanciamento tra vita e autodeterminazione nelle ipotesi di aiuto a morire.

A prescindere dalla soluzione al caso specifico, la sentenza della Corte costituzionale riveste qui un indubbio interesse per le indicazioni che se ne possono ricavare circa la *ratio* e la portata di limiti all'esercizio dell'autodeterminazione individuale sotto forma di richiesta di aiuto a morire.

Da questo punto di vista, ci sembra che la Corte abbia preso una posizione espressa solo su alcuni degli aspetti che in questa sede avevamo evidenziato come decisivi, fornendo indicazioni che se da un lato possono rappresentare

²⁵³ Cfr. Corte cost., sent. 50/2022, cit., § 5.4. del "considerato in diritto".

²⁵⁴ Cfr. Corte cost., sent. 50/2022, cit., § 3.3 del "considerato in diritto".

utili spunti in chiave ricostruttiva dall'altro presentano profili ambigui, che potrebbero anche preludere a sviluppi non condivisibili.

Affermando espressamente che le fattispecie incriminatrici rilevanti proteggono anche, ma non solo, la vita delle persone vulnerabili, viene chiarito uno dei profili sistematici rimasti in ombra nelle pronunce in materia di aiuto al suicidio.

Ferma questa premessa, la giustificazione del ricorso alla pena non può quindi essere limitata alla necessità di tutelare particolari situazioni di fragilità, ma deve essere calibrata in una prospettiva generale, valida anche per i soggetti né deboli né vulnerabili.

L'indicazione che ci sembra di poter trarre dalla sentenza è che lo scopo legittimo della pena – l'unico, per quanto risulta dalle parole della Corte – sia quello di impedire «scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate».

È un'affermazione preziosa, perché insieme a segnare la *ratio* dell'intervento penale in materia sembra fissarne anche il limite.

Da un lato, la decisione conferma quanto già si poteva ricavare dalle pieghe delle motivazioni dell'ordinanza sull'art. 580 in ordine al rapporto tra vita e autodeterminazione. Una tutela penale è necessaria per prevenire e reprimere forme di lesione del bene vita in quanto tale, sul presupposto che esse si siano realizzate senza una autentica volontà del titolare del bene protetto.

Ma al tempo stesso, se la preoccupazione – come pare – è che non siano prese decisioni “non meditate”, tale tutela dovrebbe essere soddisfatta dalla previsione di una disciplina in grado di assicurare che la scelta di morire sia presa in modo libero e consapevole. Il che appunto coincide, come si è cercato di dimostrare, con lo standard ritenuto necessario, ma anche *sufficiente*, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ciò imporrebbe con tutta probabilità l'introduzione di un procedimento di accertamento del volere scandito in più fasi e con l'intervento di più soggetti: una procedimentalizzazione “sostanziale”, più articolata nei passaggi e più ricca di garanzie, quindi, rispetto alla procedimentalizzazione “formale” oggi offerta dalla l. 219.

Ma al netto di questo aspetto, se lo scopo della tutela penale è quello

sancito dalla Corte, occorre prendere atto che l'area dell'incriminazione dell'art. 579 nella sua versione vigente è affetta da sovraestensione.

Evocare, come fa la Corte, la necessità di un bilanciamento tra i due interessi contrapposti nel caso specifico è funzionale a dichiarare inammissibile il *referendum*, sul presupposto che la disciplina di risulta non avrebbe offerto garanzie adeguate; ma al tempo stesso mette in luce come l'assetto attuale non operi alcun contemperamento, riconoscendo indiscriminata prevalenza alle esigenze di tutela della vita²⁵⁵.

Né pare convincente, come accade nella motivazione, parlare di una «incidenza limitata» delle istanze di autodeterminazione per il fatto che il consenso della persona determina una mitigazione sanzionatoria rispetto all'omicidio comune.

Un reale bilanciamento tra i due interessi in gioco dovrebbe riguardare l'alternativa tra liceità e illiceità del fatto, e su questo piano si riscontra invece un divieto penale assoluto: ai fini dell'esonero da responsabilità l'autodeterminazione non ha alcuna rilevanza, anche qualora si provi che la richiesta dell'interessato fosse frutto di una scelta meditata, libera e consapevole e dunque non sussista – in base alle coordinate fissate dalla Corte – alcun controinteresse apprezzabile. L'art. 579 presenta quindi, tantopiù alla luce di questa decisione, profili di illegittimità del tutto analoghi a quelli che inficiavano l'art. 580 prima della declaratoria di incostituzionalità.

La questione cruciale dovrebbe essere, allora, individuare gli estremi entro cui si può muovere la discrezionalità del legislatore nel fissare un (nuovo) bilanciamento costituzionalmente legittimo.

È proprio questa la questione che la Corte sostanzialmente ancora una volta elude, e i pochi spunti che si possono trarre dalle motivazioni lasciano potenziale spazio a interpretazioni contraddittorie.

Certo la sentenza è stata quantomeno l'occasione per escludere definitivamente l'opzione “zero” che considera sufficiente il nudo consenso (valido)²⁵⁶; altrettanto vero che la Corte si è premurata di precisare che

²⁵⁵ Nello stesso senso i rilievi di D'ANDREA R., *Inammissibile il quesito*, cit., par. 3.

²⁵⁶ Sostiene in realtà D'ANDREA R., *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente*, cit., par. 3-4, che proprio l'abrogazione del comma 1 avrebbe realizzato quel bilanciamento tra vita e autodeterminazione attualmente negato dal divieto assoluto vigente, e che pertanto sarebbe contraddittoria la decisione della Corte di dichiarare inammissibile il quesito sul presupposto

qualificare la norma incriminatrice di cui all'art. 579 come "costituzionalmente necessaria" non implichi anche che la stessa abbia anche "contenuto costituzionalmente vincolante", così aprendo in maniera esplicita alla possibilità di un intervento del legislatore che riduca l'area del penalmente rilevante²⁵⁷.

Tuttavia, oltre questi punti – che possiamo considerare minimali – la Corte non si è spinta.

In particolare, non è chiaro se l'inadeguatezza della disciplina di risulta sarebbe derivata (oltre che dalla non esaustività delle situazioni di vulnerabilità descritte dal comma 3) dall'insufficienza dello standard pretorio richiesto per la validità del consenso, oppure dal fatto stesso che tale standard fosse demandato alla fonte giurisprudenziale, anziché al legislatore parlamentare.

Ancora – ed è questo il punto a nostro avviso centrale – non è dato comprendere se, al di là del richiamo alla l. 219, la sola presenza di una disciplina procedimentalizzata di acquisizione e verifica del consenso sarebbe sufficiente per garantire la compatibilità costituzionale della liceità dell'aiuto a morire: la *ratio* della tutela penale enucleata dalla Corte stessa – contrastare scelte autodistruttive "non meditate" – porterebbe in questa direzione, ma la risposta positiva è il frutto di un'opera di interpretazione che non trova alcun appiglio esplicito nella sentenza.

Anzi, alcuni passaggi delle motivazioni sembrano deporre in senso contrario, implicando che agli occhi della Corte le condizioni di liceità

che, in caso di approvazione, la prevalenza dell'autodeterminazione sarebbe stata "indiscriminata". Ora, è vero che la disciplina di risulta non rappresenta davvero il grado "zero" di tutela della vita (nessuno, d'altra parte, ha mai ipotizzato arretramenti ancora maggiori della sanzione penale), ma il senso della decisione della Corte costituzionale è che tale disciplina sarebbe stata comunque *insufficiente* rispetto alla soglia *minima* richiesta. Questa è la valutazione decisiva, che poi può essere contestata sul piano del metodo e del merito. Su quello del metodo, ritenere che la Corte abbia compiuto un giudizio anticipato di legittimità significa rimettere in discussione il filtro di ammissibilità costituito dalla natura "costituzionalmente necessaria" della norma soggetta a *referendum*, che qui diamo per acquisito. Su quello del merito, l'obiezione mossa dall'Autore fa nuovamente capo alle garanzie offerte dal comma 3 dell'art. 579, che tuttavia – per le ragioni già viste – non ci sembrano sufficienti per assicurare *sul piano normativo*, e non solo in via di fatto o tramite interpretazione giurisprudenziale, la finalità di tutela di (tutte) le persone vulnerabili. Il problema è che, come diremo subito nel testo, le motivazioni della Corte sul punto appaiono ancora una volta carenti, al limite dell'apodittico.

²⁵⁷ Cfr. Corte cost., sent. 50/2022, cit., § 5.3 del "considerato in diritto", ove si chiarisce che la norma incriminatrice vigente «non [è] l'unica disciplina della materia compatibile con il rilievo costituzionale della vita umana».

dovrebbero essere fissate in termini più restrittivi. Tale impressione deriva dalla insistenza con cui la Corte stigmatizza la circostanza che, in caso di abrogazione referendaria, l'esonero da responsabilità sarebbe stato riconosciuto in maniera indiscriminata, disancorato da qualsiasi presupposto sostanziale legato alle modalità della condotta o alle condizioni di autore e interessato; il fatto poi che tale scenario venga espressamente contrapposto a fattispecie connotate dall'uccisione, su sua richiesta, di una persona «affetta da malattie gravi e irreversibili» può istillare l'idea che queste e soltanto queste siano le situazioni in presenza delle quali – secondo la Corte – sarebbe legittima la prevalenza dell'autodeterminazione e la decriminalizzazione dell'omicidio del consenziente.

Il silenzio serbato sui contenuti minimi concretamente richiesti a una disciplina conforme a Costituzione si trasforma così in ambiguità. Il timore è che in questa alcuni interpreti, già fautori di tale prospettiva²⁵⁸, possano leggere una indiretta conferma del fatto che le uniche condizioni sostanziali di liceità dell'aiuto a morire ammesse dall'ordinamento siano quelle già individuate dalla Corte nella decisione sull'art. 580 c.p., così erigendo un ostacolo insormontabile ai futuri tentativi (eventualmente anche ad opera del legislatore) di far guadagnare terreno alle istanze di autodeterminazione nelle scelte di fine vita. Tentativi che a nostro avviso, invece, non troverebbero ostacoli se mantenuti nei limiti, assai comprensivi, tracciati dalla giurisprudenza della Corte edu.

4. Le resistenze all'adozione di un modello disponibilista puro per l'aiuto a morire e le ragioni di un trattamento differenziato rispetto al rifiuto di cure.

A questo punto ci si potrebbe chiedere perché, a monte, si debba delineare per le ipotesi di aiuto a morire un bilanciamento diverso da quello già previsto dal legislatore per il rifiuto di cure.

²⁵⁸ Si è già visto che una tesi del genere affiora nei contributi (anteriori alla decisione della Corte sul referendum) di D'ALOIA A., *Qualche dubbio*, cit., in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 94; EUSEBI L., *Il suicidio assistito*, cit., p. 196.

Anche dopo la recente decisione della Corte costituzionale sul *referendum*, l'opinione di chi scrive è che, per quanto visto, una valida manifestazione di volontà della persona, corredata di adeguate garanzie procedurali, potrebbe legittimamente considerarsi condizione sufficiente per la liceità dell'aiuto a morire.

Da un lato, infatti, verso tale conclusione depongono la piena valorizzazione delle istanze di autodeterminazione – che rendono la persona sovrana rispetto alla scelta su quando e come morire – e il principio della dignità umana declinato in senso soggettivo – che riserva all'individuo, senza sostituzioni o intromissioni di terzi, il giudizio circa il valore della propria vita e la sua tollerabilità. Si è infatti visto che la naturale espansione dei diritti fondamentali della persona dovrebbe portare a generalizzare il riconoscimento delle richieste di morire provenienti da un soggetto capace di decisioni informate e libero da condizionamenti socialmente anomali, a prescindere – in particolare – dalle condizioni di salute e dai motivi che ispirano la scelta.

Dall'altro lato, a un simile assetto non sembra contrapporsi alcun controinteresse rilevante, se è vero che, come si è cercato di dimostrare, la soglia minima di tutela del bene vita sarebbe rispettata garantendo, anche attraverso un'adeguata procedura di verifica, che la scelta di morire sia assunta in modo libero e consapevole.

Un modello del genere, improntato alla esclusiva rilevanza della volontà del singolo, è del resto già accolto e regolato dall'ordinamento con riferimento alle fattispecie in cui la morte consegue al rifiuto di trattamenti salvavita (al suo statuto si è dedicato il Capitolo I).

Nel percorso sin qui compiuto, non è stato possibile rinvenire giustificazioni che valgano a rendere "necessari" i limiti, di matrice eteronoma, posti alla rilevanza della volontà individuale nei diversi casi di aiuto a morire – come detto, né sul piano dei diritti della persona né quello, antagonista, delle finalità di tutela della vita.

Ora, che una disciplina simile a quella conosciuta per il rifiuto di cure non sia del tutto inconcepibile anche sul piano giuridico, oltre che filosofico e bioetico, è l'insegnamento immediato che può ricavarsi dalla decisione del 2020 con cui la Corte costituzionale tedesca ha dichiarato illegittima la norma del codice penale che incriminava l'aiuto al suicidio prestato in forma

“commerciale”²⁵⁹: riconoscendo l’esistenza di un “diritto alla morte autodeterminata” – fondato sul principio della intangibilità dignità umana e sul diritto al libero sviluppo della personalità – la Corte ha ritenuto che tale posizione soggettiva non possa essere circoscritta a una certa condizione di salute (una malattia incurabile o anche solo grave), a una certa fase della vita e nemmeno alla verifica dell’accettabilità dei motivi che stanno alla base di un simile gesto²⁶⁰, e che, al contempo, tale libertà si estende anche alla ricerca e alla prestazione di assistenza al suicidio da parte di terzi²⁶¹.

Nondimeno, pur con questa rilevante eccezione, un rapido esame²⁶² delle legislazioni degli Stati che ammettono in varie forme e in diversa misura procedure di aiuto a morire rivela una costante: la volontà non rileva mai da sola, ma è affiancata da presupposti (e dunque limiti) ulteriori. In particolare, risultano pressoché onnipresenti i requisiti della irreversibilità della malattia e

²⁵⁹ Cfr. Bundesverfassungsgericht, sent. 26 febbraio 2020, consultabile sul sito della Corte tedesca anche in una traduzione ufficiale in lingua inglese (cui si è fatto riferimento per le note di rinvio che seguono). La sentenza (dei cui contenuti abbiamo fornito una prima sintesi, sulla base del dettaglio comunicato stampa, in *Sist. pen.*, 28 febbraio 2020) è stata oggetto di vivo interesse da parte della dottrina italiana, sempre in chiave sinottica con la doppia pronuncia della nostra Corte costituzionale nazionale, con commenti variabili dall’aperto apprezzamento alla critica severa: tra i principali contributi che trattano il tema cfr., in ordine cronologico, EUSEBI L., *Moriremo di autodeterminazione?*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, p. 59 ss.; MANNA A., *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *disCrimen*, 26 maggio 2020; RISICATO L., *La Consulta e il suicidio assistito*, cit., p. 10 ss.; NAPPI A., *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in *Leg. pen.*, 16 marzo 2020, p. 14 ss.; FORNASARI G., *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell’aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sist. pen.*, 11 giugno 2020; ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio*, cit., p. 8 ss.; RECCHIA N., *Il suicidio medicalmente assistito*, cit., p. 63 ss.; ROMANO M., *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1/2021, p. 33 ss.; cfr. da ultimo anche l’approfondimento di CANESTRARI S., *Ferite dell’anima e corpi prigionieri*, cit., p. 19 ss.

²⁶⁰ Cfr. Bundesverfassungsgericht, sent. 26 febbraio 2020, par. 210

²⁶¹ Cfr. Bundesverfassungsgericht, sent. 26 febbraio 2020, par. 211-212.

²⁶² Non rientra in questo studio un approfondimento delle legislazioni straniere in materia di fine vita. Per le considerazioni che seguono abbiamo fatto riferimento alle ricognizioni già svolte da DONINI M., *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 20 ss.; GOISIS L., *Riflessioni comparatistiche in tema di eutanasia e aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2019, p. 1085 ss.; si vedano anche i contributi che compongono la Sezione I del volume a cura di FORNASARI G., PICOTTI L., VINCIGUERRA S., *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova University Press, 2019. A tale panorama deve ora aggiungersi quantomeno la recente legge spagnola in materia di eutanasia, su cui sia consentito rinviare, per un quadro di sintesi, a LAZZERI F., *Dum Romae* (non) *consulitur*, cit.

della sofferenza intollerabile^{263,264}.

Resta dunque, sotto entrambi questi aspetti, una netta differenza rispetto alle condizioni che si ritengono sufficienti, anche a livello internazionale, per la liceità delle condotte attuative del rifiuto di cure da parte dell'interessato.

Un ulteriore disallineamento²⁶⁵, che non attiene alla liceità, ma che risulta bisognoso di spiegazione – specie nella prospettiva argomentativa fatta propria dalla Corte costituzionale italiana, strettamente dipendente da un canone di ragionevolezza –, concerne l'espreso riconoscimento di una facoltà di obiezione di coscienza per il personale sanitario richiesto di una prestazione di aiuto a morire²⁶⁶, non prevista invece in caso di rifiuto dei trattamenti.

Le considerazioni svolte sinora dimostrano, ci sembra, che il trattamento differenziato tra le due categorie di condotte non è necessariamente imposto da principi sovraordinati, di matrice costituzionale o convenzionale.

La scelta di subordinare la liceità dell'aiuto a morire – suicidio assistito e omicidio del consenziente – soltanto a determinate circostanze oggettive, estranee alla volontà individuale, può allora spiegarsi soltanto come frutto di una scelta di opportunità politica (non solo di politica criminale). Si tratta, in altri termini, dell'esercizio di quel margine di apprezzamento che la Corte edu riconosce agli Stati e che il legislatore sfrutta per fissare in autonomia il punto di equilibrio della disciplina in materia di fine vita.

A conclusione di questo percorso, viene quindi spontaneo interrogarsi circa l'esistenza di *altri* fattori – che non ineriscono né ai diritti fondamentali della persona, né alle esigenze di tutela del bene sacrificato, ma che possono comunque giustificare una disciplina restrittiva dei presupposti di liceità

²⁶³ Questa osservazione si ritrova anche in CASONATO C., *Il principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Osservatorio AIC*, 1/2022, p. 59, che denomina tale approccio regolatorio come “modello concorrente”.

²⁶⁴ È un dato che emerge anche dalla normativa degli Stati più permissivi, che hanno legalizzato sia l'eutanasia attiva sia l'aiuto al suicidio: si vedano in particolare i presupposti oggettivi richiesti dalle discipline vigenti in Olanda (“*unbearable suffering with no prospect of improvement*”), Canada (“*grievous and irremediable medical condition*”) e Spagna (“*padecimiento grave, crónico e imposibilitante*” o “*enfermedad grave e incurable*”).

²⁶⁵ Efficaci, sul punto, le considerazioni critiche di TRIPODINA C., *La “circoscritta area”*, cit., p. 230.

²⁶⁶ L'esclusione della doverosità per il medico dell'assistenza al suicidio è invece un aspetto che accomuna le decisioni della Corte costituzionale italiana (sent. 242/2019, cit., § 6 del “considerato in diritto”) e della Corte costituzionale tedesca (sent. 26 febbraio 2020, cit., par. 342).

dell'aiuto a morire, rendendo ragionevole e non sproporzionato il bilanciamento operato dal legislatore.

4.1. Il contesto eutanasi e il paradigma della sofferenza.

Una tesi diffusa argomenta l'esistenza di limiti oggettivi e ulteriori rispetto alla volontà della persona con l'opportunità di confinare la liceità al solo "contesto eutanasi"²⁶⁷. Tale espressione, come noto, rimanda a una nozione variabile, ma in questa sede può farsi riferimento, per approssimazione, alle situazioni in cui l'aiuto a morire è finalizzato a esaudire la richiesta di un «soggetto affetto da una malattia inguaribile, oppure che versa in una situazione irrimediabilmente invalidante [...] per liberarlo dalla sofferenza»²⁶⁸.

Questi casi presentano, in effetti, una loro specificità, che si potrebbe ravvisare nei tratti seguenti. La condotta del terzo, e del medico in particolare, può giustificarsi come *extrema ratio* per liberare il paziente da una condizione intollerabile, per la quale risulta la mancanza di qualsiasi altro rimedio che non sia la morte: il che spiega anche il requisito della irreversibilità della patologia e dell'assenza di lenitivi per il suo dolore, nonché – verosimilmente – la considerazione dell'offerta di cure palliative come pre-requisito per la prestazione dell'aiuto a morire.

In quest'ottica, la liceità dell'aiuto a morire può considerarsi il riflesso della crescente affermazione dell'idea che la sofferenza, quando estrema e irrimediabile, possa annoverarsi tra i sommi mali in cui può incorrere la persona, tanto da finire per «attentare al valore della vita» stessa, mettendo in discussione la sua dignità²⁶⁹ (interpretata qui in senso *oggettivo*). Alla stregua di una valutazione socialmente diffusa, anche a ipotizzare un dovere di vivere, si

²⁶⁷ Da ultimo, per tutti, cfr. BORSELLINO P., *Il referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., p. 2 ss., con vari passaggi espliciti sulla necessità di ricercare la giustificazione degli atti di aiuto a morire «in un percorso di riflessioni teoriche e di trasformazioni normative contestualizzate a scenari di protrazione dell'esistenza che riguardano specificatamente soggetti affetti da patologie irreversibili e in condizioni senza rimedio invalidanti».

²⁶⁸ BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 440.

²⁶⁹ Così PALAZZO F., *La sentenza Cappato*, cit., p. 11.

ritiene che raggiunta una certa soglia il dolore renda umanamente inesigibile la prosecuzione della vita (e quindi umanamente accettabile il suo abbandono)²⁷⁰.

In casi del genere, la liceità dell'aiuto a morire può trovare un fondamento non solo nel venire meno di ogni pretesa sociale verso il malato²⁷¹, ma anche – in positivo – in un rovesciamento del tradizionale approccio solidaristico in materia di fine vita, sin qui declinato in direzione indisponibilista. A essere gravato di doveri di solidarietà non è più la persona che desidera morire e che, con la propria morte, si sottrarrebbe alle obbligazioni verso i terzi e la società; ma sono questi ultimi che, prestando assistenza al malato, anche nella morte, adempiono al loro dovere *ex art. 2 Cost.*²⁷².

Ciò sarebbe vero soprattutto per il personale sanitario, e per la classe medica in particolare. Concorrono nella medesima direzione due tendenze.

Da un lato, alla luce della riflessione ormai consolidata per cui molte delle situazioni da cui sorge la domanda di morire sono state rese possibili dai progressi della medicina stessa, quest'ultima dovrebbe ritenersi investita anche del compito di farsi carico delle nuove e ulteriori richieste di aiuto che nascono in uno scenario in cui la vita rischia di diventare "artificiale" – dopo che il dominio delle macchine e dei farmaci si è sostituito a quello della persona su sé stessa – e la morte, al contrario, è diventata "controllabile"²⁷³.

In parallelo, si assiste a una progressiva trasformazione culturale in seno alla professione medica²⁷⁴, che mostra una sempre maggiore consapevolezza

²⁷⁰ Sul criterio della inesigibilità come legittimazione (in termini, coerentemente, di scusante) della non punibilità del suicidio e delle condotte collaborative di terzi richiamiamo ancora PADOVANI T., *Il referendum*, cit., p. 1563; ROMANO M., *Istigazione o aiuto al suicidio*, cit., p. 1806-1807.

²⁷¹ Emblematico il ruolo che attribuito alla sofferenza da DE FRANCESCO G., *Il suicidio assistito*, cit., p. 6, secondo il quale essa, nel conflitto tra autodeterminazione individuale e interessi di terzi a mantenere la relazione con l'altro, rende il bilanciamento sotteso all'incriminazione «intollerabilmente 'oneroso'» per la persona malata.

²⁷² Riconosce il fondamento solidaristico – sebbene, sembrerebbe, non anche la doverosità – delle condotte di terzi volte soddisfare la richiesta di chi «non potendo più 'dare', merita, piuttosto di 'ricevere'» l'aiuto a morire, anche DE FRANCESCO G., *Il suicidio assistito*, cit., p. 7.

²⁷³ Sulla necessità di un'assunzione di responsabilità (quantomeno morale) del medico a fronte della richiesta di morire del paziente, sul presupposto che «molto spesso è stata la moderna medicina che lo ha condotto in tali condizioni» si veda la riflessione sul senso della propria professione di RICCIO M., *La morte medicalmente assistita: il punto di vista del medico clinico*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 186 ss., spec. 188.

²⁷⁴ Si veda, all'esito di un'ampia ricostruzione storica dell'approccio tradizionale, integrata con le sollecitazioni provenienti dalle novità normative e giurisprudenziali degli ultimi anni, il nuovo paradigma dell'attività di cura proposto da BUSATTA L., ZAMPERETTI N., *Scelte di (fine)*

circa il fatto che la propria funzione di cura non assume valore soltanto terapeutico, ma, soprattutto nei casi in cui la guarigione è impossibile, mira a garantire al paziente una sufficiente qualità della vita e un'assistenza adeguata fino al decesso. È una tappa significativa di convalida normativa di questo processo il riconoscimento di un diritto del paziente e, da ultimo, con la l. 219, di uno specifico dovere del medico aventi ad oggetto la somministrazione di terapia del dolore e cure palliative.

Entrambe le tendenze evidenziate, allora, nonostante le forti resistenze tuttora esistenti verso il coinvolgimento in pratiche eutanasiche, legittimerebbero un ruolo attivo del medico nel soddisfare, tra le richieste di morte, quantomeno quelle giustificate da una prognosi infausta e da una condizione di salute compromessa.

Il “paradigma della sofferenza” come presupposto e limite della liceità dell'aiuto a morire sembra in effetti un modello ricostruttivo in grado di rendere ragione delle direttrici di sviluppo della disciplina del fine vita, legittimando opzioni regolatorie intermedie tra concezioni indisponibiliste e consensualiste estreme²⁷⁵.

Si tratta di una visione che trae origine e forza un dato di fatto – il «primato del dolore» – dotato di persuasività trasversale²⁷⁶, grazie probabilmente alla sua capacità di fare leva, più altri, sulla innata propensione umana all'empatia²⁷⁷.

vita: cambia il diritto, può cambiare la medicina?, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2020, 651 ss., spec. p. 679 ss. La stessa tendenza emerge nelle riflessioni, di giuristi ma soprattutto medici, raccolte nel *Focus: pazienti end stage e pianificazione delle cure*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2016, p. 1139 ss., con *Introduzione* di VALLINI A., di cui cfr. spec. p. 1146-1147, 1150-1151.

²⁷⁵ Si tratta di una prospettiva che inizia ad affiorare in diversi autori, sebbene con sfumature assai diverse e talora in termini soltanto intuitivi. Per quanto consta, la teorizzazione allo stato più compiuta di questa interessante prospettiva si deve a DI GIOVINE O., *Il ruolo del consenso informato*, cit., p. 1854 ss. Elaborando una originale sistematica, denomina “solidarista” l'approccio giuridico-culturale (contrapposto a quelli di tipo statalista, individualista e causalista) che riconnetta la liceità della condotta all'esistenza di una malattia BARTOLI R., *Le problematiche del fine vita*, cit., p. 11-12, il quale poi riconduce a tale paradigma il senso della decisione della Corte costituzionale (p. 18).

²⁷⁶ Può essere non inutile ricordare che una delle rare aperture della Chiesa cattolica verso forme di aiuto a morire si è avuta nel discorso rivolto da Papa Pio XII il 24 febbraio 1957 alla Società italiana di anesthesiologia, quando il Pontefice affermò che l'intervento del medico finalizzato alla «soppressione del dolore» è consentito «dalla religione e dalla morale» anche quando «si prevede che l'uso dei narcotici accorcerà la vita», così evocando la liceità di quella ipotesi di eutanasia attiva talora denominata come eutanasia indiretta.

²⁷⁷ La risposta emotiva e, a monte, neurofisiologica (c.d. *arousal*) data dal contatto con situazioni concrete connotate da intensa sofferenza e il suo valore orientativo per il trattamento giuridico-penalistico di materie eticamente sensibili in una dimensione alternativa ai “sistemi per regole” sono al centro della riflessione in DI GIOVINE O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica*

Esso ha il pregio di venire incontro alle preoccupazioni di quanti temono abusi connessi a un estremo individualismo, subordinando la rilevanza della volontà a parametri (almeno in parte) oggettivi e socialmente accettabili come, appunto, malattia e soprattutto sofferenza²⁷⁸; al tempo stesso rappresenta un buon compromesso pratico, consentendo di soddisfare la quasi totalità delle richieste di morte anticipata riscontrabili nella prassi.

Come detto, poi, il modello giustificativo in esame è coerente con l'idea – anch'essa oggi largamente acquisita – per cui l'aiuto a morire rappresenterebbe una *extrema ratio*, subordinata in particolare all'offerta di cure palliative e terapia del dolore, posto che la sofferenza «acquisterebbe rilievo solo dopo che si sia adottata ogni misura per attenuarla»²⁷⁹.

È appena il caso di sottolineare, contro il rischio di fraintendimenti, come il criterio in esame avrebbe carattere accessorio e complementare rispetto a quello incentrato sulla volontà, andando ad operare solo laddove anche quest'ultimo – logicamente e assiologicamente prioritario – risulti soddisfatto. Deve invece rigettarsi ogni suggestione relativa a una funzione non solo delimitativa, ma anche prioritaria se non addirittura autonoma del criterio della sofferenza²⁸⁰. Ciò naturalmente vale nelle ipotesi in cui alla persona sia possibile esprimere la propria volontà in una delle forme riconosciute dall'ordinamento; per forza di cose, un diverso rapporto tra i due criteri si profilerà invece nelle ipotesi in cui la persona non sia in grado di esprimere una volontà giuridicamente rilevante, delle quali ci occuperemo nella prima parte del Capitolo III.

e neuroetica, Giappichelli, 2009, con aggiornamenti in EAD., *Procreazione assistita*, cit., p. 921 ss. e, da ultimo, in EAD., *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, il Mulino, 2022, spec. p. 159-161 sull'empatia come «risposta biologica e risoltrice di problemi» in materia di fine vita.

²⁷⁸ Cfr. ancora PALAZZO F., *La sentenza Cappato*, cit., p. 11: «E allora, nell'orizzonte tracciato dalla malattia e dalla sofferenza, la libertà di autodeterminazione si espande e trova una ragion d'essere, un fondamento sostanziale e positivo, che non sia solo il mero «volere», nella salvaguardia della dignità». Di recente v. anche, chiaramente, DI GIOVINE O., *Dilemmi morali*, cit., p. 160, secondo cui «si potrebbe immaginare una normativa il cui fulcro cessi di essere [l']autodeterminazione [...] ma la giustificazione sostanziale fondante dell'intervento di fine vita diverrebbe, al suo posto, l'insostenibilità della sofferenza derivante dalla malattia».

²⁷⁹ DI GIOVINE O., *Dilemmi morali*, cit., p. 160.

²⁸⁰ Tale monito sembra potersi rinvenire, *in nuce*, nella precisazione di CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 44: «nell'impostare un confronto tra le diverse posizioni relative all'assistenza medica a morire è la validità della richiesta e non solo l'intensità della sofferenza a costituire il presupposto assolutamente imprescindibile».

* * *

Anche il paradigma della sofferenza, tuttavia, a ben vedere, offre una spiegazione ancora parziale di alcune aporie che emergono da una considerazione globale dei casi di morte "volontaria".

Una prima critica, già accennata in precedenza, potrebbe obiettare che, se ciò che conta è la sofferenza, in ipotesi anche psicologica, non ci sarebbe modo di giustificare il presupposto – pure onnipresente – dell'esistenza di una malattia sottostante. Il solo dolore esistenziale, almeno in alcuni casi, potrebbe rendere per la persona insostenibile rimanere in vita²⁸¹.

A quest'obiezione potrebbe replicarsi che il carattere medicalizzato della procedura indispensabile per la liceità dell'aiuto a morire è incompatibile con richieste provenienti da soggetti non affetti, a monte, da alcuna condizione patologica.

In realtà, questo argomento non ci pare risolutivo. Il fatto che la procedura sia gestita da uno o più medici e che la prestazione di aiuto a morire sia somministrata nel contesto di una struttura sanitaria risponde a una (condivisibile) finalità di garanzia, in quanto assicura un'adeguata verifica della volontà del richiedente e una corretta esecuzione dell'intervento letale. Nessuna di queste esigenze, però, viene compromessa dalla circostanza che ad accedere alla procedura siano individui clinicamente sani – specie ritenendo, come si è cercato di dimostrare, che l'accertamento di una autentica volontà di morire può prescindere dallo stato di salute della persona.

La ragione dell'esclusione dei soggetti sani (ancorché sofferenti) deve dunque risiedere altrove: ancora una volta, non si tratta di una presunta incompatibilità logica, ma di una opzione di politica del diritto, che continua a reclamare una motivazione.

La critica appena esposta mira a mettere in dubbio la coerenza del paradigma della sofferenza rispetto alla disciplina vigente e a rivelarne la sua non autosufficienza nel giustificare tutti i limiti alla liceità dell'aiuto a morire.

Vi è però una critica ulteriore, che possiamo collocare su un piano diverso: essa attiene infatti alla stessa ragionevolezza e opportunità della scelta del

²⁸¹ Rinviamo ancora una volta all'evidenza empirica raccolta negli studi citati in GENTILE G., *Il suicidio medicalmente assistito*, cit., p. 383, nt. 61-63.

legislatore di ispirarsi a un paradigma incentrato sulla sofferenza nel regolare le condotte di aiuto a morire, se confrontato con il diverso modello che connota altre ipotesi di morte volontaria.

Prescindiamo ora dalle ragioni che possono legittimare l'individuazione di determinati requisiti specifici come presupposti di liceità dell'aiuto a morire. Domandiamoci invece perché l'area di liceità in queste ipotesi risulti, in pressoché tutti i diversi modelli teorici propugnati, più ridotta rispetto a quella di cui beneficia la morte ottenuta a seguito di rifiuto di cure.

Tale disparità di trattamento sussiste, si noti, anche una volta precisato che la possibilità di ottenere lecitamente la morte, in caso di rifiuto di cure, a rigore non è illimitata, dato che è pur sempre subordinata al limite – ontologico – della previa esistenza di una condizione patologica potenzialmente letale. Anche tenendo conto di questo aspetto, infatti, si è osservato più volte come ai fini dell'esercizio del diritto di cui alla l. 219 sono irrilevanti l'irreversibilità della malattia, la sofferenza da questa arrecata e i motivi della scelta – a differenza di quanto invece prevedono la disciplina introdotta dalla Corte costituzionale italiana e le legislazioni di vari Stati.

4.2. Il criterio causale e la distinzione tra "uccidere" e "lasciar morire".

4.2.1. I diversi profili di rilevanza della dinamica causale nella disciplina delle scelte in materia di fine vita.

Secondo una spiegazione tradizionale, la ragione risiederebbe nella diversa struttura delle due fattispecie considerate.

È consuetudine²⁸² distinguere tra esse – lo si è fatto anche all'inizio di questo Capitolo – in base alla dinamica causale che conduce all'evento morte: si osserva che, mentre in caso di rifiuto di cure la morte sopravviene per effetto

²⁸² Si vedano, a titolo di esempio, le sistematiche di CANESTRARI S., *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 755, e, ancora di recente, con alcune sotto-distinzioni ma sempre fedele alla dicotomia tra «decorso naturale» e «decorso causale innescato dall'uomo», BARTOLI R., *Le problematiche del fine vita*, cit., p. 6 ss.

del decorso naturale della patologia da cui il paziente è affetto, nelle ipotesi di aiuto a morire il decesso si verifica, a seguito di un intervento umano, in modo anticipato anche rispetto a quanto avverrebbe non solo in presenza di un trattamento sanitario, ma anche in assenza di quest'ultimo (e dunque prima dell'ipotetico *exitus* naturale).

La distinzione così tracciata corrisponde, in base a una ricostruzione diffusa anche in bioetica, al discrimine tra eutanasia "passiva" e "attiva" (in senso lato) e alla classica dicotomia lasciar morire / uccidere (*letting die / killing*), che a sua volta richiama quella, più generale, causare un danno / permettere che accada (*allowing / doing harm*).

Su tale criterio distintivo parte della dottrina fonda poi la qualificazione, come omissiva o attiva, della condotta del terzo, e del medico in particolare, che contribuisce ad attuare la richiesta di morire espressa dall'interessato²⁸³.

La ragione della maggiore severità mostrata dall'ordinamento nei confronti dei casi di aiuto a morire e delle forti resistenze che a lungo sono state opposte alla prospettiva di una depenalizzazione anche solo parziale delle ipotesi di eutanasia attiva sarebbe allora da rintracciare nella natura stesse delle condotte di causazione del danno-morte (*killing*), poste in essere in violazione del "divieto di uccidere", che assume il valore di un tabù e la cui esistenza rappresenta un baluardo imprescindibile per riaffermare il valore della vita umana in quanto tale²⁸⁴.

È probabile, allora, che lo stesso giudizio di valore ispiri ancora oggi quel diffuso atteggiamento di prudenza, dottrinale e normativo, che continua a caratterizzare anche le più recenti aperture all'aiuto a morire²⁸⁵.

²⁸³ In questi termini sembra sostanzialmente inquadrabile la posizione di STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1016 ss.

²⁸⁴ Rappresentativi di questa concezione, per tutti, STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1013; MANTOVANI F., *Eutanasia*, cit., p. 426.

²⁸⁵ Cfr. tuttora TRIPODINA C., *Diritti alla fine della vita e Costituzione*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 2/2019, p. 418 (tesi ripresa in vari altri scritti dell'Autrice): sebbene un trattamento differenziato possa apparire privo di fondamento «pratico e morale», ciò non significa che mantenere la distinzione non abbia «senso dal punto di vista giuridico: per ricordare ai membri della comunità politica che vi sono limiti invalicabili all'agire umano. Primo fra tutti l'indisponibilità della vita altrui». Giustifica la necessità di conservare, con limitate eccezioni, l'incriminazione di cui all'art. 579 c.p. in funzione di «messaggio culturale» per scongiurare, tra le altre, «la tentazione collettiva di decidere per gli altri quali siano le vite che "non meritano di essere vissute"» DONINI M., *Libera nos a malo*, cit., p. 23.

Vari commentatori hanno osservato – spesso da una prospettiva critica²⁸⁶ – che, con il proprio intervento sull'art. 580 c.p., la Corte costituzionale italiana avrebbe in realtà compiuto un primo passo nella direzione del superamento della distinzione tra uccidere e lasciar morire, quantomeno ai fini della loro rilevanza penale in un contesto eutanasi. Tanto che, una volta individuata un'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio, si sono moltiplicate le voci che ritengono inevitabile, quale “passo successivo”, il trasferimento delle stesse condizioni di liceità anche all'omicidio del consenziente, a dimostrazione della definitiva rottura di un argine prima ritenuto incrollabile²⁸⁷.

Nondimeno, tra i commentatori vi è chi ha segnalato come, letto da una diversa prospettiva, anche il nuovo approdo della Corte risenta in modo significativo dell'impostazione tradizionale²⁸⁸.

A testimoniare sarebbe proprio la previsione di alcune condizioni sostanziali richieste per la liceità del fatto, la cui origine – come detto, mai esplicitata in motivazione – presupporrebbe una perdurante adesione, almeno implicita, alla distinzione tra uccidere e lasciar morire e al convincimento che queste due ipotesi meritino un trattamento giuridico differenziato: non si spiegherebbe, altrimenti, la più volte menzionata disparità tra la disciplina massimamente permissiva del rifiuto di cure e quella, assai più restrittiva, dell'aiuto al suicidio (che pure la Corte dichiara di ricavare dalla prima)

La tesi ci pare condivisibile. In effetti, è assai plausibile che il “criterio causale”, per il suo radicamento nella cultura giuridica, condizioni, talora anche in modo inconscio e intuitivo, il diverso atteggiamento che l'ordinamento riserva ai casi di rifiuto di cure e di aiuto a morire, e da ultimo abbia influenzato la soluzione “intermedia” raggiunta dalla Corte costituzionale, stretta tra un

²⁸⁶ Allarmato EUSEBI L., *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, 2/2020, p. 507 ss., che evoca la metafora del «Rubicone oltrepassato»; critica anche TRIPODINA C., *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto di altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 6/2018, p. 2482 ss., la quale, pur senza assumere una posizione di assoluta chiusura, ritiene che un simile mutamento di paradigma sottenda però «una scelta fortemente e puramente politica» spettante al Parlamento (cfr. p. 2486).

²⁸⁷ Cfr. TRIPODINA C., *La “circoscritta area”*, cit., p. 226: «Tutti i confini volti a circoscrivere strettamente l'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio sono destinati a saltare, alla luce del principio di uguaglianza/ragionevolezza una volta valicato il confine tra lasciar morire e aiutare a morire». Favorevoli a tale estensione PALAZZO F., *La sentenza Cappato*, cit., p. 9, secondo cui mantenere una differenza di trattamento avrebbe oggi «il sapore dell'ipocrisia»; VALLINI A., *Il “caso Cappato”*, cit., p. 1204; BARTOLI R., *Le problematiche del fine vita*, cit., p. 17-18.

²⁸⁸ Questa la tesi di POGGI F., *Il caso Cappato*, cit., chiaramente enunciata a p. 82 e 92.

modello disponibilista puro e una chiusura assoluta alle istanze di autonomia.

In altri termini, non può affatto escludersi che la decisione della Corte (o, più concretamente: che la Corte nel decidere) abbia risentito della distinzione tra uccidere e lasciar morire. Eppure – questo il punto –, anche l'adozione di un criterio del genere a nostro avviso risulta insufficiente per dare coerenza all'assetto della disciplina vigente.

Si noti: non vuole qui mettersi in discussione la generale validità e la rilevanza giuridica della distinzione tra uccidere e lasciar morire; concediamo anzi che tale alternativa possa rappresentare una giustificazione legittima per giustificare soluzioni regolatorie diversificate. Non è possibile in questa sede²⁸⁹ ripercorrere e approfondire gli argomenti che tradizionalmente sono adottati per fondare un giudizio di maggior disvalore per questa seconda categoria di fatti: omettiamo, cioè, di interrogarci su perché e in che misura la riconducibilità di una condotta al paradigma del *killling*, anziché del *letting die*, giustifichi un maggior rigore repressivo e, per converso, limiti più stringenti ai diritti di cui quella condotta rappresenta l'esercizio. Ci limitiamo a osservare che il radicamento della distinzione in termini giuridici, bioetici e – come da ultimo evidenziato in dottrina²⁹⁰ – psicobiologici pare rendere non irragionevole un bilanciamento imperniato su di essa.

Ciò premesso, ci sembra tuttavia che un corretto impiego del "criterio causale" come elemento discretivo per giustificare soluzioni regolatorie differenziate nello specifico ambito in esame (la disciplina delle scelte di fine vita) non possa fare a meno di confrontarsi con due rilievi.

²⁸⁹ Avremo modo di svolgere alcune considerazioni in più sul tema nella parte conclusiva del Capitolo III.

²⁹⁰ Per questa prospettiva, che fa leva su studi di psicologia comportamentale e di neurofisiologia (condotti anche attraverso tecniche strumentali di c.d. *neuroimaging*) per dimostrare che il maggior arousal emotivo che si riscontra in situazioni di contatto fisico tra persone, rispetto a scenari impersonali, rende per l'uomo più «difficile cagionare la morte, anche quando pietosa, direttamente» – attraverso una condotta attiva di interferenza nel processo causale in atto – «piuttosto che attendere – senza far nulla – che essa si verifichi», cfr. DI GIOVINE O., *Un diritto penale empatico?*, cit., p. 29 ss.; EAD., *Procreazione assistita*, cit., p. 919 (da cui è tratta la citazione testuale).

4.2.2. La tendenza alla dequotazione del criterio causale nella disciplina del fine vita.

La prima osservazione riguarda tendenza la possibile e anzi sempre più frequente *irrilevanza* – o, meglio, *subvalenza* rispetto a interessi diversi – della distinzione tra uccidere e lasciar morire nella materia delle scelte di fine vita, almeno con riferimento a quelle che si collocano in un contesto eutanasi.

Pur a fronte di una consolidata impostazione tradizionale, esiste infatti un consistente filone di pensiero – che invero riscuote sempre maggiore successo tra gli studiosi e nella coscienza sociale – propenso a sostenere una dequotazione della distinzione e l'opportunità del suo superamento, a fini di disciplina, almeno in un contesto eutanasi²⁹¹. Anche qui non è possibile dare conto di tutti gli argomenti che sostengono questa visione, salvo rilevare che essa poggia in via principale sull'idea per cui le diverse tipologie di condotte in esame appaiono in realtà equivalenti se riguardate, dal punto di vista del paziente, come strumenti alternativi per soddisfare il suo unico interesse a morire.

Si tratta di una questione evidentemente aperta e opinabile, condizionata da preconcetti e giudizi di valore non sempre razionalmente controllabili.

Dovrebbe spettare alla discrezionalità politica del legislatore, esercitata tramite la dialettica parlamentare, soppesare gli argomenti proposti da ciascuna tesi al momento di mettere a punto una regolazione comprensiva in materia di fine vita – anche tenendo conto del fatto che sono possibili diversi punti di equilibrio intermedi tra le posizioni in campo.

Ad esempio, è alla luce del criterio “causale” in esame che può darsi un senso a quelle opzioni normative, già conosciute in altri Stati e proposte anche in Italia (v. *supra*), che nell'ammettere la liceità dell'aiuto a morire ne tracciano i confini richiedendo non solo la “letalità” della patologia, ma anche una prognosi infausta a breve termine (quantificato o meno). Si tratta, a nostro avviso, di una soluzione di compromesso, comprensibile proprio alla luce della scelta di non abbandonare del tutto lo sfavore verso le condotte che si risolvono

²⁹¹ Ne dà conto, con riferimenti bibliografici essenziali alla letteratura nazionale e internazionale (soprattutto anglofona), DI GIOVINE O., *Procreazione assistita*, cit., p. 918, spec. nt. 26 e 27.

in un *killling*, pur nell'ambito di una disciplina ispirata a una parziale irrilevanza della distinzione tra queste e le ipotesi qualificabili come *letting die*.

In base a questo schema, infatti, la liceità viene riservata solo a quelle condotte che, ancorché francamente attive, esibiscono una efficacia causale "attenuata": pur risultando senz'altro antecedenti necessari dell'evento morte come concretamente verificatosi, determinano solo una minima anticipazione temporale del decesso, che si sarebbe comunque verificato, poco dopo, per la patologia sottostante. La rigidità dell'accertamento del nesso causale nell'ambito della teoria condizionalistica non impedisce del resto al legislatore di formulare giudizi di valore differenziati in ordine a situazioni empiriche diverse. Quanto più la fine naturale della vita è vicina, tanto più risulta accettabile assimilare la condotta di aiuto "a" morire a una condotta di aiuto e accompagnamento "nel" morire. In questi casi si può ritenere che la differenza sostanziale tra le due categorie di condotte si affievolisca fino a diventare irrilevante a fini di disciplina; al contempo, però, il persistente convincimento secondo cui l'eutanasia attiva sarebbe irriducibile alle ipotesi di morte per rifiuto di cure giustifica l'individuazione di una barriera – più o meno determinata – prima della quale si riespande l'esigenza di fondo di un trattamento differenziato delle due fattispecie.

Con quanto detto si vuole evidenziare, in definitiva, che il criterio causale non appare vincolante, non imponendo al legislatore soluzioni rigidamente predeterminate.

