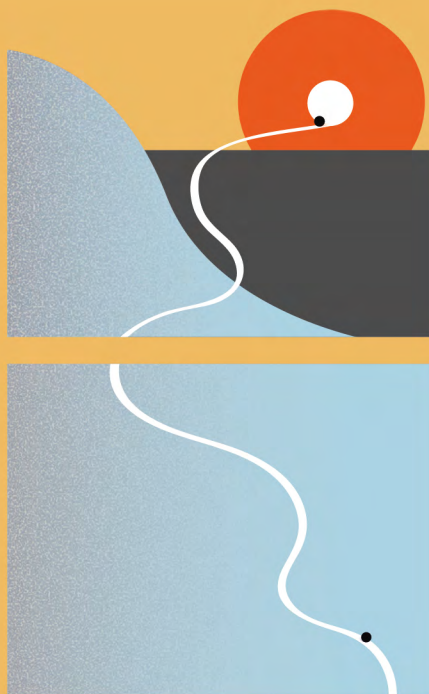


QUESTIONI DI FINE VITA



a cura di
Martina Sinisi e Nicola Posteraro

21 Collana | L'Unità del Diritto

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODOGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019
20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

QUESTIONI DI FINE VITA

ATTI DEL CONVEGNO TENUTOSI A ROMA TRE IL 29 APRILE 2019

a cura di
Martina Sinisi e Nicola Posteraro

21

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma Tre Press
2020

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma *TrE-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Turchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma *TrE-Press* ©

Roma, febbraio 2020

ISBN: 978-88-32136-94-4

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

<i>Premessa di</i> MARIA ALESSANDRA SANDULLI	7
ETTORE BATTELLI, <i>Questioni di fine vita e consenso informato</i>	11
ANTONELLA MASSARO, <i>La storia delle questioni di fine vita raccontata dalle vicende umane e giudiziarie di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro e Fabiano Antoniani</i>	41
GIOVANNA PISTORIO, <i>La riaffermazione della viva vox constitutionis nel caso Englaro. Spunti di riflessione a dieci anni dall'epilogo della vicenda</i>	63

Premessa

Nell'ambito del rapporto medico-paziente, al secondo viene riconosciuta, oggi, a pieno titolo, la dignità di soggetto capace di autodeterminarsi e di decidere in merito agli interventi diagnostici e terapeutici necessari per la sua persona. È pacifico, in quest'ottica, che il sanitario, tranne casi eccezionali, debba coinvolgerlo in tutte le decisioni che riguardino la cura del suo stato fisico e psichico, non potendo assolutamente prescindere dalla sua volontà di scelta, prima di agire su di esso: "(...) ogni potere o dovere del medico sul paziente trova in radice la sua unica ed esclusiva fonte nel consenso del paziente stesso, che rappresenta il momento focale della stessa autorizzazione legislativa dell'attività medica"¹. Si tratta del modello qualificabile come "*liberale*", incentrato sul principio di autonomia, al quale è sottesa la convinzione che la volontà degli individui adulti e capaci non possa essere compressa o annullata nemmeno quando il fine che ci si propone è quello di fare il loro bene. Il ruolo del paziente, in questo senso, "tende a diventare sempre più attivo, nella dinamica comunicativa

¹ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 201. Il principio del consenso agli interventi medici sulla propria persona costituisce il naturale corollario del più ampio principio della libertà personale. La configurazione del consenso quale elemento imprescindibile del rapporto di cura è la dimostrazione del fatto che, nell'ambito del rapporto medico-paziente, il nuovo cd. modello personalistico ha sostituito quello cd. paternalistico. In questo senso, il consenso (che deve essere, tra le altre cose, informato, per potere essere valido) "riveste natura di principio fondamentale in materia di tutela della salute in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute" (Corte cost. 23 luglio 2009, n. 253); non può essere compromesso in nessun modo, e diventa "diritto irrinunciabile" dell'individuo (Cass. civ., sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543). "Il consenso informato mira cioè a porre al centro dell'attenzione del medico non solo, o non soltanto, la malattia, ma la persona bisognosa di cure; cosicché, ai doveri di informazione del medico corrisponde oggi la figura del malato partecipe, che può considerare l'informazione come un suo diritto irrinunciabile e non più come una gentile concessione". F. GIUNTA, Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2000, 378. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel Titolo I, "Dignità", all'art. 3, rubricato "Diritto all'integrità della persona", individua nel consenso informato uno strumento di protezione dell'integrità, in ambito medico e biologico. Così pure l'art. 5 della Convenzione di Oviedo, collocato nel Capitolo II, sul consenso, prevede la necessità del consenso libero e informato della persona per procedere all'effettuazione di un intervento "nel campo della salute". Di recente, il legislatore nazionale (legge n. 219/2017) ha stabilito espressamente che "nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata (...)" (art. 1).

col terapeuta, perché solo al paziente spetta formulare quelle indicazioni concrete (di carattere economico, familiare, più in generale esistenziale) che, integrandosi con quelle strettamente scientifiche elaborate dal medico, consentono di giungere, partendo da un astratto ventaglio di opzioni (tutte di principio plausibili e legittime), ad una scelta concreta di trattamento”². Proprio in quest’ottica, viene ormai pacificamente riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per lesione del diritto all’autodeterminazione anche nel caso in cui l’intervento arbitrario (cioè non consentito, ovvero non consentito validamente)³ abbia avuto un esito fausto (e, dunque, non abbia arrecato alcun tipo di danno biologico in capo al paziente che lamenti di essere stato leso dal fatto di non avere potuto liberamente decidere se assoggettarsi all’intervento medico, oppure no)⁴.