Ad esempio, come appena visto, può essere graduato²⁹², per tenere conto della natura più o meno diretta dell'efficacia eziologica dell'azione²⁹³.

²⁹² Un altro esempio della graduabilità del criterio causale – sebbene non ai fini dell'*an* della responsabilità penale, ma solo del *quantum* della sanzione – potrebbe essere ravvisato nella previsione di una disciplina differenziata per omicidio del consenziente e aiuto al suicidio: la diversa cornice edittale delle due figure viene spesso spiegata, più che nell'ottica della garanzia della autenticità del volere dell'interessato, con il maggior grado di disvalore intrinseco posseduto da una condotta che rappresenta l'ultimo antecedente necessario rispetto all'evento morte, e dunque un fattore di lesione "diretta" del bene vita.

²⁹³ È interessante notare che anche questo aspetto può essere spiegato in base a un approccio psicobiologico, riscontrandosi *arousal* di diversa intensità a seconda che azioni con un identico effetto finale sia prodotto (pur sempre tramite un'azione, ma) in via diretta o indiretta, perché ad esempio, in questo secondo caso, attraverso la mediazione di strumenti tecnologici, anziché attraverso il contatto fisico immediato con il destinatario dell'azione. Cfr. Di Giovine O., *Procreazione assistita*, cit., p. 919 e, di recente, EAD., *Dilemmi morali*, cit., p. 23 ss., con riferimento al "problema del carrello" (su cui v. Capitolo III) e all'alternativa tra azionare una leva e spingere una persona sui binari.

Nel paragrafo successivo, poi, mostreremo come esista almeno un'ipotesi macroscopica in cui dottrina e giurisprudenza prima e oggi il legislatore hanno finito per ritenere del tutto irrilevante la distinzione tra uccidere e lasciar morire.

4.2.3. Aiuto a morire e interruzione dei trattamenti: una distinzione non riconducibile all'alternativa tra *killing* e *letting die*.

Posto che il "criterio causale", per quanto valido e senz'altro legittimo, potrebbe essere considerato anche solo parzialmente irrilevante per la regolazione delle scelte di fine vita, vi è un ulteriore profilo di criticità insito nel richiamare in questa materia la distinzione tra uccidere e lasciar morire.

Il punto su cui conviene interrogarsi, e che sinora si è dato per scontato, è se, in radice, sia corretto stabilire una corrispondenza tra le due macro-ipotesi in esame – rifiuto di cure e aiuto a morire – e, rispettivamente, le due categorie che compongono la coppia *letting die/killing*.

In particolare, secondo un certo diffuso indirizzo, per gran parte delle condotte di interruzione dei trattamenti, ancorché disciplinate alla stregua di una semplice astensione terapeutica, non potrebbe sostenersi il tradizionale inquadramento in termini di *letting die*, trattandosi invece di un caso di *killing*, al pari delle ipotesi consuetamente ricondotte al piano dell'eutanasia attiva²⁹⁴.

A tale conclusione conduce l'applicazione rigorosa dei numerosi criteri elaborati nel tempo, specie nella riflessione bioetica, per distinguere tra *doing/allowing harm* (alternativa sovrapponibile, come detto, a quella tra uccidere e lasciar morire).

Alcuni di questi, come visto nel Capitolo precedente, sono ben noti alla

²⁹⁴ Questa la tesi sostenuta da un punto di vista bioetico, con ampia argomentazione, in POGGI F., *Il caso Cappato*, cit., p. 93 ss., spec. 96 ss., che costituisce il principale riferimento per le considerazioni che seguono e a cui si rinvia per le relative indicazioni bibliografiche. Anche la dottrina penalistica tende a riconoscere che, attraverso la doverosità dell'interruzione dei trattamenti, l'ordinamento già riconosca patente di liceità a condotte tipiche di omicidio del consenziente realizzato in forma attiva: cfr. BARTOLI R., *Ragionevolezza e offensività*, cit., p. 100-101 (rilievo da cui l'Autore argomentava la necessità di scriminare, *a fortiori*, fatti di aiuto al suicidio).

dottrina penalistica che si è interrogata sull'alternativa tra anticipata e anti-giuridicità dell'interruzione di trattamenti su richiesta.

L'argomento più noto fa leva sulla consistenza della condotta, che sul piano naturalistico si appalesa come attiva.

In questa direzione possono essere richiamati altri criteri: ad esempio, l'interruzione dei trattamenti presenta una "rilevanza positiva", nel senso che la maggior parte dei modi in cui l'agente (es. il medico) avrebbe potuto comportarsi non avrebbe determinato l'evento (la morte del paziente), la cui verifica presuppone appunto che l'agente si renda "rilevante"; ancora, sul piano oggettivo, la condotta non è inadempiente a un dovere di prestazione, ma realizza una violazione del dovere di non interferenza del paziente (sebbene autorizzato dal consenso di questi).

Nel senso dell'appartenenza dell'interruzione dei trattamenti alla categoria dell'"uccidere" militerebbe, infine, anche il criterio incentrato sull'efficacia causale della condotta rispetto all'evento morte.

Come visto, l'impostazione tradizionale – al fine di distinguere i casi di rifiuto di cure dall'eutanasia attiva – sottolinea, al contrario, come nelle ipotesi del primo tipo il decesso del paziente si verifica in conseguenza del decorso naturale della patologia, mentre il medico si limita a consentire che questo si espliciti fino all'inevitabile conclusione.

Per la tesi in esame, invece, anche sotto questo aspetto non esisterebbe differenza rispetto ai casi di *killling*.

Al trattamento di sostegno vitale – sia esso un macchinario, una terapia farmacologica o un intervento (es. un trapianto) – dovrebbe riconoscersi l'effetto di aver interrotto la sequenza causale riconducibile alla malattia sottostante, instaurandone una nuova.

In una situazione del genere, l'interruzione di tale trattamento innescherebbe a sua volta un'autonoma catena causale, necessaria per interrompere quella con efficacia salvifica ormai in corso. La malattia certamente contribuisce a cagionare il decesso, ma alla luce di questa interazione tra condotte essa richiede un fattore in più, assumendo il ruolo di concausa naturale, necessaria ma non sufficiente (né, com'è evidente, l'esistenza di concause può dirsi per sé incompatibile con un atto di *killling*).

Questi argomenti, cumulati, smentirebbero dunque – nella quasi totalità

dei casi – la possibilità di qualificare l'intervento del medico di “omissione di ulteriore trattamento”²⁹⁵.

D'altra parte, per parlare di *letting die* non potrebbe neppure invocarsi la circostanza che l'autore della condotta interruttiva sia identico a quello della condotta salvifica, dal momento che il ragionamento sotteso a tale opinione condurrebbe, se generalizzato, a conseguenze paradossali²⁹⁶: nessuno sarebbe pronto ad ammettere che chi garantisce la vita (ad es. la madre) o la sopravvivenza (es. un donatore d'organi) a un'altra persona possa, se poi ne cagiona la morte con una condotta attiva (es. sparando), pretendere di veder considerato il proprio comportamento alla stregua di una omissione, di un “lasciar morire”.

Ora, se si aderisce a questa ricostruzione complessiva, a rigore bisogna ammettere che non sia pertinente richiamare il criterio causale e la distinzione tra *killing* e *letting die* come elementi in grado di giustificare – vuoi in chiave ricostruttiva vuoi in funzione di disciplina – un trattamento differenziato tra interruzione di cure ed eutanasia attiva (in senso lato), dal momento che *entrambe* queste condotte configurano ipotesi di *killing*.

Nondimeno, com'è stato acutamente osservato dagli stessi sostenitori di questa tesi, ciò non impedisce «che la differenza morale [e, aggiungiamo: giuridica] possa eventualmente ravvisarsi in altri elementi»²⁹⁷.

Se non è il diverso giudizio di valore che si innesta sulla dicotomia uccidere/lasciar morire a poter giustificare una disciplina più restrittiva per le sole condotte di aiuto al suicidio e omicidio del consenziente, resta da domandarsi quali possano essere i criteri alternativi.

Si potrebbe essere tentati di evocare qui il già menzionato “paradigma della sofferenza”, che appunto implicherebbe la ricorrenza di determinati requisiti aggiuntivi per l'eutanasia attiva. Questo, tuttavia, ci sembra soltanto spostare il problema: anche accettando tale spiegazione, il passaggio successivo sarebbe comunque quello di interrogarsi sulle ragioni per cui il “paradigma

²⁹⁵ Tale figura potrà ancora ravvisarsi nel comportamento del medico che omette di dare nuovo impulso a trattamenti ormai cessati (sostituendo sacche di liquidi esaurite o riattivando un macchinario spento).

²⁹⁶ Cfr. POGGI F., *Il caso Cappato*, cit., p. 97.

²⁹⁷ POGGI F., *Il caso Cappato*, cit., p. 98.

della sofferenza" (e la sua portata limitativa) debba valere per le *sole* condotte di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente; ed è proprio qui che l'argomento tradizionale, che fa capo alla distinzione tra *killing* e *letting die*, rivela il profilo di incoerenza appena evidenziato.

4.3. La scarsità di risorse come fondamento dei diversi limiti alle istanze di autodeterminazione? Prospettive ricostruttive e criticità.

A parere di chi scrive, è interessante esplorare un ulteriore tentativo di spiegazione, affidandosi a una diversa distinzione, in grado di fondare *razionalmente*²⁹⁸ una separazione tra rifiuto di iniziare / proseguire i trattamenti, da un lato, e aiuto al suicidio e omicidio del consenziente, dall'altro.

La tesi che qui si può abbozzare è che le due classi di condotte in questione possano essere valutate diversamente in rapporto a un problema di gestione di risorse scarse, quali sono, in particolare, le risorse del sistema sanitario.

Posto che in entrambi i casi l'effetto è la morte del richiedente, e che la condotta del medico potrebbe comunque essere attiva, conviene forse guardare al quadro complessivo che emerge in ciascuno scenario.

In caso di rifiuto di iniziare o proseguire le cure, anche laddove al medico si chieda di intervenire per interrompere il trattamento in corso, il risultato netto è una liberazione di risorse: quando ciò corrisponde, come in ipotesi, alla volontà del paziente, sono soddisfatte sia le istanze di autodeterminazione sia le esigenze di contenimento dell'impiego delle risorse sanitarie, notoriamente scarse.

In caso di aiuto al suicidio e omicidio del consenziente, invece, non solo il medico dovrà tenere a una condotta attiva, ma il raggiungimento del risultato desiderato necessita di un maggior impegno di risorse, materiali e umane,

²⁹⁸ Sulla possibilità di giustificare determinate opzioni di *policy* sulla base di meccanismi legati alla dimensione emotiva e alle «intuizioni morali», anche laddove conducano a soluzioni divergenti da quelle suggerite da un criterio puramente razionale, facendo leva sul loro radicamento neurobiologico e sulla loro conseguente maggiore accettabilità sociale, si sofferma, con una ampia rassegna di esempi tratti dalla realtà giuridica, DI GIOVINE O., *Dilemmi morali*, cit., p. 91 ss., di cui cfr. spec. p. 98-100 su «eutanasia attiva e passiva».

rispetto alle ipotesi precedenti – quantomeno nella fase della somministrazione dell'aiuto a morire. Per soddisfare le richieste di morire, qui, il sistema sanitario è tenuto a mettere in campo risorse che, in un contesto di strutturale scarsità, saranno inevitabilmente sottratte ad altri bisogni, riducendo il numero di prestazioni erogabili e le possibilità di salvaguardia dei beni facenti capo ad altri soggetti (per i quali invece, magari, l'intervento medico si rivelerebbe terapeutico).

Si spiega così perché la disciplina dell'aiuto a morire possa pretendere condizioni più restrittive, evitando che queste pratiche più dispendiose in termini di risorse medico-sanitarie siano accessibili indiscriminatamente: in questo caso nel bilanciamento con le istanze di autodeterminazione entra in gioco non solo il diritto alla vita degli stessi pazienti – che dovrebbe prevalere, in presenza di una decisione libera e consapevole di morire –, ma il diritto alla salute di terzi, che pure lo Stato ha l'obbligo di garantire.

Non possono tacersi, tuttavia, le criticità insite anche in questa possibile ricostruzione, sebbene alcune di esse appaiano superabili.

i) Anzitutto, si potrebbe obiettare che il maggior impiego di risorse richiesto dalle pratiche di eutanasia attiva (in senso lato) potrebbe considerarsi sufficiente per negare l'esistenza di una *pretesa* dell'individuo verso lo Stato, ma non dovrebbe di per sé impedire il riconoscimento della liceità del fatto, una volta commesso.

In altri termini, la distinzione dovrebbe rilevare ai fini della configurabilità di un dovere dell'apparato pubblico di erogare la prestazione di aiuto a morire, ma non sembra poter incidere né sulla necessità né sull'opportunità della previsione di una sanzione penale. In particolare, un simile criterio – a parità di altre condizioni – non potrebbe essere richiamato per giustificare la scelta di criminalizzare l'aiuto a morire prestato da soggetti estranei al sistema sanitario, la cui attività non consuma risorse altrimenti destinate ad altri pazienti.

Non sembra però una obiezione del genere coglierebbe nel segno. Alla luce di quanto visto in precedenza, specie in forza dei vincoli convenzionali, si può ritenere che la liceità del fatto sia subordinata all'esistenza di una idonea procedura di accertamento della volontà: ed è probabile che l'adeguatezza della procedura presupponga comunque che essa si svolga in un contesto medicalizzato e con la partecipazione di professionisti sanitari (dunque pur

sempre con impiego di risorse). Né pare risolutivo ipotizzare che, nei casi che non soddisfano i requisiti previsti per l'aiuto a morire, lo Stato metta a disposizione la procedura per l'acquisizione del consenso ai fini della liceità del fatto che poi sarà materialmente commesso da terzi: vuoi perché non può escludersi che tra le garanzie necessarie rientri anche l'esecuzione della prestazione di aiuto in ambito medico, vuoi perché, in ogni caso, ciò comporterebbe un impegno di risorse al di fuori delle ipotesi giudicate ammissibili.

ii) Dubbi semmai potrebbero sorgere circa la giustificabilità di limiti più rigidi rispetto all'interruzione di cure nel caso in cui alla prestazione di aiuto a morire provvedano strutture e soggetti sì professionalmente qualificati ma di natura privata, sicché i relativi oneri non ricadrebbero sullo Stato. Una circostanza del genere ad oggi è da escludersi in Italia, dove la Corte costituzionale ha riservato l'esclusiva legittimazione a «strutture pubbliche» – sebbene «in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore». D'altra parte, l'esempio di altri Stati – la Svizzera e la Germania, questa in tempi precedenti alla criminalizzazione dell'aiuto al suicidio in forma “commerciale” – dimostra come non sia del tutto inconcepibile la possibilità di consentire a privati di organizzare e offrire prestazioni di aiuto a morire, con garanzie medico-procedurali analoghe a quelle date da un sistema sanitario pubblico.

iii) In aggiunta, ci si potrebbe domandare se, in caso di prestazione di aiuto a morire erogata dal sistema sanitario (pubblico o privato) nel rispetto della procedura ma al di fuori delle condizioni sostanziali, il mancato rispetto di queste ultime – assumendo che siano giustificate da esigenze di contenimento della spesa e di conservazione delle risorse – possa legittimare il ricorso alla sanzione penale, alla luce del principio di sussidiarietà. Anche in caso di risposta positiva, si sarebbe probabilmente di fronte a un mutamento del bene protetto, tale per cui a essere sproporzionato sarebbe, se non l'estensione dell'incriminazione, il *quantum* della pena, con la necessità di approntare un ben più mite apparato sanzionatorio.

iv) Infine, similmente a quanto già visto per l'applicazione del criterio causale, potrebbe avanzarsi l'idea che, valutate alla stregua del parametro in esame, non vi sia apprezzabile differenza tra i casi di rifiuto di trattamenti e di eutanasia attiva. A ben vedere, in effetti, non è così scontato che questo secondo

gruppo di casi determini un maggior impiego di risorse rispetto al primo.

Ora, è un dato innegabile che – generalmente – la procedura per l'aiuto a morire sia più articolata e gravosa rispetto a quella prevista per l'acquisizione del consenso all'interruzione dei trattamenti. Lo dimostrano in modo emblematico le legislazioni straniere, dove le pratiche eutanasiche si articolano in numerosi passaggi, e va riconosciuto che anche in Italia la disciplina introdotta dalla Corte costituzionale, pur modellata *per relationem* alla l. 219, è stata integrata con alcuni requisiti ulteriori (in particolare, il necessario parere del comitato etico).

Senonché, questa diversità di trattamento non costituisce un dato ontologico, ma piuttosto presuppone che l'ordinamento abbia *già* compiuto un giudizio di valore differenziato in ordine alle due ipotesi – per cui non può essere richiamata per giustificare tale giudizio, del quale rappresenta la conseguenza, a pena di cadere un'inversione logica. È la maggior cautela (e, in parte, l'avversione) nei confronti delle pratiche di aiuto a morire il motivo degli appesantimenti procedurali e di consumo di energie per accertare la volontà del richiedente, e non viceversa.

Peraltro, se si guarda a come le due tipologie di condotte sono disciplinate, l'intuizione che vede contrapporsi una liberazione di risorse (in caso di rifiuto di cure) e un impegno di risorse (in caso di aiuto a morire) si scontra con le più recenti tendenze evolutive dell'ordinamento e rischia di non riflettere più la realtà delle cose. In particolare, come si è visto nel Capitolo precedente, nell'attuale quadro normativo l'interruzione dei trattamenti non determina un disimpegno e tantomeno una mera astensione da parte del medico e del sistema sanitario, dato che su questi grava l'obbligo di mettere a disposizione una adeguata assistenza, anche di tipo psicologico, e di garantire l'accesso a terapia del dolore e cure palliative, al fine di evitare ipotesi di abbandono terapeutico. Ciò, si noti, vale anche per il paziente che abbia rifiutato di iniziare qualsiasi trattamento, a cui pure lo Stato si fa carico di offrire un servizio – senz'altro dispendioso in termini di risorse²⁹⁹ – di accompagnamento alla morte. Nessuna opzione, dunque, è teoricamente “a costo zero” per il sistema sanitario (anzi, un percorso di terapia del dolore potrebbe rivelarsi assai più oneroso di una

²⁹⁹ Anche «il dolore costa», notava già RODOTÀ S., *La vita e le regole*, cit., p. 215.

prestazione di aiuto a morire), sicché si ridimensionano di molto le ragioni che, per ipotesi, condurrebbero a trattare con maggiore favore i casi di rifiuto di cure.

Il tema della rilevanza della scarsità di risorse sanitarie nelle decisioni di fine vita emergerà in modo assai più marcato nel Capitolo III, in relazione ai casi di morte “non volontaria”, quale criterio sostitutivo rispetto all'autonomia del paziente. Con le brevi riflessioni che precedono si è però tentato di impostare una prima riflessione sui suoi possibili profili di rilevanza quale *limite* all'autodeterminazione individuale, questione in larga parte inesplorata ma densa di suggestioni meritevoli di futuro approfondimento.

Si noti che tale limite, anche a volerne negare la legittimità quale parametro astratto condizionante la disciplina in materia di fine vita – perché stridente con i tratti personalistici della libertà di autodeterminazione –, esisterebbe comunque in via *di fatto*: ciò non solo per l'acquisita consapevolezza del fatto che anche nel *welfare state* la richiesta del paziente di ricevere una certa prestazione (terapeutica o di aiuto a morire) è sempre subordinata alla quantità di risorse disponibili³⁰⁰, ma anche alla luce del ruolo centrale se non indispensabile che si va riconoscendo, quale presupposto per la formazione e per l'esercizio di una autentica autodeterminazione, all'effettività dell'accesso alle cure palliative, anch'esso – come pure emerso di recente³⁰¹ – fortemente condizionato da vincoli materiali e dunque, a monte, finanziari.

³⁰⁰ Sui limiti di carattere economico che nella società moderna incontra inevitabilmente l'attività di “cura” (in senso lato) si vedano le limpide pagine di RODOTÀ S., *La vita e le regole*, cit., cap. 8, spec. p. 232 ss.

³⁰¹ Sull'esistenza di «carenze strutturali» che determinano oggi in Italia l'inadeguata attuazione della l. 38/2010 (su cure palliative e terapia del dolore) e, di conseguenza, della l. 219 (nella parte in cui rende obbligatoria per il medico la messa a disposizione di tali trattamenti), anche con grandi disparità sul territorio nazionale, cfr., tra le “opinioni etiche e giuridiche all'interno del CNB”, la posizione c), espressa da Stefano Canestrari e Antonio Da Re, nell'ambito del parere *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, par. 5, p. 24.

CAPITOLO III

MORTE “NON VOLONTARIA”:

I CRITERI ALTERNATIVI ALL’AUTODETERMINAZIONE

SOMMARIO: 1. Morte in assenza di volontà o contro la volontà dell’interessato: un insieme eterogeneo di fattispecie. – 2. Una figura trasversale: il divieto di accanimento terapeutico. – 2.1. La dimensione normativa del divieto e le incertezze circa i suoi presupposti applicativi. – 2.2. La giustificazione dell’interruzione di trattamenti potenzialmente salvavita: il giudizio di beneficiabilità secondo criteri oggettivi. – 2.3. (segue) Gli altri criteri e interessi rilevanti per la portata del divieto. – 2.3.1. Il criterio causale. – 2.3.2. L’interesse a un utilizzo efficiente delle risorse sanitarie. – 2.4. L’incidenza della volontà del paziente sull’operatività del divieto: il giudizio di beneficiabilità secondo un criterio soggettivo. – 2.4.1. Il nucleo duro oggettivo del divieto. – 2.5. La rilevanza penalistica del divieto di accanimento terapeutico, tra obblighi di garanzia e regole cautelari. – 3. La mancanza di una volontà attuale o anticipata del paziente incapace: la rappresentanza nelle scelte di fine vita. – 3.1. L’attribuzione della facoltà di decidere a un soggetto diverso dall’interessato: negazione o tutela dei diritti del paziente? – 3.2. I criteri normativi per le scelte di fine vita riguardanti l’incapace. – 3.3.1. Quale spazio per il criterio della “volontà ricostruita” o “presunta”? – 3.3.1.1. L’interpretazione in chiave soggettiva dei criteri previsti dalla l. 219/2017. – 3.3.1.2. (segue) Le criticità di un richiamo integrale ai principi enunciati dalla Cassazione nella sentenza sul caso Englaro: in particolare, il presupposto della irreversibilità dello stato di incoscienza. – 3.3.2. I criteri di scelta quando non è possibile ricostruire alcuna volontà ipotetica (ad esempio, in caso di paziente neonato). – 3.3.2.1. La soluzione giurisprudenziale: il rinvio al divieto di accanimento terapeutico. – 3.3.2.2. L’interpretazione in chiave oggettiva dei criteri previsti dalla l. 219/2017. – 3.3.2.3. (segue) Best interest oggettivo e criteri non clinici: una prospettiva problematica. – 3.3.2.4. Rigetto del criterio del “mantenimento artificiale della vita” come autonomo presupposto per l’interruzione dei trattamenti. – 4. L’irrilevanza della volontà del paziente: le “scelte tragiche” del medico e i conflitti di doveri. – 4.1. Le scelte tragiche: una casistica. – 4.1.1. Le scelte tragiche in ambito medico. In particolare, le situazioni di triage (*ex ante* ed *ex post*). – 4.1.2. (segue) La competizione per la sopravvivenza, oltre la scarsità di risorse: i casi delle gemelle siamesi. – 4.1.3. Una tragicità ineliminabile. – 4.2. Inquadramento penalistico. Il richiamo allo stato di necessità e sua inadeguatezza. – 4.3. Le scelte tragiche del medico come ipotesi di conflitto di doveri. – 4.3.1. Nozioni generali. – 4.3.2. Tipologie di conflitti. – 4.4. La disciplina delle diverse tipologie di conflitti. – 4.4.1. Conflitti tra obblighi di soccorso: la tendenziale equivalenza tra doveri e la logica della giustificazione. – 4.4.2. Conflitti tra divieto di agire e obbligo di soccorso. – 4.4.2.1. La tradizionale prevalenza del divieto di agire sull’obbligo di soccorso. – 4.4.2.2. Le possibili

ragioni giustificatrici. – 4.4.2.3. (segue) La tesi che ritiene la pretesa correlata all'obbligo di agire sempre subordinata alla disponibilità delle risorse necessarie. – 4.4.2.4. Il principale corollario della tesi tradizionale: la necessità di fondare l'esonero da responsabilità sulla logica della "scusa". Inconvenienti pratici. – 4.4.3. Argomenti contro un trattamento differenziato delle due tipologie di conflitti e a favore di un unico modello di disciplina con efficacia giustificante. – 4.4.3.1. I profili di irragionevolezza della tesi tradizionale. – 4.4.3.2. (segue) Critica alla tesi che fa leva sul criterio della "disponibilità di risorse". – 4.4.3.3. La soluzione fondata sulla natura omissiva della condotta di interruzione dei trattamenti. Limiti. – 4.4.3.4. La soluzione fondata sull'individuazione di elementi sostanziali comuni a entrambe le situazioni di conflitto. – 4.5. I criteri per la risoluzione dei conflitti di doveri. – 4.5.1. I criteri di scelta come indici di prevalenza di un dovere sull'altro e parametro di liceità della condotta. – 4.5.2. Alcuni fattori in grado di escludere in radice un conflitto: urgenza, autodeterminazione e accanimento terapeutico. – 4.5.3. La tesi dell'equivalenza tra le scelte: il rifiuto di criteri di preferenza in nome della "incalcolabilità" della vita umana. – 4.5.4. L'ordine cronologico: un criterio recessivo. – 4.5.5. I criteri c.d. clinici. – 4.5.5.1. Considerazioni generali tra riferimenti bioetici e indicazioni della comunità scientifica. – 4.5.5.2. L'età anagrafica: inaccettabili distorsioni e ragionevoli applicazioni. – 4.5.5.3. Gli anni di vita salvati: un criterio dalla *ratio* incerta con un ruolo sussidiario. – 4.5.5.4. Le probabilità di sopravvivenza. Alcuni spunti problematici in ottica utilitaristica. – 4.5.5.5. Il problema degli effetti discriminatori derivanti dall'applicazione di criteri clinici apparentemente neutrali.

1. Morte in assenza di volontà o contro la volontà dell'interessato: un insieme eterogeneo di fattispecie.

Nei Capitoli precedenti si sono prese in considerazione le ipotesi in cui la morte, procurata grazie alla cooperazione di terzi in ambito sanitario, si verifica in conformità alla volontà dell'interessato.

Conviene ora proseguire lo studio guardando alle ipotesi, oggetto di una minore attenzione anche da parte degli studiosi, in cui la morte in ambito sanitario può essere lecitamente procurata da terzi a prescindere dalla volontà titolare del bene vita: si tratta di un gruppo di casi eterogeneo al proprio interno, in cui la morte si verifica ora in assenza di una valida volontà ora addirittura contro la volontà del paziente stesso.

Per definizione, dunque, la decisione proviene da un soggetto diverso dall'interessato. In verità, in entrambe le tipologie di fattispecie appena menzionate è frequente il tentativo di recuperare almeno un frammento di

consensualità per giustificare la scelta di causare la morte del paziente – una tendenza da registrare con favore e di cui è possibile attendersi un consolidamento, vista la crescente sensibilità verso le istanze dell'autodeterminazione.

Tuttavia, residuano inevitabilmente casi in cui occorre prendere atto che la volontà dell'interessato non può in alcun modo indirizzare la scelta del medico, perché radicalmente assente o impossibile da rispettare.

Queste "ipotesi limite" – che potrebbero suscitare in alcuni gli spettri di una "eutanasia non consensuale" – da un lato pongono un problema pratico, dal momento che, per quanto indesiderabili, anche un ordinamento democratico costituzionale non è in grado di impedire che si verifichino; dall'altro, rappresentano per la ricerca un interessante territorio di frontiera, dove, una volta rimosso del tutto il velo dell'elemento volontaristico, possono emergere meglio i diversi e ulteriori fattori a cui l'ordinamento affida, in modo non sempre esplicito, la funzione di segnare il confine tra lecito e illecito nelle scelte di fine vita.

Come accennato, all'interno delle ipotesi di morte "non volontaria" si possono distinguere, da un lato, i casi in cui non è possibile rinvenire una volontà manifestata nelle forme ritenute rilevanti dall'ordinamento, né può attendersi che tale volontà sia manifestata in futuro; dall'altro lato, i casi in cui, anche qualora il paziente sia in grado di esprimere validamente la volontà di essere tenuto in vita, questa risulta irrilevante a causa (perlopiù) di una situazione di insufficienza delle risorse richieste per il trattamento.

Si tratta, come emergerà nel corso dell'analisi, di classi di fatti che possono essere separate nettamente soltanto in teoria, mentre nella realtà non è sempre chiaro a quale categoria debbano ricondursi le vicende concrete, con la possibilità in un singolo caso che entrino in gioco più fattori di legittimazione della scelta in senso lato eutanasi.

È da segnalare sin d'ora che in pressoché tutte le ipotesi esaminate in questa parte del lavoro si assume che la condotta che causa la morte consista in una interruzione dei trattamenti di sostegno vitale o, più in generale, in una astensione dall'iniziare o proseguire un intervento salvavita. La riflessione in materia, come detto non cospicua, in effetti non prende in considerazione la possibilità di riconoscere, in assenza di volontà della persona, la liceità di una

morte procurata da una condotta attiva che valga ad anticipare il decesso rispetto al decorso naturale¹. Ciò, com'è evidente, non si spiega con ragioni di incompatibilità logica, ma sembra piuttosto il riflesso della tradizionale avversione verso il riconoscimento di ipotesi di liceità dell'eutanasia attiva: un'avversione che se oggi tende a ridimensionarsi, per quanto a fatica, dinanzi a valida richiesta di aiuto a morire da parte del paziente (v. Capitolo II), fa ancora avvertire tutto il suo peso a fronte della prospettiva di una morte "non volontaria". Il che non toglie, si noti, che tale disparità di trattamento, anche e soprattutto in queste ipotesi, possa ritenersi fondata e funzionale a evitare esiti inaccettabili – sempre senza dimenticare, però, che esistono solidi argomenti per qualificare anche le condotte di interruzione dei trattamenti come una forma di *killing* (v. Capitolo II).

¹ Fa eccezione, sotto questo e altri aspetti, il "caso delle gemelle" (v. *infra*), le cui molteplici peculiarità cercheremo di evidenziare di volta in volta durante la trattazione.

2. Una figura trasversale: il divieto di accanimento terapeutico.

Prima di esaminare le due ipotesi descritte, occorre soffermarsi su una fattispecie trasversale, poco studiata in dottrina ma che si presta ad assumere grande rilievo nella prassi.

Il riferimento è alla nozione di "accanimento terapeutico": una formula ormai invalsa nella riflessione interdisciplinare sulle questioni di fine vita, capace di raccogliere un consenso pressoché unanime sul trattamento morale e giuridico dei casi a essa riconducibili¹ (in questo senso produce effetti quasi speculari al termine "eutanasia"), ma caratterizzata – almeno a livello teorico – da una perdurante incertezza circa il suo perimetro applicativo.

La dottrina che si è occupata del tema² ha messo in luce le difficoltà di individuare una definizione precisa e condivisa di un concetto solo apparentemente intuitivo.

Tentando una prima approssimazione, può dirsi che la nozione in esame comprende tutti quegli interventi sanitari che sono inutili o addirittura dannosi per il paziente.

In questo senso si tende spesso a sottolineare che l'espressione "accanimento terapeutico" ha valore di ossimoro, dato che la perseveranza del medico non dovrebbe avere, in ipotesi, alcun effetto curativo: è stato quindi autorevolmente invocato, anche in questa materia, un aggiornamento lessicale, ma il termine alternativo proposto – "accanimento clinico"³ – non sembra essere poi entrato nell'uso corrente.

¹ La legittimità dell'interruzione dei trattamenti ("onerosi, pericolosi, straordinari o sproporzionati") che configurano "accanimento terapeutico" è riconosciuta anche dal Catechismo della Chiesa cattolica (n. 2278). Anche tra i giuristi più preoccupati di salvaguardare la vita umana da manifestazioni di volontà autodistruttive, giudica «comportamenti perfettamente rispettosi del diritto alla vita» quelli legati al rifiuto dell'accanimento terapeutico RONCO M., *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in Id., *Scritti patavini*, Giappichelli, 2017, t. II, p. 1600. Per una condanna di tale fenomeno cfr. già EUSEBI L., *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 532 ss.

² Sul problema definitorio cfr., per tutti, SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 685 ss.

³ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario*, cit., p. 6.

In termini di disciplina, la qualificazione di un trattamento come accanimento legittimo, o meglio, obbliga il medico ad astenersi dall'iniziarlo o proseguirlo, a prescindere dalla volontà del paziente.

Di qui la ragione della rilevanza del tema in questa sede del lavoro: è noto, infatti, che l'accanimento terapeutico viene invocato di frequente – anche se in modo non sempre pertinente – per giustificare la scelta di interrompere i trattamenti di sostegno vitale a favore di pazienti incapaci di autodeterminarsi, perché hanno perso e si prevede che non potranno mai recuperare lo stato cosciente⁴.

A fronte di queste coordinate generali, nel tempo sono state proposte numerose formulazioni del divieto in questione, specie in ambito religioso e a fini deontologici. Sia la dottrina cattolica che la professione medica concordano sulla necessità di coltivare un "senso del limite", ossia di fissare una soglia oltre il quale è lecito e persino doveroso non spingersi, senza che ciò integri un abbandono del paziente o tantomeno un omicidio⁵.

2.1. La dimensione normativa del divieto e le incertezze circa i suoi presupposti applicativi.

Da ultimo, anche il legislatore si è impegnato a codificare la nozione di accanimento terapeutico nell'ambito della legge – la più volte menzionata n. 219 del 2017 – che si propone di disciplinare la rilevanza del consenso nel rapporto medico-paziente. Nel comma 2 dell'art. 2 è ora previsto, con riferimento ai casi «di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte», che «il medico deve astenersi da ogni ostinazione

⁴ Emblematica di questa diffusa opinione è la sentenza pronunciata nel caso Welby dal GUP Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Cass. pen.*, 5/2008, p. 1806, che attribuisce al divieto di accanimento terapeutico una funzione «residuale», collocandolo «al di fuori del caso di consapevole rifiuto», nelle ipotesi di «terapia esercitata nei confronti di pazienti non più in grado di decidere per sé».

⁵ Interessante osservare che nel Catechismo della Chiesa cattolica (cfr. ancora n. 2278) l'argomento di fondo per sostenere la liceità dell'interruzione dei trattamenti in casi di accanimento terapeutico sembra far leva sull'esclusione di un nesso di causalità tra la condotta del medico e la morte del paziente («non si vuole così procurare la morte; si accetta di non poterla impedire»).

irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati»⁶.

Nonostante l'evidente intento tassativizzante del legislatore, la moltiplicazione delle definizioni non ha contribuito a chiarire la portata del divieto rispetto a formule più sintetiche, spesso ritenute eccessivamente vaghe.

Anzitutto, non si comprende se «cure» e «trattamenti», formalmente oggetto di precetti distinti, possano essere considerati sinonimi, e, in caso contrario, quali diverse sfumature debbano assumere i rispettivi significati.

Un approccio aderente al dato letterale dovrebbe condurre, invece, a distinguere tra le due nozioni: questa la ricostruzione preferita dalla dottrina, che tuttavia non concorda sulla loro interpretazione.

Accanto a chi propone una lettura (forse eccessivamente) restrittiva del termine «cure», da riferirsi a trattamenti in ipotesi privi di carattere sanitario (terapia del dolore; nutrizione e idratazione artificiali)⁷, altri vi ravvisano la figura tra le due «più ampia e complessa», descrittiva di un'attività risultante dal compimento di una pluralità di atti o pratiche, che richiede un vaglio di ragionevolezza globale, indipendentemente da inutilità o sproporzione dei singoli trattamenti necessari per attuarla⁸.

Aderire a questa tesi non dovrebbe però far dimenticare, ad avviso di chi scrive, la necessità di interpretare a sua volta la parola "trattamenti" nel senso più generale possibile – la stessa accezione onnicomprensiva, del resto, con cui il legislatore la impiega all'interno della stessa l. 219 per designare l'oggetto del diritto di rifiuto del paziente: cfr. art. 1, comma 5, primo periodo. Dunque, anche in base al dato positivo (oltre che alle indicazioni della comunità medica) potranno qualificarsi come trattamenti, ai fini della norma in esame, anche gli interventi di sostegno vitale e persino nutrizione e idratazione artificiale.

Sebbene non abbia una immediata rilevanza per la materia del fine vita, va segnalata l'incongruenza macroscopica costituita dall'assenza di qualsiasi riferimento, nell'ambito dell'art. 2, agli interventi di tipo diagnostico, pure

⁶ Allo stato, l'analisi più approfondita della norma in questione si ritrova in TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico nella sfera del diritto penale: obblighi di garanzia del medico, autodeterminazione del paziente e rischio consentito*, in *Consulta Online*, 1/2020, p. 12 ss.

⁷ Cfr. EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., o. 426.

⁸ Cfr. TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 21.

oggetto ricorrente del divieto di accanimento terapeutico nelle sue formulazioni di matrice non legale⁹.

Eventuali discrepanze tra le nozioni di "cura" e "trattamenti" sono destinate ad assumere rilievo alla luce dei diversi criteri da cui dipende la sussistenza di un accanimento terapeutico: la "irragionevolezza" della prosecuzione delle cure, da un lato, e la "inutilità" o "sproporzione" dei trattamenti, dall'altro.

In astratto, un trattamento può dirsi inutile per l'inidoneità a raggiungere l'obiettivo prefissato, mentre la sproporzione allude ai casi in cui il rapporto tra i vantaggi arrecati e i danni creati è (oltre misura) favorevole a questi ultimi. Dal canto suo, la ragionevolezza non sembra rappresentare un criterio del tutto alternativo, compendiando piuttosto sia un giudizio di idoneità che di proporzione¹⁰.

Com'è facile osservare, si tratta di concetti caratterizzati da profonda indeterminatezza, che richiedono di essere riempiti di significato alla luce di parametri ulteriori – necessari per individuare il fine perseguito o per stimare vantaggi e svantaggi del trattamento –, la cui definizione viene però totalmente affidata all'interprete.

2.2. La giustificazione dell'interruzione di trattamenti potenzialmente salvavita: il giudizio di beneficalità secondo criteri oggettivi.

Assumiamo in prima battuta che tutti questi giudizi abbiano come termine di relazione il beneficio del paziente, con la precisazione che questo non coincide necessariamente con la guarigione, dal momento che il divieto vale anche per trattamenti che non sono "cura" e che non di meno potrebbero avere

⁹ Cfr. art. 16 del codice di deontologia medica, che fin dalla rubrica («procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati») chiarisce la portata generale della prescrizione.

¹⁰ È stata proposta da TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 16-17, la distinzione (in verità di rilievo meramente descrittivo) tra accanimento "in senso stretto", collegato alla incapacità del trattamento di produrre un qualsiasi effetto positivo, a prescindere dai rischi creati, e "in senso ampio", dipendente dai giudizi non più assoluti ma relativi di proporzione o ragionevolezza.

effetti positivi per l'aspettativa di vita o per la qualità di vita¹¹.

La questione ineludibile che condiziona l'area di operatività del divieto è tuttavia se la c.d. beneficiabilità dei trattamenti debba essere valutata secondo un metro oggettivo, di stampo medico-clinico, oppure alla stregua del giudizio soggettivo che l'individuo dà di ciò che è preferibile per sé.

La tesi più tradizionale è – non sempre esplicitamente – orientata nella prima direzione, imperniando il giudizio sugli effetti che il trattamento può avere per la salute del paziente, intesa come l'insieme dei parametri vitali e di funzionalità organica.

In questo senso, viene spesso negata la possibilità che i trattamenti di sostegno vitale (ad es., la ventilazione meccanica) e a maggior ragione nutrizione e idratazione artificiale integrino una forma di accanimento, dal momento che in entrambi i casi sarebbe indiscutibile, da un lato, l'utilità dell'intervento esterno rispetto all'obiettivo di garantire la sopravvivenza del paziente e, dall'altro, l'assenza di sproporzione, alla luce della prevalenza dell'interesse alla conservazione della vita rispetto ad eventuali effetti collaterali per l'integrità psicofisica¹². L'interruzione di tali trattamenti, pertanto, potrebbe essere soltanto autorizzata dal paziente nell'esercizio del diritto di rifiutare le cure.

Tale conclusione sarebbe rafforzata dalla circostanza che il testo normativo oggi prevede, quale presupposto perché operi il dovere di desistenza in capo al medico, una situazione in cui la morte è imminente (o quantomeno prossima) e quindi – sembrerebbe di intendere – ormai inevitabile: *a contrario*, ciò potrebbe interpretarsi nel senso che, fin quando la possibilità di ritardare il decesso del paziente presenta una qualche consistenza, i trattamenti a ciò necessari non ricadono nell'area del divieto. In altri termini, nelle situazioni di accanimento, per definizione, nessun trattamento potrebbe avere apprezzabile "effetto vitale", sicché in presenza di sostegni vitali non sarebbe configurabile alcun

¹¹ Rispetto alla l. 219 più esplicito sul punto – ma parimenti non decisivo – è il codice di deontologia medica, che al già citato art. 16 riferisce il divieto ai trattamenti «dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità di vita».

¹² Ritiene, sia pure da una prospettiva critica, che questa soluzione sia in effetti quella meglio rispondente all'attuale assetto normativo TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 18.

accanimento.

Una impostazione così rigida non sembra tuttavia sostenibile, né imposta dalla disciplina vigente.

In primo luogo, anche nel contesto di un approccio strettamente oggettivo, si dovrebbe tenere conto dell'impatto che il trattamento può avere, oltre che sull'integrità fisica, anche sulla qualità della vita del paziente e sugli aspetti inerenti alla salute intesa in senso non meramente biologico¹³.

Inoltre, per negare che la norma sia applicabile ai casi trattamento di sostegno vitale non può invocarsi la limitazione del divieto ai casi di imminenza di morte (in cui, sembrerebbe, quei trattamenti hanno ormai fallito). Occorre ricordare come la legge contempli anche ipotesi di "prognosi infausta a breve termine", in cui la terapia, per quanto non risolutiva, potrebbe dimostrarsi efficace per un periodo di tempo apprezzabile; e in effetti, in molte situazioni terminali, anche le più estreme, grazie ai progressi della tecnica possono esistere interventi medici in grado di mantenere il paziente in vita, consentendo di guadagnare alcuni giorni o settimane in più.

Questa precisazione consente di assegnare al divieto in esame una sua autonomia nei casi di fine vita, laddove la sua portata pratica sarebbe invece vanificata qualora la norma fosse interpretata come se vietasse trattamenti di per sé irrealizzabili o totalmente incongrui rispetto alle condizioni cliniche del paziente.

Allora, anche ad ammettere che un trattamento di sostegno vitale di per sé non è mai inutile (nemmeno nei casi limite presi in considerazione dal legislatore), non può comunque escludersi che ricorra un'ipotesi di sproporzione. Ciò alla luce di elementi diversi dal semplice dato della sopravvivenza del malato ma pur sempre dotati di rilevanza clinica oggettiva: le sofferenze arrecate dal trattamento, l'invasività delle manovre necessarie per eseguirlo e la degradazione a cui costringono il corpo del malato, le possibilità di ripresa o il tempo di sopravvivenza guadagnato, solo per fare alcuni esempi.

Questo tipo di giudizio è del resto coerente con la limitazione del divieto

¹³ Come nota TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 18, il giudizio di proporzione può dare un risultato diverso da quello considerato inevitabile dalla tesi tradizionale poiché esso può mutare già «in base alla preminenza attribuita alla vita del paziente o alla sua integrità psicofisica complessivamente intesa», e dunque a prescindere dal riferimento a criteri soggettivi.

ai casi in cui la morte è imminente o sopraggiungerà "a breve termine": è verosimile, infatti, che proprio in queste situazioni gli effetti collaterali dei tentativi di intervento sul paziente abbiano grande probabilità di superare l'utilità connessa all'allungamento della vita, per ipotesi di entità molto ridotta.

Il criterio della sproporzione (che, in mancanza di consistenti elementi contrari, può ritenersi non dissimile dal criterio della ragionevolezza) offre dunque un argomento per configurare l'esistenza di un dovere del medico di interrompere i trattamenti di sostegno vitale anche a prescindere dalla volontà del paziente. Niente impedisce che lo stesso si verifichi anche per quella sottoclasse di trattamenti rappresentati da nutrizione e idratazione artificiale, sebbene sia probabile che, in ragione delle modalità di somministrazione, il bilanciamento resti a loro favore anche in situazioni gravemente compromesse, fino agli ultimi giorni o ore di vita. Decisivo a tal fine, come in generale per l'applicazione del criterio di proporzione, sarà il confronto tra la probabilità di verifica di un danno alla salute o di un guadagno di *chance* di sopravvivenza, da un lato, e l'entità di tale danno o vantaggio, dall'altro¹⁴.

* * *

Alla luce di questa ricostruzione, il fondamento sostanziale dell'istituto sarebbe da rinvenire nella finalità di tutelare la salute, l'integrità psicofisica e la dignità del paziente nella loro dimensione oggettiva, e rivelerebbe che, almeno in situazioni estreme, per l'ordinamento tali interessi assumono valore prioritario anche rispetto al bene vita.

La previsione della l. 219 ci sembra rivestire un importante ruolo sistematico, perché dimostra che, sul piano normativo, il *favor* per la vita non è assoluto, ma condizionato a un giudizio di proporzione con istanze che rappresentano la trasposizione giuridica del precetto medico *primum non nocere*.

L'interruzione di trattamenti di sostegno vitale che integrino un accanimento esprime così una logica del "male minore" interna alla sfera clinica del paziente.

Potrebbe parlarsi di un criterio normativo di risoluzione del conflitto tra vita e salute (in senso lato) nei casi in cui il paziente non sia in grado di

¹⁴ Sulla struttura di tale giudizio cfr. TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 17-18, che ne mette condivisibilmente in luce l'intrinseca connotazione valoriale.

esprimere una propria volontà: un bilanciamento in parte predeterminato – attraverso la previsione di alcuni limiti temporali e dei parametri di ragionevolezza, utilità e proporzionalità – e in parte affidato (al medico e) all'interprete, cui spetterà riempire di significato i parametri "variabili".

Sebbene ancorato a criteri oggettivi, il bilanciamento richiesto dal legislatore si presta a riflettere una concezione più moderna e comprensiva del concetto di salute e di "cura", e consente un definitivo superamento della concezione per cui compito del medico sarebbe il prolungamento della vita a ogni costo: in nessun caso, anche in presenza di atti che avrebbero di per sé natura terapeutica, il paziente può essere trasformato da soggetto a oggetto né costretto a subire un'ingerenza (e potenzialmente una sofferenza) che in un'ottica di benessere complessivo non è controbilanciata da apprezzabili effetti benefici¹⁵.

Per quanto detto sin qui, allora, la "disponibilità" del diritto alla vita che si realizza da parte dei terzi che adempiono il dovere di accanimento terapeutico è giustificata principalmente dall'esigenza di tutelare gli interessi del paziente (o, meglio, quello tra essi prevalente) anche in caso di conflitto tra istanze tutte interne alla sua sfera.

2.3. (segue) *Gli altri criteri e interessi rilevanti per la portata del divieto.*

Non è scontato, tuttavia, che il criterio di appropriatezza clinica sia, già *de iure condito*, l'unico rilevante ai fini del bilanciamento sotteso al divieto in esame.

Come già visto per altre fattispecie di scelte di fine vita, infatti, è verosimile che anche qui l'assetto complessivo della disciplina (vigente e vivente) dipenda dalla combinazione di una pluralità di formanti.

¹⁵ In questo senso TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 25; l'Autore in realtà esclude che «la norma esprima un possibile contrasto tra il diritto alla vita e il diritto all'integrità psicofisica del malato», salvo poi affermare, però, che nell'ottica del legislatore il bene vita risulta «funzionale» al «benessere complessivo del malato».

2.3.1. Il criterio causale.

Anzitutto – per richiamare alcune tendenze di fondo già osservate –, nell'operatività del divieto nei soli casi "terminali" può rinvenirsi, a livello di previsione astratta, una traccia della maggiore disponibilità mostrata dall'ordinamento a tollerare condotte che presentano una rilevanza eziologica ridotta rispetto al decesso.

Si è cercato di dimostrare che il divieto di accanimento terapeutico impone di astenersi dal prestare non solo trattamenti ininfluenti per il verificarsi dell'evento morte, ma anche interventi che pure sarebbero in grado di posticiparlo¹⁶: esso copre, dunque, anche condotte dotate di efficacia causale rispetto al decesso considerato *hic et nunc*.

Allora, è verosimile ritenere che attraverso la previsione di un limite temporale il legislatore abbia inteso circoscrivere tale obbligo alle ipotesi in cui l'omissione di trattamento andrebbe ad anticipare solo di poco una morte non solo inevitabile, ma già di per sé imminente, rendendo così maggiormente accettabile un principio – la doverosità della desistenza medica in casi di prognosi infausta – che altrimenti potrebbe presentare frizioni con le esigenze di tutela della vita e dell'autonomia individuale¹⁷.

La necessità di realizzare un bilanciamento tra queste istanze giustifica anche una interpretazione restrittiva del «breve termine» entro il quale si prevede che possa verificarsi il decesso¹⁸.

Una simile disciplina naturalmente non impedisce che in qualsiasi

¹⁶ Neppure può escludersi a priori che il dovere di astenersi da ulteriori trattamenti imponga anche una condotta attiva funzionale a realizzare tale astensione, secondo lo schema già noto per l'ipotesi di interruzione delle cure su richiesta del paziente: se si considerano tali condotte alla stregua di atti di *killig*, deve essere relativizzata la prescrizione del codice di deontologia medica per cui «il medico che si astiene da trattamenti non proporzionati non pone in essere in alcun caso un comportamento finalizzato a provocare la morte».

¹⁷ Una chiara consapevolezza del delicato bilanciamento sotteso a questo aspetto della disciplina si ritrova in EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 429, il quale ricorda che sarebbe «inconcepibile un obbligo astensivo del medico [...] autonomo dalla volontà del paziente» quando esistesse una probabilità di morte pure «significativa» ma destinata a concretizzarsi «in un arco temporale ad ogni modo non brevissimo»: una prospettiva che secondo l'Autore finirebbe per incentivare una intollerabile prassi di abbandono terapeutico.

¹⁸ «al massimo entro pochi giorni» secondo EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 429.

momento il medico, alla luce tanto di obblighi deontologici che di linee guida e buone prassi (rilevanti per il giudizio di colpa), decida di non praticare interventi – anche solo diagnostici – che si rivelassero inutili o sproporzionati, quindi privi della "finalità terapeutica" che contraddistingue gli atti medici.

Tuttavia, con specifico riguardo alle scelte di fine vita, il limite temporale fissato dal legislatore comporta che non potrà invocarsi il divieto di accanimento terapeutico in quanto tale per legittimare l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale a pazienti per cui è sì esclusa ogni speranza di guarigione o anche solo di recupero parziale, ma la cui patologia, in presenza di un adeguato supporto medico, non è tale da condurre in tempi brevi al decesso: si pensi al caso emblematico dello stato vegetativo permanente o alle ipotesi di malattie neurodegenerative in cui il decadimento cognitivo porta a un annullamento delle facoltà di rapporti con il mondo esterno. Queste situazioni saranno oggetto della seconda parte di questo Capitolo.

2.3.2. L'interesse a un utilizzo efficiente delle risorse sanitarie.

Vi è poi un secondo fattore che potrebbe incidere sulla portata del divieto di accanimento terapeutico, questa volta più a livello concreto che astratto, in particolare influenzando la valutazione di proporzionalità dei trattamenti: tra gli elementi di cui tenere conto per soppesare gli effetti collaterali del mantenimento in vita del paziente potrebbero figurare non solo le conseguenze negative per la salute dell'individuo, ma anche il consumo delle risorse – umane e materiali – richieste per la somministrazione del trattamento.

Un criterio del genere evidentemente dà spazio a considerazioni che fuoriescono dal giudizio di beneficialità del trattamento per il singolo paziente, chiamando in causa una prospettiva globale o "aggregata": ciò può valere sia per il calcolo dei "costi" che il sistema deve sopportare per l'erogazione di un determinato trattamento, sia per quello dei maggiori "benefici" che deriverebbero rivolgendo quelle medesime risorse, o parte di esse, verso altri impieghi.

In entrambi i casi, la critica che può rivolgersi a questa prospettiva è che

essa finirebbe per strumentalizzare la persona del paziente al perseguimento di fini e interessi esterni e ad essa non comparabili nella scala di valori costituzionale. Se pare accettabile sacrificare il diritto alla vita in nome della tutela della salute e della dignità del paziente stesso, viene ritenuto generalmente inammissibile che (non la causazione diretta della morte, ma) anche solo l'astensione da un intervento potenzialmente salvifico possa motivarsi con obiettivi di contenimento della spesa¹⁹. In materia di fine vita il criterio economicistico sarebbe del tutto incompatibile con il principio personalistico che anima la Costituzione²⁰, anche – e forse soprattutto – nei casi in cui non sia possibile raccogliere la volontà del paziente.

Nondimeno, è impossibile non tenere conto, come menzionato in precedenza, che l'erogazione di prestazioni sanitarie è un caso emblematico di allocazione di risorse in condizioni di scarsità.

Assunto che il contingente di risorse a cui il medico può attingere non è infinito, soprattutto in un determinato contesto spazio-temporale, non è implausibile ipotizzare che si diano singoli casi in cui – a fronte di un decesso ormai inevitabile nel breve periodo – sarebbe possibile offrire al paziente un piccolo miglioramento delle condizioni di salute, ma solo con uno sforzo economico manifestamente sproporzionato (ad esempio l'acquisto di un nuovo, costosissimo macchinario).

Soprattutto, però, una valutazione globale è ineliminabile perché uno dei corollari pratici di una situazione di scarsità è il fatto che ogni quota di risorse consumata da un paziente è sottratta ad altri pazienti con bisogni di cura concomitanti o immediatamente successivi. Ogni scelta di destinare risorse a

¹⁹ Paventa questo scenario STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1024-1025, che ritiene «l'odioso bilanciamento tra vita e "spese necessarie" [...] irrimediabilmente precluso al medico, come a chiunque altro, compreso il legislatore ordinario».

²⁰ Richiamando la giurisprudenza della Corte costituzionale degli anni '90 sul diritto alla salute RODOTÀ S., *La vita e le regole*, cit., p. 233, rammentava che, per quanto una situazione giuridica (anche avente rango di diritto fondamentale) sia finanziariamente condizionata, di essa «deve comunque garantirsi il contenuto essenziale o minimo, un nucleo incomprimibile nel quale risiede un momento fondativo della tutela della persona». Sui rapporti fra vincoli economico-finanziari cui soggiace un ente pubblico e prestazioni sociali che è tenuto a erogare (nel caso di specie, volte a soddisfare il diritto allo studio degli alunni disabili) cfr. di recente l'efficace affermazione Corte cost., sent. 16 dicembre 2016, n. 275, Pres. Grossi, red. Prosperetti, secondo cui (§ 11 del "considerato in diritto") «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». I medesimi argomenti dovrebbero valere, *a fortiori*, per la tutela del diritto alla vita.

un certo scopo implica dunque sacrificare in tutto o in parte altre esigenze. Specularmente, ciò significa anche che rinunciare a erogare risorse per la cura di un paziente può trovare una giustificazione non tanto in una finalità di risparmio fine a sé stessa, ma nella funzione di tutelare il diritto alla salute e alla vita di altri soggetti²¹.

Così impostata la questione, il problema non è più l'inversione della gerarchia assiologica tra beni personali e beni patrimoniali, ma diventa l'individuazione di un criterio di preferenza tra più beni equiordinati che tuttavia non possono essere soddisfatti tutti in ugual misura. Del tema ci occuperemo specificamente nella terza parte di questo Capitolo.

In realtà, il divieto di accanimento terapeutico non sembra svolgere questa funzione in via diretta, perché la sua struttura non implica una comparazione tra le esigenze di più pazienti. Tuttavia, non può escludersi che in una certa misura la sua *ratio* e la sua portata risentano del problema sottostante, ossia la scarsità di risorse.

Valorizzando il requisito della proporzione come presupposto autonomo, si può ritenere che il divieto operi non solo quando ostinarsi nelle cure andrebbe a svantaggio, anziché a vantaggio, del paziente, ma anche quanto l'impegno richiesto, pur utile, sarebbe sproporzionato rispetto ai risultati prodotti.

Al contempo, poiché non si tratta di una situazione di diretta concorrenza tra beni di soggetti diversi, ma la possibilità di un danno si appalesa attuale e concreta solo con riguardo a un unico paziente, è ragionevole che la norma sia soggetta a una applicazione restrittiva nella parte in cui legittima l'interruzione dei trattamenti per ragioni aggiuntive rispetto alla salute dell'interessato: ciò per quanto concerne sia la soglia temporale – che andrà fissata il più possibile in prossimità del decesso – sia il requisito della sproporzione – che dovrà ritenersi integrato soltanto in presenza di uno squilibrio macroscopico tra l'utilità arrecata al paziente e il consumo di risorse.

Per evocare scenari rispettosi di queste condizioni, si pensi a un paziente

²¹ Si tratta della stessa *ratio* che, secondo l'opinione preferibile, sorregge le misure normative volte a contrastare le pratiche di medicina difensiva: se il consumo di risorse per esami e trattamenti giustificati solo in funzione di prevenzione del rischio giudiziario realizza apparentemente un'iper-tutela della salute del paziente che ne beneficia in via diretta, il suo effetto riflesso è un peggioramento della qualità delle prestazioni offerte agli altri pazienti, e dunque un *vulnus* per il loro diritto alla salute.

ormai in stadio terminale la cui sopravvivenza dipenda, per gli ultimi giorni, dall'esecuzione quotidiana di numerose trasfusioni, dunque con importante consumo di una risorsa scarsa e che potrebbe invece rivelarsi realmente salvavita per altri soggetti.

Ancora, il divieto di accanimento terapeutico potrebbe essere invocato per rivestire di forma giuridica la scelta di non dare corso a un trattamento invasivo e dall'esito incerto, con importanti danni collaterali e non trascurabili difficoltà di recupero, qual è il ricovero in terapia intensiva: una decisione che risente evidentemente di un criterio di appropriatezza clinica, ma in cui il giudizio sulle condizioni di salute del paziente non può che essere bilanciato con la consapevolezza che i letti disponibili rappresentano una risorsa tanto limitata quanto preziosa. Ciò – si noti – anche in situazioni di "ordinarietà" e dunque a prescindere dalla ricorrenza di scenari di c.d. scelte tragiche (su cui v. *infra*), che invece potrebbero legittimare un criterio di ammissione basato su un giudizio di appropriatezza clinica non assoluto ma relativo, all'esito di una comparazione tra pazienti (magari di per sé tutti "meritevoli").

2.4. L'incidenza della volontà del paziente sull'operatività del divieto: il giudizio di beneficalità secondo un criterio soggettivo.

Sin qui si è fatto riferimento a casi in cui fa difetto la volontà del paziente (ormai incosciente, ad esempio) e in cui, pertanto, non può che aderirsi a un metro di giudizio oggettivo – ancorché necessariamente individualizzato²² – nel compiere il bilanciamento che si è visto sotteso al divieto di accanimento terapeutico.

Non può escludersi, tuttavia, che il paziente sia ancora in grado di esprimere un valido consenso o dissenso rispetto ai trattamenti necessari per la

²² Il giudizio, come ovvio per ogni atto medico, è sempre rapportato alla condizione clinica del singolo: la circostanza che vengano considerati dati inerenti alla persona del paziente non significa però attribuire rilievo anche all'elemento volontaristico, attuale o presunto. Questa precisazione – che si ritrova in TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 20 – non è in realtà scontata, a fronte di alcune affermazioni ambigue che pur promuovendo un approccio soggettivo con ciò alludono soltanto alla necessità di concretizzare il giudizio di proporzione.

sua sopravvivenza in situazioni assimilabili a quelle finora prese in considerazione.

Nulla quaestio nel caso in cui sia la persona stessa a rifiutare le cure – un diritto che, come visto nel Capitolo I, ai sensi della l. 219 può essere esercitato anche fuori dagli stretti limiti a cui l'art. 2, comma 2 subordina l'interruzione dei trattamenti.

Controversa è invece la questione se la volontà dell'individuo possa rilevare ai fini dell'operatività del divieto in esame, incidendo sul giudizio di utilità o di proporzionalità dei trattamenti: se, in altri termini, il paziente possa pretendere e ottenere una prestazione che, valutata alla stregua di un metro puramente oggettivo, costituirebbe accanimento terapeutico, ovvero se, in questi casi, il medico abbia il dovere di astenersi dai trattamenti anche contro la volontà del paziente stesso.

Il dato normativo è stato da taluni ritenuto in linea con questa seconda soluzione²³, alla luce del tenore letterale dell'art. 2, comma 2 – un precetto che ha per destinatario il medico ed è privo di riferimenti al giudizio soggettivo del singolo – in combinazione con la previsione di cui all'art. 1, comma 6, della stessa l. 219, contenente il divieto per il paziente di esigere trattamenti «contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali».

Per quanto fortemente indizianti, le norme menzionate non ci sembrano del tutto incompatibili con una interpretazione alternativa: il giudizio di contrarietà alla legge postulato dall'art. 1, comma 6, rischia di trasformarsi in un argomento circolare, dal momento che implica un rinvio allo stesso art. 2, comma 2; e qui, d'altra parte, nel silenzio del legislatore, non può escludersi *a priori* che i parametri di utilità e proporzione siano riempiti di significato alla luce delle preferenze del paziente²⁴.

²³ Così TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 20 e 25, che per questo non manca di criticare l'impostazione accolta dal legislatore.

²⁴ Che «il concetto di proporzionalità dei trattamenti non possa risultare slegato dal rapporto con la valutazione soggettiva del paziente» «capace di intendere e di volere» e «informato» è la tesi oggi sostenuta con convinzione da EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 427, che ai fini della disciplina dell'accanimento terapeutico – a differenza che nelle ipotesi di rifiuto di cure – vede nella volontà del paziente un «presidio» a tutela della vita contro «troppo facili scelte astensionistiche o interruttive». L'idea di fondo che sembra ispirare la posizione dell'Autore (cfr. EUSEBI L., *Introduzione al focus (I). Menomazioni gravi della salute: "diritto di vivere" o "diritto di morire"? Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. it.*

In effetti, a fronte di questi indizi non univoci, pare esserci spazio per una lettura coerente con l'opportunità che anche il divieto di accanimento terapeutico si conformi alla concezione di salute in senso soggettivo e alla latitudine della libertà di autodeterminazione che sono andate progressivamente affermandosi nella coscienza sociale e sono state recepite nell'ordinamento giuridico, da ultimo proprio grazie al *corpus* normativo della l. 219.

Anche nello specifico ambito dell'art. 2, comma 2, si impone la necessità di valorizzare, ove possibile, l'autodeterminazione terapeutica del paziente, per garantire a questi la sovranità sulle scelte concernenti la propria salute, anche quando divergenti rispetto ai criteri clinici di oggettiva appropriatezza e proporzionalità²⁵. Si tratterebbe di accettare, fino alle estreme conseguenze, il principio "*voluntas aegroti suprema lex*"²⁶: come il paziente può esercitare la propria libertà di cura a detrimento dell'integrità fisica e addirittura della vita, rinunciando a trattamenti di sostegno vitale, così – in modo speculare – dovrebbe ammettersi che lo stesso possa accettare menomazioni o sofferenze aggiuntive e in ipotesi anche sproporzionate in nome di una speranza pur minima di miglioramento o di una sopravvivenza prolungata anche solo di qualche giorno, o ancora al fine di soddisfare un proprio bisogno esistenziale²⁷. In entrambi i casi l'effettività del diritto di autodeterminazione consentirebbe al paziente di pretendere che i medici si adeguino alla sua richiesta (come già previsto, per il rifiuto di cure, dall'art. 1, comma 5).

A ritenere diversamente, si osserva, verrebbe perpetuato un residuo di quel paternalismo medico forte che si ritiene ormai in via di superamento (se

med. leg., 2/2014, p. 490) è quella per cui, nelle situazioni in esame, esigenza prioritaria del paziente sarebbe quella di evitare l'abbandono terapeutico, piuttosto che l'accanimento terapeutico. Sul rischio che una nozione esclusivamente oggettiva di accanimento incentivi forme di medicina difensiva *negativa* cfr. CUPELLI C., *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. pen.*, 9/2011, p. 2945, spec. nt. 10.

²⁵ Sulla contraddizione tra la regolamentazione espressa dall'art. 2 comma 2 e l'impianto generale della l. 219 in tema di rapporti tra consenso del paziente e doverosità dell'intervento medico cfr. TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 31-32.

²⁶ Così già STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1020.

²⁷ Come osserva EUSEBI L., *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., p. 1230-1231, anche un breve tempo di vita in più potrebbe rivelarsi essenziale agli occhi del paziente per «l'espressione ormai irripetibile di aspetti importanti della sua umanità, quali il dialogo con i congiunti, il raccoglimento interiore dinnanzi alla morte, il soddisfacimento di desideri attinenti alla sfera relazionale o a quella religiosa e così via».

non del tutto obliterato), consentendo a terzi di sostituirsi al paziente nella definizione dei concetti di salute e di dignità, e nel bilanciamento tra questi diritti e l'interesse a vivere²⁸.

2.4.1. Il nucleo duro oggettivo del divieto.

Considerata la persuasività di queste critiche, è comunque preferibile seguire una via intermedia tra le due prospettate²⁹, anche tenendo conto dell'ampia zona grigia in cui si collocano vicende del tipo di cui ci occupiamo.

Posto che in mancanza di indicazioni del paziente è inevitabile procedere secondo un metro di giudizio oggettivo, sembra maggiormente in linea con il volto attuale del sistema una interpretazione del divieto di accanimento terapeutico rispettosa della volontà dell'interessato, compresa quella di esporsi a strazianti dolori pur di non rinunciare anche agli ultimi momenti di vita, se ciò è il frutto di un personale bilanciamento – insindacabile dall'esterno – tra i valori in gioco pertinenti alla sua sfera.

Se è vero che una concezione oggettiva ma moderna della salute e della funzione dell'attività di "cura" non individua più la sopravvivenza come un bene assoluto, a maggior ragione potrebbe accadere che, in base a una concezione soggettiva, «finalità della terapia non necessariamente [sia] la

²⁸ Cfr. TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 25, il quale osserva che leggere la norma in termini puramente oggettivi significherebbe riconoscere che «il diritto all'autodeterminazione libera e responsabile del malato sia stato collocato in una posizione recessiva» rispetto all'incolumità psicofisica del paziente stesso, «che evidentemente il legislatore intende perseguire in via prioritaria e in modo paternalistico».

²⁹ Una soluzione mediana sembra, in ultima analisi, anche quella auspicata da TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 31 ss., che se da un lato sostiene la necessità di attribuire rilievo alla volontà del paziente per verificare la sussistenza di un accanimento "in senso ampio" (laddove, cioè, sia in gioco la proporzione tra vantaggi e svantaggi del trattamento, che secondo l'Autore non potrebbe che essere rimessa alle preferenze soggettive del singolo), dall'altro lato considera «accettabile» che il medico rivesta la funzione di (unico) «arbitro» ai fini del riscontro di un accanimento "in senso stretto", per il quale rileva soltanto un giudizio sull'*an* (e non sul *quantum*) dell'utilità del trattamento (e infatti, tra le ipotesi *de iure condendo*, invoca un divieto avente ad oggetto i soli trattamenti inutili: cfr. p. 33). Senonché, alla luce della più volte ricordata esigenza di valorizzare una nozione soggettiva di salute, ci sembra che la volontà del paziente ben possa influenzare anche la valutazione circa l'esistenza o meno di un beneficio derivante dall'intervento medico: la definizione di un'area oggettiva indefettibile di operatività del divieto di accanimento terapeutico dovrà pertanto essere ancorata a criteri diversi dalla distinzione tra fattispecie di "inutilità" o di "sproporzione" del trattamento.

guarigione [ma] anche il mero mantenimento in vita, persino in situazioni compromesse e/o di grave sofferenza»³⁰.

Aderendo a questa prospettiva, si prefigura un quadro più armonico della rilevanza della libertà di autodeterminazione del paziente, sia essa orientata al lasciarsi morire o al tentare di sopravvivere³¹.

Ciò non significa, però, che la pretesa del paziente sia senza limiti³².

Pur consapevoli della difficoltà di tracciare soglie in astratto e, al contrario, della centralità del caso concreto, deve ammettersi che esistano trattamenti la cui inutilità o sproporzione è talmente macroscopica da rendere inesigibile l'obbligo dei medici e del sistema sanitario.

Anzitutto, ciò può verificarsi nei casi – rari ma non inverosimili – in cui la richiesta del paziente abbia ad oggetto un trattamento assolutamente sperimentale (per la cui somministrazione il personale sanitario magari non dispone neppure delle necessarie competenze) o che non sia riconducibile in alcun modo al concetto di "cura", così fuoriuscendo persino dal novero degli atti medici³³. Emerge qui il limite connaturato al carattere professionale dell'attività sanitaria e alla esistenza di uno standard oggettivo delle prestazioni erogabili³⁴.

Un limite di cui si può stimare un maggiore impatto sulla prassi è invece quello, già accennato, che attiene non tanto all'accoglimento di una nozione oggettiva di salute, ma, in ultima analisi, all'esigenza di confrontarsi con un

³⁰ PULITANÒ D., *Tutela della vita e della integrità fisica*, in Id. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I*, cit., p. 45.

³¹ Nell'ottica della dinamica della relazione di cura, associano al ruolo centrale del consenso del paziente la duplice valenza di plasmare i doveri del medico tanto nell'ipotesi di rifiuto di cure quanto in situazioni di accanimento terapeutico PULITANÒ D., *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2007, p. 1208; CUPELLI C., *Responsabilità colposa*, cit., p. 2951.

³² All'indomani della l. 219, si esprime contro una «relativizzazione totale» del concetto in esame DEL CORONA L., *La nozione di accanimento terapeutico alla luce del "caso Marasco" e i problemi ancora aperti*, in *BioLaw Journal*, 1/2021, p. 280-281, mentre dubitativa e prudente, prima della l. 219, era già la posizione di CUPELLI C., *Responsabilità colposa*, cit., p. 2943; va precisato che entrambi gli Autori pure si muovono in una prospettiva di generale *favor* per l'autodeterminazione del paziente anche in questo specifico ambito.

³³ Cfr. PULITANÒ D., *Doveri del medico*, cit., p. 1209, che riafferma «il dovere [del medico] di non cedere a richieste di praticare terapie tecnicamente insostenibili o interventi che non abbiano nemmeno un significato obiettivo di terapia».

³⁴ Sulla necessità di rispettare il «sapere scientifico e gli elementi fattuali» che sono alla base dell'ars medica quale limite alle richieste del paziente insiste in particolare DEL CORONA L., *La nozione di accanimento terapeutico*, cit., p. 280.

problema di scarsità di risorse.

Come si è cercato di dimostrare, infatti, il divieto di accanimento terapeutico si presta a esprimere, sia pure in via indiretta e sussidiaria, un'esigenza di razionale impiego delle risorse sanitarie. Considerazioni relative a questo profilo possono ben venire in gioco anche ad ammettere – come riteniamo opportuno – che, in un primo momento, il bilanciamento tra vita e salute sia interamente demandato alle preferenze del paziente. Con l'eccezione dei casi in cui si pretendano dal medico prestazioni che questi non è abilitato a erogare, alla richiesta del paziente di iniziare o proseguire un trattamento non potrà opporsi un calcolo eteronomo del rapporto tra costi e benefici di tipo *sanitario*; tuttavia, un rifiuto resta possibile quando la richiesta impone un consumo di risorse sproporzionato, e può ritenersi legittimato dalla necessità di non compromettere le possibilità di offrire cure adeguate ad altri pazienti.

Una lettura del genere è coerente, ci pare, con una ricostruzione che individua nel criterio della scarsità di risorse un limite generale all'esercizio della libertà di autodeterminazione in materia di fine vita. Questo fattore, infatti, opera in funzione limitativa indipendentemente dalla "direzione" in cui il paziente esercita la propria libertà: da un lato, giustifica la previsione di presupposti più stringenti quando il paziente desidera morire, ponendo un argine alle richieste di prestazioni di aiuto a morire, che si presume siano più onerose rispetto alla semplice astensione dai trattamenti; dall'altro, consente di tracciare una soglia oltre la quale non può trovare soddisfazione la pretesa del paziente di ricevere, in situazioni ormai disperate, trattamenti che non sono giustificati alla luce dell'inevitabile evoluzione del quadro clinico.

Il parallelo tra questi due scenari, opposti tra loro, consente di mettere il limite in esame al riparo dalle critiche che potrebbero essere rivolte contro la possibilità che un criterio economicistico prevalga su esigenze di conservazione della vita, peraltro manifestate dall'interessato. La scarsità di risorse è in realtà un fattore neutrale, che di per sé non esprime una prevalenza delle esigenze di oggettiva conservazione del bene vita/salute sulle istanze di autodeterminazione soggettiva, o viceversa, ma – a seconda del tipo di fattispecie in rilievo – può influire sul bilanciamento tra questi due contrapposti interessi. Può così accadere che talora limiti le scelte autolesive dell'individuo, talora legittimi decisioni di terzi che hanno come effetto la morte del paziente,

pur contro la volontà di quest'ultimo.

È dunque alla luce degli interessi sottesi a un utilizzo efficiente delle risorse – la tutela di beni giuridici altrui di pari rango – che potrebbe leggersi la *ratio* del divieto di accanimento terapeutico anche una volta che sia stata affrancata da una concezione paternalistica dei beni della salute e della dignità.

2.5. La rilevanza penalistica del divieto di accanimento terapeutico, tra obblighi di garanzia e regole cautelari.

Ai fini della sistematica del reato, la rilevanza del divieto di accanimento terapeutico è consuetamente individuata nella limitazione degli obblighi di garanzia gravanti sul medico³⁵.

È appena il caso di precisare che l'operatività del divieto non significa che in capo al medico scompaia qualsiasi dovere di assistenza nei confronti del paziente: anzi, la l. 219 oggi è chiara nel prevedere un obbligo di assicurare terapia del dolore e cure palliative, se richieste, che comunque sembrano all'evidenza incompatibili con un giudizio di inutilità o sproporzione.

Tuttavia, l'integrarsi della fattispecie determina il venir meno del dovere di impedire (tra gli altri) l'evento morte, al pari di quanto si verifica, qualora il paziente sia in grado di esprimere una volontà giuridicamente rilevante, in caso di rifiuto di cure salvavita. Al tempo stesso, al ricorrere dei presupposti sopra esaminati, la condotta del medico di astensione da ulteriori trattamenti può considerarsi come adempimento di un dovere che trova fonte proprio nell'art. 2, comma 2.

Coerentemente, la natura giuridica dell'esonero da responsabilità del medico richiama le questioni già affrontate nel Capitolo I a proposito dell'art. 1, comma 5, l. 219: a seconda che si qualifichi la condotta di interruzione dei trattamenti come omissiva o attiva, la liceità del fatto potrà essere affermata per ragioni legate rispettivamente alla carenza o alla tipicità o di antigiuridicità.

In generale, qualora il medico erri nel compiere la valutazione sottesa alla

³⁵ Cfr. per tutti CUPELLI C., *Responsabilità colposa*, cit., p. 2951 ss.

norma in questione, ad esempio ritenendo sproporzionato un trattamento salvavita invece adeguato e raccomandato dalle linee guida, il giudice – preso atto dell'inapplicabilità del divieto di accanimento terapeutico – dovrà riconoscere la sussistenza di un nesso di causa tra la condotta e l'evento morte, senza poter escludere l'antigiuridicità: l'eventuale esonero da responsabilità del medico sarà allora da ricercare sul piano dell'elemento soggettivo, all'esito dell'accertamento della colposità dell'errore di giudizio circa la condizione clinica del paziente³⁶.

Come visto, tuttavia, il giudizio sulla correttezza del bilanciamento compiuto dal medico e, dunque, sulla operatività del divieto, dipende dall'accoglimento di una nozione oggettiva o soggettiva di accanimento terapeutico.

Posto che in assenza di capacità dell'interessato tale valutazione dovrà attenersi a criteri strettamente clinici, il problema della rilevanza della volontà del paziente è emerso nella prassi in relazione alla necessità di definire la posizione del medico per il verificarsi di eventi avversi conseguenti a un trattamento che avrebbe costituito accanimento terapeutico ma che era stato autorizzato dal paziente stesso.

In una situazione del genere, la Cassazione³⁷ ha riconosciuto l'astratta configurabilità di una responsabilità a carico del medico, nonostante l'intervento fosse stato eseguito secondo le regole dell'arte, ravvisando un profilo di colpa nella violazione del divieto di accanimento terapeutico, interpretato in chiave rigidamente oggettiva.

La dottrina³⁸ ha criticato questa ricostruzione, ora negando che il divieto in esame – peraltro all'epoca dei fatti previsto solo dal codice di deontologia medica – sia in generale idoneo a fondare un rimprovero per colpa, ora

³⁶ Sulle tappe che possono condurre a imputare al medico la responsabilità a titolo di omicidio mediante omissione Cfr. TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 23.

³⁷ Cfr. Cass., Sez. IV, sent. 13 gennaio 2011 (dep. 7 aprile 2011), n. 13746, Pres. Brusco, rel. Vitelli Casella, ric. Huscher e altri, in *Cass. pen.*, 9/2011, p. 2934 ss. (con nota di CUPELLI C., *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*), pronunciatasi nel caso di una donna morte per emorragia a seguito di un intervento chirurgico per l'asportazione di una massa tumorale a cui era stata sottoposta nonostante già versasse in condizione terminale e dovesse ritenersi "inoperabile".

³⁸ Per entrambi gli argomenti riportati nel testo il riferimento è in particolare CUPELLI C., *Responsabilità colposa*, cit., rispettivamente p. 2946 ss. e 2949 ss., le cui considerazioni sono riprese anche da TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 27 ss.

osservando che in ogni caso, anche a riconoscergli la natura di norma cautelare, esso mirerebbe a prevenire soltanto offese all'integrità psicofisica, e non l'evento morte, che dunque non rappresenterebbe la c.d. concretizzazione del rischio.

Per risolvere la questione, si preferisce invece valorizzare una nozione soggettiva di accanimento terapeutico, assegnando rilevanza alla volontà del paziente ai fini dell'ampliamento dell'area del rischio consentito nonché dei doveri del medico, e quindi del novero di eventi che, in assenza di autonomi profili di colpa, possono essere cagionati *lecitamente*³⁹ (sia pure con il limite, già menzionato, della natura almeno astrattamente terapeutica dell'atto praticato dal medico).

Da ultimo, occorre segnalare come la mancanza di una definizione sufficientemente precisa del concetto di accanimento terapeutico sollevi perplessità in dottrina non solo sul piano della tutela del paziente, ma anche su quello della determinatezza dei confini della responsabilità penale e dunque della prevedibilità della sanzione in capo al medico. Se il problema può essere superato quando l'individuazione dei trattamenti consentiti è il frutto della convergenza dell'apporto professionale del medico e del consenso del paziente – ulteriore motivo per sostenere l'opportunità di una lettura soggettiva del divieto di accanimento terapeutico⁴⁰ –, ciò non si verifica nei casi in cui il paziente non sia in grado di partecipare al processo decisionale, che rappresentano il terreno di elezione del divieto in esame. Tuttavia, da questo punto di vista, anche aderire a una nozione obiettiva di "inutilità" e di "sproporzione" non dovrebbe mettere a disagio, dal momento che la valutazione del medico sarebbe compiuta alla stregua di un criterio di appropriatezza clinica non diversamente da quanto accade quando si tratta di individuare, ad esempio, l'accertamento diagnostico o la strategia interventistica più idonei in vista della *guarigione* del paziente.

³⁹ Sia pure riferendosi al trattamento medico in generale, sostiene che un paziente capace e informato «possa essere lecitamente sottoposto a un rischio, al quale non potrebbe invece essere lecitamente sottoposto un paziente ignaro o comunque incapace» VIGANÒ F., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, p. 973.

⁴⁰ Insiste su tale aspetto TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico*, cit., p. 23-24, che tuttavia esclude profili di contrasto con l'art. 25 comma 2 Cost. sul presupposto che la norma in esame determina una contrazione dell'area del penalmente rilevante.

3. La mancanza di una volontà attuale o anticipata del paziente incapace: la rappresentanza nelle scelte di fine vita.

Guardiamo ora alle ipotesi in cui una persona non abbia espresso la propria volontà in materia di fine vita nelle forme previste dall'ordinamento (in particolare, attraverso il ricorso alle d.a.t.) e non sia più in grado di farlo, ad esempio perché, nel caso più frequente e discusso, versa in stato vegetativo permanente¹, in conseguenza di un evento acuto e non prevedibile.

Uno scenario analogo potrebbe verificarsi anche per soggetti affetti da patologie neurodegenerative, il cui aumento è stimato come probabile nei prossimi anni: tuttavia, rispetto a questa categoria i problemi relativi alla fase finale dell'esistenza nella maggior parte dei casi potranno trovare soluzione in un uso sapiente e tempestivo della pianificazione condivisa delle cure (art. 5 l. 219), da esperire in coincidenza con l'esordio dei primi sintomi della malattia, quando ancora il paziente conserva la propria capacità.

La questione da approfondire concerne l'individuazione dei soggetti abilitati a scegliere in luogo dell'incapace e dei criteri che guidano la decisione: ciò, si noti, al di fuori dei casi di accanimento terapeutico, ossia quando il paziente non si trova in imminenza di morte e potrebbe quindi ricevere un beneficio ancora apprezzabile, anche solo in termini di quantità di vita guadagnata, dalla prosecuzione dei trattamenti.

L'assunto da cui muovere, implicito ma largamente condiviso, è che l'ordinamento esprime una forte presunzione a favore del mantenimento in vita della persona, in mancanza di una sua valida manifestazione di volontà di segno contrario: di fronte al paziente incapace, il radicato principio *in dubio pro vita* e una basilare istanza solidaristica di protezione dei soggetti più deboli impongono al medico un dovere di cura, comprensivo dell'obbligo di somministrare trattamenti di sostegno vitale (con il limite, vale la pena ribadire,

¹ Per un quadro di sintesi della riflessione sui problemi etici e giuridici sollevati da tale particolare condizione clinica cfr. oggi, per tutti, BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., p. 407 ss.

dell'accanimento terapeutico)².

In realtà, si è affermato in dottrina³ che, alla luce dei principi costituzionali e convenzionali, anche la situazione dei pazienti incapaci debba essere analizzata interrogandosi sui criteri che legittimano l'intervento medico-sanitario sul corpo della persona, piuttosto che sulle condizioni che consentono l'interruzione dei trattamenti, sul presupposto per cui la loro somministrazione sarebbe sempre illecita in assenza di una adeguata ragione giustificativa.

Una simile impostazione, senz'altro condivisibile a livello teorico, deve essere calata nella realtà delle diverse vicende sanitarie, nelle quali le decisioni del tipo che ci occupano sono spesso assunte a seguito di una situazione di necessità e urgenza (idonea di per sé a legittimare l'intervento medico) o all'esito di un lungo percorso di trattamenti fino a quel momento sorretto dai necessari presupposti di liceità. Inoltre, come si vedrà a breve, la circostanza che la decisione sia demandata a un soggetto pur sempre diverso dall'interessato impedisce una perfetta trasposizione del regime fondato sul principio del consenso informato, rendendo verosimilmente più impervia – almeno dal punto di vista pratico ma anche sul piano giuridico – la strada dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, rispetto a quella del loro mantenimento (destinato a rimanere l'opzione concretamente prevalente tra le due).

Nondimeno, è ormai pacifico che anche in caso di paziente incapace l'ordinamento ammette la liceità della morte causata da desistenza medica: storicamente, è questo l'ambito in cui maggiore è la percezione di trovarsi di fronte a uno «spazio libero dal diritto»⁴, riempito dalle decisioni prese dai medici, talora insieme ai familiari, al di fuori di una cornice di regole chiare e precise, facendo un ampio esercizio di discrezionalità. È proprio al fondamento della liceità di tali fatti e ai criteri che possono legittimare orientare tali scelte che sarà dedicata l'analisi che segue.

² In questi termini la limpida ricostruzione del sistema da parte di GIUNTA F., *Diritto di morire*, cit., p. 103.

³ Cfr. VIGANÒ F., *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2008, p. 1039.

⁴ L'osservazione si deve a STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1020-1021.

3.1. *L'attribuzione della facoltà di decidere a un soggetto diverso dall'interessato: negazione o tutela dei diritti del paziente?*

La l. 219/2017, all'art. 3, comma 1, ha previsto che, in assenza di d.a.t., la decisione di acconsentire o rifiutare i trattamenti, anche di sostegno vitale, spetta di regola al rappresentante legale dell'incapace.

La variabilità delle forme di incapacità si riflette oggi nella flessibilità degli istituti di rappresentanza approntati dall'ordinamento, in grado di adattarsi alle specificità delle singole situazioni e tesi a valorizzare nel massimo grado l'autonomia residua della persona: qui consideriamo, per linearità e omogeneità, le sole ipotesi in cui la rappresentanza opera anche in campo medico-sanitario, vuoi per statuto legale (com'è per il tutore del minore o dell'interdetto) vuoi per conformazione concreta (come accade per l'amministratore di sostegno a cui il giudice abbia conferito il relativo potere⁵).

L'individuazione, quale decisore, di un soggetto diverso dal paziente potrebbe veicolare l'idea che si configuri una sostituzione nell'esercizio di un diritto personalissimo – quello all'autodeterminazione (terapeutica) –, come tale contraddittoria e inammissibile.

In verità, come chiarito dalla dottrina⁶, la scelta del legislatore persegue una finalità di segno contrario, in quanto ispirata alla convinzione che la titolarità del diritto sarebbe meramente teorica se poi ne fosse reso impossibile l'esercizio escludendo ogni forma di rappresentanza: la preoccupazione di fondo è evitare che la compromissione dello stato di salute si risolva anche nella sostanziale perdita di un diritto fondamentale.

Si tratta di un principio che trova riconoscimento nelle fonti internazionali in materia di diritti umani, nella parte in cui escludono che la condizione della

⁵ La Corte costituzionale – sent. 20 marzo 2019, n. 144, Pres. Lattanzi, red. Modugno, in *Corr. giur.*, 1/2020, p. 17 ss., con nota di CARUSI D. – con una pronuncia interpretativa di rigetto ha chiarito che il potere di prestare (e quindi negare) il consenso alla somministrazione di cure salvavita non è attribuito *ex lege* all'amministratore di sostegno che abbia la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, dovendo invece essere espressamente conferito dal giudice tutelare nel decreto di nomina. Sui problemi che interessano l'istituto dell'amministrazione di sostegno in relazione alle scelte terapeutiche e di fine vita, con particolare riferimento ai tentativi di dare riconoscimento, attraverso l'art. 408 c.c., a forme di "DAT" prima della l. 219, cfr. per tutti l'ampia panoramica di CACACE S., *Autodeterminazione in salute*, cit., p. 336 ss.

⁶ Cfr. FERRANDO G., *Art. 3. Minori e incapaci*, in AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 47 ss.

persona incapace – per minore età o per infermità – possa essere fonte di discriminazioni. Nell'ordinamento nazionale, l'esigenza di tutelare il diritto all'autodeterminazione a prescindere dalle condizioni di salute può essere ricondotta all'area del canone di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, la cui dimensione sostanziale informa l'intero sistema delle misure a protezione delle persone prive di autonomia.

Sotto questo aspetto, l'impianto normativo della l. 219 dà base positiva a un quadro teorico i cui tratti principali erano già stati tracciati dalla sentenza della Cassazione nel caso di Eluana Englaro⁷, quando i giudici di legittimità avevano riconosciuto che, da un lato, il potere di prestare o negare il consenso informato ai trattamenti sanitari rientra tra i "doveri di cura" del rappresentante legale dell'incapace⁸, e che, dall'altro lato, il rappresentante non esercita una funzione sostitutiva, ma di assistenza, dovendo decidere «non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace»⁹ (v. *infra* per le conseguenze applicative di tale principio).

L'attribuzione al legale rappresentate di tale potere garantisce così, già sul piano formale, la persistente bilateralità del rapporto medico-paziente, escludendo in radice che la persona possa essere la mera destinataria di un trattamento stabilito unilateralmente.

La circostanza che ad esprimere il consenso sia pur sempre un soggetto diverso dal paziente ha indotto il legislatore a dettare una disciplina più rigorosa rispetto a quanto previsto per la volontà manifestata personalmente dall'interessato, anche a mezzo d.a.t.

A fronte della decisione del rappresentante di rifiutare le cure, si ammette infatti – a differenza di quanto accade nelle ipotesi "ordinarie" – un margine di valutazione tecnica da parte del medico in ordine alla appropriatezza e necessità del trattamento (cfr. art. 3, comma 5): in questi casi l'ordinamento

⁷ Cass. civ., Sez. I, sent. 4 ottobre 2007 (dep. 16 ottobre 2007), n. 21748, Pres. Luccioli, est. Giusti, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1/2008, p. 384 ss. Tra i commenti penalistici alla decisione cfr. BARBIERI M.C., *Stato vegetativo permanente: una sindrome 'in cerca di un nome' e un caso giudiziario in cerca di una decisione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2008, p. 389 ss.; SEMINARA S., *Le sentenze sul caso "Englaro" e sul caso "Welby"*, cit.; VIGANÒ F., *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, cit.; MANTOVANI F., *Caso Englaro e inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2009, p. 9 ss.

⁸ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., § 7.2 del "considerato in diritto".

⁹ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., § 7.3 del "considerato in diritto".

rafforza il ruolo di garanzia del medico rispetto ai beni della vita e della incolumità personale del paziente.

Qualora, anche in esito alle osservazioni del medico, si raggiunga l'accordo con il legale rappresentante, la decisione non richiede – anche ai fini dell'esonero da responsabilità di cui all'art. 1, comma 6 – alcuna autorizzazione giudiziale, neppure se si tratta di interrompere trattamenti di sostegno vitale¹⁰.

Da questo punto di vista, la disciplina vigente rappresenta una prova di fiducia dell'ordinamento verso la capacità della relazione tra medico e rappresentante di orientarsi in funzione di autentica tutela degli interessi del paziente, ancorché incapace: la minor forza del consenso per rappresentanza è surrogata dalle garanzie offerte da una decisione intersoggettiva, giudicata idonea a prevenire abusi. Si può ricordare, d'altra parte, come il senso più profondo della stessa procedura ordinaria di acquisizione del consenso in materia sanitaria sia quello di favorire la formazione della volontà del paziente in un continuo dialogo con il patrimonio di conoscenze e con la professionalità del medico (cfr. Capitolo I).

Al contrario, in caso di disaccordo tra il medico e il legale rappresentante, lo strumento di tutela accordato a ciascuna parte (tra cui anche la struttura sanitaria) è il ricorso al giudice tutelare, cui spetterà la decisione finale, da adottare sulla base dei criteri che esaminiamo di seguito.

3.2. I criteri normativi per le scelte di fine vita riguardanti l'incapace

Chiarita la ripartizione dei ruoli tra i soggetti a vario titolo coinvolti nella decisione di fine vita, occorre soffermarsi sui criteri che ciascuno di essi – rappresentante, medico e giudice – dovrà seguire nell'ambito delle rispettive sfere di competenza.

Già si è accennato al fatto che il medico potrebbe opporre alla scelta del rappresentante di interrompere i trattamenti una valutazione di “adeguatezza” e “necessità” degli stessi.

¹⁰ Sottolinea questo aspetto FERRANDO G., *Art. 3, cit.*, in AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 52.

È verosimile che tale giudizio, in sé considerato, presenti una connotazione marcatamente oggettiva: il medico interviene come portatore di un sapere tecnico-specialistico, funzionale alla salvaguardia della vita del paziente e della sua incolumità, rapportata a un metro clinico di salute e funzionalità.

Potrebbe sembrare, allora, che mediante il riferimento a tali concetti il legislatore abbia tracciato un limite insuperabile alle competenze decisionali del legale rappresentante, ma una interpretazione sistematica della disciplina vale a smentire questa tesi.

Posto che di fronte a un trattamento "non adeguato" o "non necessario" l'astensione dai trattamenti in alcune ipotesi sarebbe persino doverosa (cfr. art. 2, comma 2, e le riflessioni di cui *supra*), adeguatezza e necessità delle cure non ne legittimano, per sé sole, la somministrazione – non diversamente da quanto accade in caso di volontà manifestata di persona dal paziente stesso. Opinando in senso contrario, il meccanismo rappresentativo sarebbe svuotato di effettiva rilevanza, dato che la decisione in ultima analisi sarebbe sempre rimessa a un giudizio esclusivamente medico, con totale sacrificio di qualsiasi istanza soggettiva.

La funzione del medico sembra piuttosto quella, duplice, di apportare un adeguato contributo informativo in vista della decisione del legale rappresentante, come già avviene nel rapporto con un paziente capace; ma anche – e qui si coglie la peculiarità della fattispecie – di esercitare una forma di controllo minimo, appunto di carattere oggettivo e "assoluto", su beni e diritti di rilievo primario di cui il paziente non è più in grado di disporre personalmente. In questo senso, il ruolo del medico assume valore sia "collaborativo" (con il rappresentante) che "difensivo" (del paziente), dal momento che – in caso di divergenza rispetto alla scelta del rappresentante – il suo giudizio costituisce, piuttosto che un limite invalicabile, il presupposto per l'attivazione di una procedura giurisdizionale di verifica.

Il che appunto non significa che, in sede giudiziale, unico criterio ammissibile sia quello medico-clinico: una prospettiva paternalistica che colliderebbe sia con i principi ispiratori della materia sia, come detto, con l'espressa attribuzione del potere di scelta in capo al rappresentante, e non al medico.

Il problema si sposta allora sull'individuazione dei criteri a cui deve ispirarsi la decisione del rappresentante, in particolare per ciò che concerne il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale.

Sul punto la l. 219 contempla una disciplina espressa, che se da un lato risulta apprezzabile per il tentativo di predeterminare i criteri rilevanti, dall'altro crea alcune difficoltà di interpretazione e di coordinamento con il quadro che emergeva dal diritto vivente prima dell'intervento del legislatore.

In particolare, si prevede ora che il rappresentante legale debba orientare la propria decisione verso la «tutela della salute psicofisica e della vita della persona, nel pieno rispetto della sua dignità».

Una simile formulazione suscita inevitabilmente il dubbio se i concetti richiamati – quantomeno, quelli di salute e di dignità – debbano essere letti secondo un parametro oggettivo o soggettivo.