Anche alla luce di questi punti fermi, resta tuttavia problematico il caso in cui la scelta di non sottoporsi al trattamento conduca alla morte (soprattutto quando il rifiuto sia opposto da parte di chi curi gli interessi del paziente che sia impossibilitato a pronunciarsi direttamente).

Sono tristemente noti i casi in cui la giurisprudenza nazionale, cercando di rimediare all’inerzia legislativa (il legislatore è intervenuto sul punto -e parzialmente- solo con la recente legge 22 dicembre 2017, n. 219), ha a tal proposito enunciato importanti principi in tema di autodeterminazione terapeutica. In particolare, rilevano, in quest’ottica, le vicende di Piergiorgio Welby e quella di Eluana Englaro. Vicende diverse, sì (se Piergiorgio Welby era un uomo capace di esprimere un consenso attuale, infatti, Eluana Enlaro era, invece, una giovane donna che versava in uno stato vegetativo permanente), ma purtroppo accomunate dalla necessità dei soggetti coinvolti di vedersi riconoscere il *diritto al rifiuto delle cure*.

Decidendo di questi casi, la giurisprudenza ha precisato da un lato che “il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all’art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di libertà

² Cfr. F. D’AGOSTINO e L. PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia, 2007, 15.

³ La Suprema Corte (Cass. civ., sez. III, 28 giugno 2018, n. 17022), ha ribadito che, “in tema di trattamenti sanitari vige il principio di libera determinazione del paziente quale diritto inviolabile della persona, che trova tutela nell’art. 32 Cost., a mente del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge, e nell’art. 13 Cost., che, sancendo l’invulnerabilità della libertà personale, ben ricomprende nel proprio ambito applicativo anche la libertà di decidere in ordine alla propria salute e al proprio corpo” (Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854).

⁴ Sul punto, N. POSTERARO, Il “problema” del consenso informato: dai diritti del malato alla personalizzazione del rapporto medico-paziente, in *Med. e mor.*, 2017, 371 e ss.; ID., *La responsabilità del medico nelle prime applicazioni della legge Gelli-Bianco*, Roma, 2018, 184 e ss.

di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.”⁵, dall'altro che il consenso informato ha come correlato “la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”⁶.

Si tratta di una prospettiva che fa leva sul principio personalistico della nostra Costituzione, la quale ultima “vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del “rispetto della persona umana” in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive”⁷.

È stato quindi espressamente affermato il principio per cui la salute dell'individuo non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva di trattamenti terapeutici e che il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale⁸.

La vicenda di Eluana Englaro, in particolare, ha coinvolto anche il giudice amministrativo, il quale, decidendo (sia in primo che in secondo grado) della illegittimità di un provvedimento dell'amministrazione sanitaria regionale e della richiesta di risarcimento del danno avanzata dal papà della stessa Eluana (sia iure proprio che iure hereditatis), ha precisato che “a fronte del diritto, involabile, che il paziente ha, e – nel caso di

⁵ Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049.

⁶ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁷ Ibidem.

⁸ Nel caso Englaro, in particolare, la Corte ha precisato che “chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, e poiché .. accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza “c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno. Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta” (Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748).

specie – si è visto dal giudice ordinario definitivamente riconosciuto, di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta correlativamente l’obbligo, da parte dell’amministrazione sanitaria, di attivarsi e di attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, non potendo essa contrapporre a tale diritto una propria nozione di prestazione sanitaria né subordinare il ricovero del malato alla sola accettazione delle cure”⁹ e che “non è possibile che lo Stato ammetta che alcuni suoi organi ed enti [...] ignorino le sue leggi e l’autorità dei tribunali, dopo che siano esauriti tutti i rimedi previsti dall’ordinamento, in quanto questo comporta una rottura dell’ordinamento costituzionale non altrimenti sanabile (...)”¹⁰.

Si tratta di questioni che, come dimostra la recente pronuncia della Corte costituzionale sul cd. caso Cappato¹¹, lasciano ancora aperto il dibattito giuridico e che, com’è noto, involgono vari rami del diritto: è per questo che, nell’ambito del corso di diritto sanitario di cui sono titolare, abbiamo voluto organizzare un incontro di studio che fosse atto a coinvolgere studiosi di diritto civile, penale e costituzionale.

Gli atti raccolti in questo volume costituiscono la rielaborazione delle relazioni che i Proff. Battelli, Massaro e Pistorio hanno presentato in occasione del suddetto seminario tenutosi nel mese di aprile scorso e sono aggiornate alla sentenza della Corte costituzionale (la n. 242/2019 supra citata), che, nelle more, è stata resa sulla delicata vicenda di Fabiano Antoniani.

Maria Alessandra Sandulli

⁹ Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 44600.