3.3.1. Quale spazio per il criterio della “volontà ricostruita” o “presunta”?

L'interrogativo centrale è se nella disciplina vigente possa trovare spazio il criterio della c.d. volontà ricostruita o presunta che, nel nostro ordinamento, è stato enunciato dalla Cassazione civile nel caso di Eluana Englaro¹¹.

Come sintetizzato dal giudice del rinvio nel medesimo procedimento, tale criterio impone di ricercare di volta in volta la scelta che il paziente «avrebbe fatto o farebbe nella tragica condizione in cui versa, se avesse potuto o potesse esprimersi liberamente»¹².

A tal fine, mancando per definizione una dichiarazione rivestita di forma, l'indagine del rappresentante legale (e, eventualmente, del giudice) dovrà guardare ai comportamenti e ai convincimenti manifestati dal paziente prima

¹¹ Nonostante la sua portata sistematica, la questione ha sinora ricevuto una limitata attenzione in dottrina: tra i contributi più specifici sul tema cfr. GIAIMO V., *Quello che la legge non dice. L'interruzione delle terapie di sostegno vitale in assenza di una volontà espressa dall'infermo*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, p. 125 ss., e MALDONATO L., *L'interruzione di un trattamento salvavita in assenza di DAT: quali spazi per il consenso presunto?*, in *Giur. pen. web*, 2019, 1-bis, p. 1 ss.

¹² C. App. Milano, Sez. I civ., decreto 25 giugno 2008, Pres. Patrone, est. Lamanna, p. 49-50 del documento originale (reperibile in *unipv-lawtech.eu*); il provvedimento è pubblicato in *Corr. giur.*, 2008, p. 1281 ss., con nota di CALÒ E.

di cadere in stato di incoscienza: la volontà potrebbe risultare in via esplicita, ancorché informale, dai «desideri» formulati espressamente dalla persona, ma potrebbe inferirsi anche «dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»¹³.

I giudici di legittimità affermano di mutuare¹⁴ questo approccio da una elaborazione ampiamente diffusa, sebbene con denominazioni e sfumature variabili, nella giurisprudenza di *common law*, dove valutazioni del genere sono compendiate nel criterio del "*substituted judgement test*"¹⁵.

Così, se da un lato la scelta del rappresentante dell'incapace deve essere «rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita», dall'altro lato il rispetto per la persona del malato impone di tenere conto della volontà di chi avrebbe ritenuto «assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno»¹⁶.

In quest'ottica, come già ricordato, il meccanismo della rappresentanza non ha funzione sostitutiva, perché il soggetto formalmente titolare del potere di scelta non è chiamato a sovrapporre il proprio giudizio a quello della persona che rappresenta, ma a permettere a questa di «far sentire la propria voce»¹⁷

¹³ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., § 7.5 del "considerato in diritto".

¹⁴ La sentenza della Cassazione contiene citazioni puntuali, anche in lingua originale, a decisioni (tra le altre) di corti statunitensi e inglesi.

¹⁵ Per una ricostruzione storica dell'elaborazione di tale criterio nella giurisprudenza di alcuni Stati USA cfr. GENNARI G., *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*, in *Resp. civ. prev.*, 5/2008, p. 1126 ss., il quale ravvisa uno dei tratti salienti della sentenza della Cassazione sul caso Englaro nell'essere la prima decisione italiana ad aver adottato il "giudizio di sostituzione" in materia di amministrazione della salute di persona incapace; una prospettiva storico-comparatistica sul tema si ritrova anche in MALDONATO L., *L'interruzione di un trattamento salvavita*, cit., p. 16 ss. Entrambi gli Autori citati criticano il riferimento della sentenza al criterio del *best interest*, di cui sottolineano invece la connotazione oggettiva: si tratta di un rilievo condivisibile in termini generali, ma deve osservarsi che – a dispetto di una ricorrente opinione – anche tale criterio nella giurisprudenza del Regno Unito (dove trova il maggiore impiego) viene declinato in ottica soggettiva, dovendosi tenere conto di «*past and present wishes, feelings, values and beliefs where these are known or can be reasonably ascertained*» (per un quadro esaustivo ed aggiornato cfr. il documento della BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Clinically-assisted nutrition and hydration (CANH) and adults who lack the capacity to consent*, 16 luglio 2021, spec. p. 75 ss. per una preziosa appendice con ricostruzione sintetica del *case law* più rilevante).

¹⁶ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., § 7.5 del "considerato in diritto".

¹⁷ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., § 7.5 del "considerato in diritto". Rimarca la dimensione precipuamente soggettiva del criterio della volontà presunta, sebbene la sua applicazione richieda la necessaria mediazione di un terzo, VIGANÒ F., *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, cit., p. 1038. Sul punto si registra invece la posizione fortemente critica di GIAIMO G., *Quello che*

anche una volta caduta in stato di incoscienza.

3.3.1.1. L'interpretazione in chiave soggettiva dei criteri previsti dalla l. 219/2017.

Poste tali premesse, non è del tutto chiaro se e in che misura l'attuale disciplina legislativa abbia recepito il criterio della "volontà ricostruita".

La l. 219 menziona infatti, accanto alla finalità di tutela della vita e dell'incolumità (che potrebbe semmai deporre per un esito contrario a quello auspicato dal paziente), la dignità della persona, nozione che tuttavia, come più volte sottolineato, può avallare interpretazioni contrastanti, anche di segno oggettivo; d'altro canto, non c'è alcun riferimento a desideri o idee manifestate, in modo espresso o tacito, precedentemente allo stato di incapacità¹⁸ (e che non siano confluite nelle d.a.t.¹⁹).

Ancora una volta, tuttavia, è possibile invocare una pluralità di argomenti per leggere il pur laconico dato positivo in chiave soggettiva, recuperando un elemento consensualistico tra i fattori in grado di indirizzare la decisione sulla prosecuzione dei trattamenti.

In questa direzione concorrono considerazioni di carattere sistematico ma anche appigli normativi maggiormente circostanziati.

Anzitutto, in termini generali, la rilevanza della volontà del paziente, ancorché "ricostruita", si impone per ragioni di interpretazione conforme al principio del consenso informato che ispira la disciplina in materia di trattamenti sanitari, quale primaria base di giustificazione dell'ingerenza di

la legge non dice, cit., p. 128, secondo il quale affidando al rappresentante il compito di ricostruire la volontà presunta dell'incapace «non potrà essere evitata una commistione (nella migliore delle ipotesi) tra i sentimenti e i desideri del tutore e le opinioni del paziente».

¹⁸ Un tratto, questo, che, ad esempio, accomuna la l. 219 con la omologa disciplina francese, contenuta nel *Code de la santé publique*, all'art. L.1110-5-1: lo nota GIAIMO G., *Quello che la legge non dice*, cit., p. 130.

¹⁹ Il riconoscimento normativo delle d.a.t. potrebbe rappresentare un argomento a sostegno della tesi contraria alla rilevanza del criterio della volontà ricostruita, sul presupposto che con tale disciplina il legislatore abbia inteso definire l'unica forma di rilevanza delle manifestazioni di volontà anticipate (in base al canone interpretativo *ubi lex voluit, dixit*): cfr. MALDONATO L., *L'interruzione di un trattamento salvovita*, cit., p. 10-11.

terzi nella sfera fisica dell'individuo. La circostanza che la persona non abbia espresso la propria volontà in modo formalmente adeguato – attraverso la redazione di d.a.t. – giustifica la necessità di individuare un altro soggetto, in qualità di parte formale del rapporto di cura, in grado di agire in nome e per conto del paziente, ma non autorizza a obliterare gli interessi sostanziali e la volontà dell'unico titolare dei beni in gioco²⁰. Ciò, d'altra parte, è coerente con la natura personalissima delle scelte in materia di fine vita e con l'esigenza di evitare, quanto più possibile, che la decisione sul se e quando morire sia riconducibile a soggetti diversi dall'interessato.

Una visione globale dell'ordinamento, poi, fa emergere altre norme, pertinenti all'ambito sanitario, in cui la condizione di incapacità non è considerata d'ostacolo alla necessità di esperire quantomeno un tentativo di acquisire il consenso del paziente: così, ad esempio, in materia di t.s.o.²¹, nonostante questa misura possa essere eseguita in maniera coattiva.

Una impostazione simile può cogliersi, inoltre, nella stessa l. 219, proprio nel contesto della disciplina dedicata agli incapaci: l'art. 3 esprime – declinandolo nei suoi vari commi con riferimento alle diverse categorie soggettive – un principio di valorizzazione delle pur ridotte capacità di comprensione e decisione dei soggetti privi in tutto o in parte di autonomia²². Ora, le stesse ragioni che impongono di «tenere conto» di una capacità attuale ma incompleta dovrebbero giustificare anche la possibilità di dare rilevanza alle convinzioni e ai propositi che la persona abbia maturato quando era pienamente capace e che per motivi accidentali non sia riuscita a formalizzare

²⁰ A proposito di fattispecie del tipo in esame, ricorda VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 79, che l'art. 32 Cost. «non salvaguarda, ovviamente, la *capacità psico-fisica di manifestare i propri desideri* – quella sì effettivamente mancante (dunque non "tutelabile") in chi sia incosciente – bensì un *interesse personale a non subire certe cure*» (corsivi nel testo). Ben prima della l. 219, ma sempre sull'assunto dell'autonomia del criterio della volontà ricostruita rispetto alla volontà manifestata attraverso dichiarazioni anticipate (comunque denominate), osservava VIGANÒ F., *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, p. 1040, che anche il paziente caduto in stato di incoscienza potrebbe conservare interessi che gli rendono indesiderabile l'essere mantenuto in vita, e che «privare il paziente incapace della possibilità di tutelare questi interessi – quei medesimi interessi, si noti, che ciascuno di noi potrebbe voler tutelare attraverso un "testamento biologico" – attraverso la (necessaria) mediazione di un tutore [...] significherebbe allora introdurre un elemento di irragionevole discriminazione di trattamento tra paziente capace e incapace».

²¹ Cfr. art. 33 l. 833/1978, richiamato da FERRANDO G., in AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., p. 47, nt. 2.

²² Lo sottolinea CANESTRARI S., *La legge n. 219*, cit., p. 13.

secondo i requisiti previsti dall'ordinamento. In entrambi i casi sussiste l'esigenza di coinvolgere la persona nelle scelte che la riguardano, sempre attraverso il ruolo del rappresentante legale in funzione ora di assistenza ora di portavoce dell'incapace.

Infine, a sostegno della tesi qui sostenuta, non può non darsi risalto alla previsione, quale criterio normativo, del rispetto della dignità della persona.

Ancorché – e forse proprio perché – concetto poliedrico, il richiamo alla dignità rappresenta oggi il dato testuale attraverso il quale dare ingresso a un criterio marcatamente soggettivo come quello della volontà ricostruita.

Già si è visto come, secondo l'impostazione più moderna, che a molti è sembrata accolta dalla Corte costituzionale nell'ord. 207 del 2018, la nozione di dignità debba essere letta attraverso il prisma dell'autodeterminazione: si tratta di un parametro variabile che può essere riempito di contenuto a seconda del significato che intende imprimervi il singolo individuo, alla luce dei valori di cui si ritiene portatore.

Ma ancor più significativo, per rafforzare questo argomento anche sul piano testuale, è che la stessa Cassazione civile, nella sentenza sul caso Englaro, abbia evocato proprio il principio di dignità (in senso soggettivo) per descrivere la funzione del criterio della volontà presunta.

È attraverso la volontà del paziente come ricostruita ed espressa dal rappresentante che può emergere «l'idea di dignità dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità»²³; e ben può legittimarsi la decisione di interruzione dei trattamenti quando la condizione in cui il paziente versa sia «contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona» o, come si afferma in altro passaggio di poco successivo, di intendere «la dignità della vita»²⁴.

Nella prospettiva della Cassazione, dunque, accertare la presunta volontà del paziente è funzionale a garantire il rispetto di una concezione soggettiva di dignità, a sua volta riflesso della libertà del singolo di autodeterminarsi «dinanzi ai problemi della vita e della morte». Nel quadro normativo della l.

²³ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., § 7.3 del "considerato in diritto".

²⁴ Per questa e per la citazione precedente, cfr. Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., § 7.5 del "considerato in diritto".

219, che notoriamente si pone in continuità con i principali arresti giurisprudenziali anteriori, l'applicazione del criterio della dignità lascia allora ampio spazio all'accertamento del giudizio di valore che il paziente darebbe della propria condizione e di un prolungato mantenimento in vita²⁵.

Da questo punto di vista, la l. 219 contiene una previsione di importante rilievo sistematico, potendo persino ritenersi che con essa il legislatore abbia positivizzato lo stretto nesso tra dignità e autodeterminazione: la mancanza di una formale dichiarazione impedisce di parlare di "scelta" o "volontà" in senso stretto, e allora la norma invita il rappresentante (e l'interprete) a guardare direttamente alla sostanza, ossia al sistema di credenze e di valori – la dignità, appunto – sulla base di quali il paziente avrebbe assunto la decisione.

Non è forse inutile precisare che le ragioni che fondano la necessità di dare rilievo alla volontà ricostruita della persona – in sintesi, il rispetto dell'autodeterminazione individuale e dei valori che ne guidano l'esercizio – impongono anche che tale operazione ricostruttiva sia il frutto di un'indagine particolarmente approfondita e scrupolosa, onde evitare che tale criterio finisca paradossalmente per legittimare, con un richiamo apodittico alla volontà del paziente, scelte a questi non riconducibili e, dunque, di matrice eteronoma²⁶. Certo, però, ci sembra che le difficoltà connaturate a un accertamento postumo non legittimino preclusioni assolute a tentativi di favorire soluzioni maggiormente compatibili con il principio di autodeterminazione, anche nel caso di pazienti in stato di incoscienza²⁷.

²⁵ Ritiene improprio, sia nella sentenza della Cassazione sia nella l. 219, utilizzare il criterio della dignità come riferimento all'autodeterminazione del paziente, sul presupposto che l'operazione di ricostruzione della volontà presunta avrebbe natura «artificiosa», in quanto frutto di una sovrapposizione delle convinzioni del rappresentante a quelle del paziente stesso, GAIAMO G., *Quello che la legge non dice*, cit., p. 129.

²⁶ È dunque a livello pratico, attraverso l'elaborazione di un rigoroso standard probatorio, che crediamo possa essere scongiurato il rischio – come visto, evidenziato da Giaimo – che la scelta sia in ultima analisi riconducibile al rappresentante, anziché al paziente. D'altra parte lo stesso Autore (*Quello che la legge non dice*, cit., p. 128) esprime apprezzamento per il «presupposto ideale» su cui si fonda la sentenza, ossia l'esigenza di rispettare l'autodeterminazione anche del paziente incapace, e critica piuttosto «la modalità concreta di ricognizione» del volere del medesimo, ossia il suo affidamento al rappresentante legale.

²⁷ in tempo anteriore alla l. 219, a proposito dei casi di «previo dissenso non confermabile», pur riconoscendo il profilo probatorio come «vero nodo problematico» della questione, riteneva VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 79, che «si può anche condividere il principio *in dubio pro vita*, variamente argomentato; quel che non si può sostenere è che quel *dubium* sussista sempre e comunque per il solo fatto che – e nel momento esatto in cui – il paziente perde coscienza».

3.3.1.2. (segue) Le criticità di un richiamo integrale ai principi enunciati dalla Cassazione nella sentenza sul caso Englaro: in particolare, il presupposto della irreversibilità dello stato di incoscienza.

Fin qui si è cercato di dimostrare come alcuni importanti principi elaborati in via pretoria nel caso Englaro debbano ritenersi tuttora validi e compatibili con la disciplina espressa della materia che il legislatore ha dettato con la l. 219 del 2017, nonostante l'apparente ambiguità del dato normativo.

È importante sottolineare, tuttavia, che anche un atteggiamento interpretativo opposto, con un rinvio integrale e acritico alla sentenza della Cassazione civile, porterebbe a conclusioni che appaiono non del tutto condivisibili.

Sostenere la perdurante applicabilità del criterio della volontà ricostruita non deve infatti far dimenticare alcuni limiti tracciati in quella pronuncia, della cui attuale sostenibilità è più che lecito dubitare. Si tratta di limiti spesso trascurati nel richiamo tralascio del principio generale consacrato dalla sentenza ma che invece possono avere un significativo impatto sugli spazi di esercizio dell'autodeterminazione del paziente quando veicolata dal rappresentante.

Il potere del rappresentante di chiedere l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale all'esito di un'indagine della volontà presunta dell'incapace esprime soltanto una parte della *regola iuris* stabilita dalla Cassazione: in parallelo alla valorizzazione di questo fattore di natura soggettiva, i giudici di legittimità si sono preoccupati di confinarne l'operatività all'interno di una fattispecie ritagliata sulla base di parametri – questa volta – spiccatamente oggettivi²⁸.

La prima condizione perché possa trovare accoglimento la richiesta di interruzione dei trattamenti è infatti quella, poi compendiata nella lett. (a) del

²⁸ Rilevano, sia pure incidentalmente, l'esistenza di un presupposto di natura oggettiva alla base del criterio della volontà ricostruita tracciato dalla Cassazione GIAMO G., *Quello che la legge non dice*, cit., p. 127; MALDONATO L., *L'interruzione di un trattamento salvavita*, cit., p. 14.

principio di diritto, che il paziente versi in una condizione di stato vegetativo irreversibile, tale per cui non vi sia, alla luce delle conoscenze mediche disponibili, «la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza».

La perimetrazione decisa dalla Cassazione evidentemente riflette le condizioni di salute che caratterizzavano la persona protagonista della vicenda concreta oggetto di giudizio, al pari di quanto osservato per la sentenza della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p. Tuttavia, a differenza di quest'ultima, i giudici di legittimità offrono una spiegazione, succinta ma esplicita, in ordine alla scelta di elevare una circostanza contingente a requisito generale e astratto: si legge in motivazione che «la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consente di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi»²⁹.

Il limite della totale irreversibilità dello stato di incoscienza pone due questioni, tra loro strettamente legate: l'individuazione della sua *ratio* e la possibilità che, nel silenzio del legislatore, tale limite continui a operare anche dopo l'entrata in vigore della l. 219.

Quanto al primo aspetto, non si può mancare di osservare come l'affermazione della Cassazione rechi in sé alcuni elementi di contraddittorietà, se letta alla luce del complesso della motivazione. Se il criterio guida fosse il dovere del rappresentante di proteggere la vita del rappresentato, questo dovrebbe valere in maniera indiscriminata, a prescindere dalle condizioni di salute del paziente e dunque anche dalla irreversibilità della malattia; al contrario, se – come la Cassazione finisce per ammettere – occorre dare rilievo alla volontà ricostruita dell'individuo, anche quando questa risulta contraria al mantenimento delle terapie, non si vede perché il rispetto di tale fattore soggettivo debba essere confinato «in casi estremi».

La contraddizione può risolversi ipotizzando che qui la Cassazione, anticipando l'approccio della Corte costituzionale, abbia sostanzialmente realizzato un primo bilanciamento tra gli interessi che sappiamo contrapporsi in materia: il diritto alla vita dell'incapace e le istanze di autodeterminazione.

²⁹ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., § 7.5 del "considerato in diritto".

Manca una espressa giustificazione delle ragioni alla base di questo specifico punto di equilibrio, ma si può speculare che ciò sia dipeso, almeno a livello implicito, dalla peculiare configurazione che gli interessi da tutelare assumono nelle situazioni del genere qui considerato: da un lato, le persone prive di autonomia rappresentano soggetti deboli per eccellenza, bisognosi di un supplemento di protezione; dall'altro lato, la Cassazione tradisce forse la consapevolezza che la volontà ricostruita non è pienamente assimilabile alla volontà espressa nell'attualità e personalmente dall'interessato, sicché l'ineliminabile quota di incertezza circa il suo contenuto la renderebbe un *quid minoris* anche in termini di efficacia.

Né deve sottovalutarsi, crediamo, la circostanza che al tempo della decisione – precedente di alcuni mesi rispetto alla sentenza del g.u.p. di Roma sul caso Welby – non fosse affatto pacifica la portata della libertà di rifiutare i trattamenti di sostegno vitale neppure quando esercitata da un soggetto *capace*.

In questo contesto di apertura ancora esitante al paradigma disponibilista, il requisito della irreversibilità dello stato di incoscienza rappresentava probabilmente uno strumento di verifica esterna della ragionevolezza e della accettabilità sociale della scelta³⁰: se da un lato già all'epoca poteva concepirsi che la morte fosse preferibile e in concreto preferita dal paziente rispetto al mero prolungamento della sopravvivenza biologica, senza alcuna forma di relazione con il mondo esterno, dall'altro l'autodeterminazione non era ritenuta sufficientemente "forte" da supportare la decisione di lasciarsi morire qualora esistesse la possibilità (anche minima) di recuperare non solo quantità di vita, ma anche una vita di qualità migliore (anche di poco).

La combinazione di tutti questi fattori può spiegare perché, pur a fronte del riconoscimento di un significativo – e per i tempi innovativo – margine di rilevanza alle istanze di autodeterminazione, la Cassazione abbia infine accolto una soluzione di cautela.

Una volta chiarita l'effettiva portata del principio formulato dalla Cassazione nel caso Englaro, è inevitabile chiedersi se il medesimo limite –

³⁰ In questo senso la lettura di PALMERINI E., *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2008, p. 375, secondo cui il criterio dell'irreversibilità dovrebbe intendersi come emersione di un giudizio misto, parametrato, oltre che sulla volontà presunta, anche sul *best interest* oggettivo del paziente.

l'irreversibilità dello stato di incoscienza – debba continuare a valere quando si fa applicazione del criterio della volontà ricostruita anche dopo l'entrata in vigore della l. 219.

È infatti noto che la disciplina generale in materia di rifiuto di cure introdotta dal legislatore del 2017 ha consacrato un diverso bilanciamento: il diritto di autodeterminazione, se esercitato validamente, legittima il sacrificio della vita a prescindere dalla irreversibilità della patologia e dalle speranze di guarigione (cfr. Capitolo I).

Questo, tuttavia, vale senza dubbio per la volontà manifestata personalmente dall'interessato, nell'attualità o tramite il ricorso alle d.a.t., che ben potrebbero essere redatte con riferimento a una futura condizione di incapacità anche *transitoria*; non potrebbe invece escludersi, in astratto, che il limite in esame risulti tuttora operante quando si tratti di dare rilevanza a una volontà solo ricostruita.

È interessante notare che il requisito della irreversibilità dello stato di incoscienza di per sé potrebbe rivelarsi non incompatibile con l'attuale quadro ordinamentale. Anche una volta che si accolga, fino alle estreme conseguenze, il principio di totale disponibilità della vita – come avviene oggi per le fattispecie di rifiuto di cure –, un limite come quello in esame, apparentemente espressivo di un paternalismo forte (secondo una logica "finché c'è speranza, *deve* esserci vita"), potrebbe essere legittimato da esigenze di salvaguardia di entrambi gli interessi in gioco, quindi non solo la vita ma anche lo stesso di diritto di autodeterminazione dell'interessato: quando lo stato di coscienza è reversibile, potrebbe ritenersi un contemperamento non irragionevole quello che imponesse, prima che sia accolta la richiesta di interruzione delle cure, che il paziente prima recuperi la capacità e poi compia personalmente la scelta.

Una simile impostazione, in altri termini, non riflette più un giudizio di maggiore o minore accettabilità sociale della decisione di morire (che ormai pacificamente può essere assunta anche a fronte di una guarigione certa), ma vi si potrebbe scorgere il residuo di un perdurante atteggiamento di sfiducia circa l'attendibilità del criterio della volontà ricostruita.

Si tratta, com'è evidente, di un profilo opinabile: se da un lato è innegabile che la ricostruzione della volontà fatta da terzi non possa raggiungere ontologicamente lo stesso livello di certezza associato a una dichiarazione

attuale dell'interessato, d'altra parte uno scostamento rispetto al modello ideale di esercizio dell'autodeterminazione è già accettato dal legislatore quando riconosce l'efficacia di una dichiarazione sì proveniente dallo stesso paziente e rivestita di forma, ma redatta in un tempo anteriore al momento della sua efficacia, così stabilendo una equiparazione tra fenomeni di diversa consistenza sostanziale (cfr. Capitolo I). Da questo punto di vista, paradossalmente, il criterio della volontà ricostruita offrirebbe garanzie di corrispondenza alla volontà "reale" persino maggiori rispetto alle d.a.t., le quali risultano vincolanti a prescindere dalla verifica della persistente corrispondenza al vero del loro contenuto fino all'attimo precedente la perdita di coscienza³¹.

In ogni caso, attenendoci al dato positivo, dal silenzio del legislatore sul punto dovrebbe desumersi una risposta negativa circa la necessità del requisito dello stato di incoscienza irreversibile: è coerente con il sistema che, quando viene in rilievo la libertà della persona sul proprio corpo, eventuali limiti richiedano (oltre che una giustificazione, anche) una previsione espressa.

Si pensi del resto – per adattare un esempio classico – al caso del testimone di Geova caduto in stato di incoscienza che non abbia lasciato d.a.t. ma il cui legale rappresentante, in ossequio alla sua volontà presunta, rifiuti una trasfusione che a un certo punto si renda necessaria per la sopravvivenza: la circostanza che la condizione di incoscienza del paziente sia reversibile o meno non dovrebbe incidere sulla legittimità della scelta del rappresentante, ove si dimostri con un sufficiente grado di certezza che l'interessato, se fosse stato cosciente, avrebbe preso la stessa decisione, anche rinunciando a una consistente speranza di guarigione. Una volta raggiunta tale prova, peraltro, sarebbe irragionevole attendere che il paziente torni cosciente per poi ricevere dallo stesso una dichiarazione di volontà che, per ipotesi, dovrebbe essere sicuramente conforme a quella già ricostruita: un procedimento non solo inutile ma anche dannoso, perché non sarebbe a costo zero, ma determinerebbe il sacrificio dell'interesse del paziente a morire e dei valori a questo connessi (in termini di sofferenza e lesione della propria dignità).

La mancanza di un limite assoluto e predeterminato non significa,

³¹ Si ricordi quanto detto nel Capito I circa l'assenza di un onere periodico di rinnovo o conferma.

tuttavia, che le esigenze sottostanti al requisito della irreversibilità non possano trovare emersione nel giudizio del rappresentante legale e del giudice.

È verosimile che le preoccupazioni sopra delineate, legate all'intrinseca incertezza di un accertamento postumo della volontà del paziente, si riflettano, di fatto, in una diversa modulazione del rigore probatorio richiesto.

A livello empirico, mentre l'irreversibilità rende più facilmente accettabili decisioni di interruzioni dei trattamenti – perché ciò coincide con una valutazione sociale diffusa, la stessa che sarebbe veicolata da un criterio di *best interest* oggettivo³² –, la reversibilità della condizione, per quanto astrattamente non incompatibile con la scelta di morire, potrebbe finire per imporre uno standard più alto nella dimostrazione di una effettiva volontà del paziente di morire – talmente solida da giustificare la rinuncia non tanto a una sopravvivenza meramente biologica, ma addirittura alla *chance* di guarire o di migliorare apprezzabilmente la propria qualità di vita.

3.3.2. I criteri di scelta quando non è possibile ricostruire alcuna volontà ipotetica (ad esempio, in caso di paziente neonato).

Il criterio della volontà ricostruita non esaurisce i problemi rispetto alle persone di cui manchi una manifestazione di volontà nelle forme richieste dalla legge.

In primo luogo, rispetto a pazienti adulti caduti in stato di incoscienza a seguito di eventi acuti senza essere riusciti a predisporre d.a.t., l'indagine sulla volontà ipotetica potrebbe rivelarsi infruttuosa, per la mancanza di elementi sufficienti a raggiungere il grado di certezza richiesto.

Ma il caso paradigmatico è quello in cui la decisione sull'inizio o

³² Cfr. STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1022-1023, il quale, per legittimare – e limitare – la desistenza medica nelle fattispecie di perdita di coscienza irreversibile, fa leva sulla circostanza che, in tali ipotesi, «ogni possibilità di ulteriore realizzazione della personalità del soggetto sia venuta a mancare a causa della perdita *irreparabile* della capacità di autocoscienza, di reazione psichica e di comunicazione» (corsivi nel testo), ossia situazioni ritenute in contrasto con il *best interest* oggettivo di qualsiasi paziente nonché con la sua dignità (anch'essa evidentemente oggettiva), diventando allora il mantenimento in vita «fine a sé stesso, una mera manipolazione tecnica, espressione esclusiva dell'abilità medica».

sull'interruzione di un trattamento medico riguardi i c.d. piccoli minori, in particolare nella fase neonatale: in assenza di facoltà mentali adeguatamente sviluppate in questi soggetti una volontà non si è mai potuta formare, sulle questioni di fine vita e non solo.

È chiaro allora che, confrontando simili ipotesi con quelle affrontate in precedenza, anche fare riferimento alla volontà ricostruita risulta impossibile, sul piano pratico o addirittura logico: venuto meno il criterio soggettivo-volontaristico, la decisione di iniziare, proseguire o interrompere i trattamenti (in particolare quelli di sostegno vitale) dovrà essere assunta sulla base di criteri oggettivi, ancorché necessariamente adattati alle specificità dei singoli casi concreti³³.

Considerazioni ed elementi di giudizio che nelle scelte in materia di fine vita sono ormai ritenuti irrilevanti o comunque secondari rispetto alla direzione impressa dalle manifestazioni di volontà individuale diventano qui gli unici fattori in grado di orientare la decisione medica, rendendo più pressante l'esigenza di individuarli, chiarirne la portata e i rapporti reciproci.

Una volta estromesse le istanze di autodeterminazione, sorge anche la necessità di un nuovo bilanciamento tra questi valori o interessi e il bene della vita: ne emerge una prospettiva che, come si vedrà, contribuisce a smentire ulteriormente la primazia assoluta e indiscriminata della vita – almeno, di quella meramente "biologica" –, anche a fronte di controinteressi diversi dalla volontà del suo titolare.

L'osservazione da cui muovere è che nei casi considerati il dato normativo, lungi dall'offrire una disciplina organica, è povero di indicazioni, demandando all'interprete tutte le operazioni sopra elencate, a partire dall'individuazione dei criteri decisionali rilevanti; in verità, anche la dottrina ha solo occasionalmente approfondito il tema e i rari interventi giudiziari, almeno a livello interno, hanno evocato nozioni generali, senza evidenziare le specificità cui si è fatto cenno.

³³ Inquadra chiaramente in questi termini la peculiarità delle fattispecie qui in esame DEL CORONA L., *La nozione di accanimento terapeutico*, cit., p. 272.

3.3.2.1. La soluzione giurisprudenziale: il rinvio al divieto di accanimento terapeutico.

In caso di volontà non ricostruibile, una prima soluzione può consistere nel subordinare l'interruzione delle cure alla sussistenza dei requisiti del divieto di accanimento terapeutico³⁴. Quest'ultimo costituisce, come visto, un limite trasversale al dovere di cura del medico, limite che se da un lato segna una soglia insuperabile (per quanto di incerta collocazione) anche a fronte di una volontà difforme del paziente, d'altro canto trova il suo terreno di elezione proprio nei casi in cui, a fronte dello stato di incapacità della persona, il personale sanitario necessita di un parametro oggettivo che lo indirizzi in una scelta di desistenza da cui deriva la morte del paziente.

Nonostante si sia rilevata e difesa la possibilità che anche la nozione di accanimento terapeutico sia letta in chiave soggettiva – alla luce della volontà attuale o presunta della persona –, nelle situazioni considerate dovrebbe valorizzarsi la dimensione più tradizionale del divieto, ancorata a una valutazione oggettiva dello stato di salute del paziente e, di conseguenza, della utilità e della proporzionalità dei trattamenti, con particolare riferimento alle sofferenze fisiche patite dal paziente in conseguenza di essi³⁵. Il giudizio sarà condotto sulla base pressoché esclusiva di parametri clinici e sarà, in sostanza, appannaggio dei medici che hanno in carico il paziente, posto che anche uno scrutinio successivo ad opera del giudice dovrà limitarsi a verificare la sussistenza di tali presupposti tecnico-specialistici.

Ad esempio, è la configurabilità di una forma di accanimento terapeutico che nella giurisprudenza di merito è stata riconosciuta in relazione alla vicenda di Davide Marasco³⁶, un neonato affetto da una patologia gravemente

³⁴ È da questa prospettiva che analizza il tema delle decisioni di fine vita relative a pazienti la cui volontà non può essere né accertata né ricostruita DEL CORONA L., *La nozione di accanimento terapeutico*, cit., p. 274 ss., 280 ss.

³⁵ Rileva DEL CORONA L., *La nozione di accanimento terapeutico*, cit., p. 277 e 281, come, in caso di paziente incapace di autodeterminarsi, la giurisprudenza nazionale, di merito e di legittimità (il riferimento è alla sentenza della Cassazione sul caso Englaro), laddove il trattamento produca quale unico effetto il prolungamento della vita ha ritenuto elemento deciso il dolore fisico prevedibilmente provocato dal trattamento medesimo.

³⁶ La vicenda è dettagliatamente ricostruita in DEL CORONA L., *Il fine della vita all'inizio della vita: il caso Marasco*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 dicembre 2019.

invalidante se non incompatibile con la vita, sottoposto dai medici (peraltro contro il volere dei genitori) a trattamenti invasivi, tra cui la dialisi, nel tentativo di prolungarne per un certo periodo la sopravvivenza nell'attesa che diventasse praticabile un intervento che avrebbe comunque offerto solo una ridottissima *chance* di guarigione – tentativo rivelatosi vano per la morte del paziente pochi mesi dopo la nascita.

Senza contestare l'applicazione del divieto nel caso di specie, osserviamo tuttavia che il richiamo alla nozione di accanimento terapeutico in vicende del genere di quelle in esame potrebbe essere non pertinente o comunque non risolutivo. È vero che, come visto, il termine evoca un disvalore su cui vi è un consenso trasversale tra le varie correnti di pensiero in materia di fine vita, e potrebbe quindi favorire, meglio di altri criteri, soluzioni largamente condivise. Tuttavia, al di là delle difficoltà definitorie – su cui si riscontrano le reali divergenze, una volta superata l'apparente concordia nominalistica (v. *supra*) –, un elemento di forte criticità sta nel fatto che, in base alla disciplina normativa dell'istituto contenuta nell'art. 2, comma 2, l. 219, il divieto di accanimento terapeutico ha un ambito di applicazione limitato ai casi in cui la morte, nonostante l'intervento medico, è comunque "imminente" o prevedibile nel "breve termine".

La norma resta sì operativa con riguardo a una vasta gamma di ipotesi, ma in ragione di questa limitazione non è in grado di intercettare la specificità di una serie di fattispecie – qui oggetto di interesse – in cui i medici sarebbero in grado di garantire la sopravvivenza del paziente per un tempo indeterminato, senza però alcuna speranza concreta di uscita dallo stato di incoscienza.

Adottando una prospettiva rigorosa, difetterebbero quasi tutti i presupposti dell'accanimento terapeutico nel caso di un paziente che riceve una evidente utilità da trattamenti di sostegno vitale, che grazie a questi è lontano dal decesso e che magari, a causa della sua incoscienza, non patisce alcun dolore, come potrebbe ben accadere se quanto è richiesto per il mantenimento in vita è la sola somministrazione di nutrizione e idratazione artificiale³⁷.

³⁷ Non è casuale, infatti, che per sostenere l'applicabilità del divieto in esame proprio ai casi che ci occupano (pazienti incapaci per cui non possa operare il criterio della volontà ricostruita, tra cui anche i neonati) DEL CORONA L., *La nozione di accanimento terapeutico*, cit., p. 16, proponga che, per via normativa o interpretativa, si giunga a qualificare come "sofferenza" (e dunque

È significativo ricordare che in un caso, come quello di Eluana Englaro, dotato di queste caratteristiche, la Cassazione affermò che il sondino nasogastrico funzionale all'alimentazione della paziente in stato vegetativo permanente «non costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, e che rappresenta, piuttosto, un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale», almeno quando non ci si trova «nell'imminenza della morte»³⁸, così rendendo palese l'inadeguatezza dell'istituto, ancor prima della sua codificazione ad opera della l. 219: e infatti, come visto, l'autorizzazione al distacco del sondino fu possibile non in base a considerazioni oggettive, ma grazie all'applicazione del criterio della volontà ricostruita.

3.3.2.2. L'interpretazione in chiave oggettiva dei criteri previsti dalla l. 219/2017.

La questione problematica – corrispondente a una ben precisa fenomenologia – è dunque se la desistenza medica possa trovare giustificazione in criteri diversi tanto dalla volontà (attuale, anticipata o presunta) della persona quanto dalla configurabilità di un accanimento terapeutico.

Postulando, come detto, lo stato di incoscienza del paziente, nel quadro normativo vigente una risposta aderente al dato positivo dovrebbe essere fondata sui criteri cui deve conformarsi la decisione del rappresentante legale circa la prosecuzione o l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale. Gli sforzi dell'interprete dovranno quindi concentrarsi sulla fisionomia che possono assumere gli obiettivi menzionati dall'art. 3 l. 219 – tutela della vita e della salute, rispetto della dignità – e dei reciproci rapporti – al di là della loro formale concorrenza ed equiordinazione – in mancanza della chiave di lettura ordinante offerta dal riferimento alla volontà del paziente.

Tentiamo qui di abbozzare alcune coordinate di un possibile percorso

come "accanimento") «il fatto stesso che la vita biologica di un individuo sia da terzi prolungata nonostante l'impossibilità per questi di riprendere in futuro a vivere una vita biografica».

³⁸ Cass. civ., sent. 21748/2007, cit., § 8 del "considerato in diritto".

ricostruttivo, avvisando però della difficoltà di individuare punti fermi, in parte a causa di una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ancora in embrione, in parte per una intrinseca indeterminatezza dei concetti impiegati dal legislatore per regolare una materia in cui massima è l'esigenza di rispettare le peculiarità del caso concreto.

Il primo dato che emerge dalle riflessioni degli studiosi, non solo giuristi, e dall'osservazione delle principali tendenze a livello normativo e giurisprudenziale pare potersi riassumere come segue: è recessiva l'idea secondo cui dovere istituzionale del medico e del rappresentante legale sia prolungare la sopravvivenza biologica del paziente incapace "a ogni costo"³⁹.

Può tuttora discorrersi di una generale presunzione a favore della vita, anche e forse soprattutto in queste fattispecie: quando il paziente versa in una condizione di estrema vulnerabilità e non è più in grado di compiere in modo autonomo una valutazione dei propri interessi, l'ordinamento si preoccupa di garantire ordinariamente la tutela del bene che, secondo l'impostazione tradizionale, costituisce la base per il godimento di tutti gli altri diritti. Si tratta di un atteggiamento che non potrebbe censurarsi in quanto espressione di paternalismo (forte), essendo volta a salvaguardare persone incapaci di autodeterminarsi: una logica conservativa, ancor prima che protettiva, funzionale a prevenire scelte irreparabili in attesa che siano svolti gli approfondimenti necessari per acquisire adeguata certezza in ordine alla sussistenza di controinteressi rilevanti (v. *infra*).

Tale presunzione, tuttavia, non può più dirsi assoluta. È questo il portato di un orientamento culturale che ha contribuito a sancire la (tendenziale) prevalenza della libertà di autodeterminazione ma che ormai affiora anche al di fuori dei casi in cui il sacrificio della vita è richiesto dalla volontà del titolare. Un importante riconoscimento se ne ha proprio nella codificazione del divieto di accanimento terapeutico, di cui si conferma la rilevanza sistematica: la norma, come visto, anche interpretata alla stregua di parametri oggettivi, rende lecite e persino doverose quelle che sono a tutti gli effetti condotte causali rispetto al decesso motivate dallo scopo di proteggere beni diversi dalla vita del

³⁹ Così, in relazione a Cass. 21748/2007, VIGANÒ F., *Decisioni mediche di fine vita*, cit., p. 1612, e, più di recente, VALLINI A., *Pianificazione delle cure*, cit., p. 1145; dopo la l. 219/17, DEL CORONA L., *La nozione di accanimento terapeutico*, cit., p. 271-272.

paziente.

Ecco dunque che il richiamo al criterio della tutela della vita non è decisivo per sostenere la necessità di mantenere, sempre e comunque, i trattamenti di sostegno vitale che non costituiscono accanimento terapeutico. Anzi, alla luce di queste riflessioni, altro dato significativo è che il legislatore non abbia stabilito la priorità di questo criterio rispetto agli altri, il che avrebbe consacrato la priorità delle istanze di conservazione del bene della vita su tutti gli altri interessi del paziente; al contrario, la previsione di una pluralità di criteri potenzialmente in conflitto tra loro apre la strada a un'operazione di bilanciamento dall'esito in nessun modo predeterminato.

Compito dell'interprete è dunque individuare le ragioni – questa volta di carattere esclusivamente oggettivo – che rendono lecito sacrificare il bene vita.

Si tratta di un problema che spesso viene affrontato attraverso il riferimento alla necessità di perseguire il c.d. *best interest* del paziente, incapace o minore – secondo la terminologia elaborata in materia dalla giurisprudenza dei paesi di *common law*, in particolare nel Regno Unito⁴⁰.

La soluzione più immediata e condivisibile, alla luce del testo normativo, è legata alla possibilità di valorizzare una nozione oggettiva ma globale di salute: il relativo criterio potrebbe essere interpretato nel senso di imporre al rappresentante una valutazione complessiva delle conseguenze medico-cliniche che la prosecuzione dei trattamenti produce sul paziente, in termini sia di vantaggi che di svantaggi, sia attuali che potenziali, sul piano sia quantitativo che qualitativo. Il criterio della salute potrà legittimare l'interruzione delle cure, anche di sostegno vitale, valutando in particolare l'impatto dei trattamenti sulla qualità di vita del paziente, il dolore fisico sofferto o arrecato e – a questo punto

⁴⁰ Sull'impiego della nozione di *best interest* in materia di fine vita da parte delle corti inglesi, nella letteratura italiana cfr. GIAIMO G., *Quello che la legge non dice*, cit., p. 134 ss. Di particolare utilità anche la consultazione del già citato documento, di stampo teorico-pratico, della BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Clinically-assisted nutrition and hydration*, cit., p. 30 ss. Meriterebbero uno studio apposito – in quanto rappresentative dei problemi posti in fattispecie analoghe a quelle in esame, con particolare riferimento ai piccoli minori – le vicende di Charlie Gard e Alfie Evans, i quali poco dopo la nascita svilupparono una condizione irreversibile e a prognosi infausta che li rese dipendenti da un supporto vitale esterno: su richiesta dei medici e contro la volontà dei genitori la *High Court* (con decisioni confermate dalla Corte edu) autorizzò l'interruzione dei trattamenti, giudicandoli contrari al *best interest* oggettivo del paziente. Per un recente quadro di sintesi, con uno sguardo esteso a casi ulteriori (anche risolti diversamente, come accaduto per Tafida Raqeeb), cfr. FALLETTI E., *Fine vita e "best interest of the child": i recenti orientamenti del common law britannico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2020, p. 687 ss.

del tutto legittimamente – aspettativa di vita e speranze di guarigione (quindi, *a contrario*, l'irreversibilità della condizione clinica presente⁴¹).

Riemergono due costanti già osservate: da un lato, una certa evoluzione della stessa concezione di salute fatta propria dalla scienza medica, oggi maggiormente propensa, al di là della volontà del paziente, a dare rilievo a dati qualitativi e funzionali; dall'altro lato, la centralità del paradigma della sofferenza nell'orientare le valutazioni sociali circa l'accettabilità della morte quale "male minore" rispetto a una situazione che si ritiene generalmente indesiderabile.

L'applicazione di un simile criterio dipende in larga misura dalla standardizzazione di concetti di per sé relativi, quali la qualità della vita o la tollerabilità del dolore⁴²: osserviamo pertanto che la persuasività di un argomento del genere sarebbe agevolata dal progresso degli studi medici sul decorso di una data patologia e, soprattutto, sull'accertamento e sulla quantificazione oggettiva del dolore nei pazienti incapaci di relazionarsi con il mondo esterno (in altri termini, loro capacità di percepire dolore, sebbene incoscienti).

3.3.2.3. (segue) *Best interest* oggettivo e criteri non clinici: una prospettiva problematica.

Una questione assai controvertibile attiene alla possibilità di introdurre nelle scelte di fine vita concernenti la categoria di pazienti in esame considerazioni di carattere non esclusivamente clinico (e che non siano neppure riconducibili alla volontà ricostruita dell'interessato).

Un percorso interpretativo che volesse svilupparsi in questa direzione

⁴¹ Rammentiamo la posizione di STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1023, che ravvisa proprio nella irreversibilità della perdita di coscienza (e, di conseguenza, delle funzioni di relazione) un elemento tale da legittimare la desistenza medica (sebbene sul presupposto che il mantenimento in vita in tali casi rappresenterebbe un *vulnus* alla dignità umana, piuttosto che alla salute del paziente).

⁴² Possono richiamarsi, a questo proposito, le considerazioni svolte da DEL CORONA L., *La nozione di accanimento terapeutico*, cit., p. 276-277, circa i parametri su cui tarare il giudizio di proporzionalità ai fini dell'operatività del divieto di accanimento terapeutico.

potrebbe addurre che il contrasto tra la permanenza in vita e l'insieme di interessi che possono essere compendiati nel concetto di dignità della persona declinato in senso oggettivo⁴³: un criterio che così diventa idoneo – per estensione della logica già vista con riferimento al criterio della tutela della salute – a intercettare una gamma eterogenea di circostanze in cui la coscienza sociale ritenga la morte preferibile alla vita.

Tale approccio, in prospettiva, mostra una propria autonoma rilevanza nei casi in cui non potrebbe invocarsi il paradigma della sofferenza, perché il paziente non prova alcun dolore, ma il mantenimento in vita viene percepito comunque come "disumano".

Il criterio della dignità è appunto apprezzabile per la capacità di dare spazio a valutazioni non solo medico-sanitarie, ma anche a interessi diversi, inerenti alla sfera personale del paziente stesso o relativi alle modalità con cui il paziente si relaziona con i terzi: si è sostenuto, ad esempio, che la ricerca dei *best interests* (al plurale), specie in caso di paziente minore, dovrebbe tenere conto delle «conseguenze emotive e psicologiche» della decisione⁴⁴.

In realtà, il riferimento alla dignità presenta non trascurabili criticità, che impongono all'interprete di maneggiarlo con particolare delicatezza.

In primo luogo, risulta particolarmente problematica la sua intrinseca indeterminatezza, che espone al rischio di usi variabili o poco trasparenti, in funzione di legittimazione postuma di una decisione motivata da ragioni non esplicitate e pertanto non controllabili⁴⁵.

Inoltre, suscita perplessità in chi scrive la possibilità che siano demandate a un soggetto diverso dal paziente non più solo valutazioni tecniche, o comunque condizionate da circostanze suscettibili di accertamento specialistico

⁴³ Fautore di una valorizzazione del criterio della dignità «in chiave oggettiva» è GIAIMO G., *Quello che la legge non dice*, cit., p. 138-139, il quale tuttavia lo associa a un giudizio da svolgersi «secondo i parametri della scelta medica» (dando spazio, cioè, a valutazioni che a nostro avviso sono già sottese al criterio della tutela della salute).

⁴⁴ Così VENTURI F., *Il principio dei best interests of the child nel caso Gard tra paternalismo, autonomia e indeterminatezza*, in *Federalismi.it*, 29 dicembre 2017, p. 9, che sostiene l'opportunità che gli interessi del paziente (minore) siano «sempre posti in relazione con altri soggetti (ad es. i familiari) e con i loro diritti».