¹⁰ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 6 aprile 2016, n. 650, che ha condannato la Regione al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali per la decisione di impedire l’interruzione dei trattamenti di sostegno vitale. Invero, ogni decisione che è stata assunta dal giudice amministrativo sulla vicenda è ricca di temi caldi anche sul piano del diritto amministrativo sostanziale e processuale; solo nella sentenza del Consiglio di Stato n. 3058 del 2017, ad esempio, rilevano le seguenti questioni: a) la differenza tra rinuncia agli atti del giudizio e rinuncia all’azione, alla domanda; b) la natura della responsabilità della p.A. per lesione di interessi legittimi; c) la risarcibilità o meno *iure hereditatis* del danno da perdita della vita (cosiddetto *danno tanatologico*), immediatamente conseguente alle lesioni derivanti da un fatto illecito; d) la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla violazione del diritto all’autodeterminazione; e) la risarcibilità del danno derivante dalla violazione del diritto ad autodeterminarsi, laddove manchi un conseguente danno biologico.

¹¹ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242.

Ettore Battelli

Questioni di fine vita e consenso informato

SOMMARIO: 1. Il «consenso informato»: dall'elaborazione giurisprudenziale alla legge 22 dicembre 2017, n. 219 – 2. Dal consenso informato alle D.A.T – 3. Natura, condizioni di validità e caratteristiche del consenso – 4. La capacità richiesta per la validità delle D.A.T.: critica – 5. Forma, rifiuto e revoca del consenso. La pianificazione condivisa delle cure – 6. Dal modello paternalistico a quello personalistico: tra autodeterminazione e tutela della salute negli scenari di fine vita – 7. Possibili effetti collaterali dell'uso spasmodico del consenso: la disumanizzazione della medicina – 8. Conclusioni.

1. Il «consenso informato»: dall'elaborazione giurisprudenziale alla legge 22 dicembre 2017, n. 219

Nell'ordinamento giuridico italiano si è progressivamente consolidato un profondo ripensamento del rapporto medico-paziente, nel quale quest'ultimo è venuto acquisendo una posizione sempre più centrale¹.

Non può non avvertirsi come il tema - soprattutto quando si intreccia con le questioni di fine vita - risulti denso di notevoli implicazioni etiche, religiose e filosofiche, atte a condizionare i termini del discorso².

In virtù del processo di depatrimonializzazione³ e all'interpretazione

¹ Per un *excursus* storico e comparatistico sull'evoluzione del ruolo del paziente nella relazione terapeutica si veda M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI - E. FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 191 ss. e più di recente M. GRAZIADEI, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, in *Resp. Medica*, 2019, p. 39 ss.

² «La difficoltà del giurista nasce dalla consapevolezza che in questa materia qualsiasi scelta tecnica è governata a monte da una precisa scelta etica»: M. BIANCA, *Prefazione* a EAD. (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Giuffrè, Milano, 2011, p. VIII. A questo proposito può rimandarsi anche a E. GIACOBBE, «*Sul miserabile ruolo del diritto... non oltre. Non oltre*». *Ovvero itinerari della giurisprudenza normativa*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 120 ss.

³ Sul quale cfr. A. LASSO, *Centralità della questione etica e rilevanza dell'interesse non patrimoniale nella regolamentazione del mercato*, in C. MARTINEZ SICLUNA Y SEPULVEDA

ontologica e assiologica della persona umana, la “tutela della salute” deve essere bilanciata con la “libertà personale dell’individuo”, con la sua capacità di autodeterminarsi in merito alla salvaguardia della propria integrità fisica e psichica⁴.

Tale bilanciamento avviene proprio attraverso il consenso informato che, secondo il Giudice delle Leggi, assume appunto la «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello dell’autodeterminazione e quello della salute»⁵.

D’altra parte, anche per la Suprema Corte di Cassazione il consenso informato costituisce «legittimazione e fondamento» dell’intervento del medico, da reputarsi altrimenti illecito ancorché eseguito nell’astratto (o forse peggio “presunto”) interesse del paziente⁶.

L’evoluzione giurisprudenziale⁷ non ha tuttavia potuto pienamente supplire all’assenza di una disciplina organica del consenso informato⁸, del

(a cura di), *L’etica nel mercato*, Assago, Cedam, 2011, p. 115 ss.

⁴ Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, p. 14 ss., con nota di R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto “attivo” ed in quello “passivo”*, ha riconosciuto espressamente che la libertà di cui all’articolo 13 Cost. comprende anche la libertà di ciascuno di disporre del proprio corpo. Essa ha creato una stretta connessione e tra il diritto alla salute e quello alla libertà d’autodeterminazione: l’articolo 13 Cost. appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi, indefettibile nucleo essenziale dell’individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all’integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto della persona.

⁵ Così Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4945 ss., con nota di R. BALDUZZI - D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, ove si precisa anche che «se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art. 32, secondo comma, della Costituzione».

⁶ Cass. pen., SS.UU., 18 dicembre 2008-21 gennaio 2009, n. 2437, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 5, con nota di S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*; Cass. civ., III, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1243 ss., con nota di S. MEANI, *Sul danno risarcibile in caso di mancato consenso all’intervento eseguito correttamente*.

⁷ Sulla quale v. anche C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 545 ss.

⁸ Sul tema del consenso informato si veda B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all’autodeterminazione terapeutica*, Giuffrè, Milano, 2014; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto*

rifiuto e della rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari, che è stata a lungo fortemente reclamata⁹.

Questo vuoto normativo è stato infine colmato con la legge n. 219 del 22 dicembre 2017, recante «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»¹⁰, la quale si propone di offrire un quadro coerente e completo dell'intera relazione di cura¹¹: dai suoi fondamenti al consenso informato, dal rifiuto di cure all'interruzione dei trattamenti, per concludere con le Disposizioni Anticipate di Trattamento (c.d. D.A.T.)¹².