⁴⁵ Ci sembra pertanto che proprio il riferimento a criteri extra-clinici accentui la natura indeterminata e il rischio di usi apodittici del criterio del *best interest*, entrambi innegabili e ben evidenziati a più riprese da VENTURI F., *Il principio dei best interests*, cit. (il quale invece propone un ampliamento dello spettro degli interessi rilevanti, sul presupposto che maggiori garanzie sarebbero offerte non dalla loro limitazione, ma dall'emersione dei valori ad essi sottostanti).

(la malattia e il dolore), ma addirittura giudizi di contenuto squisitamente valoriale (sulla "meritevolezza" del prolungamento della vita in determinate condizioni): in assenza della guida offerta dalla volontà del paziente, c'è il rischio che, di fatto, questi si veda imposti valori e preferenze morali di terzi (il rappresentante, il medico, la collettività), che poco hanno a che fare con il suo "migliore interesse".

Infine, non è sempre chiaro in cosa possano consistere, già a livello astratto, gli interessi diversi dalla "salute", una volta che questa nozione sia intesa in senso (sì oggettivo, ma pur sempre) funzionale e non meramente fisico-organico. All'evidenza, infatti, il moderno e ormai consolidato riferimento al benessere complessivo della persona non potrà che comprendere anche le ripercussioni di carattere psicologico sul paziente stesso (ammesso che ve ne siano, dato lo stato di incoscienza), sicché sotto questo aspetto non si rende necessario invocare altri criteri; la "dignità" potrebbe semmai fungere da parametro, comunque sfuggente, per legittimare una soglia socialmente condivisa di tollerabilità della degradazione fisica e delle sofferenze a cui la malattia costringe la persona.

Invece, affinché esso abbia una reale portata applicativa, dovrebbe ipotizzarsi che tale criterio consenta di valutare interessi facenti capo a soggetti diversi dal paziente (e non coincidenti con l'interesse di quest'ultimo). Può farsi l'esempio delle potenziali conseguenze emotive devastanti che sui genitori avrebbe la morte prematura del figlio, per evitare le quali – ipotizziamo – dovrebbe ritenersi legittimata la scelta di mantenere in vita il minore nonostante le sofferenze a cui i trattamenti lo sottopongono. Pare questa una prospettiva inaccettabile, per la semplice considerazione che essa confligge apertamente con il principio personalistico, trasformando il paziente in un mero oggetto, uno strumento funzionale alla soddisfazione di un interesse egoistico altrui, ancorché legato al minore da particolari vincoli affettivi o sociali; né sembra che su questa conclusione possa incidere il fatto che il terzo sia un genitore, dato che il suo potere di assumere decisioni per il minore, pur corrispondente a un autonomo diritto, nasce conformato dalla finalità di tutelare, in via prioritaria, interessi del minore stesso, che invece così risulterebbero sacrificati. Anche a voler riconoscere che il principio del *best interest* del minore non abbia carattere

assoluto e inderogabile⁴⁶, è comunque tutto da dimostrare che un controinteresse di analogo rilievo – quando sono in discussione vita e salute del minore stesso – possa rinvenirsi in un presunto “interesse della famiglia” o, in una prospettiva più moderna, nel diritto all’autodeterminazione parentale, ancorché fondato sull’art. 8 Cedu.

A valle di queste notazioni, merita sottolineare che il *best interest* del paziente – sia esso inteso in termini strettamente medico-clinico ovvero declinato in senso pluralistico – è criterio che vincola la decisione del rappresentante (obbligandolo a consentire o rifiutare la prosecuzione dei trattamenti, a seconda delle circostanze), anche se ciò limita la libertà di scelta di cui il rappresentante stesso disporrebbe in forza di un diritto suo proprio. È questa, ad esempio, la posizione dei genitori rispetto ai figli minori: nonostante il potere dei primi di prendere decisioni per conto dei secondi costituisca non solo un dovere, ma anche una modalità di esercizio della libertà di autodeterminazione genitoriale – anch’esso riconducibile all’art. 8 della Cedu –, deve ritenersi una interferenza convenzionalmente giustificata quella motivata dall’esigenza di proteggere il superiore interesse del minore⁴⁷. E poiché quest’ultimo si determina, come visto, in base a parametri oggettivi (specie se di matrice medica), è ben possibile che la decisione dei genitori sia disattesa tanto se l’interruzione dei trattamenti vanifica ragionevoli *chance* di guarigione quanto se, in modo del tutto speculare, la loro prosecuzione pregiudica irragionevolmente la salute del paziente, esponendolo a rischi di lesioni o di sofferenze evitabili.

⁴⁶ Critica verso la «*paramountcy*» e la possibile «tirannia» del criterio in esame LAMARQUE E., *Prima i bambini. Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, 2016, p. 82 ss.

⁴⁷ Conviene ricordare che nel caso di Charlie Gard la Corte di Strasburgo, nel dichiarare inammissibile il ricorso dei genitori anche in relazione ai profili di possibile violazione dell’art. 8 della Convenzione, ha rilevato che la disciplina inglese aveva determinato una interferenza nei loro *parental rights*, ma che essa era giustificata ai sensi del par. 2 del medesimo art. 8, in quanto «*aimed at protecting the “health or morals” and the “rights and freedoms” of a minor*» (cfr. Corte EDU, sent. 27 giugno 2017, *Gard e altri c. Regno Unito*, § 110 e 113).

3.3.2.4. Rigetto del criterio del "mantenimento artificiale della vita" come autonomo presupposto per l'interruzione dei trattamenti.

Allo stato è invece da escludersi, ci sembra, che l'ordinamento legittimi la desistenza medica, nei casi qui considerati, sulla base della sola circostanza che i trattamenti non offrano alcuna possibilità di recupero della coscienza, adottando un criterio di mera c.d. *futility* (a prescindere cioè da imminenza della morte, straordinarietà dei mezzi, intensità delle sofferenze).

Così, ad esempio, avviene in Francia, dove la legge consente espressamente l'interruzione delle cure, all'esito di una procedura collegiale, nell'ipotesi – distinta da quella di "ostinazione irragionevole" – di "mantenimento artificiale della vita" senza speranza di guarigione o miglioramento⁴⁸.

Un simile criterio è senz'altro peculiare, in quanto trasferisce la logica dell'accanimento terapeutico in fasi anche lontane dal decesso, mentre si è visto che la norma nazionale ha fissato un limite temporale per contemperare gli interessi ad esso sottesi con il principio di intangibilità della vita, trattandosi di giustificare (anche) condotte causali rispetto alla morte del paziente.

È interessante riflettere sulla *ratio* di un criterio oggettivo conformato in tal modo, anche per valutare, in prospettiva, la legittimità di una sua eventuale importazione nel nostro ordinamento.

Se l'atteggiamento restrittivo del legislatore italiano mira a proteggere, almeno residualmente, la vita come puro fatto biologico, la disciplina francese sembra riflettere l'idea che la vita sia meritevole di tutela nella sua dimensione biografica, quando cioè consente al suo titolare un'esperienza di relazione con

⁴⁸ Cfr. l'art. L.1110-5-1 del *Code de la santé publique* (come modificato nel 2016 dalla c.d. *loi Claeys-Leonetti*); per un quadro della disciplina francese in tema di decisioni mediche su paziente incapace cfr. GIAIMO G., *Quello che la legge non dice*, cit., p. 129 ss. Grande risonanza, non solo in Francia e non solo tra i giuristi, ha avuto l'applicazione di tale disciplina nel caso di Vincent Lambert, paziente in stato vegetativo permanente a cui i medici decisero di interrompere la somministrazione di nutrizione e idratazione artificiale, in quanto prive di efficacia curativa rispetto a una condizione ormai irreversibile: tale decisione, all'esito di una articolata vicenda giudiziaria, è stata ritenuta legittima dal Conseil d'État; la Corte di Strasburgo, adita dai genitori, ha escluso violazioni del diritto alla vita di cui all'art. 2 della Convenzione (Corte EDU, Grande Camera, sent. 5 giugno 2015, *Lambert e altri c. Francia*). Per un quadro di sintesi cfr. CASONATO C., *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9/2015, II, p. 489 ss.

il mondo esterno e non si riduce al mero mantenimento di funzioni vitali non senzienti.

In aggiunta a questo aspetto, è difficile non scorgere, alla base del limite in esame, considerazioni legate a un uso razionale delle risorse. Occorre tuttavia osservare che tale *ratio* non è autonoma, ma opera in maniera ancillare e complementare rispetto a quella appena illustrata, che invece assume rilievo principale: la liceità del fatto sottende, come visto, un ben preciso giudizio di (dis)valore sulla "vita artificiale"; fermo questo presupposto, attraverso la decisione di interruzione dei trattamenti i medici possono liberare risorse che potranno essere destinate al trattamento di pazienti i quali, al contrario, presentano una qualche *chance* di ripresa.

Ipotizzando questo duplice fondamento, pare più che incerta la compatibilità del criterio del "mantenimento artificiale della vita" con il nostro ordinamento.

Oggi si accetta che facendo esercizio della propria libertà di autodeterminazione ciascun soggetto capace possa mettere in discussione il valore della propria vita – biologica o biografica –, decidendo se essa meriti o meno di essere (ancora) vissuta: una scelta che risulterà espressione della scelta compiuta dall'individuo su sé stesso luce delle convinzioni e dei valori che compongono la sua identità, e che lo Stato si impegna a rispettare in nome di un principio di pluralismo etico. Al contrario, però, laddove la percezione della propria identità non si è mai formata o non può essere ricostruita, e dunque la scelta di fine vita non costituisce espressione della personalità individuale, è discutibile che possa invocarsi un criterio quale quello incentrato sulla nozione di vita biografica. Ritenere, laddove non emergano indizi di una volontà contraria dell'interessato, *sempre* non meritevole di tutela la semplice vita biologica, sia pure destinata a rimanere tale a tempo indeterminato – ricordiamo: in assenza di dolore –, presuppone probabilmente una omogeneità di valori nella coscienza sociale ancora estranea alla realtà contemporanea. Al tempo stesso, però, non ci si può esimere dal notare come il criterio della *futility* rappresenterebbe, tra i criteri valoriali, forse il più neutro e meno soggetto ad applicazioni variabili: una volta raggiunta una sufficiente condivisione sulla prevalenza della componente relazionale su quella biologica, e dunque sulla possibilità di sacrificare la pura vita biologica senza speranza di recupero della

coscienza, l'applicazione di questo criterio sarebbe ancorata a un accertamento clinico tendenzialmente oggettivo, concernente appunto la reversibilità della condizione di incoscienza.

Se però – come pare oggi plausibile – si ammette che il bene vita in quanto tale non perde il suo valore a causa della situazione di malattia, ancorché invalidante e irreversibile, la (liceità della) desistenza medica che causa la morte del paziente dovrebbe necessariamente trovare ragione in un qualche controinteresse rilevante.

Per questo motivo, ci sembra che non potrebbe essere utilmente richiamato l'interesse dei familiari, o di altri soggetti legati al paziente da vincoli significativi, a non essere costretti a vedere un proprio caro sopravvivere per anni in una condizione degradata e da molti ritenuta disumana: non solo si tratta di un interesse di incerto fondamento e rilievo giuridico – non convincono del tutto riferimenti alla dignità o al diritto al rispetto della vita privata o familiare –, ma ancora una volta (come già si è detto per i genitori) non è affatto semplice sostenere che questo interesse possa prevalere sulle residue istanze di protezione della vita (biologica) altrui, giustificando un'azione lesiva di tale bene.

In astratto, un controinteresse di rilievo potenzialmente significativo in grado di conferire legittimità al criterio del mantenimento artificiale della vita non potrebbe che consistere, allora, nell'esigenza di un'allocazione efficiente delle risorse sanitarie, connotate da una strutturale scarsità.

Considerazioni di questo tipo, come si è visto e come si vedrà subito di seguito, non sono del tutto aliene al nostro ordinamento. Tuttavia, la loro rilevanza ai fini della decisione di interruzione dei trattamenti è subordinata al verificarsi di scenari differenti da quelli adesso in esame: una situazione di accanimento terapeutico (v. *supra*), ma quindi occorre che il paziente sia prossimo al decesso; oppure una situazione di conflitto di doveri (v. *infra*), e dunque quando ricorre una situazione emergenziale e un'immediata necessità di scegliere tra uno o più beni quale salvare.

Sembra allora che solo in forza della peculiarità di queste circostanze, entrambe "estreme" per diverse ragioni, il sistema ammetta che un problema di scarsità di risorse concorra a legittimare il sacrificio della vita. Ma al di fuori di ipotesi eccezionali, è facile percepire come inopportuna – e illegittima, in un

ordinamento ispirato al principio personalistico – la possibilità che la decisione di disattivare i sostegni vitali possa essere *interamente* ispirata da criteri utilitaristici estranei alla persona del diretto interessato.

In conclusione, se la prosecuzione dei trattamenti non cagiona al paziente alcun danno, né di tipo fisico né psicologico, e non si rende possibile ritenere la sua situazione contraria a “dignità” – per mancanza di indicazioni, anche ricostruite, della persona o per mancanza di un consenso generale sul significato di tale concetto – deve escludersi che il criterio della *futility* possa da solo giustificare la desistenza medica e, di conseguenza, la morte del paziente.

A riprova della fondatezza delle perplessità espresse, può essere utile evidenziare che anche in Francia il presupposto del “mantenimento artificiale in vita” non viene interpretato in senso formalistico e oggettivo, ma la giurisprudenza cerca di temperarlo il più possibile con dati di carattere soggettivo e personalistico, affermando che «oltre alle questioni di natura medica [...] il professionista deve accordare una particolare rilevanza alla volontà che l’infermo potrebbe avere in precedenza espresso in qualsiasi forma», anche alla luce del parere di parenti e fiduciario, e pur sempre «guidato dalla preoccupazione di perseguire *la plus grande bienfaisance à son égard*»⁴⁹.

⁴⁹ Così il Conseil d’État nel caso Lambert, tradotto e citato da GIAIMO G., *Quello che la legge non dice*, cit., p. 133-134.

4. L'irrelevanza della volontà del paziente: le "scelte tragiche" del medico e i conflitti di doveri.

Analizziamo ora un secondo gruppo di ipotesi in cui la liceità della condotta che cagiona dolosamente la morte prescinde dalla volontà – attuale, anticipata o anche solo ricostruita – dell'interessato: come anticipato si tratta, in prima approssimazione, degli scenari di "scelte tragiche", in cui il sacrificio della vita di un soggetto è necessario per la tutela della vita di altro soggetto.

Una prima peculiarità rispetto alle altre ipotesi di morte "non volontaria" esaminate in precedenza si coglie nel fatto che, nei casi considerati, non si è necessariamente di fronte a una incapacità di esprimere validamente una scelta di fine vita: l'esonero da responsabilità opererebbe anche qualora risultasse il desiderio della persona – eventualmente espresso dal rappresentante – di ricevere le cure ed essere tenuto in vita.

In questo senso, si tratta di fattispecie sottoposte a disciplina analoga a quella ricavabile da un'interpretazione in chiave oggettiva del divieto di accanimento terapeutico, il cui nocciolo duro consentirebbe, come visto, di interrompere i trattamenti anche contro la volontà del paziente che ne chiede la prosecuzione; con la precisazione essenziale, però, che nei casi di cui ci occuperemo il paziente potrebbe ricavare un beneficio apprezzabile dall'assistenza medica, in grado di impedire o ritardare significativamente il decesso.

In effetti, la principale differenza rispetto a entrambe le ipotesi menzionate – accanimento terapeutico e stato di incoscienza irreversibile non preceduto da alcuna manifestazione di volontà – risiede nella circostanza per cui la decisione di interruzione dei trattamenti è ispirata a criteri diversi dall'interesse del paziente. Non solo, dunque, la condotta del medico non persegue l'utilità soggettiva del paziente, individuata da una sua richiesta, ma neppure il suo *best interest* oggettivo, determinato attraverso parametri – siano essi clinici o "sociali" – pur sempre inerenti alla persona dell'interessato.

Nei casi in esame la scelta di fine vita viene compiuta in contesti in cui le esigenze di tutela di un bene giuridico facente capo a un soggetto entrano in

diretto e immediato conflitto con le esigenze di tutela di un bene giuridico identico o equiparabile facente capo a un diverso soggetto. Ciò spiega perché la decisione è rimessa a soggetti diversi dall'interessato o da un suo rappresentante e, soprattutto, perché i criteri che la ispirano siano frutto di una comparazione tra interessi che esorbitano la sfera del singolo.

In queste ipotesi – accomunate appunto da una situazione di "conflitto" – i problemi che si pongono consistono, da un lato, nell'individuare presupposti, inquadramento e limiti di liceità delle condotte lesive del bene vita; dall'altro, nello stabilire i criteri che possono legittimamente orientare il decisore nella scelta del soggetto destinato a subire l'offesa.

Prima di esaminare tali questioni, conviene descrivere alcune situazioni esemplificative che potranno risultare un utile riferimento nel prosieguo, trovandoci a trattare fattispecie che non godono della medesima notorietà di quelle tradizionalmente associate alla materia del fine vita.

4.1. *Le scelte tragiche: una casistica.*

Paradigmatico di molte questioni che saranno affrontate è l'esperimento mentale che nella filosofia morale viene conosciuto con il nome di problema del carrello (*trolley problem*)¹. Nella sua versione base, si ipotizza che un carrello (o un treno) proseguendo la sua corsa sia destinato, se lasciato a sé stesso, a colpire un gruppo di persone che si trovano sul binario percorso; l'unica possibilità che queste sopravvivano consiste nell'azionare uno scambio per indirizzare il carrello su un binario secondario e cagionare così la morte dell'unica persona che si trova su di esso. In una variante di questo scenario (ne sono state formulate diverse), lo stesso effetto impeditivo potrebbe essere raggiunto

¹ Per un'esposizione di tale dilemma, delle sue numerose varianti, delle sue concrete manifestazioni e delle implicazioni etiche delle diverse soluzioni una lettura chiara e informativa è rappresentata da EDMONDS D., *Would You Kill the Fat Man? The Trolley Problem and What Your Answers Tells Us About Right and Wrong*, Princeton University Press, 2013 (trad. it. *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Raffaello Cortina, 2014). Da ultimo su tale problema, definito «molto penalistico», DI GIOVINE O., *Dilemmi morali*, cit., spec. p. 23 ss. ma ripreso più volte dall'Autrice per dimostrare la tesi di fondo del libro, secondo cui la disciplina fondata su presupposti strettamente razionali non sempre corrisponde a quella istintivamente preferibile per i consociati.

dall'osservatore spingendo una persona (in un esempio ricorrente, identificato con "l'uomo grasso") sotto il carrello per arrestarne la corsa.

Questo esempio, formulato dagli studiosi di filosofia morale, mira a evidenziare la varietà di risposte alla domanda se sia eticamente lecita la condotta di chi sacrifica la vita di una persona per salvare un numero maggiore di vite – risposte che talora, a parità di risultato (la morte del singolo e la sopravvivenza dei molti), sono influenzate dalle modalità di intervento, risultando ad esempio generalmente meno accettabile il fatto che la morte sia cagionata con un'azione "diretta" o "personale" (la spinta) anziché "indiretta" o "impersonale" (l'attivazione di un qualche congegno)².

Passando dal piano dei modelli astratti a quello delle vicende umane, la letteratura giuridica riporta episodi storici in cui, per il verificarsi di condizioni "estreme", si è posto il problema di sacrificare la vita di una persona per salvare quella di un più grande numero di soggetti (peraltro coincidenti con gli autori della condotta lesiva): si tratta spesso di casi di naufragio – tra cui è famigerato quello del veliero inglese *Mignonette* – in cui, per sopravvivere nell'attesa dei soccorsi, i membri dell'equipaggio si sono risolti a commettere atti di cannibalismo uccidendo uno del gruppo³.

Dilemmi morali e giuridici in cui la decisione è rimessa a un soggetto estraneo al conflitto sono poi quelli legati al contrasto del terrorismo, fenomeno che per il suo marcato disvalore costituisce, più di altri, terreno di elaborazione di soluzioni altrimenti inaccettabili: è in nome della doverosa finalità di tutela della collettività e del bene dei molti che si discute della possibilità di ritenere eticamente lecito l'uso della tortura, per ottenere informazioni necessarie a sventare un attentato letale (c.d. *ticking bomb scenario*)⁴, o l'abbattimento di aerei dirottati, almeno quando andrebbero a colpire aree densamente popolate

² La distinzione tra dilemmi "personali" e "impersonali" e la corrispondenza con l'attivazione di regioni cerebrali diverse (rispettivamente associate all'emotività e alla razionalità) è il frutto della ricerca dello psicologo statunitense Joshua Green, ricostruita nelle sue tappe essenziali da DI GIOVINE O., *Dilemmi morali*, cit., p. 197-198.

³ La vicenda della *Mignonette* diede origine in Inghilterra a un celebre caso giudiziario (*R v Dudley and Stephens*, deciso dalla Queen's Bench Division nel 1884), che si concluse con la condanna degli imputati alla pena di morte, poi convertita in sei mesi di pena detentiva. Il caso è diventato un *topos* nella letteratura penalistica, venendo richiamato in tutte le trattazioni specifiche dedicate allo stato di necessità.

⁴ Cfr., per tutti, FORNASARI G., *Dilemma etico del male minore e ticking bomb scenario*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

causando un numero di vittime superiore a quello delle persone a bordo⁵.

4.1.1. Le scelte tragiche in ambito medico. In particolare, le situazioni di *triage* (*ex ante* ed *ex post*).

Guardando più specificamente all’ambito sanitario e delle scelte del medico sui pazienti, è utile introdurre il concetto di *triage*.

L’espressione, di origine francese, nasce in contesto bellico ed esprime il gravoso compito di filtro e selezione con cui i medici devono confrontarsi al momento di valutare, spesso in tempi rapidi, le condizioni dei feriti a cui prestare le cure disponibili, nella consapevolezza che queste non sono sufficienti per soccorrere tutti⁶.

Dal campo di battaglia l’espressione è transitata nell’uso comune⁷, dove designa lo “smistamento” dei pazienti, al momento dell’accesso al pronto soccorso, con assegnazione di diversi ordini di priorità in base a gravità e urgenza delle esigenze di cura.

Il termine *triage* viene ancora impiegato nel suo significato originaria nei testi di medicina delle catastrofi, ma lo scenario drammatico evocato da tale accezione è rimasto perlopiù confinato a ipotesi teoriche.

Ciò, almeno, fino all’inizio del 2020, quando in Italia e in altri Stati si è vissuta la fase più acuta dell’emergenza legata alla pandemia di covid-19, evento che anche sotto questo aspetto si è rivelato di portata epocale. Varie testimonianze⁸ descrivono come, a fronte della saturazione delle strutture sanitarie dovuta all’improvviso e incontrollato aumento dei casi di malattia grave, i medici hanno dovuto scegliere a chi destinare i letti di terapia intensiva

⁵ Anche su questa ipotesi cfr. FORNASARI G., *Dilemma etico del male minore*, cit., p. 32 ss.

⁶ Ne dà un esempio, con il racconto di un’esperienza vissuta in prima persona, Gino Strada, in *Pappagalli Verdi. Cronache di un chirurgo di guerra*, Feltrinelli, ed. 2001, p. 56 ss.

⁷ Come evidenziato in una consulenza linguistica dell’Accademia della Crusca del 23 giugno 2020, a cura di Miriam Di Carlo, questa è l’accezione oggi registrata dai principali dizionari di italiano.

⁸ Significativa quella dell’anestesista Mario Riccio (medico che si incaricò di esaudire la richiesta di Piergiorgio Welby di disattivare il respiratore) in un’intervista rilasciata al quotidiano *la Repubblica* l’8 maggio 2020 (“Così abbiamo dovuto scegliere chi intubare e chi no”).

e dunque, in definitiva, chi salvare e chi no, confrontandosi con un problema che, seppur confinato nel tempo, ha suscitato profonde riflessioni anche nell'opinione pubblica⁹.

Avendo in mente questa vicenda, è possibile individuare tra due situazioni che possono verificarsi, che, come vedremo, sollevano questioni giuridiche diverse, con soluzioni non sempre coincidenti. In Germania comitati etici e giuristi hanno distinto a seconda che il *triage* sia compiuto "ex ante" o "ex post"¹⁰. Nel contesto dell'emergenza pandemica, il *triage ex ante* corrisponde ai casi in cui è rimasto un solo respiratore libero e il medico deve scegliere a quale paziente destinarlo, tra i molti presenti in pronto soccorso che ne hanno bisogno; il *triage ex post* si ha quando non ci sono più respiratori liberi, e al medico si pone il problema di procedere alla disattivazione di un macchinario che tiene in vita un paziente per destinarlo ad altro paziente sopraggiunto con una pari o superiore necessità di cura.

Facendo astrazione, si può dire che nel primo caso si tratta di attribuire una risorsa scarsa a fronte di più richieste contemporanee, nel secondo di redistribuire risorse già oggetto di una prima attribuzione alla luce di una richiesta sopravvenuta.

A uno sguardo più ampio, in effetti, queste ipotesi sembrano accomunate dal fatto di rappresentare diverse manifestazioni di un unico problema: l'allocazione di risorse scarse, o, più precisamente, l'allocazione a singoli soggetti di beni contingentati che nella situazione concreta si rivelano insufficienti. In questo senso, le situazioni appena descritte possono considerarsi, secondo la terminologia di un classico dell'analisi economica del diritto¹¹, scelte tragiche "di secondo livello", che si collocano a valle di scelte tragiche "di primo livello", con cui i decisori pubblici stabiliscono quanti beni

⁹ Non sembra inutile notare che, a detta degli stessi Autori nella Prefazione, proprio dalla domanda «chi salvare, e in base a quali criteri?» ai tempi dell'emergenza covid è scaturita la conversazione – sui temi, tra gli altri, di «come sia vissuto il dolore nelle nostre società e nelle pratiche di assistenza e di cura [...] a chi appartenga la vita di ciascuno, il suo corpo e chi ne possa disporre [...] sul fine vita, sull'accanimento terapeutico» – tra Vincenzo Paglia e Luigi Manconi, da cui è nato il libro *Il senso della vita*, Einaudi, 2021.

¹⁰ Cfr. il documento del 27 marzo 2020 del Consiglio etico tedesco, consultabile sul sito ufficiale *ethikrat.org*, anche in lingua inglese ("*Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis. Ad hoc Recommendation*", p. 4)

¹¹ Il riferimento è a CALABRESI G., BOBBIT P., *Tragic choices*, W.W. Norton & Co., 1987 (trad. it. *Scelte tragiche*, Giuffrè, 2006).

siano prodotti e resi disponibili in partenza (ad esempio, quanto denaro investire nell’acquisto di macchinari e nel reclutamento di personale)¹².

4.1.2. (segue) La competizione per la sopravvivenza, oltre la scarsità di risorse: i casi delle gemelle siamesi.

D’altra parte, è importante sottolineare che le “scelte tragiche” non sono esclusiva delle situazioni connotate da scarsità di risorse. Ciò si è potuto già constatare nel problema del carrello, ma può verificarsi anche in un contesto medico, oggetto privilegiato di questa indagine. Il riferimento è alle vicende, tanto drammatiche quanto rare, dei gemelli siamesi, uniti in alcune parti del corpo fin dalla nascita, che condividono uno o più organi vitali, ad esempio disponendo di un unico cuore. Se in alcuni casi una simile condizione è compatibile con la vita, talora un intervento di separazione si rende necessario per evitare che, a causa del precario equilibrio di rapporti tra i due organismi, si verifichi il decesso di entrambi; ma può accadere che lo stesso intervento, se assicura a uno dei due gemelli una apprezzabile *chance* di sopravvivenza, per l’altro (di regola, quello dei due che non ha sviluppato organi propri e che risulta quindi funzionalmente dipendente dall’unione) avrà con certezza un esito mortale. Di questo tenore si prefigurava la scelta dinanzi alla quale sono stati posti i medici in un recente caso italiano, in cui tuttavia l’intervento non è stato eseguito a causa della morte prematura delle due neonate¹³; la separazione è stata invece realizzata nel caso, simile ma più risalente, di due gemelle inglesi,

¹² Per una “interpretazione autentica” di tale classificazione con specifico riguardo alla pandemia da covid-19 cfr. l’intervista di Roberto Conti a Philip Bobbit in *Giustizia insieme*, 17 maggio 2020. Sul tema, da una prospettiva penalistica, cfr. EUSEBI L., *Scelte tragiche e Covid-19*, intervistato da Roberto Conti in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020; CALETTI G.M., *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, 5/2020, p. 7 ss.; RISICATO L., *Mors tua, vita mea. Morire con il covid per l’assenza di posti letto. Profili di responsabilità del “rianimatore”*, in Losappio G. (a cura di), *Scelte tragiche*, Quaderni del dipartimento jonico, 18/2021, p. 178 ss.; DI GIOVINE O., *Dilemmi morali*, cit., p. 116 ss.

¹³ Sul caso si veda l’approfondimento “*Le scelte tragiche nell’ambito dell’attività medico-chirurgica: il caso delle gemelline con cuore unico*” in CANESTRARI S. (a cura di), *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Giappichelli, II ed., 2014, p. 225 ss. (con commenti di Stefano Canestrari e Marina Lalatta Costerbosa).

all'esito di una decisione medica – adottata contro il volere dei genitori – che è stata poi giudicata legittima dalla *Court of Appeal* nel 2001 con la decisione *Re A (conjoined twins)*¹⁴.

Solo in modo figurato e con qualche forzatura si possono ricondurre queste vicende a un problema di risorse scarse, nel senso chiarito sopra. Più genericamente emerge che tratto comune di tutte queste fattispecie è un conflitto intersoggettivo che, per costrizioni logiche e materiali prima ancora che giuridiche, non potrà concludersi con la soddisfazione o la conservazione di tutti gli interessi coinvolti, cosicché ogni azione avrà sicuramente un costo in termini di lesione di beni giuridici. Si pensi ai problemi del carrello o dell'attentato terroristico o, in ambito medico, a quello delle gemelle siamesi: la scelta non è imposta da ragioni legate alla precedente allocazione di risorse, come dimostra il fatto che il conflitto "di secondo grado" non avrebbe potuto evitarsi tramite una diversa configurazione di originarie scelte "di primo grado" (a meno di non ritenere, con una ricostruzione non convincente, che, ad esempio, si sarebbero potuti destinare più finanziamenti al rafforzamento dei sistemi di prevenzione del terrorismo, al potenziamento delle tecniche di diagnosi prenatale o allo sviluppo di tecniche mediche all'avanguardia).

Tratto distintivo è dunque l'incompatibilità delle azioni richieste per preservare la vita di tutti i soggetti coinvolti (eventualmente, ma non necessariamente, per la limitatezza delle risorse che tali azioni richiederebbero).

4.1.3. Una tragicità ineliminabile.

Alla luce di questi motivi non considereremo, nel prosieguo, l'argomento che di fronte a situazioni del genere invoca la necessità di aumentare e potenziare le risorse disponibili, così da ridurre al minimo, se non eliminare del

¹⁴ Per una sintesi e un commento della decisione cfr. ANNAS G.J., *Conjoined Twins. The Limits of Law at the Limits of Life*, in *New England Journal of Medicine*, 344, 2001, p. 1104 ss.; PARIS J.J., ELIAS-JONES A.C., "Do we murder Mary to save Jodie?" *An ethical analysis of the separation of the Manchester conjoined twins*, in *Postgraduate Medical Journal*, 77, 2001, p. 593 ss.

tutto, i casi in cui si presentano alternative secche¹⁵. Si tratta di un auspicio senz'altro condivisibile, che tuttavia non può mettere in ombra il dato di realtà che a volte tali situazioni si verificano effettivamente, per cui con esse occorre confrontarsi, in tutta la loro tragicità. D'altronde, dalle considerazioni che precedono risulta chiaramente perché tale strategia non sarebbe comunque risolutiva: in primo luogo, a ben vedere, essa non attiene al piano delle scelte tragiche "di secondo grado", ma "di primo grado", in quanto invoca modifiche nelle decisioni generali di allocazione delle risorse (ad es., sottolineando la necessità di spostare risorse sulla costruzione di nuovi ospedali); in secondo luogo, come appena visto, non tutte le situazioni che sollevano dilemmi del tipo di quelli in esame sono conseguenti a un problema di scarsità di risorse, e dunque evitabili con una loro diversa ripartizione.

Infine, questa rapida rassegna di fattispecie ci permette di anticipare una riflessione di carattere generale che si avrà modo di apprezzare anche in seguito. È già emerso che in situazioni del genere lo *status quo* è assolutamente precario, e la totale inazione non può considerarsi – con tutta evidenza – uno scenario "a costo zero"; talora, anzi, come nel caso delle gemelle, corrisponde all'ipotesi peggiore, comportando la perdita di tutti i beni coinvolti. Ma c'è un dato ancor più significativo: "non scegliere" è già di per sé una forma di scelta¹⁶. L'inerzia porta anch'essa al sacrificio di alcuni a vantaggio di altri, e la circostanza che il decisore sarebbe potuto intervenire e abbia deciso di non farlo alimenta l'idea di una sua responsabilità, almeno sul piano morale, per l'evento verificatosi. Del resto, nelle ipotesi qui in esame a essere inevitabile è solo l'*an* della scelta e il fatto che, in conclusione, alcuni beni saranno lesi, ma non la circostanza che a essere leso sia un determinato bene anziché un altro: è qui che

¹⁵ In questo senso il richiamo del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020, p. 7, alla doverosità di «mettere in atto tutte le strategie possibili, anche di carattere economico-organizzativo, per far sì che sia garantita l'universalità delle cure» e in tal modo «offrire a tutte le persone eguali opportunità di raggiungere il massimo potenziale di salute consentito». Una illustrazione più distesa di questa posizione, particolarmente emblematica dell'indirizzo che qui si avvera, si ritrova in D'AVACK L., *CoViD-19: criteri etici*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, p. 374. Per una severa critica a tale atteggiamento, cfr. la posizione di minoranza di Maurizio Mori nell'ambito del citato parere del CNB, p. 12 ss. (con un efficace richiamo letterario a p. 15).

¹⁶ Così LALATTA COSTERBOSA M., in Canestrari S. (a cura di), *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 231, nt. 5, dove richiama adesivamente l'opinione espressa – a proposito del caso delle gemelle italiane – da Giulio Giorello in *Panorama*, 2 agosto 2011.

risiede – sempre – il margine di scelta del decisore di volta in volta individuato. Una delle varie opzioni è proprio l'accettazione del fatto che l'evento si verifichi per effetto del processo naturale già in corso, tanto che tale strategia di decisione può essere (e in effetti viene) formalizzata attraverso l'elaborazione di espliciti criteri di scelta (es. *first come first served*: v. *infra*).

In quest'ottica, l'indagine sui criteri di scelta si rende necessaria per rivelare – e controllare – le ragioni sottese a decisioni solo apparentemente neutrali. Una questione diversa, invece, è la valutazione di liceità o illiceità che il diritto penale dà della scelta di astenersi e, specularmente, di quella di rompere l'inerzia causando attivamente la lesione del bene che si sarebbe salvato con un comportamento astensionistico: è questo l'aspetto che esamineremo nei paragrafi immediatamente seguenti.

4.2. Inquadramento penalistico. Il richiamo allo stato di necessità e sua inadeguatezza.

In molte delle fattispecie descritte il problema della responsabilità penale dell'agente viene affrontato tradizionalmente attraverso il richiamo alla causa di esclusione della pena di cui all'art. 54 c.p.¹⁷.

I principi generali in materia di imputazione dolosa inibiscono il tentativo di trasporre *sic et simpliciter* sul piano giuridico la teoria del c.d. doppio effetto, elaborata dalla filosofia morale per sostenere la liceità etica della condotta di chi cagiona un male, se consapevolmente subordinata a un'altra azione rivolta al bene: la generale irrilevanza della finalità perseguita dal reo e la configurabilità del dolo in forma diretta o eventuale valgono a negare che l'esonero da

¹⁷ Cfr. oggi l'ampia disamina in DI GIOVINE O., *Dilemmi morali*, cit., p. 171 ss.; ravvisa nell'intervento chirurgico di separazione delle gemelle siamesi una delle residue ipotesi di operatività dell'art. 54 c.p. nell'ambito dell'attività medica CALETTI G.M., *Stato di necessità terapeutica. Paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2013, p. 28, 53 ss., il quale afferma anche (p. 57 e 60) di considerare tale ricostruzione preferibile rispetto al rinvio alla teoria del conflitto di doveri (su cui v. *infra* nel testo). Lo stesso Autore, più di recente, sembra prospettare l'applicazione dell'art. 54 anche con specifico riguardo al *triage* nell'emergenza covid (cfr. CALETTI G.M., *Emergenza pandemica*, cit., p. 11). In entrambi i contributi, peraltro, l'Autore pone un limite interpretativo al riconoscimento dello stato di necessità, esprimendo la convinzione che l'esigenza di una interpretazione rigorosa del requisito dell'attualità del pericolo conduca ad applicare l'art. 54 solo laddove «la scelta non sia tra due vite umane, ma tra il salvarne una o nessuna», escludendo così il caso dello «scambiatore di binari».

responsabilità possa essere ricercato in punto di elemento soggettivo.

Da parte sua, lo stato di necessità offre una solida base normativa che, già a una prima lettura della disposizione, sembra attagliarsi a situazioni del tipo di quelle in esame.

È noto, tuttavia, che il campo di operatività dell'istituto varia sensibilmente a seconda della posizione che si assuma nell'annoso dibattito in ordine alla sua riconducibilità al novero delle cause di giustificazione o delle scusanti.

Così, ad esempio, mentre l'art. 54 sarebbe assai probabilmente ritenuto da tutti applicabile nel caso dei naufraghi cannibali, essendo in gioco la vita degli stessi autori dell'illecito, più difficoltà si avrebbero rispetto al soggetto estraneo che devia il treno destinato in ogni caso a colpire terzi. Mentre la logica "giustificante" si accontenterebbe di un oggettivo bilanciamento tra gli interessi in gioco, e dunque tra i costi e i benefici connessi alle diverse azioni possibili (scriminando così, in ipotesi, la condotta attiva in grado di salvare il maggior numero di vite), nella prospettiva della "scusa" la responsabilità non dovrebbe mai essere esclusa, salvo che un eccezionale coinvolgimento emotivo dell'agente nella vicenda in cui interviene abbia determinato su di lui una irresistibile coazione psicologica tale da rendere inesigibile condotte alternative.

Non intendiamo qui esaminare gli argomenti a sostegno delle due letture, limitandoci a fare nostra la riflessione¹⁸ per cui, al di là dei dati testuali e sistematici invocabili da ciascuna, l'opzione a favore dell'una o dell'altra tesi riflette in ultima analisi un elemento pre-giuridico, ossia l'adesione a diverse concezioni etiche di fondo – segnate dalla prevalenza di un'impronta ora utilitaristica ora kantiana, e a loro volta condizionate da fattori ulteriori, di carattere emotivo e storico, tra cui la tendenza a calarsi in scenari di conflitto e a immedesimarsi con i suoi attori (anche per il ricordo o per l'incombenza di situazioni analoghe).

Ora, quale che sia l'interpretazione preferita circa natura ed estensione dello stato di necessità, ci preme sottolineare il meccanismo di funzionamento dell'istituto con riferimento ai casi in esame. Negli esempi fatti, l'eventuale irresponsabilità dell'agente, autore di una condotta dolosa di omicidio, si fonda

¹⁸ Cfr. DI GIOVINE O., *Dilemmi morali*, cit., p. 177 ss.

sul contrasto tra una norma prescrittiva – il divieto di uccidere – e una situazione di fatto – la "necessità di sopravvivenza", propria o altrui – che attraverso l'art. 54 acquista rilievo giuridico e, al ricorrere di date condizioni, è in grado di prevalere sulla norma violata. Si noti il diverso grado di rilevanza che l'ordinamento attribuisce ai vari modi di manifestarsi della "necessità di sopravvivenza": tale rilevanza è massima – e pacifica – quando in gioco è l'istinto di autoconservazione dello stesso agente, mentre la distanza tra sensibilità etiche differenti si coglie proprio con riferimento alla possibilità che un soggetto si faccia arbitro del conflitto tra interessi di terzi.

Sono queste, del resto, le ipotesi maggiormente problematiche, che consentono di mettere in luce un dato importante. È vero che, in casi del genere, l'incompatibilità tra i beni a rischio di lesione è in effetti insanabile: la vicenda si concluderà inevitabilmente con il sacrificio della vita dell'uno o dell'altro (la morte delle persone presenti su uno o sull'altro binario). Questa rigida alternativa, tuttavia, dal punto di vista *giuridico* non riguarda il terzo estraneo al conflitto che sia potenzialmente in grado di intervenire: inquadrando la fattispecie nello stato di necessità – ribadiamo: a prescindere dalla qualificazione dell'istituto – la scelta di agire resta pur sempre una facoltà, essendo invece escluso ogni profilo di doverosità¹⁹.

Pertanto, anche a concepire lo stato di necessità in funzione giustificante, può semmai ammettersi la liceità della scelta di chi aziona lo scambio per salvare il maggior numero possibile di vite umane, ritenendo scriminata una condotta commissiva; ma nella stessa situazione, la scelta opposta – non intervenire –, ancorché eticamente riprovevole in un'ottica utilitaristica, non potrà fondare un rimprovero per omicidio mediante omissione, mancando per ipotesi un obbligo giuridico di impedire eventi lesivi ai loro danni.

L'estraneo sarà certamente posto di fronte a un tragico dilemma *morale*, a certe condizioni potrà essere giustificato o scusato se deciderà di rompere gli indugi sacrificando attivamente uno dei beni in gioco, ma per l'ordinamento disporrà di una "via di uscita" senz'altro giuridicamente lecita: restare inerte e lasciare che il conflitto sia risolto dal decorso naturale degli eventi.

¹⁹ Per questa sottolineatura cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 472 ss., che sottolinea il carattere per questo «fuorviante» del riferimento all'art. 54 c.p. in relazione ai casi di trattamento medico.

Ben diverso, invece, è il quadro in cui si inserisce l'operato del medico, oggetto specifico di questa analisi.

Per costui l'intervento in soccorso del paziente costituisce l'oggetto di un preciso dovere: infatti, senza necessità di scomodare teorie paternalistiche, si ricordi che nei casi considerati l'esecuzione del trattamento sanitario ha una indiscutibile base consensuale, in quanto corrispondente – per ipotesi – a una richiesta del paziente stesso, che appunto desidera sopravvivere. Anche nel contesto della più moderna teoria di legittimazione dell'intervento medico, dunque, può parlarsi di un obbligo di tutela della salute e in particolare della vita del paziente.

Se il medico, al pari degli altri consociati, soggiace al generale divieto di uccidere, al tempo stesso è gravato da un dovere di salvataggio ad amplissimo raggio, in quanto rivolto verso ciascuno dei pazienti affidati alle sue cure. A differenza dell'osservatore nel caso del carrello, rimanere inerte di fronte a un paziente in imminente pericolo di vita rappresenta un comportamento giuridicamente illecito, sicché a richiedere una giustificazione è anche la scelta di *non agire* – questione che si collega all'interrogativo centrale: l'individuazione dell'obbligo che, tra i molti, dovrà essere adempiuto, laddove (come nei casi in esame) non sia possibile rispettarli tutti²⁰.

4.3. *Le scelte tragiche del medico come ipotesi di conflitto di doveri.*

4.3.1. Nozioni generali.

Alla luce delle considerazioni che precedono, i problemi sollevati dalle fattispecie in esame si prestano a essere inquadrare più propriamente nell'ambito della riflessione sui c.d. conflitti di doveri²¹.

²⁰ Cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 473: «Il problema che in queste ipotesi si pone è [...] che cosa *debba* fare il medico nella situazione concreta: che è problema essenzialmente diverso da quello che si presenta laddove il medico abbia in ogni caso la possibilità di agire lecitamente, *astendosi* dall'azione» (corsivi nel testo).

²¹ Oggi, con riferimento alle scelte mediche in emergenza pandemica, lo riconosce RISICATO L., *Mors tua, vita mea*, cit., p. 172 ss. Un'ampia e analitica disamina delle questioni penalistiche

Si tratta di una nozione di origine dogmatica, priva di riconoscimento normativo, mutuata dalla dottrina tedesca e oggetto di limitata attenzione da parte della penalistica italiana, il che si riflette sulle incertezze intorno ai suoi caratteri essenziali, alla sua classificazione nell'ambito della sistematica del reato e alla sua disciplina giuridica.

Non potendo in questa sede approfondire tali questioni dal punto di vista teorico, per alcune coordinate fondamentali ci affidiamo alla dottrina che più ha studiato il tema²².

I conflitti di doveri – «più che un capitolo della teoria del reato, un capitolo della teoria generale del diritto»²³ – possono essere definiti come ipotesi particolari di antinomie giuridiche: se è vero che già l'intera categoria dell'antigiuridicità sottende una valutazione in ordine alla sussistenza di un conflitto tra la norma incriminatrice e una norma scriminante, la nozione in esame designa un conflitto tra norme di natura prescrittiva, che qualificano una medesima condotta in termini non solo contraddittori (ad es., divieto / facoltà), ma opposti (divieto / dovere).

È però sul piano del fatto concreto che il conflitto, già sussistente *in nuce* sul piano astratto (specie valorizzando l'autonomia del concetto di norma da quello di disposizione), si manifesta come tale: vengono in rilievo le ipotesi in cui «due norme non possono essere entrambe applicate o entrambe osservate in unico caso che entrambe disciplinano»²⁴.

In situazioni del genere, l'agente è inevitabilmente posto dinanzi alla prospettiva di un illecito, dato che ciascuna delle soluzioni alternative praticabili contrasta con l'una o con l'altra delle norme in conflitto: in altri termini, posti due comandi normativi, per ragioni logiche e materiali non si dà

poste dal *triage* condotta nel quadro della teoria del conflitto di doveri, si ritrova in JÄGER C., GRÜNDEL J., *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2020, p. 151 ss. (consultabile in zis-online.com).

²² Il riferimento per le considerazioni che seguono in questo paragrafo è l'approfondita ricostruzione di VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 478 ss.

²³ VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 473.

²⁴ Secondo la definizione di MAZZARESE T., voce *Antinomia*, nel *Digesto delle discipline privatistiche* (vol. I, 1987, p. 350 ss.), richiamata VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 479 (sul riferimento al "fatto concreto" per l'individuazione di un conflitto cfr. *ibidem*, p. 486 ss., spec. nt. 35).

la possibilità di un loro adempimento congiunto, ma l'adempimento di uno importa necessariamente inadempimento dell'altro.

Qui non è data una "terza via": anche la scelta considerata più semplice, ossia quella di astenersi, rappresenterebbe una violazione, trattandosi di ipotesi nelle quali sussistono uno o più doveri di azione (in particolare, doveri di salvataggio della vita umana).

Come sarà già chiaro, allora, i conflitti di doveri solo apparentemente sono riconducibili al paradigma dello stato di necessità, dal momento che questo, anche ove inteso in senso giustificante, si limita a conferire una facoltà di azione, che l'interessato potrebbe decidere di non esercitare restando inerte, così evitando di realizzare alcuna violazione (né del divieto di agire, rispettato, né del dovere di agire, insussistente).