Queste ultime interessano peraltro precipuamente il civilista, costituendo la manifestazione forse più importante dell'autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale¹³.

La legge 219/2017 esordisce affermando solennemente che essa «nel

europeo e Costituzione, in *Pol. dir.*, 2012, p. 3 ss.; G. CASCIARO - P. SANTESE, *Il consenso informato*, Giuffrè, Milano, 2012; G. TOSCANO, *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2006; A. DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 1 ss.; F. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004; A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, R. Cortina, Milano, 1996.

⁹ *Ex multis*, G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 803 denuncia che solo «con un significativo ritardo rispetto a quanto già maturato nel *sentiment* sociale e acquisito dal diritto “vivente” così come recepito e tradotto da almeno due lustri da importanti arresti delle supreme magistrature costituzionale e di legittimità», «il legislatore è intervenuto a regolare un tassello importante delle complesse e delicate vicende che si pongono riguardo al “chi, come e quando” delle scelte terapeutiche da compiere “verso la fine della vita”»; S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una “buona legge buona”*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 301, sottolinea come la legge fosse «attesa da decenni».

¹⁰ Essa si colloca nell'ambito delle coordinate della proposta di legge redatta da un gruppo di studiosi ed esperti coordinato dal Prof. Paolo Zatti: cfr. in particolare *Prova di testo normativo sulla relazione di cura*, consultabile all'indirizzo <https://undirittogentile.wordpress.com>.

¹¹ L. D'AVACK (*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*, 2018, p. 179 ss.) ricorda come «prima di questa normativa non esisteva alcuna disposizione vigente nell'ordinamento italiano in merito al rapporto paziente/medico per ciò che concerne l'alleanza terapeutica e la possibilità del primo di rifiutare o di chiedere al secondo l'interruzione di un trattamento sanitario, anche “salva vita”».

¹² P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa*, in *BioLaw J. – Riv. BioDir.*, 2017, p. 185 ss., spec. 187.

¹³ Così testualmente L.E. PERRIELLO, *Prime note a margine della legge sulle disposizioni anticipate, con uno sguardo alla Spagna*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, ESI, Napoli, 2019, p. 994.

rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (così l'art. 1, co. 1).

Il richiamo esplicito ai principi costituzionali e a quelli eurounitari di riferimento¹⁴ individua una pluralità di diritti fondamentali che riconoscono la massima ampiezza dell'autodeterminazione terapeutica fino al diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contrari alla propria volontà¹⁵.

Nell'ambito dei principi costituzionali, il consenso informato costituisce espressione eminente del principio di inviolabilità della libertà umana di cui all'art. 13 Cost., da cui discende il diritto di autodeterminazione rispetto al proprio corpo.

Il consenso informato, quindi, ed è questo, dal punto del civilista, il cuore della questione, lungi dal rilevare solo come problema di tecnica giuridica e di collocazione dogmatica (presupposto di liceità, causa di esclusione della tipicità, causa di giustificazione) costituisce espressione primaria della tutela dell'autonomia privata¹⁶.

Il consenso informato rappresenta infatti il presidio della libertà della persona e prima ancora della dimensione "corporea individuale" da qualsivoglia forma di prevaricazione e violenza non voluta dal paziente¹⁷.

Il tema del consenso informato rimanda essenzialmente alle modalità di relazione tra professionista e destinatario della prestazione, in particolare tra medico e paziente, tal per cui qualsiasi intervento di diagnosi, terapia,

¹⁴ Precedentemente, il principio del consenso informato aveva trovato una sua esplicita consacrazione già nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997, il cui art. 5 statuisce che «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

¹⁵ S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁶ In termini S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 302.

¹⁷ L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, pt. 2, p. 759 ss. Ulteriori spunti in R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 947 ss.

prognosi (o sperimentazione) può essere praticato soltanto in virtù di una «autorizzazione» da parte del soggetto su cui ricade l'intervento¹⁸.

Nell'ambito del comma 2 dell'art. 1, il consenso informato assume, poi, rilievo come strumento necessario per produrre interazioni di tipo cooperativo – nelle quali s'incontrano «l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» – al fine di promuovere e valorizzare la “relazione di cura e di fiducia” tra paziente e medico¹⁹.

Il comma 3 dell'art. 1 pone l'accento su un'informazione esaustiva e comprensibile, assumendo rilievo il diritto del paziente ad avere piena contezza dei termini in cui la relazione con il sanitario è orientata alla ricerca della migliore opzione terapeutica a favore della sua salute.

In tal senso, si evidenzia come la funzione del consenso informato sia quella di costituire una garanzia che la relazione terapeutica, quantunque asimmetrica, si mantenga il più possibile umana, personale ed empatica²⁰, a fronte della progressiva tecnologizzazione della medicina e degli esiti di “spersonalizzazione” che questa può comportare.

Il comma 4 declina il consenso informato, sotto i profili giuridici della forma, acquisizione e documentazione.

In coerenza con il principio del consenso informato come legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, il comma 6 afferma che: «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale»²¹.

¹⁸ S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (ddl recante «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 975 ss.

¹⁹ Lo stesso Cons. di Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 72 ss., ha affermato che: «La cura non è più (...) un principio autoritativo, un'entità astratta, oggettivata, misteriosa o sacra, calata o imposta dall'alto o dall'esterno (...), ma si declina e si struttura, ma si declina e si struttura secondo un fondamentale *principium individuationis* che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente». Sul punto M. GRAZIADEI, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit., p. 41, difatti, evidenzia proprio che: «La cura non è imposta dall'alto, è orientata ai bisogni del paziente e alle sue scelte di vita». Cfr. altresì L. D'AVACK, *Verso un anti destino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009, cap. v.