Guardando alle categorie tradizionali, più adatta a fondare l'esonero da responsabilità penale del soggetto posto di fronte al conflitto sembra invece, in termini generali, la figura dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p.²⁵: tale prospettiva subordina allora la possibilità di ritenere lecito il fatto commesso alla condizione che il dovere in adempimento del quale è stata posta in essere la condotta sia riconosciuto *prevalente* rispetto a quello violato. Il rapporto di prevalenza tra i due doveri in conflitto dovrà essere ricostruito attraverso tutti gli strumenti interpretativi disponibili, con una valutazione da condursi alla stregua delle indicazioni ricavabili dal sistema nel suo complesso.

È per orientare tale valutazione che vengono in rilievo i criteri che analizzeremo in seguito, ciascuno dei quali espressivo di concezioni diverse in ordine a quali siano i valori e gli scopi prevalenti nell'ordinamento in un dato contesto storico e culturale (v. *infra*).

4.3.2. Tipologie di conflitti.

Prima di esaminare questo aspetto, occorre però avvertire che quando il conflitto ha ad oggetto la vita umana, l'esito del giudizio di prevalenza è

²⁵ Cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 519-520.

fortemente condizionato dal contenuto dei doveri che vengono in rilievo. Guardando ai casi che comportano il coinvolgimento di un medico quale decisore, è allora utile distinguere da subito tra diverse tipologie di conflitti.

Una prima ipotesi consiste nel conflitto tra due norme di obbligo, o, per utilizzare concetti simili, tra due doveri di agire. In astratto non risulta problematico che il medico sia gravato dall'obbligo di prestare soccorso a due o più soggetti in pericolo di vita; tuttavia, può accadere che, in concreto, determinate circostanze – tra cui la scarsità dei mezzi disponibili e l'identità del contesto spazio-temporale in cui deve svolgersi l'azione – rendano di fatto impossibile adempiere utilmente a tutti gli obblighi, così costringendo il medico a scegliere nei confronti di quale soggetto prestare le cure salvifiche. Queste caratteristiche si ritrovano nei casi di *triage ex ante*, quando ad esempio occorre decidere a chi, tra più pazienti bisognosi di un respiratore artificiale, destinare l'ultimo posto di terapia intensiva rimasto libero²⁶.

La seconda ipotesi propria della categoria in esame, di cui rappresenta per molti il paradigma²⁷, è quella del conflitto tra norma di obbligo e norma di divieto, o, similmente, tra dovere di agire e divieto di agire (o, ancora, tra dovere di agire e dovere di astenersi). Anche in questi casi l'incompatibilità tra le due condotte doverose emerge solo alla luce delle specificità del caso concreto, quando la condotta necessaria per rispettare l'obbligo di salvataggio della vita di un paziente (dovere di azione) pregiudica la sopravvivenza di un altro paziente che il medico ha l'obbligo di non ledere (divieto di azione).

Ciò può verificarsi ancora una volta per un problema di risorse scarse, come nel caso del *triage ex post*, quando i mezzi richiesti per la cura possono essere reperiti, nella situazione contingente, soltanto al costo di sottrarli a un altro paziente che già ne beneficia, ad esempio disattivando il ventilatore da cui questo dipende²⁸. Ma, come si è già avvertito, conflitti del genere non sono esclusivi degli scenari connotati da scarsità di risorse: è il caso delle gemelle siamesi, dove – a causa della connessione fisica dei due organismi – la stessa azione necessaria per offrire a una bambina una possibilità di sopravvivenza

²⁶ Cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 490-491.

²⁷ Lo rileva, con riferimento alla dottrina tedesca, VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 489.

²⁸ Così oggi CALETTI G.M., *Emergenza pandemica*, cit., p. 10.

cagiona inevitabilmente la morte dell'altra, integrando una violazione del divieto di uccidere.

È invece da escludersi la configurabilità di un conflitto tra norme di divieto (o tra divieti di agire)²⁹, per il motivo che – in mancanza di doveri di agire – sarebbe sempre possibile, quale scelta lecita, astenersi da qualsiasi azione; se invece anche tale opzione non fosse percorribile, in quanto anche l'inerzia integra un illecito, ciò significherebbe – contro quanto stabilito in ipotesi – che nel caso di specie alle norme di divieto si affianca anche una norma di obbligo, che nell'imporre un'azione positiva consente di ricondurre le ipotesi in questione a un conflitto del secondo tipo.

4.4. La disciplina delle diverse tipologie di conflitti.

4.4.1. Conflitti tra obblighi di soccorso: la tendenziale equivalenza tra doveri e la logica della giustificazione.

Il trattamento giuridico delle scelte di azione nei casi di conflitto tra obblighi di soccorso (quale, ad esempio, il *triage ex ante*) risulta perlopiù non problematico.

Sebbene sia segnalata anche una tesi che, muovendo dalla equivalenza dei beni a confronto (la vita di un soggetto verso quella di un altro), ritiene che nessun dovere possa dirsi prevalente, realizzandosi in ogni caso un illecito eventualmente non punibile per difetto di colpevolezza³⁰, l'opinione dominante è di diverso avviso: nel condividere la medesima premessa – l'equivalenza tra doveri di azione –, si sottolinea infatti come l'incapacità dell'ordinamento di indicare un comportamento doveroso come termine di riferimento per il giudizio di anti-giuridicità faccia venire meno il presupposto essenziale di

²⁹ Nel senso del testo, con una serrata critica alla tesi avversa, sostenuta da un'isolata dottrina, VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 490, nt. 41.

³⁰ Per i riferimenti a questa posizione minoritaria (e per alcune critiche) cfr. JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 152, nt. 17.

quest'ultimo³¹. L'unica condotta sicuramente illecita è rimanere inerti, violando entrambe le norme di azione senza che ciò trovi fondamento in una norma di divieto contrapposta.

Inoltre, facendo leva sulla natura attiva della condotta richiesta dagli obblighi di soccorso, per risolvere questi conflitti viene spesso invocato il principio *ad impossibilia nemo tenetur*³². Il principio dell'*ultra posse* induce peraltro taluno a sostenere che l'esonero di responsabilità dell'agente sia da ricercarsi, prima ancora che sul piano dell'antigiuridicità, su quello della tipicità³³.

L'alternativa tra le due prospettive di esonero da responsabilità per il medico che non presta soccorso a uno dei due pazienti coinvolti, che poi muore, non sembra foriera di significative conseguenze applicative.

4.4.2. Conflitti tra divieto di agire e obbligo di soccorso.

4.4.2.1. La tradizionale prevalenza del divieto di agire sull'obbligo di soccorso.

Meno lineare e più controversa risulta invece la definizione del trattamento da riservare alle situazioni di conflitto del secondo tipo, quando in capo al medico coesistono il dovere di agire per impedire la morte di un paziente e il divieto di cagionare attivamente la morte di un altro paziente – come accade per il *triage ex post*, che assumiamo temporaneamente quale

³¹ Cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 548-549.

³² Cfr. JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 152, nonché la già citata Raccomandazione del Consiglio etico tedesco del 27 marzo 2020. Sull'uso di tale principio occorre tuttavia intendersi. Se riferito alle singole violazioni, esso non sembra convincente, dal momento che – per ipotesi – ciascuno dei due obblighi di per sé può essere materialmente adempiuto, e l'impossibilità deriva soltanto dalla scelta deliberata dell'agente di destinare tutte le proprie risorse al salvataggio dell'altro bene in conflitto: in questo senso, non si configurerebbe alcun impedimento oggettivo. Il principio deve essere più correttamente riferito all'esigibilità dei due obblighi in via congiunta, il che è in effetti impossibile per l'agente.

³³ Tale prospettiva viene illustrata e criticata in JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 160. Per i casi di *triage ex ante* sostiene l'idea di considerare «irrilevante» la scelta del medico, in forza della «inesigibilità, tanto oggettiva quanto soggettiva, di condotte alternative» CALETTI G.M., *Emergenza pandemica*, cit., p. 10.

paradigma della categoria.

Occorre subito segnalare che, nonostante alcune voci contrarie, in relazione a queste ipotesi si è andata consolidando nella riflessione dottrinale una soluzione differenziata rispetto a quella già vista per i conflitti del primo tipo.

Premesso che è proprio nello scontro tra norma di divieto e norma di obbligo che la tragicità della scelta viene avvertita con maggior forza, l'opinione largamente maggioritaria ritiene che un simile conflitto abbia una chiara soluzione³⁴: quando è impossibile osservare entrambe le norme, si considera lecita la condotta che viola il dovere di agire (ad esempio, lasciando il paziente sopraggiunto in pronto soccorso senza respiratore) e illecita la condotta che viola il divieto di azione (ad esempio, disattivando il respiratore di uno dei pazienti già ricoverati in terapia intensiva). Secondo questa prospettiva, l'ordinamento manifesta una preferenza ed è possibile individuare quale tra i due è il dovere prevalente già sulla base del loro contenuto astratto: astenersi dal ledere qualcuno merita osservanza prioritaria, anche quando comporta restare inerti e non impedire una lesione ai danni di qualcun altro.

Merita precisare un aspetto significativo: in base alla lettura dominante, la prevalenza del divieto di agire deve essere mantenuta ferma a prescindere dal numero di vite che la condotta attiva che ne determina la violazione potrebbe salvare.

Emblematica di questo ragionamento è la vicenda dei c.d. processi per eutanasia³⁵ celebrati in Germania, dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, a carico dei medici responsabili, sotto il regime nazista, della c.d. Aktion T4, un programma di soppressione organizzata delle "vite non degne di essere vissute" (disabili, malati mentali e altri soggetti deboli). I medici, imputati per omicidio, si erano difesi sostenendo che, se si fossero rifiutati di collaborare negando il proprio contributo, sarebbero stati sostituiti con altri medici più

³⁴ Cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 540 ss., con ampi riferimenti alla dottrina tedesca; un quadro interpretativo aggiornato ma conforme descrivono JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 154-155. Aderisce a tale soluzione, da ultimo, il Consiglio etico tedesco (cfr. raccomandazione *ad hoc* del 27 marzo 2020, cit., p. 4).

³⁵ Per una ricostruzione ragionata della vicenda dal punto di vista giudiziario cfr., per tutti, VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 533 ss. (cui sono riferibili anche le citazioni letterali che seguono nel testo). Da una prospettiva criminologica cfr. MERZAGORA I., *Malvagi e giusti. Le scelte tragiche dei medici nella storia*, Franco Angeli, 2021, p. 12 ss.

compiacenti, che, verosimilmente, avrebbero mandato a morte un numero assai più elevato di persone.

Tale difesa, accolta dalle corti di merito, fu invece respinta dall'organo giurisdizionale supremo, sulla base del principio per cui «il mero saldo numerico non può in alcun modo giustificare l'uccisione di vittime innocenti», stante la pari dignità di tutte le vite umane e l'inammissibilità di una ponderazione «secondo il loro valore». In quest'ottica, come rilevato dalla dottrina, più che la convinzione circa la prevalenza del divieto di uccidere sul dovere di soccorso, a essere decisiva si rivelò l'influenza di una morale kantiana, con rifiuto dell'idea che la persona possa fungere da mezzo per conseguire uno scopo, ancorché questo vada a beneficio di altre persone, in opposizione alla logica collettivistica propria del periodo totalitario e ormai incompatibile con la nuova temperie culturale³⁶ (a ulteriore dimostrazione, possiamo notare, del peso che le concezioni etiche di fondo hanno nel giudizio sulle ipotesi di scelte tragiche³⁷).

4.4.2.2. Le possibili ragioni giustificatrici.

A fronte di questa solida acquisizione, non vi sono però quando ci si interroghi sul *perché* il divieto di ledere abbia un «peso specifico» maggiore rispetto all'obbligo di prestare soccorso, nonostante a essere in gioco sia sempre il bene vita.

Negli argomenti addotti dalla dottrina tradizionale³⁸ – alcuni, invero, di sapore tautologico – sembra riemergere il peso che nella regolamentazione dei fenomeni di fine vita svolge il "criterio causale", strettamente associato alla natura attiva o omissiva della condotta. La causazione attiva dell'evento morte, o comunque l'interferenza nella catena causale, è sempre considerata carica di un disvalore maggiore rispetto alla condotta di chi si limita ad assistere al

³⁶ Lo nota VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 535.

³⁷ Una conferma, da questo punto di vista, per la tesi sostenuta, anche in relazione allo specifico tema in esame, da DI GIOVINE, *Dilemmi morali*, cit., p. 116 ss.

³⁸ Su cui, criticamente, cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 541-542.

decorso naturale degli eventi, ancorché disponga dei poteri per arrestarlo e sia gravato da uno specifico obbligo giuridico di impedimento: si ripropongono le considerazioni già svolte nella parte finale del Capitolo II a proposito dell'alternativa tra *killing* e *letting die*. Si tratta di una carica valoriale negativa che per essere neutralizzata, ai fini della liceità della condotta, necessita di una giustificazione forte: tanto forte che, come si è visto, in linea generale a ciò non è sufficiente neppure il consenso dell'interessato, sicché in mancanza di questo non sorprende che il divieto si manifesti in tutta la sua assolutezza.

D'altra parte, è un dato notorio quanto sia radicato a livello antropologico il tabù del non uccidere³⁹. Per chi ne ricercasse la ragione profonda, studi neurofisiologici hanno evidenziato la maggiore intensità della reazione neuronale ("*arousal*") di fronte al compimento di un'azione – tanto più accentuata quanto più diretto è il coinvolgimento fisico dell'agente⁴⁰ –, così rivelando il substrato biologico di una consolidata qualificazione giuridica. Potendo scegliere, per l'individuo è meno costoso, già sul piano "emotivo", conformarsi al divieto di agire piuttosto che a un dovere di agire, il che spiega perché la violazione del primo sia considerata più grave e meno giustificabile da parte dell'ordinamento, salvo il ricorrere di contropunte eccezionali – anch'esse, non a caso, di carattere emotivo – come quelle sottese all'operatività di una scusante (v. *infra*).

4.4.2.3. (segue) La tesi che ritiene la pretesa correlata all'obbligo di agire sempre subordinata alla disponibilità delle risorse necessarie.

È interessante, ai fini di questo lavoro, segnalare anche l'esistenza di un tentativo di giustificare in chiave razionale la preminenza del divieto di ledere, con argomenti che – ci sembra – rievocano un fattore ricorrente nell'analisi che stiamo svolgendo: la scarsità di risorse.

³⁹ Lo definisce «pietra angolare di ogni vivere sociale e fondamento di ogni ordinamento giuridico» TRIPODINA C., *Diritti alla fine della vita e Costituzione*, cit., p. 418.

⁴⁰ Si rinvia ancora una volta alle linee portanti del più volte citato lavoro di DI GIOVINE O., *Dilemmi morali e diritto penale*, e alle ricerche di Joshua Green ivi richiamate.

Secondo questa tesi⁴¹, la prevalenza del dovere di astensione sul dovere di azione potrebbe spiegarsi non tanto alla luce della posizione dell'unico soggetto obbligato, bensì riguardando il fenomeno dal diverso punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive di cui sono titolari i soggetti tutelati da tali obblighi. Il ragionamento è immediatamente comprensibile applicandolo proprio nello scenario del *triage ex post*: mentre il paziente tutelato dal divieto di agire, che beneficia di risorse già distribuite, fa valere una pretesa oppositiva a non subire intrusioni nella propria sfera, che in quanto tale può sempre essere rispettata dal medico, il paziente verso cui si rivolgere il dovere di soccorso esercita una pretesa ampliativa «geneticamente limitata da una serie di bilanciamenti con altri interessi confliggenti, anche di natura economica», e in particolare «limitata dalla scarsità delle risorse disponibili». Tale pretesa – alla pari dei diritti sociali, si osserva – non riceverebbe quindi tutela in modo indefettibile, ma la sua soddisfazione sarebbe subordinata alla disponibilità degli strumenti a ciò necessari: disponibilità da intendersi in senso materiale, come concreta reperibilità delle risorse, ma anche in senso giuridico, come conformità della prestazione alle regole e ai criteri che presiedono alla allocazione delle risorse medesime.

La tesi in esame ha il pregio di offrire una spiegazione della peculiarità del trattamento della seconda tipologia di conflitti, prescindendo dal richiamo al condizionamento derivante da pulsioni e istinti primordiali ma tentando di ancorarla a valutazioni all'insegna di un criterio di razionalità sociale.

Sul piano sistematico, inoltre, la sua persuasività ricostruttiva è avvalorata dal fatto di accordarsi con una costante della disciplina della materia del fine vita, già emersa in parti precedenti di questo lavoro: si fa riferimento alla circostanza per cui l'ordinamento mostra un atteggiamento di resistenza verso tutte le istanze che sottendono una pretesa di ottenere risorse, negando loro tutela o concedendo una tutela minore rispetto alle istanze che chiedono un minor consumo di risorse o addirittura comportano la liberazione di risorse – che invece l'ordinamento sembra voler favorire, tanto da accontentarsi del consenso (nel caso di rifiuto di cure), da farne a meno se non addirittura da

⁴¹ Cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 543-544, da cui sono tratte le citazioni letterali nel testo.

imporre la decisione contro il consenso (nel caso di accanimento terapeutico).

Ora, rintracciare questa costante anche nelle ipotesi di conflitto di doveri, condividendo l'analisi che vi ravvisa una giustificazione *plausibile e accettabile* della relativa disciplina, non significa però ritenere che tale criterio abbia valore cogente né che rappresenti una giustificazione del tutto *coerente* dell'impostazione tradizionale, caratterizzata dalla indiscriminata prevalenza del divieto di agire sul dovere di soccorso: illustreremo a breve le critiche che possono essere mosse a questa ricostruzione.

4.4.2.4. Il principale corollario della tesi tradizionale: la necessità di fondare l'esonero da responsabilità sulla logica della "scusa". Inconvenienti pratici.

Il riconoscimento del carattere di illiceità della condotta di adempimento del dovere di soccorso ma al tempo stesso inosservante del divieto di uccidere non esclude, tuttavia, il disagio degli interpreti di fronte alla prospettiva di una condanna dell'agente – per una condotta maturata all'esito di un conflitto di coscienza tanto innegabile quanto tragico, se non addirittura percepita come quella più corretta dal punto di vista etico⁴² (ancorché non giuridico).

In casi del genere, allora, la via percorsa consiste nel ricercare l'esonero da responsabilità sul piano della colpevolezza, sia pure con sfumature diverse circa fondamento e natura dell'esimente, richiamandosi – a seconda delle diverse culture giuridiche e delle situazioni concrete – cause non codificate di non punibilità per inesigibilità, l'inefficacia generalpreventiva della sanzione, l'errore sul divieto (tutte soluzioni prospettate a proposito dei processi contro i medici nazisti) o, come figura generale, lo stato di necessità letto in chiave scusante⁴³.

⁴² Come sarebbe, in particolare, adottando una visione utilitaristica: cfr. DI GIOVINE O., *Dilemmi morali*, cit., p. 174; in relazione ai processi ai medici nazisti, nella dottrina tedesca è emblematica di questa idea la posizione di Hans Welzel, come ricostruita da VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 539 e 546.

⁴³ Per una panoramica di tali tesi cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 538-539, 545 ss., il quale personalmente ritiene che, in generale, il referente più adeguato sia costituito dallo stato di necessità scusante, a patto che ricorra un coinvolgimento emotivo dell'agente (mentre, per quanto concerne specificamente i processi per l'eutanasia, sostiene che la soluzione tecnicamente – e culturalmente – corretta sarebbe consistita in quella, già emersa

Tra le proposte avanzate, quest'ultima pare in effetti quella dotata del più solido riferimento normativo e suscettibile della maggiore latitudine applicativa, potendo prescindere dalle condizioni (storiche e ordinamentali) di carattere strutturale, ulteriori rispetto al mero conflitto contingente, richieste per l'operatività dell'errore sul precetto – condizioni che potevano semmai ritenersi sussistenti in relazione alle condotte dei medici nazisti, per l'appunto poste in essere in un contesto sociale e culturale assai distante dai valori caratteristici del tempo in cui si svolsero i processi.

Nondimeno, anche il riferimento alla logica della "scusa", anziché a quello della giustificazione, genera inconvenienti tutt'altro che secondari nei casi oggetto di specifica attenzione in questo lavoro⁴⁴.

Richiamiamo ancora una volta il caso del *triage ex post*. Per semplicità, trascuriamo alcune conseguenze che derivano dalla persistente coloritura di illiceità di un fatto soltanto scusato, come la possibilità che un parente del paziente o un infermiere presenti sul posto invocino la legittima difesa per giustificare condotte anche lesive dell'incolumità fisica (se non della vita) del medico che si appresta a disattivare il respiratore a un paziente per dare il suo posto ad altro paziente in attesa di ricovero; oppure la circostanza che il medico, nelle stesse circostanze, resta esposto alle azioni risarcitorie dei parenti del paziente deceduto.

Assai più rilevante, in questa sede, è il presupposto applicativo dell'esonero da responsabilità, che, una volta ricondotto al piano dello stato di necessità scusante, richiede una anomalia motivazionale, un turbamento del processo decisionale soggettivo inconciliabile con il modo di atteggiarsi, nei casi in esame, della scelta medica, che invece è il frutto di una analisi ponderata e

nella dottrina tedesca, che faceva leva sulla configurabilità di un errore di diritto in capo agli imputati, condizionati dal successo che i programmi di eliminazione a fini eugenetici del regime nazista avevano avuto tra medici e giuristi. La riconducibilità dei casi di *triage ex post* alla logica della scusa riemerge da ultimo nelle raccomandazioni del Consiglio etico tedesco del 27 marzo 2020 (p. 4), che la riconnette ai casi di situazioni «*seelisch kaum zu bewältigen*» ("difficili da sostenere mentalmente") per il personale sanitario. Ritiene opportuno che sia riconosciuta «se non la liceità, almeno la non punibilità» delle condotte in esame, in forza dell'applicazione dello stato di necessità scusante, CALETTI G.M., *Emergenza pandemica*, cit., p. 11.

⁴⁴ Li evidenziano con precisione JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 155.

razionale⁴⁵, guidata da criteri clinici e non emotivi, peraltro spesso elaborati nel contesto di un confronto multidisciplinare tra una pluralità di specialisti.

In altri termini, anche in situazioni straordinarie – quali appunto la saturazione di un reparto per l'eccezionale afflusso di pazienti, dovuto a macro-eventi (pandemia, ma anche disastri naturali o attentati terroristici di massa) – la decisione non segue un impulso della coscienza, ma tendenzialmente rispetta ciò che il medico o la comunità medica percepiscono come oggettivamente corretto per la massimizzazione dell'utilità ricavabile dall'impiego delle risorse disponibili. Possono senz'altro darsi casi in cui la decisione è presa dal singolo medico in modo affrettato e istintivo, a causa di una sua imprevedibile reazione psicologica o di un comprensibile disorientamento di fronte all'urgenza di situazioni di rarissima verifica, per cui non è stato addestrato. Al di fuori di queste ipotesi, tuttavia, pare evidente che l'atteggiamento psicologico del medico, quando decide di porre in essere la condotta attiva (es. la disattivazione del respiratore), non solo contraddice i presupposti per la "scusabilità" del fatto, ma riflette una impostazione etica e una scala di valori assai distanti da quelle su cui la dottrina tradizionale fonda il giudizio di illiceità di scelte del genere, assumendo l'indiscriminata prevalenza del divieto di ledere sul dovere di soccorso.

Non solo: quanto appena evidenziato per le ipotesi di *triage ex post* sembra ancor più vero con riferimento alla decisione di separare le gemelle siamesi – finora lasciata sullo sfondo per ragioni di linearità espositiva ma anch'essa, come visto, riconducibile a un caso di conflitto di doveri del tipo in esame.

Occorre infatti ricordare che, in entrambi i casi che hanno suscitato l'attenzione della letteratura giuridica, alternativa all'intervento – condotta inosservante del divieto di agire con effetto salvifico per una delle gemelle – era una condotta astensionistica che non avrebbe protetto la vita dell'altra gemella, ma avrebbe comportato la morte certa di entrambe. Si ripropone, in forma semplificata e più diretta, il dilemma con cui sostenevano di essersi confrontati i medici nazisti: se agire significa causare la morte di un certo numero di vite, non agire significa consentire il sacrificio di un numero più alto di persone –

⁴⁵ Già lo osservava, sia pure con riferimento alle decisioni mediche assunte nel ben diverso contesto dei programmi di eutanasia nazisti, VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit. p. 546.

tutti coloro che sarebbero morti comunque *più* altri soggetti che non sarebbero morti se fosse stata posta in essere la condotta attiva. Ci sembra, peraltro, con una differenza significativa: mentre è discutibile che i medici nazisti avessero il dovere giuridico di salvare quanti il regime intendeva mandare a morte (soggetti deboli e vulnerabili, ma non loro pazienti), è certo che i medici che avevano preso in cura le gemelle avessero un preciso obbligo di tutelare la vita di entrambe: restando inerti, si sarebbero resi inadempienti rispetto non a uno, ma a ben due doveri di agire.

Altrettanto evidente è che, in casi del genere, la decisione di intervenire e la scelta di quale gemella salvare è il frutto di accurate valutazioni medico-cliniche, che ben poco hanno di emotivo, anche per la lunga preparazione che interventi del genere richiedono.

Allora, seguendo la logica della scusa, difficilmente potrebbe essere esclusa la responsabilità dei medici; ciò quando già potrebbe lasciare perplessi la possibilità che l'ordinamento consideri illecita la condotta con cui è stata messa in salvo l'unica delle due gemelle che aveva apprezzabili *chance* di sopravvivenza.

Viene quindi da chiedersi quanto lo stigma che deriva dal giudizio di illiceità, in questo caso come nel *triage ex post*, sia in linea con il contesto concreto in cui devono essere calate scelte del genere⁴⁶.

4.4.3. Argomenti contro un trattamento differenziato delle due tipologie di conflitti e a favore di un unico modello di disciplina con efficacia giustificante.

Alla luce di queste riflessioni, volte a mettere in luce possibili profili di ingiustizia sostanziale nella disciplina differenziata che la tesi prevalente riserva alle due ipotesi di conflitti di doveri, sorge l'interrogativo – sulla scia di

⁴⁶ Denunciano l'effetto stigmatizzante che deriverebbe per i medici dalla qualificazione in termini di illiceità delle loro scelte, dagli stessi verosimilmente percepite in scienza e coscienza come giuste, in quanto rivolte a salvare il maggior numero di persone possibile, JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 157.

una proposta di recente avanzata in seno alla dottrina tedesca⁴⁷ – se non sia più opportuno e più coerente elaborare un modello unitario di esonero da responsabilità, affinché possa operare in entrambi i casi la logica della giustificazione.

4.4.3.1. I profili di irragionevolezza della tesi tradizionale.

In quest'ottica, può evidenziarsi anzitutto come la disparità di trattamento propugnata dall'opinione maggioritaria presenti vari profili di irragionevolezza.

Si obietta infatti che il discrimine tra liceità e illiceità (con le gravi conseguenze viste) sarebbe affidato a fattori fortuiti, incapaci di esprimere diversi bisogni di disciplina⁴⁸. La soluzione verrebbe a dipendere, in definitiva, da circostanze accidentali quali la differenza nell'ordine di ingresso in pronto soccorso, il diverso percorso seguito dall'ambulanza nel prelevare i pazienti tra trasportare in ospedale, la decisione del medico di attendere pochi minuti prima di procedere all'intubazione nella consapevolezza dell'imminente arrivo di altri soggetti con la stessa necessità di cura⁴⁹. Se per il medico non fosse possibile svolgere un *triage ex post* con la stessa libertà con cui conduce la stessa valutazione *ex ante*, si verificherebbe l'assurdo per cui l'ordinamento imporrebbe di perpetuare scelte di trattamento "errate" in termini comparativi, laddove ad esempio il primo paziente presentasse probabilità di salvezza molto più basse del nuovo arrivato.

Del resto si osserva⁵⁰, riprendendo un argomento ben noto nella materia

⁴⁷ Cfr. JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 156 ss., che hanno fornito lo spunto per le riflessioni di cui al paragrafo immediatamente seguente.

⁴⁸ Cfr. JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 156.

⁴⁹ Prova della irragionevolezza di una simile conclusione è che CALETTI G.M., *Emergenza pandemica*, cit., p. 7-8 (sulla scia del parere del CNB, *Covid 19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020, p. 9) si preoccupi di precisare che il *triage ex ante* «non è condizionato dall'arrivo fisico [del paziente] presso [l'ospedale]», così esprimendo l'esigenza di una valutazione medica il più possibile globale di tutti i casi bisognosi di intervento, probabilmente anche per evitare che il medico debba ricorrere al *triage ex post* semplicemente a causa di un diverso ordine di ricovero.

⁵⁰ Cfr. JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 157.

del fine vita, che assecondando il modo di ragionare dell'opinione tradizionale diventerebbero decisive anche le modalità tecniche di realizzazione del trattamento – tramite respirazione bocca a bocca anziché attraverso un respiratore artificiale –, e persino le caratteristiche (assolutamente contingenti) di progettazione dei macchinari, con la possibilità di riconoscere o negare la liceità della scelta del medico solo per il fatto che il dispositivo artificiale si disattiva periodicamente, senza necessità di una condotta attiva di interruzione.

L'esperienza insegna, inoltre, come esistano varie situazioni in cui è tutt'altro che immediato accertare la natura attiva o omissiva del comportamento dei sanitari (si pensi, in particolare, ai casi limite in cui il medico si ferma mentre sta collegando un paziente al respiratore, o quando non aggiunge nuove sacche di nutrimenti e contemporaneamente rimuove il sondino con cui il paziente è alimentato).

Peraltro nella realtà si presentano, anche al di fuori del contesto ospedaliero, scenari simili – caratterizzati da un'iniziale azione di soccorso, poi interrotta per dirigere gli sforzi verso un soggetto con maggiori probabilità di salvezza – che verrebbero probabilmente ricondotti a un'ipotesi di conflitto di doveri giustificante: viene fatto l'esempio⁵¹ dei vigili del fuoco che, intervenuti per spegnere due incendi in due edifici confinanti, dentro ciascuno dei quali c'è una persona, disponendo di un unico idrante prima lo rivolgono verso uno dei due, poi, resisi conto della maggiore difficoltà di domare le fiamme per le condizioni del luogo, interrompono l'operazione e si dedicano a salvare l'altra persona intrappolata.

4.4.3.2. (segue) Critica alla tesi che fa leva sul criterio della "disponibilità di risorse".

A questo proposito, a chi scrive non pare risolutiva neppure la teoria⁵² che ancora la prevalenza del divieto di agire sul dovere di soccorso al diverso modo

⁵¹ Cfr. JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 158.

⁵² Si tratta della tesi, meglio illustrata *supra*, di VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 543-544.

di atteggiarsi della pretesa del titolare del bene protetto, sul presupposto che la pretesa a un intervento attivo sia sempre subordinata alle risorse disponibili in un dato momento (tra queste dovendo escludersi, per l'appunto, quelle già destinate a soddisfare altri bisogni).

Un simile argomento si espone a due rilievi. Il più evidente è legato al fatto che anche la scelta di rispettare il divieto di azione può comportare un consumo di risorse, quando – come appunto nelle situazioni esaminate – a tale divieto si associa un sottostante dovere di cura nei confronti del medesimo soggetto, specie se avente ad oggetto una prestazione di durata (quale può essere un trattamento in terapia intensiva). In definitiva, anche l'interesse del paziente già ricoverato a continuare a ricevere trattamenti è subordinato alla disponibilità di risorse, il che porterebbe tale paziente – *da questo specifico punto di vista* – su un piano di parità rispetto a chi non è ancora collegato ai macchinari: per entrambi si pone il problema di come allocare risorse che non sono state ancora distribuite a nessuno. L'unica differenza apprezzabile starebbe appunto nel fatto che uno dei due già riceve le cure: ma allora o si ritiene preferibile sempre e comunque la posizione del paziente ricoverato – a questo punto però in maniera apodittica – oppure le valutazioni in gioco non potrebbero che essere del tutto simili a quelle che il medico svolgerebbe per risolvere un *triage ex ante*, il che confermerebbe l'equivalenza tra le due tipologie di conflitti.

Si potrebbe ancora obiettare, a favore della tutela del paziente già ricoverato, che le risorse future necessarie per i suoi trattamenti non possono dirsi più disponibili per il secondo paziente, in quanto già riservate al primo: in altri termini, chi arriva dopo non potrebbe fare conto sulle risorse "prenotate", ancorché non consumate, da chi lo ha preceduto.

Qui, tuttavia, si inserisce il secondo rilievo che riteniamo di poter muovere nei confronti della tesi in esame, laddove ammette che per la disponibilità di una certa risorsa debba sempre intendersi non solo in senso materiale, ma anche come "disponibilità legittima", ossia nel rispetto delle procedure, dei presupposti sostanziali e dei principi che presiedono sia all'"acquisizione" delle risorse stesse sia alla loro "distribuzione". Questa nozione di disponibilità – che potremmo chiamare "giuridica" – potrebbe apparentemente spiegare perché risorse non ancora esistenti siano in realtà "disponibili" per l'uno e "indisponibili" per l'altro. Ma a ben vedere questa soluzione presuppone la

correttezza della tesi che intende dimostrare, ossia la prevalenza della posizione di chi già beneficia delle cure su chi vi aspira, perché implica che tra le regole che disciplinano la disponibilità delle risorse ve ne sia una dal tenore seguente: *"in caso di concorrenza tra esigenze di pari grado, le risorse future spettano a chi già riceve un trattamento"*. Niente vieta, però, che i criteri che regolano la distribuzione delle risorse – la loro "disponibilità", appunto – siano flessibili, modulabili a seconda delle circostanze e in particolare delle sopravvenienze, ammettendo una revisione continua delle scelte già prese: che la precedente allocazione sia un limite insuperabile, un assetto da non mettere più in discussione, riflette una determinata visione assiologica, ma non è intrinseca al concetto di "disponibilità" per come definito, e quindi richiederebbe a sua volta giustificazione.

Una volta messo in luce che il riferimento alla "disponibilità" delle risorse non è decisivo, ci sembra che non sussistano più ragioni per ritenere il divieto di azione prevalente in maniera indiscriminata sull'obbligo di soccorso.

4.4.3.3. La soluzione fondata sulla natura omissiva della condotta di interruzione dei trattamenti. Limiti.

Per superare una differenza di disciplina percepita come ingiusta, allora, possono essere seguiti diversi percorsi teorici.

Una prima soluzione⁵³ potrebbe consistere nel ricondurre entrambe le tipologie di ipotesi qui in esame – *triage ex ante* ed *ex post* – a un conflitto tra soli doveri di azione, qualificando la condotta del medico che disattiva il respiratore, naturalisticamente attiva, come sostanzialmente omissiva, in quanto inosservante del dovere di (continuare la) cura nei confronti di quel paziente. Verrebbe così creata una simmetria con l'inquadramento che parte della dottrina dà della condotta interruzione dei trattamenti già in corso su richiesta del paziente nelle ipotesi di c.d. eutanasia passiva, ravvisandone la reale dimensione sociale e normativa in una omissione di ulteriore trattamento.

⁵³ Cfr. JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 159-160, da cui sono tratte le citazioni (tradotte) nel testo.

Del resto, nelle ipotesi in esame, a monte esisterebbero sempre due obblighi di soccorso, mentre non dovrebbe rilevare il fatto – dipendente da modalità dell’azione e circostanze del caso concreto – che l’inadempimento si verifichi in via “anticipata” o “successiva”, ossia che l’omissione consista “nel mancato avvio degli sforzi di salvataggio o nel loro successivo abbandono”: resta pur sempre un “fatto di non salvataggio”.

Una ricostruzione del genere, per quanto lineare, si scontra però con l’argomento – già esaminato in questo lavoro (cfr. Capitolo II) – secondo cui una condotta di interruzione delle terapie presenta tutte le caratteristiche per essere annoverata tra gli atti di *killing*, anche laddove compiuta dallo stesso soggetto che aveva dato avvio a quel trattamento.

Inoltre, e in modo forse ancor più convincente, una tale assimilazione – tra chi omette di iniziare e chi omette di proseguire – difficilmente potrebbe valere quando non è stato avviato alcun trattamento, eppure la condotta che cagiona il decesso ha carattere attivo, come nel caso delle gemelle siamesi⁵⁴. Il fatto che gli organi in comune siano ricevuti da una sola di loro potrebbe far pensare a una mera omissione del dovere di salvataggio nei confronti dell’altra, ma è difficile negare che l’intervento di separazione abbia natura *attiva*, tanto sotto il profilo naturalistico che giuridico: è evidente, anzitutto, la necessità di ledere l’integrità dei tessuti e asportare alcuni organi che magari si trovavano nell’organismo più debole; d’altra parte, in casi del genere non c’è alcun trattamento da interrompere, e la morte – che si verifica prima di quanto accadrebbe in base al decorso naturale – deriva dall’inserimento di un fattore causale aggiuntivo riconducibile alla condotta del medico.

4.4.3.4. La soluzione fondata sull’individuazione di elementi sostanziali comuni a entrambe le situazioni di conflitto.

Per queste ragioni sembra preferibile una ricostruzione che, preso atto dell’esistenza di una effettiva differenza tra le tipologie di condotte, ne affermi

⁵⁴ Il caso delle gemelle non è mai espressamente considerato nel contributo di Jäger e Gründel.

l'irrelevanza al ricorrere di determinate circostanze. In quest'ottica, l'attenzione dovrebbe essere spostata sulla ricerca degli indici sostanziali, diversi appunto dalla natura formale degli obblighi violati, che accomunano i due scenari in esame, e dunque sui tratti caratteristici del conflitto di doveri giustificante – idealmente idonei ad assumere portata generale, anche al di fuori del contesto medico.

I criteri identificativi che la dottrina tedesca⁵⁵ ha individuato consistono, da un lato, nell'unicità dell'azione di soccorso, e, dall'altro, nella circostanza che entrambi i beni coinvolti nella decisione siano esposti a un "pericolo comune". Quest'ultimo viene riferito a un fattore naturale esterno che minaccia o invade le sfere personali di *entrambi* i soggetti interessati dal conflitto – un virus, nel caso del *triage*, o un incendio, nel caso dei pompieri.

Niente impedisce, peraltro, di includere nella nozione di "pericolo comune", senza improprie dilatazioni, il caso delle gemelle (non preso in considerazione dagli autori richiamati), in cui a ben vedere una medesima condizione clinica metteva a repentaglio la vita di entrambe⁵⁶: in effetti la comunanza del pericolo era tanto concreta e il conflitto così drammatico che la stessa esistenza in vita di una rappresentava un ostacolo fisico alla sopravvivenza dell'altra.

La portata selettiva dei criteri appena definiti si coglie nel fatto che essi porterebbero invece a escludere dalla logica giustificante, eventualmente relegandole all'area della scusa, alcune scelte tragiche che abbiamo richiamato all'inizio dell'analisi, come quelle imposte dal problema del carrello: la decisione di deviare il carrello avrebbe l'effetto di trasferire il danno su persone inizialmente del tutto estranee al pericolo, che in nessun caso, senza l'intervento dell'agente, sarebbero state coinvolte⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 160.

⁵⁶ Sottolinea questo aspetto, con riferimento al caso delle gemelle italiane, CALETTI G.M., *Stato di necessità terapeutica*, cit., p. 57-58.

⁵⁷ Si è già visto che in situazioni del genere CALETTI G.M., *Stato di necessità terapeutica*, cit., p. 58, ritiene che manchi l'attualità del pericolo richiesta per l'applicazione dell'art. 54. Tale opinione non ci sembra convincente: può condividersi il fatto che ipotesi del genere non rientrino nell'ambito del conflitto di doveri (talora anche solo per l'assenza di un obbligo giuridico di salvataggio), ma ciò non impedisce che, proprio allora, la scelta del terzo di attivare gli scambi possa ritenersi coperta dallo stato di necessità, potendo facilmente ravvisarsi in tal caso un pericolo attuale nei confronti dell'incolumità delle persone salvate attraverso la deviazione del carrello.

Invece, nei casi perimetrati attraverso le due condizioni descritte, il problema che si presenta all'agente è sempre il medesimo: posto che entrambi i soggetti morirebbero senza intervento, e posto che soltanto una azione di salvataggio è materialmente praticabile, sembra equo che il rischio sia sopportato ugualmente dai due soggetti, consentendo sempre all'agente di scegliere a chi destinare le risorse disponibili, anche all'esito di ripensamenti e nuove valutazioni, senza che una scelta possa dirsi lecita o illecita *a priori*.

È legittimo interrogarsi sui criteri utilizzabili per la decisione (su cui v. *infra*), ma – questo è il punto – non dovrebbe essere considerata determinante di per sé, a parità di altre condizioni, la circostanza che a essere violata sia una norma di divieto o di obbligo. In una prospettiva di regolamentazione giuridica ci sembrano prevalenti gli elementi ora illustrati, che – pur nella consapevolezza della diversità tra azione e omissione – mettono in luce la meritevolezza di un trattamento unitario, o, meglio, la prevalenza delle ragioni di un trattamento unitario rispetto a quelle di una disciplina differenziata.

4.5. I criteri per la risoluzione dei conflitti di doveri.

4.5.1. I criteri di scelta come indici di prevalenza di un dovere sull'altro e parametro di liceità della condotta.

Se per i penalisti è controverso l'inquadramento da dare ai casi di conflitto di doveri, va detto però che in materia le controversie più accese riguardano i criteri che possono essere invocati da chi si trova a scegliere tra le alternative "tragiche".

In realtà, già equiparare le due tipologie di conflitto quanto a natura dell'esonero da responsabilità ha conseguenze rilevanti da questo punto di vista, perché evita che di fronte all'alternativa tra violare una norma di divieto o una norma di obbligo il decisore si orienti sempre a favore della seconda soluzione, a motivo del giudizio di illiceità che colpirebbe una condotta inosservante della prima norma. Al contrario, per chi segue l'opinione tradizionale, il diverso valore delle due condotte non può che riflettersi anche

in un'indicazione di tipo pratico, escludendosi che salvo casi eccezionali il medico possa considerare di interrompere i trattamenti già in corso su un paziente per far posto a un altro paziente⁵⁸.

Nella prospettiva di un modello giustificante unitario, la questione diventa allora se e in che misura esistano altri e più specifici criteri, diversi dal contenuto astratto dei due doveri in conflitto.

Si tratta di un tema affrontato prevalentemente nel contesto della riflessione filosofica e bioetica, ma che al tempo stesso, ci sembra, presenta un indiscutibile rilievo giuridico, anche penalistico.

Infatti, l'equivalenza tra le possibili scelte – fulcro, per quanto visto, della logica della giustificazione – dovrebbe valere solo nella misura in cui si assume che, l'appunto, i doveri in gioco siano equivalenti.

Considerazioni diverse andrebbero svolte, però, nell'ipotesi in cui fossero disponibili – in quanto ricavabili dal sistema oppure oggetto di una previsione espressa – chiari indici in grado di esprimere la preferenza dell'ordinamento per l'uno o per l'altro bene, e dunque per l'uno o per l'altro obbligo, che finirebbe così per risultare quello *in concreto* prevalente. Il conflitto non sarebbe più irrisolvibile, potendo sempre stabilirsi quella che, in ipotesi, costituiva già al momento dell'azione la scelta – l'unica scelta – doverosa, anche ai fini dell'art. 51 c.p.⁵⁹: l'agente non sarebbe più libero di scegliere, in modo anche arbitrario, come nei casi di conflitto insolubile, e qualora agisse dando corso alla scelta "errata" la non punibilità della sua condotta – a quel punto non coperta da giustificazione – potrebbe essere affermata solo sul piano della colpevolezza, con necessità di dimostrare l'operatività, tutt'altro che scontata, di una scusante.

Queste ragioni sembrano sufficienti per approfondire in questa sede il problema dei criteri risolutivi dei conflitti di doveri nei contesti di fine vita. Con la consapevolezza che le diverse opzioni in campo sono strettamente legate alle convinzioni morali di fondo dell'interprete e che è impossibile qui fornire un quadro anche solo abbozzato di tutte le tesi avanzate dalla letteratura medica e

⁵⁸ In questo senso le già citate raccomandazioni del Consiglio etico tedesco del 27 marzo 2020, p. 4, che pure, come visto, ammettono la possibilità di una successiva clemenza dell'ordinamento verso scelte adottate in condizioni "insostenibili" per i medici.

⁵⁹ Per questo schema di ragionamento cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 502 ss., 519-520.

bioetica, ci limiteremo a toccare alcuni punti essenziali, in un'ottica necessariamente problematica.

4.5.2. Alcuni fattori in grado di escludere in radice un conflitto: urgenza, autodeterminazione e accanimento terapeutico.

Anzitutto, occorre fissare alcune premesse per mettere a fuoco i casi realmente problematici.

Pensando soprattutto alle situazioni di *triage*, si può sottolineare che un conflitto è percepito come tale se i casi clinici presentano pari urgenza di cura. Ciò non accade, evidentemente, quando due pazienti presentano entrambi un'insufficienza respiratoria che richiede, per uno, il ricovero in terapia intensiva ma che consente, per l'altro, un adeguato trattamento sub-intensivo; un conflitto non esiste neppure quando un paziente potrebbe sopravvivere anche se il suo ingresso in terapia intensiva fosse ritardato per consentire di curare prima un altro paziente⁶⁰. In tutti questi casi il medico può adempiere utilmente entrambi gli obblighi di soccorso, vuoi perché utilizza risorse diverse, vuoi perché le prestazioni necessarie possono essere distribuite in ordine cronologico.

Il criterio dell'urgenza ha tuttavia implicazioni più sottili non sempre considerate. Possono esistere situazioni in cui trattare prima casi più urgenti (quelli in cui senza intervento medico la morte si verificherebbe entro brevissimo tempo) potrebbe pregiudicare la possibilità di eseguire utilmente altre prestazioni dovute, causando una riduzione significativa delle *chance* di cura di malattie pur sempre letali ma con decorso più lento. Uno scenario simile si è riscontrato ad esempio, sempre nel contesto dell'emergenza pandemica, in

⁶⁰ Questo criterio è probabilmente da ritenersi implicito nel generale criterio di «appropriatezza clinica» indicato dal parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020 come centrale per guidare la decisione del medico, imponendo a questi di valutare «l'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione». Osserva attentamente CALETTI G.M., *Emergenza pandemica*, cit., p. 10, che per tale via si finisce per dare rilievo anche al «tasso di decisività del ricovero in terapia intensiva».

relazione ai ritardi diagnostici e terapeutici di patologie tumorali derivato dalla chiusura di interi reparti di medicina o dal rinvio di visite ed esami per la scelta di destinare tutte le risorse alla lotta contro il covid. Si tratta di un profilo a volte trascurato nelle riflessioni sulla gestione dell'emergenza, intorno al quale la sensibilità è cresciuta nel corso della pandemia. Sebbene raramente esplicitato (forse per la sua evidenza), la priorità riservata ai pazienti covid può essere giustificata proprio sulla base del criterio dell'urgenza (inteso come "imminenza del decesso in mancanza di intervento medico"), pressoché unanimemente accettato. Non deve restare in ombra, però, che in alcuni casi per i pazienti non covid il ritardo nella diagnosi ha reso meno efficace o addirittura inutile il successivo percorso terapeutico, determinando una morte che sarebbe stata evitabile se si fosse rispettata un'altra priorità.

Con questo esempio si vuole evidenziare il fatto che l'urgenza potrebbe operare non solo come criterio di distribuzione cronologica delle prestazioni (e dunque per risolvere casi di conflitto di doveri "apparente"), ma anche come criterio di scelta nel contesto di un conflitto di doveri "reale", in cui un'unica azione determina in effetti il sacrificio di alcuni beni a vantaggio di altri: ciò dovrebbe sollevare l'interrogativo se un criterio del genere – normalmente accettato come autoevidente – non meriti una riflessione aggiuntiva, in ordine a una sua diversa declinazione (dando rilievo, oltre che all'imminenza della morte, alla indilazionabilità della prestazione salvifica) oppure alla possibilità di bilanciamento e combinazione con criteri ulteriori (come il grado di efficacia terapeutica della prestazione).