²⁰ M. FASAN, *Consenso informato e rapporto di cura: una nuova centralità per il paziente alla luce della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-BIS - “*Questioni di fine vita*”, p. 96 s.

²¹ Si tratta di «Una precisazione che è stata necessaria, anche in considerazione di quanto era avvenuto in occasione del noto caso Welby che aveva visto il dott. Riccio rinviato a giudizio dalla Procura di Roma per il reato di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.)

Il legislatore ha così sancito in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico – necessaria per dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di un trattamento sanitario²².

Sempre al comma 6 dell'art. 1 si è inteso ribadire l'ovvietà di un assunto, con una formulazione non felice che equipara legge e fonti deontologiche²³: a fronte di richieste, da parte del paziente, di trattamenti sanitari contrari alla legge, alla deontologia, alle buone pratiche clinico-assistenziali, «il medico non ha obblighi professionali».

Il comma 7 riguarda l'urgenza e prevede che: «Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'*équipe* sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue

per avere accolto il desiderata del paziente di staccarlo dalle macchine che lo tenevano in vita. E in quel caso non va sottovalutato che la sentenza del Tribunale penale di Roma, che ebbe ad assolvere il dott. Riccio, riconobbe che l'imputato aveva posto in essere una condotta causativa della morte del paziente, ma che era possibile ravvisare l'esimente dell'adempimento di un dovere ai sensi dell'art. 51 c.p., dato che, a seguito del rapporto instauratosi tra paziente e medico, non può il secondo non tenere conto della volontà del primo che si avvale dell'art. 32, comma 2, Cost. che deve, comunque, prevalere nel possibile contrasto con l'art. 579 c.p. In sostanza per il GUP l'esercizio del diritto di cui all'art. 32, co. 2, Cost. da parte del titolare ha, per espressa e insuperabile previsione costituzionale, come suo unico limite quello specificatamente contemplato da una norma di legge. «Pertanto — scrive il GUP — la norma costituzionale, ponendo una stretta riserva di legge all'individuazione dei limiti da apporre al libero dispiegarsi del diritto di autodeterminazione in materia sanitaria, ha tracciato espressamente una unica strada entro la quale solo il legislatore ordinario potrà bilanciare i diritti e i diversi interessi in gioco, dettando le regole necessarie ed i confini al libero esercizio delle facoltà riconosciute alla persona».» (così L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 186).

²² Sul punto, S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1901 ss. e *ivi* l'analisi della giurisprudenza, in particolare delle motivazioni della sentenza di proscioglimento del 23 luglio 2007 del G.U.P. del Tribunale di Roma nel caso Welby. Per l'enunciazione dei principi di biodiritto penale della fine della vita umana e i necessari riferimenti alla letteratura civilistica, costituzionalistica e penalistica, v. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 63 ss. Si veda altresì C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2017.

²³ Il comma 6 potrebbe indurre a considerare, se non correttamente inteso, che la fonte deontologica sia equiparabile alla legge, se non addirittura prevalente. Sul punto v. G.R. CRISTINA, *Considerazioni in merito ai commi 5, 6 e 7 dell'art. 1 della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, p. 29 s.

condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla».

In effetti, rifuggendo da una visione anche solo sottilmente paternalistica, l'art. 1 cerca di sottrarre il paziente ai rischi:

- a) di deresponsabilizzazione da parte dei medici, di medicina difensiva e burocratizzata (da formulario)
- b) o, ancor peggio, di sovraccarico decisionale e responsabilizzante del paziente stesso
- c) se non di vero e proprio abbandono terapeutico²⁴.

2. Dal consenso informato alle D.A.T

È frequente l'affermazione che le disposizioni anticipate²⁵ costituiscano

²⁴ Al divieto dell'abbandono terapeutico e alle cure palliative è dedicato un periodo significativo dell'art. 1, comma 5, e il successivo art. 2. Al comma 5 dell'art. 1 si afferma: «Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». L'obiettivo lodevole è quello di scongiurare il rischio che il diritto al rifiuto di cure si traduca in potenziale veicolo di condotte di "abbandono terapeutico". In particolare, è necessario ribadire con forza che il sanitario, nell'ambito della relazione di cura, non deve limitarsi a registrare passivamente – con supina acquiescenza – la volontà del paziente. Come ha avuto modo di sottolineare il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere *Informazione e consenso all'atto medico*, «In caso di malattie importanti e di procedimenti terapeutici e diagnostici prolungati, il rapporto curante-paziente non può essere limitato ad un unico, fugace incontro. [...] Il curante deve possedere sufficienti doti di psicologia tali da consentirgli di comprendere la personalità del paziente e la sua situazione ambientale». Si veda Parere del CNB del 20 giugno 1992, *Informazione e consenso all'atto medico*, consultabile all'indirizzo www.governo.it/bioetica/pareri.html.

²⁵ Sulle quali il dibattito era molto ampio ancor prima della legge 219/2017: cfr. *ex multis* D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di «testamento biologico»*. Contributo a un dibattito da rianimare, Giappichelli, Torino, 2016; L.E. PERRIELLO, *Testamento biologico e decisioni di fine vita: il caso italiano*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 91 ss.; G. COLACINO, *Autonomia privata e direttive anticipate*, Giuffrè, Milano, 2015; M. FOGLIA - S. ROSSI, voce *Testamento biologico*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. IX, UTET, Torino, 2014, p. 638 ss.; M. MANTOVANI-G. FERRANDO, *I requisiti di validità del testamento biologico*, in *Giust. pen.*, 2013, p. 117 ss.; A. BELLELLI, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 85 ss.; A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 627 ss.; A. CORDIANO, *Il disegno di legge sul testamento biologico: l'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche*, *ivi*, 2009, p. 411 ss.; M. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 257 ss.; *Id.*, *Testamento biologico, autodeterminazione e responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2008, 7, p. 581 ss.; M. SESTA,

l'«approdo logico»²⁶ della valorizzazione del consenso informato, nella variante “ora per allora”²⁷.

A fronte di un trattamento medico immediato o prossimo il consenso presenta il carattere dell'effettiva attualità, in quanto è possibile e doveroso un previo contatto dialogico fra medico e paziente.

Può però accadere (come l'esperienza purtroppo quotidianamente dimostra) che la necessità di un trattamento insorga in un momento nel quale il paziente non è in grado di acconsentirvi: ecco allora che possono soccorrere le disposizioni anticipate, esprimendo un consenso che avrà efficacia in un tempo futuro.

La collocazione delle D.A.T. nella cornice del consenso informato è evidente nella nuova legge, il cui art. 1 è dedicato proprio alla manifestazione e alla rilevanza giuridica di detto consenso.

Quello di cui si discorre non è un semplice consenso, non a caso è detto «informato»²⁸.

L'art. 4, comma 1, della legge, nel prevedere che l'autore delle D.A.T. possa esprimere la propria volontà «dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte» conferma l'opzione ermeneutica.

La valorizzazione del consenso informato ridefinisce il rapporto medico-

Riflessioni sul testamento biologico, in *Fam. dir.*, 2008, p. 407 ss.; L. BALESTRA, *Il testamento biologico nell'evoluzione del rapporto medico-paziente*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 102 ss.; D. MALTESE, *Il “testamento biologico”*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 525 ss.; G. SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, p. 196 ss.; e tra i precursori del tema P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 634 ss.

²⁶ L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 ore, Milano, 2006, p. 95. Discorre di «desarrollo de la teoría general del consentimiento informado»: J.A. SEOANE, *Derecho y planificación anticipada anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España*, in *Derecho y salud*, 2006, p. 285 ss.

²⁷ L.E. PERRIELLO, *Prime note a margine della legge sulle disposizioni anticipate, con uno sguardo alla Spagna*, cit., p. 995.

²⁸ Secondo V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 658, la prestazione del consenso «deve essere il frutto di una decisione matura e consapevole, assunta dall'interessato non, per così dire, in un solipsistico dialogo intellettuale con se medesimo, ma in seguito a un serio ed effettivo confronto con un medico competente, che, accertatane la concreta capacità, gli dia una analitica e compiuta informazione sui possibili trattamenti terapeutici e di mantenimento in vita erogabili in un data situazione, sì da consentirgli di prendere una decisione, positiva o anche negativa, ma realmente informata e maieuticamente maturata, nella logica della “alleanza terapeutica”, nell'incontro-confronto tra il sapere tecnico del medico e la libertà di autodeterminazione del paziente».

paziente in termini di “alleanza terapeutica”²⁹.

In questa concezione, è bene ricordarlo, il medico è l’unico soggetto in grado di elaborare una corretta diagnosi che sia utile al malato, assicurandosi la sua fiducia e indicandogli le scelte terapeutiche più adeguate e benefiche, che sia anche funzionale a tutelare il medico da possibili accuse a seguito della propria attività curativa³⁰.

Nell’ambito di una relazione di cura, il malato deve affidarsi alle azioni del medico, il quale decide sì nell’interesse e per il beneficio del paziente, ma senza sostituire la propria volontà a quella del paziente medesimo³¹.

L’informazione diviene, quale elemento caratterizzante il rapporto che si instaura tra il medico e il paziente, funzionale al rispetto della libertà di autodeterminazione di ogni individuo. In questa prospettiva, appare significativo quanto sancito dall’art. 6, co. 1, ultimo periodo, legge 19 febbraio 2004, n. 40 (rubricato proprio «Consenso informato»): tutte le informazioni prescritte dallo stesso comma devono essere fornite «in modo tale da garantire il formarsi di una volontà *consapevole e consapevolmente espressa*».

Si ritiene cioè che, solo attraverso una corretta comunicazione³² con il

²⁹ Un’attenta dottrina, sensibile al tema, non ha mancato di osservare che «nella relazione di cura così disegnata, il consenso non può essere che il tessuto stesso della relazione. È un peccato - nel senso di *culpa* - che il testo abbia incluso, addirittura facendone un titolo, la sciocca e deleteria formula del “consenso informato”; è un difetto, estetico, ma anche semantico, perché un’espressione raccoglie sempre un’eredità di significati e malintesi che bisognava spezzare anche sul piano del linguaggio. Per fortuna all’interprete è chiaro - o dovrebbe esserlo - che il consenso è uno stato, non un atto: come tante volte si è detto, un processo che precipita, in taluni momenti, in una concentrazione che è l’atto di consenso - o di rifiuto» (così P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 248).