In una prospettiva giuridica, poi, un fattore da considerare in via prioritaria per il decisore dovrebbe essere la circostanza che una delle due condotte sia coperta da una causa di giustificazione indipendente dal conflitto di doveri. Il principio di fondo è che l'equivalenza tra obblighi viene meno quando una violazione perde il suo carattere di illiceità, mentre l'altra resta obiettivamente antiggiuridica⁶¹. Nelle situazioni di *triage* una ipotesi del genere può essere quella, rara ancorché non improbabile, in cui uno dei pazienti coinvolti per le ragioni più varie rifiuti le cure a favore dell'altro. L'ampiezza con cui l'ordinamento riconosce il diritto di autodeterminazione terapeutica

⁶¹ Cfr. JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 154.

consentirebbe peraltro di superare *de plano* la principale difficoltà riscontrata nei casi di conflitto di doveri, essendo ormai pacifica anche la liceità della condotta del medico che per rispettare la volontà del paziente debba interrompere un trattamento già in corso⁶².

È interessante notare, invece, sempre sulla scorta di quanto osservato nei Capitoli precedenti, che – allo stato – difficilmente la liceità del fatto potrebbe far leva sull'operatività di una scriminante incentrata sul consenso del paziente nei casi in cui a richiedere giustificazione sia una condotta attiva diversa dall'interruzione dei trattamenti, come ad esempio l'intervento di separazione delle gemelle⁶³, stante il persistente divieto di eutanasia attiva. Il che, a ben vedere, offre un'ulteriore conferma dell'irragionevolezza di un trattamento differenziato rispetto ad altre condotte di *killing*, quando entrambe si dimostrano – anche nei casi di conflitto di doveri – modalità diverse di soddisfazione di identiche esigenze di fondo.

Infine, perché il medico possa dirsi gravato da un effettivo obbligo di cura, e dunque sussista un reale conflitto di doveri, occorre che persista per tutti i pazienti l'indicazione al trattamento⁶⁴, in base a una valutazione non comparativa, ma prima ancora assoluta e individuale⁶⁵.

Del resto, guardando alle situazioni in esame, è ormai diffusa oltre l'ambito medico la consapevolezza che l'accesso alla terapia intensiva non è indiscriminato neanche in tempi ordinari, quando pure esisterebbero posti letto superiori alle richieste, dovendosi sempre verificare l'appropriatezza di tale opzione rispetto alla condizione clinica del singolo paziente, onde evitare

⁶² Come nota RISICATO L., *Mors tua, vita mea*, cit., p. 173, «non c'è dubbio che, nel conflitto tra due pazienti in gravi difficoltà respiratorie, il soccorso al "consenziente" abbia priorità su quello al "dissenziante"».

⁶³ Si pensi, sia pure in via del tutto ipotetica, che le gemelle chiedano la separazione una volta raggiunta la maggiore età, e che una di loro accetti personalmente di essere sacrificata per consentire all'altra di vivere.

⁶⁴ Chiaramente sul punto il Consiglio etico tedesco, raccomandazioni del 27 aprile 2020, cit., p. 4 (in relazione al *triage ex post* ma con affermazione generalizzabile): «*the assumption [...] is that the indication for ventilation is still valid for all the patients concerned*».

⁶⁵ È questo un altro risvolto del composito criterio di «appropriatezza clinica» nell'accesso alla terapia intensiva delineato dal CNB nel citato parere dell'8 aprile 2020, p. 8, che subito dopo il riferimento al bisogno terapeutico del paziente mostra prefigura una valutazione di proporzionalità che ricalca quella sottesa al divieto di accanimento, avente ad oggetto il «bilanciamento dei benefici e dei rischi rispetto al paziente, considerato dal punto di vista della dimensione clinica sia oggettiva che soggettiva (percezione del dolore e sofferenza, percezione della invasività dei trattamenti, ecc.)».

impieghi di risorse «inutili» e al tempo stesso «dannosi» «per il Sistema sanitario e dunque per la collettività»⁶⁶. Come si è cercato di mettere in luce in questo lavoro, infatti, il giudizio sulla obiettiva utilità del trattamento costituisce un presupposto ulteriore rispetto al consenso, ma ugualmente necessario per la liceità dell'intervento medico. Si tratta del principio sottostante alla previsione normativa che impone di valutare se l'eventuale inizio o prosecuzione delle cure, ancorché aventi funzione salvavita, possano configurare accanimento terapeutico: in caso di risposta positiva, il medico avrebbe il dovere – proprio come di fronte a un rifiuto del paziente stesso – di astenersi o di interrompere i trattamenti; dovere che, a quel punto, non sarebbe più confligente con l'obbligo di soccorso nei confronti di altri pazienti, con possibilità per il medico di adempiere entrambi. Una situazione del genere concretizza, ci pare, quella che abbia individuato come *ratio* secondaria del divieto di accanimento terapeutico, ossia un uso razionale delle risorse⁶⁷: mentre in situazioni normali non è tangibile il vantaggio per il sistema sanitario derivante dall'impiego di un criterio selettivo nella scelta di ammettere un paziente in terapia intensiva, non essendovi una concorrenza diretta tra richiedenti, nelle situazioni a rischio di saturazione è subito evidente come il risparmio di risorse realizzato non ammettendo o dimettendo pazienti che avrebbero in ogni caso *chance* di sopravvivenza trascurabili (specie se rapportate alla onerosità del trattamento) si traduca in un vantaggio concreto e immediato per le necessità di cura di altre persone.

⁶⁶ Su tale *ratio*, aggiuntiva rispetto a quella del rispetto della dignità della persona, quale fondamento alla base della definizione di una soglia minima per l'accesso alle cure intensivistiche cfr. DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva. Uno sguardo filosofico alle Raccomandazioni Siaarti*, in *Notizie di Politeia*, 141, 2021, p. 13.

⁶⁷ Proprio esaminando il tema del *triage*, ma nell'ambito di considerazioni generali sulla tutela del diritto alla salute e i rapporti tra questa e altre esigenze, DI COSTANZO C., ZAGREBELSKY G., *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, p. 443, riconoscono che «la nozione di appropriatezza [...] rappresenta per i medici un rilevante indice di giudizio, idoneo a costituire una sintesi dei criteri di efficacia clinica e efficienza organizzativa».

4.5.3. La tesi dell'equivalenza tra le scelte: il rifiuto di criteri di preferenza in nome della "incalcolabilità" della vita umana.

Al di là di questi punti fermi, come anticipato, il panorama delle tesi prospettate è assai variegato.

Secondo una certa impostazione⁶⁸, nei conflitti aventi ad oggetto la vita umana il decisore dovrebbe godere della massima libertà in ordine all'individuazione di *quale* persona salvare.

L'insindacabilità della scelta viene presentata come il corollario di un principio di "incalcolabilità" della vita umana, che presuppone l'equivalenza assiologica di tutti i beni in gioco⁶⁹. Fissare dei criteri significherebbe instaurare una gerarchia tra vite umane in base al loro valore – variamente stabilito –, contraddicendo una basilare esigenza di rispetto della dignità di ciascun individuo. Addirittura, tanta è la forza di questo principio morale che la liceità del fatto non sarebbe influenzata da finalità e motivi dell'agente, ancorché eticamente riprovevoli.

Inoltre, come le vite umane non possono essere "pesate", così non potrebbero essere neppure "contate": secondo questa linea di pensiero, pertanto, altrettanto irrilevante dovrebbe essere il numero di vite salvate per sostenere la prevalenza di una scelta sull'altra.

In verità questa affermazione viene spesso addotta per contrastare le tesi che vorrebbero escludere la tradizionale illiceità della condotta inosservante del divieto di agire almeno nei casi in cui l'azione di salvataggio porti a un saldo positivo in termini numerici⁷⁰. Ma una volta riconosciuta, come crediamo opportuno, l'equivalenza tra le due tipologie di condotte, e dunque l'astratta liceità di entrambe le scelte, nulla osta a che il criterio numerico possa avere *di*

⁶⁸ Ne sono fautori, sulla base degli argomenti riportati di seguito nel testo, JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 161 (i quali tuttavia poco oltre che la libertà di decisione del medico dovrebbe comunque incontrare un limite quando contraddice chiaramente il rispetto delle norme mediche).

⁶⁹ In relazione a fattispecie del tipo in esame, ricorda da ultimo che «la dottrina prevalente ritiene tuttora inammissibile un giudizio di proporzione che abbia ad oggetto la vita umana, in considerazione del suo valore incomparabile con qualsiasi altro bene» RISICATO L., *Mors tua, vita mea*, cit., p. 174.

⁷⁰ Così, espressamente, la Corte Suprema tedesca che si pronunciò in ultimo grado sui processi per l'eutanasia, come citata in VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 535.

fatto un valore orientativo – come già potrebbe accadere, a prescindere dalla tesi accolta, in relazione ai casi di conflitto tra due norme di obbligo.

La questione rispetto alla quale l'orientamento in esame conserva una indubbia rilevanza è, invece, quella inerente alla possibilità che tale criterio operi come vero e proprio discriminatore tra liceità e illiceità e dunque renda "vincolata" la scelta dell'azione da compiere. Mentre infatti può ammettersi che la decisione sia rimessa al protagonista del conflitto, che sceglie "secondo coscienza", sembra più difficile (sebbene non impossibile) accettare che l'ordinamento imponga sempre e comunque – a pena di un giudizio di illiceità – la condotta che salva il maggior numero di vite.

Questo disagio è particolarmente avvertito da chi aderisce a un'etica di tipo kantiano, dato che comporterebbe un generalizzato riconoscimento della possibilità che, al ricorrere di determinate situazioni, alcune vite siano regolarmente degradate a strumento per la salvezza di altre, più numerose.

Una prospettiva del genere è invece congeniale all'impostazione di matrice utilitaristica che prevale, ad esempio, nella comunità medica: tanto che, come vedremo, quasi tutti i criteri proposti da quest'ultima danno preferenza all'azione che ha come finalità o come effetto quello di salvare il maggior numero possibile di vite.

4.5.4. L'ordine cronologico: un criterio recessivo.

Prima di esaminare i vari criteri di ispirazione utilitaristica, merita una riflessione il c.d. criterio cronologico o "*first come, first served*", che riconosce prevalenza all'obbligo di salvataggio del paziente che per primo sia preso in carico dal medico o dal sistema sanitario.

Si tratta di un criterio ambiguo sotto più profili.

Per certi aspetti, anch'esso sembra poggiare sull'assunto di fondo della equivalenza tra i beni in gioco, in quanto indifferente alle condizioni concrete dei singoli. D'altro canto, però, esso non attribuisce libertà al decisore, ma gli impone un vincolo predeterminato.

Da questo punto di vista, allora, è evidente che la regola "*first come, first*

served", talora presentata come mera accettazione del caso, sia in realtà un vero e proprio criterio di scelta⁷¹. Esso si distingue anche dal metodo del sorteggio ("*lottery*"), che solitamente viene impiegato per selezionare tra più persone su un piano di parità in termini di criteri clinici.

A differenza di questi ultimi, tuttavia, non è agevole individuarne la *ratio*, se non, appunto, "lasciar fare al caso" e così esonerare i medici dall'onere della scelta, sul presupposto che quanto si verifica secondo l'ordine determinato dal succedersi naturale degli eventi corrisponda di per sé a un'idea di "giustizia" (specie, si sostiene, in mancanza di alternative "più accettabili")⁷².

La riflessione bioetica ha sottolineato i limiti di questo approccio, a partire dal fatto che, con la pretesa di offrire un criterio di selezione asseritamente neutrale, finisce per generare conseguenze irragionevoli e da molti percepite come ingiuste⁷³.

Se tale criterio fosse vincolante, infatti, la vita o la morte del paziente finirebbero per dipendere da circostanze del tutto aleatorie e contingenti, quali appunto quelle da cui dipende l'arrivo in ospedale o il collegamento a un macchinario salvavita; ciò, si noti, anche quando il primo paziente avrebbe *chance* di sopravvivenza significativamente più basse rispetto al secondo⁷⁴.

Ragioni sostanzialmente analoghe ci hanno portato *supra* a criticare la tesi tradizionale secondo cui dovrebbe ritenersi sempre illecita la condotta del medico che scollega dal respiratore un paziente per far posto a un altro – tesi che in effetti trasferisce sul piano giuridico penalistico uno schema del tipo "*first come, first served*"⁷⁵.

⁷¹ Esso equivarrebbe, in particolare, «a scegliere di non curare gli eventuali pazienti successivi che rimarrebbero esclusi dalla terapia intensiva»: cfr. raccomandazioni Siaarti 2021 (v. *infra*), p. 5.

⁷² Questa, in estrema sintesi, sembra la posizione di BALISTRERI M., *Post-coronial Studies. Salviamo chi arriva prima in ospedale! Una difesa del criterio 'first come, first served'*, in *labontblog.com*, 22 luglio 2020.

⁷³ Cfr. DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 14.

⁷⁴ Si tratta, com'è evidente, di un criterio inconciliabile con una impostazione utilitaristica: cfr. SAVULESCU J., PERSSON I., WILKINSON D., *Utilitarianism and the pandemic*, in *Bioethics*, 34, 2020, p. 625.

⁷⁵ Coglie la connessione tra i due aspetti DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 14-15, il quale osserva come rigettare il criterio cronologico a favore di criteri alternativi «potrebbe comportare, in linea teorica, che, sulla base di questi criteri, debba essere privato delle risorse di terapia intensiva chi in questo momento ne sta usufruendo».

Ma se applicare un criterio del genere sembra criticabile e poco plausibile nei casi di conflitti tra divieto di agire e dovere di soccorso, la sua persuasività risulta ancor più ridimensionata considerando che, in quanto criterio generale, dovrebbe risolvere anche i conflitti tra doveri di soccorso: di fronte al problema di quale paziente ammettere in terapia intensiva, secondo questo criterio il medico dovrebbe decidere attenendosi esclusivamente all'ordine di arrivo, trascurando totalmente ogni altro parametro clinico, anche quando, con una piccola attesa, potrebbe assumere una decisione migliore ed evitare di vedersi "costretto" a disattivare i trattamenti già prestati.

Le perplessità aumentano sol che si pensi alle difficoltà di stabilire il criterio che, a sua volta, permette di assegnare a un paziente la priorità: quale che sia l'alternativa prescelta – ad esempio, guardare all'ordine di arrivo in ospedale o al momento in cui sono stati avvertiti i soccorsi?⁷⁶ –, ci sembra che si tratti sempre di elementi privi di reale portata selettiva.

Né, ci sembra, varrebbe replicare che proprio questo – rinunciare a scegliere – è il senso del criterio: per la duplice ragione che anch'esso, come detto, consiste in una scelta, e che una volta che si rende necessario prendere una decisione è preferibile che essa a quel punto si basi su criteri razionali e non aleatori.

Si possono comprendere così le ragioni per cui il criterio "*first come, first served*" viene generalmente respinto – pur con motivazioni sintetiche – dagli orientamenti in materia di *triage* elaborati in seno alla comunità medica⁷⁷.

⁷⁶ Se lo chiede, provocatoriamente, DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 20, nt. 22.

⁷⁷ Cfr. le raccomandazioni Siaarti del 2020 (v. *infra*), p. 3. Più esplicito il documento Siaarti-Simla del 2021 (v. *infra*), ove la logica *first come first served* viene scartato in quanto «non risponde a un criterio di equità» (p. 10), giustificando poi in nota (p. 13) tale affermazione con il rinvio alle osservazioni della Consulta di Bioetica Onlus, secondo cui l'ordine di arrivo «rischia di essere gravemente discriminatorio, poiché il tempo necessario a raggiungere una struttura ospedaliera può essere influenzato dalle condizioni economiche, dal contesto sociale e dalle personali possibilità del paziente o dei familiari».

4.5.5. I criteri c.d. clinici.

4.5.5.1. Considerazioni generali tra riferimenti bioetici e indicazioni della comunità scientifica.

La tesi senz'altro dominante tra gli operatori sanitari e che raccoglie i maggiori consensi da organismi e studiosi di bioetica è quella che per risolvere i casi di conflitto di doveri in contesto medico si affida a criteri di tipo clinico⁷⁸. In prima approssimazione, si tratta di criteri che fanno leva sulle condizioni di salute del paziente e sulla previsione delle sue reazioni alle terapie.

Al riguardo conviene svolgere subito alcune precisazioni.

La più importante sul piano teorico è che, come lucidamente osservato dalla dottrina, anche criteri di questo tipo, a rigore, «sono tutti criteri *etici*, non clinici: sono piuttosto clinici i parametri sulla base dei quali si verifica il maggiore o minore soddisfacimento» dei criteri medesimi⁷⁹.

In quanto tali, anch'essi richiedono di essere inquadrati prima di tutto da una prospettiva filosofia ed etica, non potendo essere considerati meramente autoevidenti. Senza poter approfondire qui il tema, segnaliamo che i criteri clinici sono spesso ricondotti a una logica utilitaristica⁸⁰, ma da un lato tale associazione non è automatica e, in ogni caso, la loro giustificazione dovrebbe passare attraverso la (non scontata) illustrazione delle ragioni a favore di un approccio utilitaristico nella materia del fine vita in generale, e dei conflitti di

⁷⁸ Ritiene il «criterio clinico come il più adeguato», e ogni altro criterio «eticamente inaccettabile», il Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid 19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020, p. 7.

⁷⁹ DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 14. Ritiene espressamente che, una volta riconosciuta per più pazienti l'appropriatezza del ricovero in terapia intensiva, la scelta tra costoro si basi sempre su criteri «extra-clinici», poiché «la valutazione clinica non cambia col mutare delle opportunità di cura», Maurizio Mori, nella sua posizione di minoranza nell'ambito del parere del CNB nel citato parere dell'8 aprile 2020, p. 13.

⁸⁰ Questa l'impostazione seguita da SAVULESCU J., PERSSON I., WILKINSON D., *Utilitarianism and the pandemic*, cit., p. 623 ss., che evidenziano tuttavia come il medesimo approccio utilitarista possa ispirare una pluralità di criteri non sempre coincidenti. Ritiene improprio il riferimento all'utilitarismo laddove si tratti di criteri che mirano a massimizzare le possibilità di impiego efficace delle risorse (limitate) di terapia intensiva FERRARO F., *Utilitarismo e "medicina delle catastrofi"*, in *Rivista il Mulino online*, 6 maggio 2020.

doveri in particolare⁸¹.

Alludere a questo interrogativo di fondo – che, ripetiamo, non potrà essere sviluppato in questa sede – non toglie che i criteri clinici possano dirsi legittimati dalla loro tendenziale razionalità e che presentino comunque un alto grado di accettabilità sociale e culturale, come dimostra la loro applicazione generalizzata.

Il livello di cogenza è tanto elevato che – come è stato condivisibilmente sostenuto⁸² – persino nella prospettiva di una tendenziale equivalenza delle scelte in nome della "incalcolabilità" delle vite umane dovrebbe avere un peso la circostanza che un paziente abbia *chance* di salvezza assai migliori di un altro o che la prestazione medica sia maggiormente indicata per uno dei due. Tale conclusione – si aggiunge – sarebbe avvalorata dall'idea che, quando chiamato a risolvere un conflitto di doveri è il medico, la professionalità inerente alla sua figura gli imporrebbe di operare sempre in base allo standard delle migliori conoscenze tecnico-specialistiche.

Senonché, quest'ultima affermazione ci sembra meno persuasiva, alla luce di quanto appena detto circa la natura anzitutto etica dei criteri di scelta: il fatto che una decisione sia conforme allo stato dell'arte medica non significa *necessariamente*, quando si ha a che fare con conflitti di doveri, che essa sia anche "giusta" dal punto di vista bioetico e vincolante sul piano giuridico⁸³.

Volendo offrire, di seguito, una panoramica dei criteri clinici, occorre segnalare che l'emergenza pandemica ha determinato una rinnovata attenzione per il tema, con il proliferare – nei singoli Stati e nella comunità scientifica internazionale – di numerose proposte e soluzioni di provenienza assai varia,

⁸¹ Come sottolineano DI COSTANZO C., ZAGREBELSKY G., *L'accesso alle cure intensive*, cit., p. 441, «i modelli etici di riferimento» nei problemi di allocazione di risorse scarse «sono molteplici (individualismo liberista, utilitarismo, personalismo)»; gli Autori peraltro rilevano come i criteri concretamente elaborati dal CNB (v. *infra*), tra cui quello di "appropriatezza clinica", siano in effetti riconducibili a un approccio utilitarista (cfr. p. 445).

⁸² Cfr. JÄGER C., GRÜNDEL J., cit., p. 161.

⁸³ Senza poter approfondire la questione, riteniamo convincente l'opinione di DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 20, nt. 19, il quale reputa non condivisibile, nella sua nettezza, la tesi che sostiene che «i criteri con cui allocare le scarsissime risorse di terapia intensiva in un tempo di emergenza sanitaria non possano che essere stabiliti a livello medico-scientifico» (così PICCINNI E AL., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"*, in *Recenti progressi in medicina*, 111, 2020, p. 216).

ora sotto forma di indicazioni tecniche rivolte dalle organizzazioni professionali agli operatori sul campo⁸⁴, ora in veste di riflessioni interdisciplinari di organismi, pubblici o privati, con funzioni di consulenza in matrice bioetica⁸⁵.

Per semplicità, guarderemo principalmente dai documenti che a livello nazionale sono stati elaborati in seno all’associazione di categoria dei medici in prima linea nelle situazioni di *triage*, la Siaarti (Società italiana di anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva), allo scopo precipuo di agevolare concretamente il compito del personale sanitario posto di fronte a scelte drammatiche, fornendo criteri il più possibile razionalmente giustificati e al tempo stesso alleggerendo almeno in parte la coscienza dei singoli medici dall’onere della decisione.

Non si tratterà di un commento puntuale alle indicazioni specifiche fornite in tali documenti, che invece serviranno da spunto per considerazioni cui si intende conferire, per quanto possibile, carattere generale.

Nondimeno, per chiarezza di esposizione è importante precisare che i documenti rilevanti ai nostri fini sono due: il primo, pubblicato a marzo 2020, si presenta come risposta immediata e schematica – articolata in 15 sintetici punti – alla situazione straordinaria venutasi a creare nella fase più acuta della pandemia⁸⁶; il secondo, diffuso a distanza di quasi un anno, a inizio 2021, è il frutto di un gruppo di lavoro condiviso con la Simla (Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni), e si propone di offrire un aggiornamento al documento precedente, all’esito di una riflessione più distesa e interdisciplinare nonché di una «revisione critica» delle esperienze maturate durante la prima ondata⁸⁷.

⁸⁴ Un prezioso lavoro sinottico delle linee guida elaborate in Italia, Austria, Belgio, Svizzera e Germania si ritrova in EHNI H.-J., WIESING U., RANISCH R., *Saving the most lives – A comparison of European triage guidelines in the context of the COVID-19 pandemic*, in *Bioethics*, 35, 2021, p. 125 ss.

⁸⁵ Si vedano i già citati documenti del Consiglio etico tedesco, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis. Ad hoc recommendation*, 27 marzo 2020, e del Comitato Nazionale per la bioetica, *Covid 19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 8 aprile 2020.

⁸⁶ SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6 marzo 2020.

⁸⁷ SIAARTI – SIMLA, *Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19*, 13 gennaio 2021.

4.5.5.2. L'età anagrafica: inaccettabili distorsioni e ragionevoli applicazioni.

Viene anzitutto in rilievo il tema dell'impiego del criterio dell'età anagrafica per stabilire una soglia limite ai fini dell'ammissione in terapia intensiva. Tale era, in base a una lettura diffusa, ancorché non pacifica⁸⁸, l'indicazione che poteva trarsi dal documento del 2020.

Al di là della questione interpretativa contingente, legata a una formulazione testuale ambigua e comunque superata dal documento del 2021, merita soffermarsi sulle ragioni che rendono pressoché unanime il rifiuto di un criterio del genere.

La preoccupazione più ricorrente è che esso possa rappresentare una forma di c.d. ageismo⁸⁹ (discriminazione basata sull'età) destinata a colpire le persone più anziane, da considerarsi inaccettabile sul piano morale. Contrario ai principi fondamentali di dignità e di uguaglianza sarebbe anche l'idea, che taluno scorge alla base di un simile criterio, che la vita di determinate categorie di soggetti sia ritenuta meno meritevole di protezione perché – come nel caso di chi è entrato nella fase finale dell'esistenza – meno produttivi e quindi meno utili alla società.

Esiste però, ci sembra, anche una forte ragione pratica che milita contro la previsione di soglie anagrafiche. Il criterio dell'età assomma in sé due rilevanti criticità anche da una prospettiva medica: da un lato, in quanto ancorato a un dato numerico oggettivo, è per sua natura rigido; dall'altro, è povero di indicazioni utili in ottica clinica, laddove l'esigenza sia quella di allocare nel modo più razionale possibile risorse di tipo sanitario. È vero che l'aumento dell'età si correla a un progressivo indebolimento dell'organismo considerato nel suo complesso, ma una funzione del genere non è lineare e assume per ogni

⁸⁸ In controtendenza, proponendo una lettura più cauta delle indicazioni contenute nel documento, DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 15.

⁸⁹ Così inizialmente BERNARDINI M.G., *Dilemmi mor(t)ali. Scelte etiche, ageism e diritti fondamentali ai tempi del Covid-19*, in *Diritto virale. Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*, 1, 2020, 38; lo stesso Autore ha poi rimeditato la propria posizione in *Una questione di interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base età ed emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 3/2020, p. 141 ss., spec. 147 ss., esprimendo un giudizio sotto più aspetti positivo del documento della Siaarti del 2020 e riconoscendo, a determinate condizioni e nel contesto di un giudizio globale, un legittimo spazio di rilevanza al criterio dell'età.

paziente valori diversi, che potrebbero rivelarsi incongrui rispetto a una soglia limite uguale per tutti. Del resto i criteri più largamente utilizzati nei casi di *triage* – attinenti, come subito vedremo, alle probabilità di successo del trattamento – non solo implicano un giudizio individuale e concreto, ma possono condurre a privilegiare pazienti più anziani rispetto a pazienti più giovani ma già gravemente debilitati.

Certo potrebbe sostenersi che, ragionando in una prospettiva generale e aggregata, decidere in base all'età dei pazienti garantisca che un saldo finale positivo in termini di vite salvate, essendo appunto innegabile il legame tra invecchiamento e decadimento funzionale. Un ipotetico argomento del genere, senz'altro suggestivo, si esporrebbe però alla replica che il risultato a cui esso intende giungere potrebbe essere ancora migliore se la valutazione potesse essere condotta caso per caso, in modo da prestare le cure al paziente che di volta in volta – indipendentemente dall'età – presenta le migliori *chance* di sopravvivenza.

Queste osservazioni dovrebbero convincere del fatto che l'adozione di un criterio esclusivamente anagrafico presenta profili di irragionevolezza.

Altro è dire, però – come viene chiarito definitivamente nel documento del 2021 –, che «l'età deve essere considerata nel contesto della valutazione globale della persona malata e non sulla base di *cut-off* precedenti»⁹⁰.

In questi termini, la rilevanza del dato anagrafico sembra del tutto razionale ed eticamente accettabile⁹¹. Come illustrato nello stesso documento, è coerente con un approccio medico-scientifico e con l'obiettivo di massimizzare l'utilità clinica delle cure tenere conto, a parità di altri elementi, dell'età del paziente, in quanto fattore indicativo, su base statistica e in ottica prognostica, di un grado diverso di risposta alle cure, di tolleranza dei trattamenti invasivi pratici in terapia intensiva e di capacità di recupero in caso di eventuale dimissione.

D'altra parte, selezionare in base all'età non può ritenersi vietato *a priori*, ma solo nella misura in cui si rivela irragionevole: posto che, nelle situazioni

⁹⁰ Cfr. SIAARTI – SIMLA, cit., p. 10.

⁹¹ Il ruolo sussidiario del criterio dell'età, adeguatamente contestualizzato, è ammesso anche dal CNB, *Covid-19: la decisione medica in condizioni di carenza di risorse*, cit., p. 8.

esaminate, si tratta sempre di compiere scelte discriminatorie, niente esclude che l'età, per il suo legame con la dimensione organica della persona, possa – nei limiti indicati – rivelarsi un criterio razionalmente giustificato⁹².

4.5.5.3. Gli anni di vita salvati: un criterio dalla *ratio* incerta con un ruolo sussidiario.

Un altro criterio discutibile contemplato nelle raccomandazioni del 2020, che vi attribuivano funzione sussidiaria rispetto alla "probabilità di sopravvivenza" (su cui v. *infra*) è quello relativo al "numero di anni di vita salvata".

Il primo rilievo critico che può essere avanzato è che per questa via si finisce per riproporre in modo surrettizio il criterio appena scartato – quello dell'età –, vista l'esistenza di un legame necessario tra gli anni di vita futura attesi e gli anni già vissuti: in termini pratici il risultato non è diverso, perché chi è più giovane ha più tempo da vivere e verrebbe sempre preferito a chi è più anziano; a parità di età, si è pure osservato, dovrebbero essere preferite sempre le donne, dato che statisticamente vivono più a lungo degli uomini.

Non è tuttavia impensabile proporre un correttivo⁹³, stimando la vita salvata non già in base al raffronto tra età anagrafica e durata media della vita, bensì valutando di volta in volta quale sia l'effettiva aspettativa di vita delle persone coinvolte, alla luce di un giudizio complessivo sulle condizioni di salute di ciascuna: in tal modo l'età tornerebbe a giocare il ruolo di mero indice sintomatico, da leggere in chiave sinottica con una pluralità di elementi dal valore pari o superiore (come, in particolare, l'esistenza di patologie pregresse), capaci di rivelare il numero di anni vita salvata nel singolo caso concreto. Si può facilmente intuire, peraltro, come, aderendo a questa pur condivisibile interpretazione, il criterio in esame presenterà un'utilità pratica assai ridotta, di

⁹² Per una difesa di criterio dell'età, inteso nel senso di cui nel testo, cfr. BERNARDINI M.G., *Una questione di interpretazione?*, cit., p. 151 ss. Esclude, a tali condizioni, «una discriminazione in danno degli anziani, costituzionalmente vietata» ZAGREBELSKY G., *Se la legge indica chi va curato prima*, in *La Stampa*, 2 gennaio 2022, p. 2.

⁹³ Cfr. DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 15-16.

fatto operando solo nelle ipotesi “facili”, quando ricorre una manifesta sproporzione tra le aspettative di vita dei pazienti considerati⁹⁴.

A questo punto, però, l’attenzione si sposta condivisibilmente su un diverso interrogativo, attinente al fondamento e alla giustificabilità intrinseca di questo criterio: «perché salvare più anni di vita dovrebbe creare maggior valore rispetto a una situazione in cui se ne salvano meno?»⁹⁵.

La domanda può ricevere risposte diverse a seconda della prospettiva prescelta.

Per chi si oppone a una impostazione utilitaristica, il criterio dovrebbe naturalmente risultare in radice inaccettabile, dal momento che esso stabilisce una gerarchia tra vite umane pesando ciascuna come un mero “contenitore di anni”, sul presupposto che quanto più alta è l’aspettativa di vita tanto maggiore è l’utilità che si potrà trarre dalla persona e dunque il suo valore.

A coloro che non escludono la legittimità di un approccio utilitaristico ai casi di *triage* (senza potersi soffermare sugli argomenti a sostegno di questa visione), il quesito impone una riflessione più articolata, che investe il problema – quantomai complesso – di definire in cosa consista, in ultima analisi, quella “utilità” a cui i criteri clinici risultano preordinati.

Se l’obiettivo perseguito è la migliore allocazione possibile delle risorse in vista della tutela migliore possibile del bene vita, il criterio in esame acquista una sua razionalità: dando priorità ai pazienti da cui ci si attende una più alta aspettativa di vita dopo la guarigione, si ottiene il risultato di salvare una maggiore quantità di *vita*, senza che ciò sottenda alcun giudizio sul diverso “valore” delle singole vite salvate e sacrificate.

Lo stesso obiettivo – l’efficiente allocazione delle risorse scarse –, tuttavia, potrebbe essere declinato diversamente, se si assume quale principio guida quello di salvare una maggiore quantità di *vite*: ossia, come dichiarato nel documento della Siaarti del 2021, «garantire i trattamenti di supporto vitale al maggior numero possibile di pazienti che ne possano avere benefici»⁹⁶.

In quest’ottica, invece, la congruità del criterio in esame pare indebolita,

⁹⁴ Cfr. BERNARDINI M.G., *Una questione di interpretazione?*, cit., p. 152, nt. 44.

⁹⁵ DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 16.

⁹⁶ SIAARTI – SIMLA, cit., p. 10.

perché, ancora una volta, è solo «indirettamente e sulla base di un'approssimazione statistica»⁹⁷ che l'aspettativa di vita residua – e, dunque, l'età – si correla alla beneficialità del trattamento; parimenti occasionale è il nesso con i fattori – tra cui, ad esempio, la quantità di cure necessarie – che incidono sulla possibilità di aumentare il numero di persone salvate a parità di risorse disponibili. In altri termini, se ciò che conta è il numero di vite salvate, sarebbe più coerente elaborare criteri diversi, in grado di dare rilevanza al tempo che ciascun paziente dovrà trascorrere in terapia intensiva (così da consentire la più alta rotazione possibile) o, più in generale, alla quantità di risorse che sarà necessario consumare per ottenere la guarigione.

Quanto detto non esclude, tuttavia, che il criterio dell'aspettativa di vita possa conservare una sua legittimità, purché, come originariamente previsto, in funzione sussidiaria: a parità di altri elementi – probabilità di sopravvivenza e, volendo, durata delle cure – non sembra irragionevole che sia data preferenza alla persona che, una volta guarita, ha davanti a sé il maggior numero di anni, a prescindere dagli anni già vissuti e sulla base di una valutazione in concreto da svolgersi necessariamente *ex ante* (sicché non può rilevare la possibilità teorica che quegli anni di vita attesa poi non si trasformino in anni di vita vissuta, per la morte prematura del paziente dovuta a cause imprevedibili al momento della decisione medica). Così ragionando, a parità di numero di vite salvate, sarebbe massimizzata la quantità di vite salvate.

4.5.5.4. Le probabilità di sopravvivenza. Alcuni spunti problematici in ottica utilitaristica.

Il criterio più diffuso tra gli operatori sanitari e che riscuote le maggiori adesioni anche nell'ambito della riflessione bioetica è quello che guarda al confronto tra le probabilità di sopravvivenza dei pazienti⁹⁸: oltre a essere largamente applicato in sede di *triage* per l'accesso alla terapia intensiva, è in

⁹⁷ DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 17.

⁹⁸ Cfr. CNB, *Covid-19*, cit., p. 8; SIAARTI – SIMLA, cit., p. 10.

definitiva il criterio ritenuto decisivo anche nei casi delle gemelle siamesi⁹⁹.

Spesso presentato come autoevidente e non motivato, poggia realtà su un fondamento molto solido, com'è facilmente intuibile pensando al modo in cui abbiamo formalizzato le situazioni di conflitto di doveri. Posto che in queste ipotesi non è possibile adempiere a entrambi gli obblighi di tutela, la scelta razionalmente più corretta sembra quella di porre in essere la condotta che, alla luce delle risorse disponibili e di tutte le circostanze del caso concreto, offra le maggiori *chance* di adempiere ad *almeno uno* di tali obblighi e dunque di salvare almeno uno dei beni in gioco¹⁰⁰.

Tale valutazione, come ovvio, è fortemente dipendente dal contesto, dal bene protetto e dal tipo di condotta dovuta. Quando è in gioco la vita umana minacciata da una patologia, il criterio si declina pertanto come rinvio a una serie di valutazioni cliniche ad ampio spettro, che investono lo stato di salute del paziente e le conseguenze – in termini di beneficio terapeutico ma anche di effetti collaterali – che i trattamenti potranno avere sull'organismo.

L'apparente semplicità di questo criterio, che lo rende quasi incontrovertibile, non impedisce però di mettere in luce alcuni profili problematici.

In primo luogo, potrebbe suscitare dei dubbi una lettura che ritenesse di attribuirvi assoluta prevalenza rispetto ad alcuni dei criteri già esaminati. A rigore, infatti, la proprietà dovrebbe essere assegnata in base alle probabilità di efficacia del trattamento a prescindere dall'aspettativa di vita del paziente, così portando a dare precedenza a un paziente molto anziano in ipotesi più facilmente guaribile rispetto a un paziente giovane le cui *chance* di sopravvivenza, per l'aggressività della malattia, sono assai minori; ciò anche quando, per l'età raggiunta o per altre patologie concorrenti (che non pongono un immediato pericolo di vita), è prevedibile che il paziente anziano possa morire comunque di lì a breve.

⁹⁹ Cfr. il parere del Comitato di Bioetica dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna dell'11 luglio 2011, riportato in Canestrari S. (a cura di), *Bioetica e diritto penale*, cit., p. 228, dove si evidenziano le «apprezzabili possibilità di un esito salvifico per uno dei due neonati».

¹⁰⁰ Un ragionamento per certi aspetti simile, seppure non inquadrato nelle categorie del conflitto di doveri, può scorgersi in DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva*, cit., p. 21, nt. 28, il quale, non accontentandosi della consueta autoevidenza con cui viene presentato tale criterio, ne ravvisa il fondamento nell'idea che, «se le risorse sono scarse, non dobbiamo sprecarle, e perché non siano sprecate occorre indirizzarle verso chi ha maggiori *chance* di cavarsela».

È probabilmente per evitare risultati del genere, percepiti come indesiderabili, che il documento della Siaarti del 2021 introduce nel criterio delle *chance* di sopravvivenza un primo fattore di flessibilità, imponendo di verificare anche che il paziente abbia una «ragionevole aspettativa di vita al di fuori della terapia intensiva», indicata in almeno «alcuni mesi»¹⁰¹ (elemento che ricorda, per molti aspetti, il "criterio causale" più volte nominato in questo lavoro e la logica ad esso sottesa). Viene così reintrodotta, di fatto, il criterio della quantità di *vita* salvata già presente nel documento del 2020.

Nella prassi, è possibile che questo correttivo sia comunque recepito implicitamente nell'ambito della valutazione globale sulle condizioni di salute del paziente (sebbene, ribadiamo, si tratti di profili concettualmente diversi) e assuma quindi un ruolo di criterio concorrente, piuttosto che sussidiario.

Un secondo aspetto meritevole di attenzione concerne i rapporti tra il giudizio di probabilità di sopravvivenza e il fine di massimizzare la quantità di vite salvate. A differenza di quanto l'intuito suggerisce, infatti, non è detto che tra questi criteri vi sia coincidenza, sicché in alcune situazioni potrebbe essere necessario scegliere quale dei due applicare. L'esempio principale, non inverosimile, riguarda la possibilità di preferire ad altri paziente un malato che versa in condizioni più gravi e la cui sopravvivenza è ritenuta meno probabile, ma che, qualora fosse guarito, potrebbe dare un contributo significativo a salvare altre vite – perché si tratta, magari, di un medico anestesista durante una pandemia da virus respiratorio, che una volta dimesso dalla terapia intensiva potrebbe rientrarvi per aiutare i colleghi a trattare futuri pazienti (criterio c.d. "*save the rescuers*")¹⁰². In uno scenario del genere i due criteri condurrebbero a conclusioni divergenti, sollevando dubbi di non poco conto. Un ragionamento che guardi al maggior numero complessivo di vite salvate può destare una prima reazione di rigetto, anche per il timore che esso sottenda una concezione che assegna *valore* diverso alla vita umana a seconda dell'utilità che è in grado di apportare; d'altra parte, però, la giustificazione razionale che

¹⁰¹ SIAARTI – SIMLA, cit., p. 10-11.

¹⁰² Nella già citata intervista rilasciata a Roberto Conti in *Giustizia insieme*, 17 maggio 2020, Philip Bobbit, ipotizzando uno scenario analogo, afferma: «preferirei salvare la persona di qualsiasi età che sta scoprendo il vaccino contro il Covid-19 rispetto a qualcuno anche molto più giovane perché, così facendo, potrei essere in grado di salvare in futuro la vita di molti uomini più giovani anziché quella solamente di uno».

ispira questo schema di decisione è la medesima che sta alla base del criterio, ampiamente accettato, della probabilità di sopravvivenza, che in questo modo, ci pare, risulta indirettamente indebolito nella sua persuasività. Un argine a quella che può essere percepita come una deriva dell'approccio utilitaristico potrebbe essere posto precisando che il criterio del maggior numero di vite salvate deve essere sempre applicato limitatamente alla situazione contingente in cui il medico è tenuto ad attivarsi, senza tenere conto delle ripercussioni future della scelta.

Osserviamo infine che il criterio del numero di vite salvate – eventualmente coordinato con quello dell'aspettativa di vita – ha sempre natura quantitativa: restano escluse valutazioni attinenti alla *qualità* della vita dei pazienti precedente e successiva al ricovero.

È opinione comune che un criterio incentrato su tale aspetto debba ritenersi incompatibile con la nostra cultura giuridica¹⁰³, ed esso del resto non trova neppure menzione nei documenti orientativi in materia¹⁰⁴.

In effetti, l'approccio valutativo pone una serie di problemi difficilmente superabili. In primo luogo, presenta una maggiore difficoltà applicativa: se non è semplice pesare probabilità di sopravvivenza e quantità di anni, ancor più difficile è stimare e confrontare qualità, per l'alto numero di variabili in gioco (sebbene siano stati proposti dei metodi formali¹⁰⁵). L'ostacolo maggiore viene solitamente individuato, però, nell'insidia che un simile criterio nasconde, in modo neppure troppo velato: il timore è che, ancora una volta, il giudizio sulla qualità della vita si trasformi in un giudizio sul valore delle persone come presupposto per decisioni da cui dipende la loro stessa sopravvivenza; senza contare che, anche a voler individuare una nozione oggettiva di "qualità della vita", finirebbero per essere sistematicamente svantaggiati i soggetti che non rispettano tale standard e che invece, per loro condizione di debolezza (si pensi

¹⁰³ Netta, per tutti, la posizione di chiusura di D'AVACK L., *CoViD-19: criteri etici*, cit., p. 374, verso la logica anglosassone compendiata nel criterio "Qaly" (*quality adjusted life years*).

¹⁰⁴ Lo sottolinea FERRARO F., *Utilitarismo e "medicina delle catastrofi"*, cit., giudicando infondate, sotto questo aspetto, le critiche rivolte al documento della Siarti del 2020 da taluni commentatori.

¹⁰⁵ Tali sono, appunto, indici econometrici come i *Qaly* o – si potrebbe ipotizzare – il criterio del c.d. punto variabile su cui è fondato, in ambito civilistico, il sistema tabellare di liquidazione del danno alla salute.

a pazienti psichiatrici o a disabili), hanno la legittima aspettativa a ricevere un *surplus* di protezione da parte dello Stato (v. *infra*).

Ci sembra che, oltre a quelle appena descritte – ampiamente condivisibili –, vi sia anche una ragione logico-giuridica per ritenere non pertinente il criterio in questione nelle situazioni considerate. Sul piano tecnico, il contenuto del dovere del medico che viene in rilievo nelle situazioni di emergenza è appunto quello di tutelare la vita del paziente in quanto tale; è vero che anche la qualità della vita è oggetto di tutela dei doveri che gravano sul professionista sanitario, ma questi si collegano a prestazioni – di assistenza, di cura in senso lato, etc. – di contenuto diverso da quella richiesta nel momento della scelta del ricovero in terapia intensiva, e che possono essere eseguite attraverso risorse almeno in parte diverse da quelle a cui si attinge per i trattamenti salvavita. È evidente, allora, che le scelte di allocazione di queste ultime non dovrebbero tenere conto di fattori che non incidono sulla distribuzione presente e futura delle medesime.

Ciò, si noti, a meno che la scelta di fine vita non sia concepita come l'occasione in cui soddisfare esigenze diverse da quella della distribuzione di una risorsa *contingentemente* limitata (i posti di terapia intensiva), ossia il risparmio di risorse *strutturalmente* scarse (le prestazioni sanitarie, in generale): ma è immediato e doveroso obiettare che una scelta del genere, sia essa compiuta dal singolo medico o dal legislatore, rappresenterebbe una palese strumentalizzazione della persona umana per fini di interesse generale, contraria a una nozione base – morale e giuridica – di dignità.

4.5.5.5. Il problema degli effetti discriminatori derivanti dall'applicazione di criteri clinici apparentemente neutrali.

Una questione che merita un approfondimento separato deriva dall'osservazione per cui le *chance* di sopravvivenza talora potrebbero rivelarsi un dato non neutrale, bensì riflettere differenze più profonde tra diversi gruppi di soggetti.

Ciò può dipendere, ad esempio, da una particolare predisposizione genetica, ma il discorso non può essere limitato a un piano strettamente medico-

clinico: esistono infatti numerosi studi che evidenziano come rispetto ad alcune patologie – tra cui, da ultimo, proprio il covid – l'appartenenza a determinate categorie si correla con una maggiore vulnerabilità individuale, a causa di fattori socio-economici e ambientali quali le condizioni di vita o il livello di assistenza sanitaria disponibile; ed emerge ulteriormente come, specie in alcuni Stati, tali categorie coincidano con minoranze (etniche ma non solo) storicamente svantaggiate¹⁰⁶. In simili ipotesi il criterio della probabilità di sopravvivenza avrebbe l'effetto iniquo di perpetuare tali disuguaglianze, magari dipendenti da fattori che formano oggetto di un divieto di discriminazione di rango costituzionale. Queste osservazioni peraltro rafforzano l'idea che i criteri c.d. clinici, nonostante si avvalgano di conoscenze scientifiche per l'accertamento dei relativi presupposti di applicazione, in realtà riflettano e concretizzino opzioni di carattere etico e politico, con implicazioni che vanno al di là del contesto medico (bisognose di una giustificazione razionale e soprattutto di legittimazione democratica, tramite un dibattito pubblico consapevole o una presa di posizione – e di responsabilità – del decisore politico).

La questione dei rapporti tra la natura apparentemente neutrale del criterio della probabilità di sopravvivenza, da un lato, e le sue potenziali applicazioni discriminatorie, dall'altro, è la chiave di lettura attraverso la quale ci sembra di poter interpretare il senso di una recente decisione della Corte costituzionale tedesca in tema di *triage* nell'emergenza covid¹⁰⁷: il problema si poneva in particolare con riferimento all'accesso alle cure di terapia intensiva delle persone disabili.

La criticità di fondo sta nel fatto che il criterio in esame – pur senza operare distinzioni in astratto tra categorie soggettive – tende ad avvantaggiare coloro che già si trovano in una posizione di forza, mentre paradossalmente indebolisce la tutela dei soggetti che invece vantano un'aspettativa a ricevere

¹⁰⁶ Un quadro di sintesi delle questioni accennate nel testo si può avere consultando i materiali contenuti nella sezione “*Health Equity Considerations and Racial and Ethnic Minority Groups*” del sito del CDC – Center for Disease Control and Prevention (agenzia degli Stati Uniti con funzioni di controllo della salute pubblica a livello federale); nel momento in cui si scrive l'ultimo aggiornamento risale al 25 gennaio 2022.