³⁰ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso informato tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 5; P. DONATELLI, *Paternalismo*, in E. LECALDANO (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Laterza, Bari-Roma, 2002, p. 212.

³¹ I. RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, p. 49, ben sottolinea come il medico sia «tenuto ad arrestarsi innanzi al dissenso informato, attuale e consapevole del paziente. La libertà di disporre del proprio corpo si lega indissolubilmente alla sua inviolabilità fisica anche da parte del medico, la cui funzione di garanzia non gli consente di acquisire alcun diritto sul corpo del paziente».

³² M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., p. 219 s. sottolinea, con riflessioni meditate, l’importanza della comunicazione sia verbale sia non verbale fra medico e paziente: «La parola guarisce, perché mobilita le risorse psicofisiche destinate a sconfiggere la malattia. Anche quando non guarisce, può essere un conforto indispensabile per il malato. Per il malato, la parola è lo specchio del medico, il test della sua credibilità e la testimonianza della sua dedizione al paziente. Per il medico, la parola che viene dal paziente porta con sé informazioni essenziali ai fini della diagnosi e dell’individuazione della terapia e, se accompagnata dall’ascolto, alimenta la conoscenza del medico. È tuttavia riduttivo pensare

medico, elaborando le informazioni ricevute, il paziente è posto in grado di comprendere e quindi decidere in maniera consapevole³³.

Deve mettersi in evidenza come il “trattamento non consentito” non sia cura, ma intervento arbitrario, fatta eccezione per le ipotesi di paziente 1) incapace, 2) in stato di necessità e urgenza, 3) in assenza di D.A.T. e 4) nell'impossibilità di dialogare con i familiari o con il fiduciario.

A seguito dell'elaborazione di una specifica diagnosi, il processo di elaborazione del consenso informato può articolarsi in tre fasi distinte³⁴:

- una fase *informativa*³⁵;

che il rapporto tra il medico e il paziente sia centrato sulla comunicazione verbale. Gli aspetti non verbali della comunicazione hanno un peso enorme nella strutturazione della relazione tra il medico e il paziente, e concorrono potentemente a stabilire, o viceversa a incrinare, o a spezzare, il necessario rapporto di fiducia e di collaborazione tra il medico e il paziente».

³³ Cfr. N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, p. 6 s.

³⁴ Cfr. E. J. EMANUEL – D. WENDLER – C. GRADY, *An Ethical Framework for Biomedical Research*, in E. J. EMANUEL – C. GRADY – R. A. CROUCH – R. K. LIE – F. G. MILLER – D. WENDLER (a cura di), *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, Oxford University Press, 2008, p. 130 s. Pur riferendosi al consenso informato nell'ambito della sperimentazione clinica, la suddivisione in fasi elaborata dagli autori pare funzionale all'analisi del processo decisionale che in generale porta all'adozione del consenso informato riferito a qualsiasi atto medico.

³⁵ «Nella prima fase, il medico ha il dovere di trasmettere tutte le informazioni che possano essere utili al paziente prima, durante e dopo il trattamento, con l'obiettivo complessivo di promuoverne e garantirne il benessere. In particolare, devono essere comunicate la natura del trattamento, le modalità di esecuzione, i benefici prospettati, la probabile durata della convalescenza, i possibili rischi e le eventuali conseguenze derivanti dalla sua realizzazione. Si ritiene inoltre che fondamentali per l'adozione di una scelta consapevole non siano soltanto le informazioni che consentono al paziente se scegliere di sottoporsi alla terapia proposta, ma anche quelle concernenti il luogo e il momento di esecuzione del trattamento e le possibili alternative terapeutiche. Il medico provvede a comunicare tali elementi in modo chiaro, esaustivo, comprensibile ma soprattutto personalizzato. Le informazioni mediche devono infatti essere adeguate e coerenti al contesto sociale, culturale e economico da cui provenga l'interessato, in modo tale da renderle quanto più intelleggibili e chiare per il paziente. In questo contesto, risulta fondamentale evitare l'uso di eccessivi tecnicismi che rischierebbero di impedire al paziente di capire a pieno il significato delle comunicazioni ricevute e che potrebbero indebolire la nascita di una reale alleanza terapeutica tra medico e paziente» (così M. FASAN, *Consenso informato e rapporto di cura*, cit., p. 83 ss., spec. p. 89). Sul punto si veda F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 378; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Informazione e consenso all'atto medico*, 1992, p. 10 s., in http://bioetica.governo.it/medial1836/p10_1992_informazione-e-consenso_it.pdf. In merito all'informazione dei rischi riguardanti il trattamento sanitario proposto, si discute se debbano essere comunicati solo i rischi prevedibili o anche gli esiti anomali che potrebbero derivare dall'esecuzione

- una fase *riflessiva* o *ponderativa*;
- e infine una fase *deliberativa*.

Le tre fasi sono logicamente susseguenti l'una all'altra: solo quando si è esaurito il momento informativo può avere inizio la fase di riflessione da parte del paziente sulle informazioni che il medico gli ha trasmesso; solo dopo aver avuto la possibilità di disporre di un lasso di tempo sufficiente all'elaborazione dei dati trasmessi dal medico ed è in virtù di quelle informazioni che il paziente può quindi giungere ad una decisione consapevole.

È di tutta evidenza l'importanza di garantire un lasso di tempo congruo tra la fase informativa e quella deliberativa nella quale, con consapevolezza, venga espresso il "consenso informato"³⁶.