¹⁰⁷ Cfr. sentenza del 16 dicembre 2021, di cui è disponibile, sul sito ufficiale della Corte (*bundesverfassungsgericht.de*), un dettagliato comunicato stampa in lingua inglese. Per un primo commento alla decisione, ancora non valorizzata dalla dottrina italiana, cfr. ZAGREBELSKY G., *Se la legge indica chi va curato prima*, in *La Stampa*, 2 gennaio 2022, p. 21, che ne enuclea alcuni passaggi salienti.

dallo Stato una protezione maggiore a motivo della loro condizione di vulnerabilità. Perché si realizzi una ingiustificata discriminazione, ancora una volta, non è necessario che l'appartenenza a una determinata categoria sia prevista come criterio automatico di esclusione dall'accesso ai trattamenti; bisogna considerare, infatti, che nella decisione concreta alcuni fattori associati a tale condizione di vulnerabilità possono avere un effetto distorsivo sistematico nella decisione medica, vuoi per ragioni oggettive¹⁰⁸ vuoi per stereotipi e condizionamenti culturali¹⁰⁹. Questo dato di realtà e con esso il rischio di abusi non possono essere ignorati dal legislatore, cui anzi è chiesto un impegno per la tutela delle persone fragili, per la garanzia della dignità umana e per la lotta alle discriminazioni. Sulla base di motivazioni così riassumibili la Corte costituzionale tedesca – pur senza censurare il criterio della "probabilità di sopravvivenza", non oggetto di giudizio in quanto tale – ha quindi ravvisato un vuoto di disciplina normativa che il legislatore dovrà procedere a colmare.

Il cuore di queste riflessioni ci sembra riecheggiare, *mutatis mutandis*, le ragioni che hanno portato la Corte costituzionale italiana, in occasione della decisione sull'art. 580 c.p., a rigettare prospettive fondate su una «idea astratta dell'autodeterminazione».

In questo contesto potremmo parlare di una "idea astratta di giustizia distributiva": una decisione pure ispirata a criteri oggettivi e razionale presenta il rischio, in nome di un principio di uguaglianza formale, di sacrificare le esigenze sottese al principio di uguaglianza sostanziale, che invece impongono che sia offerta una tutela effettiva ai più vulnerabili¹¹⁰.

Si tratta appunto di una preoccupazione di cui lo Stato ha il dovere di farsi carico, sulla base dei principi costituzionali ma anche convenzionali: la

¹⁰⁸ Come riportato nel comunicato stampa relativo alla citata sentenza della Corte costituzionale tedesca, che le raccomandazioni delle associazioni professionali mediche «describe serious medical conditions in terms of comorbidities as well as 'frailty' as negative indications for determining the prospects of intensive care treatment»; anche il criterio delle probabilità di sopravvivenza non può ritenersi rassicurante, poiché «while this is in principle a permissible criterion, the guidelines do not make it sufficiently clear that it must be defined solely as the likelihood of surviving the acute medical episode in question».

¹⁰⁹ Come riportato nel comunicato stampa relativo alla citata sentenza della Corte costituzionale tedesca, la decisione del singolo medico può essere condizionata da «unconscious stereotyping» e «subjective elements' which entail risks of discrimination».

¹¹⁰ Sulle implicazioni del principio ugualitario come possibile modello di riferimento nelle scelte di allocazione di risorse scarse, cfr. PALAZZANI L., *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, p. 365 ss.

previsione di una disciplina in grado di salvaguardare la posizione dei disabili o di altre categorie fisicamente o socialmente svantaggiate in relazione alle decisioni mediche in sede di *triage* potrebbe essere richiesta come adempimento agli obblighi positivi di tutela della vita umana che discendono dall'art. 2 Cedu, oltre che del divieto di discriminazione di cui all'art. 14.

Le riflessioni che precedono suggeriscono allora una interessante prospettiva da cui affrontare il problema delle possibili discriminazioni nelle decisioni sui conflitti di doveri.

È appena il caso di precisare che alcuni criteri, se enunciati in via espressa, sarebbero, oltre che moralmente disapprovati, anche inammissibili sul piano giuridico, come nei casi eclatanti in cui fosse violato un divieto di discriminazione sancito dall'art. 3 Cost.

Per quanto odioso, però, questo scenario è probabilmente – e fortunatamente – confinato a esperienze storiche superate e a ipotesi di scuola, almeno nel contesto delle democrazie costituzionali.

Ben più preoccupante e degno di attenzione da parte dello studioso e del legislatore è che certi fattori, al netto delle affermazioni di principio, continuino in realtà a operare surrettiziamente come criteri di scelta – per ragioni strutturali o anche solo per motivi culturali (si faceva poco sopra l'esempio degli stereotipi) –, agendo così da moltiplicatori di vulnerabilità e disuguaglianze preesistenti.

Resta aperta la questione, tutt'altro che secondaria ma esorbitante da questo lavoro, di come la tutela possa essere garantita e concretamente congegnata: se finanziando politiche di *welfare* volte a rimuovere le condizioni strutturali di debolezza, e dunque nel contesto delle scelte tragiche "di primo grado"; oppure se occorra anche condizionare le scelte tragiche "di secondo grado", intervenendo con misure normative per incentivare o addirittura imporre nei singoli casi decisioni contrastanti con i criteri "clinici", con un obiettivo di riequilibrio delle diverse condizioni di partenza.

Interventi su entrambi i fronti non possono che essere rimessi, come chiarito dalla Corte costituzionale tedesca, alla discrezionalità del legislatore. Ci sembra importante precisare che fino ad allora, però, il peso del contrasto alle disuguaglianze non può essere fatto gravare sul decisore finale: purché il medico si attenga ai criteri tecnici condivisi nella comunità scientifica e alle

indicazioni degli organismi professionali rilevanti, e purché non realizzi scelte manifestamente discriminatorie, la responsabilità penale – conseguente a un eventuale giudizio di illiceità della condotta – non può essere uno strumento per investire di un compito "di sistema" un soggetto che rappresenta solo l'ultimo anello della lunga catena di fattori che compone il meccanismo discriminatorio.

CONCLUSIONI

La recente vicenda del quesito referendario per l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. – sostenuto da una forte adesione popolare e poi dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale – dimostra in modo eclatante le tensioni che attraversano oggi l'approccio giuridico alla materia del fine vita.

Da un lato, alla luce del numero senza precedenti di sottoscrizioni raccolte, è impossibile negare la crescita dell'aspettativa – se non della pretesa – da parte dell'opinione pubblica di vedere finalmente riconosciuto uno spazio adeguato alle istanze di autodeterminazione anche nelle decisioni sulla fase finale dell'esistenza.

Dall'altro lato, dalla decisione della Corte, ridotta alla sua essenza, si ricavano due punti fermi non facilmente conciliabili con questo fenomeno: l'autodeterminazione non è l'unico valore rilevante in materia, dovendosi garantire una tutela adeguata ad altri beni di rango costituzionale, quale in particolare il bene della vita; ciò richiede un bilanciamento tra opposti interessi che il referendum – sembrerebbe: nessun referendum – non potrebbe realizzare, e quindi le modifiche della disciplina vigente dovranno passare principalmente per un intervento legislativo.

Non dissimile, del resto, era la prospettiva dei promotori, che al di là della formulazione tecnica del quesito, sia nel nome dell'iniziativa – condotta per "l'eutanasia legale" – sia nello scopo dichiarato – la non punibilità dell'omicidio del consenziente alle stesse condizioni già previste per l'aiuto al suicidio – rivelavano il vero obiettivo: non la mera liceizzazione del fatto (quella su cui era chiamata a esprimersi la Corte), ma una sua "legalizzazione", ancorata a presupposti e procedure ben definite. Un auspicio, questo, del tutto ragionevole e probabilmente condiviso da molti.

È quindi una regolamentazione organica della materia, oggi, il vero traguardo verso cui dovrebbero convergere, trovando soddisfazione nella reciproca compensazione, le diverse esigenze in gioco.

A questo compito è chiamato il Parlamento, che tuttavia, a giudicare dal testo più recente in discussione, sembra destinato ad accontentarsi di un

intervento minimale, per certi aspetti persino riduttivo rispetto alle novità apportate dalla Corte costituzionale e in ogni caso non privo di incongruenze.

Visto un simile quadro, si rafforza l'idea che la trasformazione della normativa in materia, e soprattutto la sua evoluzione verso una disciplina organica e uno "statuto del fine vita", richieda un passaggio prodromico non più eludibile, sebbene passato in secondo piano alla luce del rapido succedersi di novità che ha caratterizzato gli ultimi anni: una riflessione profonda e distesa, in grado di offrire una visione di insieme delle problematiche in gioco, anche quelle lontane dall'attenzione mediatica; di mettere in luce la complessità dei rapporti tra il piano dei principi e delle garanzie e quello delle esigenze di tutela che sorgono dalle fattispecie concrete; in grado di proporre soluzioni razionali o quantomeno di tracciare il perimetro entro cui, a seconda dei valori e dei convincimenti etici di riferimento, potrà essere esercitata legittimamente la discrezionalità del decisore politico, cui non può che spettare l'ultima parola (e la responsabilità) per l'opzione regolatoria adottata (o non adottata).

In questa direzione si è mossa di recente la dottrina che si è impegnata nella "messa a punto" teorica delle questioni inerenti alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio, un tema ancora lungi dal potersi ritenere stabilizzato dopo lo storico intervento della Corte costituzionale.

Ed è nella medesima direzione che si è tentato di fornire un contributo con il presente lavoro, pur consapevoli di aver potuto assolvere solo in minima parte a un compito, per sua natura, non affrontabile da un unico punto di vista soggettivo né da un'unica prospettiva disciplinare.

L'approccio qui seguito ci ha portato a indagare principalmente le condizioni e i limiti che, in base alla disciplina vigente, segnano il discrimine tra liceità o di illiceità delle scelte di fine vita (o, meglio, delle condotte che vi danno attuazione), interrogandoci sulla loro portata e sui fattori che costituiscono la ragione giustificativa.

Per molti di tali interrogativi non è possibile giungere a una risposta definitiva, ma ci sembra che il portato della ricerca consista proprio nell'aver individuato i principali tra questi fattori e nell'averne messo in luce, da un lato, la pluralità e l'eterogeneità, e, dall'altro, la varietà delle possibili combinazioni.

Quando al primo aspetto, i fattori e i criteri in gioco possono essere

considerati almeno in parte il riflesso dei quattro principi etici fondamentali nella materia del fine vita: autonomia, che trova veste giuridica nella libertà di autodeterminazione; beneficenza e non maleficenza, che da un lato impongono al medico un obbligo di tutela della vita e della salute del paziente, declinate in senso oggettivo, e dall'altro ispirano i criteri normativi, parimenti oggettivi, che guidano la scelta del rappresentante in relazione ai soggetti incapaci; giustizia distributiva, alla base della necessità di riconoscere la liceità delle decisioni assunte in situazioni di conflitto di doveri, specie a causa della scarsità delle risorse disponibili. Questi fattori, peraltro, non ci sembrano esclusivi: possiamo menzionare, in aggiunta, la finalità di tutela della vita contro scelte autodistruttive "non meditate", che costituisce oggetto di un preciso obbligo dello Stato; o ancora il criterio causale e la rilevanza della distinzione tra condotta attiva e omissiva, che pure abbiamo incontrato più volte quale plausibile spiegazione di alcune opzioni normative nonché di alcuni atteggiamenti interpretativi.

Quanto al secondo aspetto, è emerso come spesso a configurare un determinato assetto normativo concorrano, secondo la lettura preferibile, più fattori o criteri – con l'interessante particolarità che essi di volta in volta operano con diversa intensità o in diversa direzione. La disciplina di risulta è così il frutto di modulazioni variabili a seconda delle fattispecie in rilievo.

Si è visto, anzitutto, che laddove è possibile una manifestazione di autodeterminazione gli altri criteri assumono un ruolo perlopiù secondario, sia pure con significative differenze a seconda della struttura della fattispecie: nel caso del rifiuto di cure i (pochi) limiti previsti sono giustificabili interamente con la finalità di garantire una corretta formazione e manifestazione della volontà dell'interessato; nel caso dell'aiuto a morire sono previste condizioni assai più stringenti per la liceità del fatto, che – come si è cercato di evidenziare – solo in parte possono spiegarsi alla luce dell'esigenza di tutelare l'autodeterminazione stessa (come richiederebbe un approccio antipaternalistico forte), ma risentono della necessità di bilanciare le istanze di libertà con la finalità di protezione del bene vita. Tuttavia abbiamo messo in luce come, anche tenendo conto di questo contro-interesse, il bilanciamento realizzato nell'ambito della clausola di "non punibilità" dell'art. 580 richieda elementi giustificativi ulteriori non semplici da individuare, il che espone il

punto di equilibrio attuale a serie censure di ragionevolezza. Analoga conclusione vale evidentemente anche per l'incriminazione dell'omicidio del consenziente, di cui è diventato assai difficile giustificare l'assolutezza, non sembrando bastevole invocare il criterio causale per riconoscere a quei fatti un'area di liceità diversa da quelli di cui beneficia, in un dato momento, l'aiuto al suicidio.

Un simile quadro rende oggi ineludibile la domanda sul perché, ipotizzando lo stesso grado di capacità di prendere decisioni libere e consapevoli, l'autodeterminazione incontri limiti così sproporzionati a seconda che la persona chieda l'interruzione dei trattamenti o un aiuto a morire: è interessante osservare come anche questo aspetto della disciplina in materia possa essere spiegato evocando alcuni dei criteri in esame (in particolare, nel criterio causale e nella scarsità delle risorse sanitarie), e come – al contempo – all'esito dell'analisi sorga più di un dubbio che tali criteri siano sufficienti per giustificare in maniera coerente una simile disparità di trattamento, sul cui fondamento occorrerebbe interrogarsi ancora in chiave critica.

Una progressiva attenuazione della distanza tra la disciplina del rifiuto di cure e dell'aiuto a morire potrebbe agevolare la generalizzazione, da parte del futuro legislatore, di alcune soluzioni normative particolarmente apprezzabili contenute nella l. 219 del 2017, che a un esame ravvicinato ha mostrato di possedere tutte le caratteristiche di un modello (sia pure ancora embrionale) di regolamentazione organica dell'autodeterminazione in materia di fine vita: si pensi, in particolare, alle varie disposizioni con cui la legge si preoccupa di tutelare la corretta formazione della volontà della persona e di assicurarne l'effettività, rivelando – per parafrasare le parole impiegate dalla Corte costituzionale con riferimento a modelli disponibilisti "estremi" – una concezione tutt'altro che astratta dell'autodeterminazione della persona malata. Ferma restano l'esigenza di integrare la disciplina sul piano procedurale, riteniamo quindi che la l. 219 offra un termine di riferimento che si armonizza naturalmente con l'eventuale intento politico di dare alla materia una normativa in linea con posizioni di paternalismo debole.

Si è quindi cercato di dimostrare che indagare i criteri cui l'ordinamento dà rilevanza per regolare la materia del fine vita non significa soltanto soffermarsi sulle scelte con cui l'interessato dispone della propria esistenza e

sui limiti che si frappongono a un pieno esercizio della libertà individuale.

Vi sono numerose ipotesi in cui l'autodeterminazione non può operare, eppure si pone comunque l'esigenza di prendere decisioni sulla vita o la morte della persona – decisioni necessariamente rimesse a soggetti terzi e che dovranno fondarsi su criteri diversi dalla volontà dell'interessato.

È in queste situazioni che si apprezza più che mai quella modulazione fra criteri concorrenti cui si faceva cenno poco sopra.

Ad esempio, nei casi di pazienti incapaci, l'impossibilità di disporre di una valida manifestazione di volontà non impedisce il tentativo – senz'altro da incoraggiare, sia a livello teorico che nella prassi – di recuperare "tracce" di autodeterminazione, attraverso il richiamo al criterio decisionale della "volontà ricostruita"; ma è interessante notare come in situazioni del genere, connotate appunto da una versione affievolita dell'autodeterminazione, tendano subito a farsi più stringenti i limiti di segno eteronomo, il che può essere interpretato come un affioramento dei criteri alternativi, tra cui quello del *best interest* oggettivo e il criterio causale (che, in ipotesi, consentirebbero l'interruzione dei trattamenti in conformità alla volontà presunta solo in situazioni di irreversibilità dello stato di incoscienza).

Tali criteri emergono in modo assai più marcato, fino a occupare interamente la scena, quando l'autodeterminazione non può più essere tenuta in considerazione: vuoi per l'impossibilità di accertare una qualsiasi volontà della persona – emblematico il caso dei neonati –, vuoi per l'impossibilità di rispettare la volontà eventualmente espressa – come accade qualora le richieste di soccorso di due pazienti sono irrimediabilmente incompatibili.

Qui non ci si può che affidare a criteri di stampo oggettivo, che hanno una grande forza rivelatrice della posizione dell'ordinamento in ordine non già ai rapporti tra libertà e doverosità, bensì ai valori e agli obiettivi di fondo che dovrebbero ispirare la vita individuale e collettiva, ossia un piano di valutazioni che ordinariamente riterremo superato a seguito dell'affermazione dei principi di laicità e, appunto, autodeterminazione.

Si scorgono, dietro la scelta dell'uno o dell'altro criterio, i grandi dilemmi etici su cosa costituisca un "beneficio" per il singolo (in caso di paziente incapace) oppure sul sacrificio di quale vita costituisca il "male minore" in una prospettiva non più individuale ma comparativa e dunque, sostanzialmente,

collettiva (in caso di conflitto di doveri).

Come forse inevitabile, alla luce della irriducibilità al piano giuridico di simili problemi, la disciplina positiva in materia si dimostra incerta, affidandosi a concetti vaghi e clausole generali – come nel caso di paziente incapace –, oppure è addirittura assente – come nel caso di conflitto di doveri –, delegando *in toto* all'interprete il compito di stabilire i criteri decisionali con il solo limite dato dalla necessità di rispettare principi generalissimi come quelli di dignità della persona e di non discriminazione. È in situazioni del genere che possono essere osservati e messi alla prova criteri sussidiari all'autodeterminazione ma potenzialmente a questa complementari.

Pertanto, sebbene generalmente trascurato nel dibattito giuridico sul fine vita, il territorio di frontiera popolato dalle ipotesi di morte “non volontaria” rappresenta anche un prezioso campo di indagine alla luce degli obiettivi che ci siamo prefissati: una volta rimossa dal tappeto la volontà dell'interessato, fattori e criteri consuetamente oscurati dalla primazia della libertà di autodeterminazione o comunque evocati solo in funzione di limiti al suo esercizio diventano gli unici elementi in grado di orientare la decisione, rendendo più pressante – ma per certi aspetti anche facilitando – il compito di individuarli, di chiarirne la portata e i rapporti reciproci, di verificarne la tenuta razionale e il grado di accettabilità sociale.

Anche questo, dunque, un settore meritevole in futuro di nuovi approfondimenti ad opera degli studiosi e di attenzione da parte del legislatore che intende acquisire piena consapevolezza dei delicati equilibri sottostanti a ogni possibile opzione regolatoria in materia di fine vita.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Forum: il caso di Alfie Evans*, in *BioLaw Journal*, 2/2018, p. 5 ss.
- AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017*, in *BioLaw Journal*, 1/2018, p. 19 ss.
- AA.VV., a cura di CASONATO C., *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico plurale e consapevole*, in *BioLaw Journal*, 11 settembre 2019
- AA.VV., a cura di FORNASARI G., PICOTTI L., VINCIGUERRA S., *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova University Press, 2019
- AA.VV., a cura di MARINI F.S. – CUPELLI C., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, 2019
- AA.VV., a cura di D'ALESSANDRO G., DI GIOVINE O., *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, 2020
- AA.VV., a cura di BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Atti del seminario preventivo ferrarese Amicus curiae 2021 del 26 novembre 2021, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 gennaio 2022
- AA.VV., a cura di D'AMICO M., LIBERALI B., *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, numero monografico della *Rivista Gruppo di Pisa*, 25 gennaio 2022
- ADAMO U., *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 1 ss.
- ADAMO U., *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3/2018, p. 110 ss.
- ADAMO U., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Wolters Kluwer, 2018

- BALBI G., *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, in *Sist. pen.*, 11 febbraio 2022
- BALISTRERI, M., *Post-colonial Studies. Salviamo chi arriva prima in ospedale! Una difesa del criterio 'first come, first served'*, in *labontblog.com*, 22 luglio 2020
- BARBIERI M.C., *Stato vegetativo permanente: una sindrome 'in cerca di un nome' e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez. I civile sul caso di Eluana Englaro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 389 ss.
- BARTOLI R., *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2018, p. 97 ss.
- BARTOLI R., *Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona*, in *disCrimen*, 20 giugno 2019
- BARTOLI R., *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 11/2021, p. 5 ss.
- BATTARINO G., *L'iniziativa referendaria sull'art. 579 del codice penale: gli scenari possibili*, in *Questione giustizia*, 1 settembre 2021
- BATTISTI D., MARELLI L., PICOZZI M., REICHLIN M., SANCHINI V., *L'allocazione delle risorse sanitarie durante la pandemia da Covid-19: un'analisi comparativa dei documenti della SIAARTI e del CNB*, in *Notizie di Politeia*, 141, 2021, p. 25 ss.
- BERNARDINI M.G., *Una questione di interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base età ed emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 3/2020, p. 141 ss.
- BERNARDONI P., *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2020
- BERTELLONI P., *La libertà terapeutica del paziente incapace di intendere e di volere: i poteri dell'amministratore di sostegno e i limiti del dovere di cura del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2021, p. 231 ss.
- BERTOLINO M., *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. disc. pen.*, UTET, XIV, 1999, p. 113

- BISACCI M.C., *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*, in *Cass. pen.*, 3/1999, p. 871 ss.
- BISCEGLIA F.P., *Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2019
- BOBBIT R., *Tragic choices, 42 anni dopo*, Intervista rilasciata a Roberto Conti, in *Giustizia insieme*, 17 maggio 2020
- BORSELLINO P., *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Raffaello Cortina Editore, II ed., 2018
- BORSELLINO P., *"Biotestamento": i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2018, p. 789 ss.
- BORSELLINO P., *La l. n. 219/2017 a un anno dall'approvazione e in nuovi scenari aperti dall'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018*, in *Notizie di Politeia*, 133, 2019, p. 84 ss.
- BORSELLINO P., *La sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019: verso un diritto che garantisce la dignità di ogni individuo sino alla fine della vita*, in *Bioetica*, 1/2020, p. 30 ss.
- BORSELLINO P., *Covid-19: quali criteri per l'accesso alle cure e la limitazione terapeutica in campo sanitario?*, in *Notizie di Politeia*, 138, 2020, p. 5 ss.
- BORSELLINO P., *Il dibattito e le innovazioni normative sul fine vita attraverso la lente della dicotomia indisponibilità/disponibilità della vita nella riflessione di Giovanni Fornero*, in *Notizie di Politeia*, 140, 2020, p. 133 ss.
- BORSELLINO P., *Il referendum sull'art. 579 c.p. e l'aiuto attivo a morire. Una "contestualizzazione" necessaria*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 gennaio 2022
- BOTTO M., *Liberi di scegliere. Recensione all'opera di Giovanni Fornero "Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria"*, in *scienzaefilosofia.com*, 2021
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Clinically-assisted nutrition and hydration (CANH) and adults who lack the capacity to consent. Guidance for decision-making in England and Wales*, 2018
- CACACE S., *A proposito di scienza e diritto: il «caso Stamina» (ma non solo). Libera*

- scelta della cura e tutela della salute: là dove il dovere del medico s'arresta*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2016, p. 109 ss.
- CACACE S., *Autodeterminazione in salute*, Giappichelli, 2017
- CACACE S., *Salute e autodeterminazione: da Charlie Gard a DJ Fabo, passando per i No-Vax. Scienza, diritto, diritti e libertà*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2018, p. 53 ss.
- CALETTI G.M., *Stato di necessità terapeutica. Paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2013, p. 23 ss.
- CALETTI G.M., *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema penale*, 5 maggio 2020
- CALABRESI G., BOBBIT P., *Tragic Choices*, 1987, trad. it. *Scelte tragiche*, II ed., Giuffrè, 2006
- CANALE D., *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Laterza, 2017
- CANESTRARI S., *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 751 ss.
- CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in Canestrari S., Ferrando G., Mazzoni C.M., Rodotà S., Zatti P., *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011, II, p. 1901 ss.
- CANESTRARI S., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Giappichelli, 2012
- CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, il Mulino, 2015
- CANESTRARI S., *Una buona legge buona (DDL recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2017, p. 975 ss.
- CANESTRARI S., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2018, p. 55 ss.
- CANESTRARI S., *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 19 dicembre 2018
- CANESTRARI S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 2159 ss.

- CANESTRARI S., *In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma Tre-Press, 2021, vol. II, p. 1125 ss.
- CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Bononia University Press, 2021
- CANESTRARI S., CAPRONI M.L., *Suicidio e aiuto al suicidio: diritto e psicoanalisi in dialogo*, in *disCrimen*, 27 gennaio 2021
- CANESTRARI S., FAENZA F., *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 73
- CASONATO C., *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di cassazione*, in *Quad. cost.*, 3/2008, p. 545
- CASONATO C., *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 489 ss.
- CASONATO C., *A proposito del DDL sul testamento biologico. Una legge più realista del re*, in *Rivista il Mulino*, 21 aprile 2017
- CASONATO C., *I limiti dell'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2018, p. 3 ss.
- CASONATO C., *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, tra conferme e novità*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, p. 303 ss.
- CASONATO C., *Il principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Osservatorio AIC*, 1/2022, p. 51 ss.
- COCCO G., *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ., prev.*, 3/2009, p. 485
- COCCO G., *È lecito evitare l'agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita?*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2020, p. 382 ss.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016

- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020
- CONSULICH F. – GENONI C., *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *Giur. pen. web*, 2019, 1-bis, p. 1 ss.
- CONSULICH F., *"Stat sua cuique dies". Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2019, p. 101 ss.
- CONTI R.G., *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne, 2019
- CONTI R.G. (a cura di), *Scelte tragiche e Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020
- CORNACCHIA L., *Euthanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, p. 374 ss.
- CORNACCHIA L., *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2014, p. 529 ss.
- CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 5/2008, p. 1807 ss.
- CUPELLI C., *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2009, p. 1145 ss.
- CUPELLI C., *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. pen.*, 9/2011, p. 2940 ss.
- CUPELLI C., *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *disCrimen*, 15 ottobre 2018
- CUPELLI C., *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018
- CUPELLI C., *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2019

- CUPELLI C., *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sist. pen.*, 4 dicembre 2019
- CUPELLI C., *Il caso Cappato e i nuovi confini della liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla 'doppia pronuncia' della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di assise di Milano*, in *Cass. pen.*, 4/2020, p. 1428 ss.
- D'ALOIA A., *Il diritto alla fine della vita: principi, decisioni, casi*, ESI, 2012
- D'ALOIA A., *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubb.*, UTET, Agg., Vol. V, 2012, p. 300 ss.
- D'AMICO M., *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 286 ss.
- D'ANDREA R., *La pena della vita*, in *Arch. pen.*, 9 marzo 2021
- D'ANDREA R., *I dieci insegnamenti della novella legge spagnola sull'eutanasia*, in *Leg. pen.*, 27 maggio 2021
- D'AVACK L., *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato dal Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3/2009, p. 1281 ss.
- D'AVACK L., *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in Canestrari S., Ferrando G., Mazzoni C.M., Rodotà S., Zatti P., *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011, II, p. 1917 ss.
- D'AVACK L., *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2018, p. 179 ss.
- D'AVACK L., *CoViD-19: criteri etici*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, p. 371 ss.
- DEFANTI C.A., *I trattamenti di sostegno vitale*, in Lenti L., Palermo Fabris E., Zatti P. (a cura di), *I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 581 ss.
- DE FRANCESCO G., *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con*

- 'l'altro'*, in *Leg. pen.*, 16 marzo 2020
- DEL BÒ C., *L'accesso ai posti letto in terapia intensiva*, in *Rivista il Mulino*, 11 maggio 2020
- DEL BÒ C., *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva. Uno sguardo filosofico alle Raccomandazioni Siaarti*, in *Notizie di Politeia*, 141, 2021, p. 11 ss.
- DEL CORONA L., *La nozione di accanimento terapeutico alla luce del "caso Marasco" e i problemi ancora aperti*, in *BioLaw Journal*, 1/2021, p. 267 ss.
- DI COSTANZO C., ZAGREBELSKY G., *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, p. 441 ss.
- DI GIOVINE O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, 2009
- DI GIOVINE O., *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2018, p. 913 ss.
- DI GIOVINE O., *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita*, in *Cass. pen.*, 5-6/2019, p. 1839 ss.
- DI GIOVINE O., *Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale*, in *Sist. pen.*, 25 gennaio 2022
- DI GIOVINE O., *Dilemmi morali e diritto penale*, il Mulino, 2022
- DI LELLO FINUOLI, *Libertà terapeutica e diritto all'autodeterminazione. Quali implicazioni per il diritto penale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2019, p. 7 ss.
- DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 3/2007, p. 902 ss.
- DONINI M., *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017
- DONINI M., *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2020
- DWORKIN R., *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, 1994

- EDMONDS D., *Would You Kill the Fat Man? the trolley Problem and What Your answer tells Us about Right and Wrong*, Princeton University Press, 2013, trad. it., *Uccideresti l'uomo grasso? il dilemma etico del male minore*, Raffaello Cortina Editore, 2014
- EZEKIEL J.E. E AL., *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, in *New England Journal of Medicine*, 21 maggio 2020
- EUSEBI L., *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2008, p. 1227 ss.
- EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la l. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2018, p. 415 ss.
- EUSEBI L., *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2018, p. 1313 ss.
- EUSEBI L., *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, p. 193 ss.
- EUSEBI L., *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, p. 193 ss.
- EUSEBI L., *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, 2/2020, p. 501 ss.
- FAENZA F., *Profili penali del suicidio*, in Canestrari S., Ferrando G., Mazzoni C.M., Rodotà S., Zatti P., *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011, II, p. 1801 ss.
- FALLETTI E., *Il best interest of the child tra fine vita e sperimentazione medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2017, p. 1353 ss.
- FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, Oxford University Press, 1986
- FERRARO F., *Utilitarismo e "medicina delle catastrofi"*, in *Rivista il Mulino*, 6 maggio 2020
- FIANDACA G., *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*,

- 2009, c. 227 ss.
- FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *disCrimen*, 3 febbraio 2020
- FIANDACA G., *Le questioni di fine vita tra filosofia e diritto* (Commento al volume di Giovanni Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita*), in *Notizie di Politeia*, 140, 2020, p. 126 ss.
- FIMIANI P., *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2018
- FLICK G.M., *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 7-8/2018, p. 2302 ss.
- FLORES D'ARCAIS P., *Questione di vita e di morte*, Einaudi, 2019
- FOGLIA M., *Il diritto di partecipazione dell'adolescente alle decisioni che riguardano la sua salute*, in *BioLaw Journal*, 1/2021, p. 39 ss.
- FORNASARI G., *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sist. pen.*, 11 giugno 2020
- FORNASARI G., *Ancora un passo verso l'affermazione dell'autodeterminazione alla morte: la Corte costituzionale austriaca dichiara illegittima la disposizione in tema di aiuto al suicidio. Un primo commento a caldo*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma Tre-Press, 2021, vol. II, p. 1185 ss.
- FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia attiva*, UTET, 2020
- FORNERO G., *Disponibilità della vita e diritto*, in *Notizie di Politeia*, 140, 2020, p. 146 ss.
- GARGANI A., *Jus imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2014, p. 505 ss.
- GENNARI G., *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*, in *Resp. civ. prev.*, 5/2008, p. 1119 ss.
- GENTILE G., *Il suicidio medicalmente assistito nello spazio libero dal diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2020, p. 377 ss.

- GIAIMO G., *Quello che la legge non dice. L'interruzione delle terapie di sostegno vitale in assenza di una volontà espressa dall'infermo*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, p. 123 ss.
- GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1997, p. 74 ss.
- GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, p. 377 ss.
- GIUNTA F., *L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *disCrimen*, 25 novembre 2019
- GIUNTA F., *Dal dovere di restare al diritto di andarsene. A proposito di un recente studio di Giovanni Fornero*, in *disCrimen*, 7 agosto 2020
- GOISIS L., *Riflessioni comparatistiche in tema di eutanasia e aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2019, p. 1085 ss.
- GRISTINA G.R., ORSI L., VERGANO M., *Pandemia da CoViD-19 e triage: la filosofia e il diritto talvolta guardano l'albero mentre la medicina prova a spegnere l'incendio nella foresta*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, p. 379 ss.
- JÄGER C., GRÜNDEL J., *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2020, p. 151 ss.
- LAZZERI F., *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma 'commerciale'*, in *Sist. pen.*, 28 febbraio 2020
- LAZZERI F., *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre DjFabo: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini*, in *Sist. pen.*, 14 settembre 2020
- LAZZERI F., *Dum Romae (non) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia attiva*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021
- LEO G., *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2019, p. 241 ss.

- LIBERALI B., *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, 3/2017, p. 267 ss.
- LIBERALI B., *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 giugno 2018
- LOSAPPIO G., *Fine vita e "diritto vivente" dal caso Englaro a quello Trentini*, in ID. (a cura di), *Scelte tragiche*, Quaderni del dipartimento jonico, 18/2021, Atti del III convegno "Medicina e diritto penale", Taranto, 11 dicembre 2020
- MAGRO M.B., *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, 2001
- MAGRO M.B., *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2019
- MAGRO M.B., *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del tribunale costituzionale tedesco sul § 217 STGB*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, 1/2020, p. 5 ss.
- MAGRO M.B., *Disattivazione del "supporto vitale" della persona incapace di consenso e di azione ed evoluzione giurisprudenziale sull'aiuto al suicidio*, in Losappio G. (a cura di), *Scelte tragiche*, Quaderni del dipartimento jonico, 18/2021, Atti del III convegno "Medicina e diritto penale", Taranto, 11 dicembre 2020
- MAGRO M.B., *Autodeterminazione terapeutica e autodeterminazione alla morte dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *Scritti in onore di Antonio Fiorella*, Roma Tre-Press, 2021, vol. II, p. 1271 ss.
- MALDONATO L., *L'interruzione di un trattamento salvavita in assenza di DAT: quali spazi per il consenso presunto?*, in *Giurisprudenza penale web*, 21 gennaio 2019
- MALFATTI E., *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 giugno 2019
- MANES V., *Aiuto a morire, dignità del malato, limiti dell'intervento penale*, in *Pol. dir.*, 2020, p. 41 ss.
- MANES V., RECCHIA N., *Recensione a S. Canestrari, Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, 2021, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2021, p. 921 ss.

- MANIACI G., *Esercizi di confutazione su eutanasia e suicidio assistito*, in *Ragion pratica*, 40, 2013, p. 241 ss.
- MANIACI G., *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, 1/2019, p. 262 ss.
- MANNA A., *Art. 579-580. L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio*, in Id., (a cura di), *Reati contro la persona, I, Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Giappichelli, 2007, p. 48 ss.
- MANNA A., *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca: l'influenza delle diverse "concezioni del mondo"*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino University Press, 2020, p. 801 ss.
- MANTOVANI F., *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 448 ss.
- MANTOVANI F., *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, UTET, 1990, p. 422 ss.
- MANTOVANI F., *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 57 ss.
- MANTOVANI F., *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Iustitias*, 2017, p. 123 ss.
- MASSARO A., *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018
- MASSARO A., *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*, in *Giurisprudenza penale web*, 29 settembre 2020
- MASSARO A., *Questioni di fine vita e diritto penale*, Giappichelli, 2020
- MERZAGORA I., *Malvagi e giusti. Le scelte tragiche dei medici nella storia*, Franco Angeli, 2021
- MORI M., *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Le Lettere, II ed., 2013
- MORI M., *Un'analisi bioetica dell'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Notizie di Politeia*, 133, 2019, p. 93 ss.

- MORI M., *Aspettiamo che i tempi maturino! Su Fnomceo-Siaarti circa il triage Covid e sull'analogia con 'la tranquillità regna a Varsavia'*, in *Notizie di Politeia*, 140, 2020, p. 25 ss.
- MORI M., *Il decisivo passo compiuto dalla sentenza n. 242/19 della Corte costituzionale sul suicidio medicalmente assistito per lo smantellamento dell'ippocratismo*, in *Notizie di Politeia*, 140, 2020, p. 34 ss.
- NAPPI A., *Diritto penale e malattia irreversibile: dal 'dovere di vivere' al diritto di autodeterminazione*, ESI, 2019
- NAPPI A., *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in *Leg. pen.*, 16 marzo 2020
- NAPPI A., *Vite strappate alla morte e rifiuto di dogmi: il proficuo dialogo tra scienza penalistica e giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 3/2020, p. 984 ss.
- NERI D., *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *BioLaw Journal*, 2/2017, p. 83 ss.
- ORSI L., *Il punto di vista di un medico rispetto alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2020, p. 424 ss.
- PADOVANI T., *Dovere di vivere e aiuto al suicidio: un sintagma?*, in *biodiritto.org*, 2019
- PADOVANI T., *Note in tema di suicidio e aiuto al suicidio*, in De Francesco G., Gargani A., Notaro D., Vallini A. (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (Per Francesco Palazzo)*, Atti del convegno (Pisa, 12 ottobre 2018), Giappichelli, 2019, p. 139 ss.
- PALAZZANI L., *La pandemia da Covid-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, p. 359 ss.
- PALAZZO F., *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 2020, p. 3 ss.
- PICCINNI M., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"*, in *Recenti progressi in medicina*, 111, 2020, p. 212 ss.

- PIRAS P., *L'interruzione delle terapie salvavita: il caso Nuvoli prima e dopo la l. 219 del 2017*, in *Sist. pen.*, 15 gennaio 2020
- PISU A., *Scelte terapeutiche e protezione degli interessi esistenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita*, in *Giur. pen. web*, 2019, 1-bis, p. 1 ss.
- PIZZETTI F.G., *Considerazioni a margine del "caso Piludu" fra principi costituzionali e pronunce giurisprudenziali in materia di rifiuto di trattamenti sanitari salvavita*, in *BioLaw Journal*, 1/2017, p. 219 ss.
- POGGI F. (a cura di), *Diritto e bioetica: le questioni fondamentali*, Carocci, 2013
- POGGI F., *Il caso Cappato: la Corte costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, p. 81 ss.
- POLI L., *L'ultimo diritto. Esitazioni, contraddizioni, ma anche aperture nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di fine vita*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1-bis, p. 1 ss.
- POLIPO O., *Gard c. Regno Unito: un'altra occasione persa dalla Corte EDU in materia di end-of-life decisions*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2018, p. 125 ss.
- POTENZANO R., *Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3/2019, p. 1307 ss.
- POTENZANO R., *La morte medicalmente assistita tra regolamentazioni nazionali europee e prospettive legislative italiane*, in *BioLaw Journal*, 3/2021, p. 247 ss.
- PULITANÒ D., *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2007, p. 1195
- PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8/2018, p. 57 ss.
- PULITANÒ D., *Tutela della vita e della integrità fisica*, in ID. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I. Tutela penale della persona*, III ed., Giappichelli, 2019
- PULITANÒ D., *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 19 ottobre 2021
- RAMACCI F., *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, 1991, vol. II, p. 201 ss.

- RAZZANO G., *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *BioLaw Journal*, 3/2015, p. 169 ss.
- RAZZANO G., *Il diritto di morire come diritto umano? Brevi riflessioni sul potere di individuazione del best interest, sull'aiuto alla dignità di chi ha deciso di uccidersi e sulle discriminazioni nell'ottenere la morte*, in *Arch. pen.*, 3/2018, p. 1 ss.
- RAZZANO G., *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, in *BioLaw Journal*, 2/2019, p. 95 ss.
- RAZZANO G., *Riflessioni a margine delle raccomandazioni Siaarti per l'emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, in *Rivista AIC*, 3/2020, p. 107 ss.
- RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, 2020
- RECCHIA N., *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2020, p. 63 ss.
- REICHLIN M., *L'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Cappato: osservazioni critiche*, in *Notizie di Politeia*, 133, 2019, p. 99 ss.
- REICHLIN M., SALA R., *Obiezioni di principio. I doveri del medico nei casi controversi di aborto e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Notizie di Politeia*, 135, 2019, p. 149 ss.
- RIMEDIO A., *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2021, p. 13 ss.
- RISICATO L., *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire": riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008
- RISICATO L., *Laicità, legislazione e giurisdizione penale negli ultimi trent'anni*, in *disCrimen*, 13 gennaio 2022
- RISICATO L., *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *Leg. pen.*, 16 marzo 2020
- RISICATO L., *Mors tua, vita mea. Morire con il covid per l'assenza di posti letto. Profili*

- di responsabilità del “rianimatore”*, in Losappio G. (a cura di), *Scelte tragiche*, Quaderni del dipartimento jonico, 18/2021, Atti del III convegno “Medicina e diritto penale”, Taranto, 11 dicembre 2020
- RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006
- ROMANO M., *Istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2019, p. 1793 ss.
- ROMANO M., *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2021, p. 33 ss.
- ROMANO M., *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell’inammissibilità*, in *Sist. pen.*, 25 gennaio 2022
- ROMBOLI R., sub art. 5 (*Atti di disposizione del proprio corpo*), in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli – Foro italiano, 1988, p. 225 ss.
- ROSSI N., *L’impasse del fine vita. L’aiuto a morire tra referendum e legge*, in *Questione giustizia*, 24 novembre 2021
- RUGGIERO G., *Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico. Qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, p. 155 ss.
- SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 670 ss.
- SEMINARA S., *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2007, p. 1561 ss.
- SEMINARA S., *Osservazioni penalistiche sulla sentenza del Bundesgerichtshof tedesco in tema di eutanasia passiva*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4/2010, p. 554 ss.
- SEMINARA S., *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in Canestrari S., Ferrando G., Mazzoni C.M., Rodotà S., Zatti P., *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011, I, p. 189 ss.
- SIAARTI (Società italiana di anestesia analgesia rianimazione e terapia

- intensiva), *Raccomandazioni per l'ammissione e la dimissione dalla terapia intensiva e per la limitazione dei trattamenti in terapia intensiva*, 2003
- SIAARTI (Società italiana di anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva), *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6 marzo 2020
- SIAARTI (Società italiana di anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva) – SIMLA (Società italiana di medicina legale), *Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19*, 13 gennaio 2021
- SIENA F.A., *L'aiuto a morire tra nuovi diritti e 'soccorso solidale'*, in *Arch. pen.*, 9 aprile 2021
- SILVA C., *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, p. 308 ss.
- STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1007 ss.
- STORTONI L. (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, L'Editore, 1992
- STORTONI L., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. pen.*, 3/2000, p. 477 ss.
- TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, 2008
- TORDINI CAGLI S., *Le forme dell'eutanasia*, in Canestrari S., Ferrando G., Mazzoni C.M., Rodotà S., Zatti P., *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011, II, p. 1822 ss.
- TORDINI CAGLI S., *Tutela dei soggetti vulnerabili e tutela dell'autodeterminazione: una sintesi possibile? (A margine del caso Cappato)*, in *Arch. pen.*, 18 giugno 2019
- TORDINI CAGLI S., *La disattivazione del "supporto vitale" della persona capace di consenso ma non di agire*, in Losappio G. (a cura di), *Scelte tragiche*, Quaderni del dipartimento jonico, 18/2021, Atti del III convegno "Medicina e diritto penale", Taranto, 11 dicembre 2020
- SAVULESCU J., PERSSON I., WILKINSON D., *Utilitarianism and the Pandemic*, in *Bioethics*, 34, 2020, p. 620 ss.

- TIGANO V., *Il divieto di accanimento terapeutico nella sfera del diritto penale: obblighi di garanzia del medico, autodeterminazione del paziente e rischio consentito*, in *Consulta Online*, 1/2020, p. 12 ss.
- TIGRINO A., *Il Bundesverfassungsgericht in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale. Verso un approccio realmente liberale al fine vita?*, in *Arch. pen.*, 27 dicembre 2020
- TIGRINO A., *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla ley orgánica de regulación de la eutanasia del 18 marzo 2021*, in *Leg. pen.*, 27 aprile 2021
- TRIPODINA C., *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, 2004
- TRIPODINA C., *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita (l. n. 219/2017)*, in *Quad. cost.*, 1/2018, p. 191 ss.
- TRIPODINA C., *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal*, 3/2018, p. 139 ss.
- TRIPODINA C., *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, p. 2476 ss.
- TRIPODINA C., *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, p. 217 ss.
- TRIPODINA C., *Sotto la punta dell'iceberg. In margine della lettura di Giovanni Fornero, Indisponibilità e disponibilità della vita*, in *Notizie di Politeia*, 140, 2020, p. 1128
- UBERTIS G. – VIGANÒ F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016
- VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2008, p. 59 ss.
- VALLINI A., *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2016, p. 1139 ss.

- VALLINI A., *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2019, p. 805 ss.
- VALLINI A., *Il “caso Cappato”: la Consulta autorizza e “disciplina” il suicidio assistito*, in *Giur. it.*, 5/2020, p. 1198 ss.
- VENTURI F., *Il principio dei best interests of the child nel caso Gard tra paternalismo, autonomia e indeterminatezza*, in *Federalismi.it*, 29 dicembre 2017
- VENTURI F., *Sulla responsabilità penale dei genitori per il decesso della figlia minore in caso di rifiuto della chemioterapia dovuto alla condivisione di teorie infondate sul piano scientifico*, in *Sist. pen.*, 14 aprile 2020
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000
- VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2004, p. 141 ss.
- VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, vol. IV, p. 2645
- VIGANÒ F., *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2007, p. 5 ss.
- VIGANÒ F., *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2008, p. 1034 ss.
- VIGANÒ F., *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2008, p. 1594 ss.
- VIGANÒ F., sub art. 50, in Dolcini E. – GATTA G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Wolters Kluwer, 2015, Tomo I, p. 802 ss.
- VIMERCATI B., *Oltre l'autodeterminazione. I confini del diritto nei casi Gard ed Evans*, in *Giurisprudenza penale web*, I bis, 2019, p. 1 ss.
- VINCIGUERRA S., *L'evoluzione in Italia del suicidio assistito fra storia e costituzionalità*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma Tre-Press, 2021, vol. II, p. 1457 ss.
- VITARELLI T., *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni “multilivello”*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2021, p. 1 ss.

- WILKINSON D., SAVULESCU J., *Hard lessons: learning from the Charlie Gard case*, in *Journal of Medical Ethics*, 44, 2018, p. 438 ss.
- WILKINSON D., SAVULESCU J., *Current controversies and irresolvable disagreement: the case of Vincent Lambert and the role of 'dissensus'*, in *Journal of Medical Ethics*, 45, 2019, p. 631 ss.
- ZAGREBELSKY G., *La nuova legge sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: problematiche e prospettive future*, in *Notizie di Politeia*, 133, 2019, p. 76 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Leg. pen.*, 16 marzo 2020
- ZAGREBELSKY G., *Se la legge indica chi va curato prima*, in *La Stampa*, 2 gennaio 2022
- ZAGREBELSKY G., *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, in *La Stampa*, 26 giugno 2021
- ZAGREBELSKY G., *Autodeterminazione in ordine alla fine della vita. La strada ancora da percorrere in Italia*, in *Notizie di Politeia*, 145, 2022, p. 7 ss.
- ZAMPERETTI N., BUSATTA L., *Scelte di (fine) vita: cambia il diritto, può cambiare la medicina?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2020, p. 651 ss.
- ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2018, p. 247 ss.