3. *Natura, condizioni di validità e caratteristiche del consenso*

Affinchè il consenso sia valido deve essere corredato da determinate caratteristiche.

L'atto con cui si dà il consenso è un atto giuridico volontario secondo alcuni, o un negozio giuridico secondo altri³⁷.

In realtà sembra preferibile la tesi dell'atto giuridico ma in una logica diversa e nuova che è quella della relazione di cura "consensuale" tra medico e paziente³⁸.

Esso, difatti, per certo non può essere ridotto ad un mero atto giuridico con il quale si attribuisce al destinatario un potere di agire, tantomeno

del trattamento. Per quanto riguarda lo standard da adottare nell'offerta di informazioni sanitarie si veda COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *loc. cit.* Cfr. in specie L. ORSI - F. DE BIASI - A. SEMPREBONI - L. BUSATTA - D. MAZZON, *La comunicazione della cattiva notizia in ambito sanitario: da sconosciuta a perno della relazione di cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017, p. 194 s. In giurisprudenza Cass. civ., III, 4 febbraio 2016, n. 2177, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1359 ss., sottolinea la necessità che le informazioni mediche comunicate siano comprensibili per il paziente.

³⁶ A. DIURNI - G.P. MILANO, *Il consenso informato*, in *Noos*, 2012, p. 14.

³⁷ Cfr. G. SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri Paesi*, Fisciano, Salerno, 2003, p. 140 ss. Per la classica distinzione può rimandarsi ai classici insegnamenti di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1966, p. 106 ss.; P. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1940.

³⁸ Sulla natura del consenso come «stato che perdura nell'arco della relazione di cura», si esprime chiaramente M. GRAZIADEI, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit., p. 41, sottolineando che «La consensualità non si esaurisce in un momento ma accompagna il paziente nel suo percorso di cura» (p. 39).

può ritenersi che per suo tramite il titolare (avente diritto) si spogli del diritto trasferendolo in via definitiva. Il consenso in esame è un atto che possiamo qualificare come “permesso”, ma con la peculiarità che esso deve accompagnare le fasi di cura del paziente sulla base di un rapporto terapeutico, che sia il più possibile auspicabilmente consapevole e costante.

Secondo la teoria generale del diritto civile, tuttavia, non è possibile dare il consenso riguardo ad un diritto indisponibile: si tratta allora di stabilire la linea di demarcazione tra diritto indisponibile e diritto disponibile, il che presenta talvolta dei margini di notevole complessità³⁹.

Per dare validamente il consenso occorre poi la capacità di intendere e di volere, ma non la maggiore età (soluzione invece cui accedono coloro che accolgono la tesi del negozio giuridico).

Perché si possa parlare di consenso valido legittimante il trattamento sanitario il consenso deve essere libero e spontaneo. A questo fine, pertanto, è necessario che il consenso sia corredato e preceduto, come già detto, da una puntuale informazione⁴⁰.

Tuttavia, essa è necessaria ma non da sola bastevole.

Il consenso, oltre che preceduto dall'informazione, deve essere: libero, personale⁴¹, manifesto, recettizio⁴².

Il consenso deve possedere, poi, i seguenti requisiti:

- deve essere sempre “completo” ed “effettivo”;
- deve provenire dal paziente in modo “specifico ed esplicito”;

³⁹ I. RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, cit., p. 46 s. osserva che «il modello di consenso informato accolto dalla legge è, altresì, espressione di un altro fondamentale passaggio [...] vale a dire il passaggio dalla logica dell'“indisponibilità” (o disponibilità limitata) alla logica della “libera disponibilità” del corpo. In tal senso, il consenso all'atto medico da consenso dell'avente diritto, ex art. 50 c.p., che rende lecita la lesione di un diritto indisponibile, quale quello all'integrità fisica (v. art. 5 c.c.), si è trasformato in un atto che concretizza l'esercizio di un diritto di libertà di rilevanza costituzionale, quale il diritto all'autodeterminazione».

⁴⁰ Cfr. G. IADECOLA, *Consenso del paziente e facoltà di curare*, in D. AMMIRATI (a cura di), *La responsabilità penale del medico. Il nuovo corso introdotto dalla Suprema corte*, Cedam, Padova, 2004, p. 23 ss.; E. IANNELLI, *Responsabilità del medico e consenso del paziente*, *ivi*, p. 39 ss.

⁴¹ M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., p. 221 ricorda puntualmente che la relazione tra il medico e il paziente «oggi corre unicamente tra questi soggetti. È infatti ormai assodato che l'obbligo comunicazione che grava sul medico non riguarda la famiglia del paziente, né la comunità più vasta del nucleo familiare, cui per ipotesi appartiene il paziente» e precisa che da ciò consegue che «Il requisito del consenso informato non è soddisfatto se il medico informò i familiari, o acquisì il loro consenso al trattamento, ma non quello del paziente».

⁴² N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti*, cit., p. 6.

- deve essere, nei limiti del possibile, “attuale” e “informato”, nel senso di basarsi su informazioni dettagliate fornite dal medico, sul quale, a fronte di un’eventuale allegazione di inadempimento da parte del paziente, incombe l’onere di provare di avere adempiuto tale obbligazione⁴³.

È la stessa giurisprudenza che ha avuto modo diverse volte di ribadire che l’informazione medica deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate e complete, adeguate al livello culturale del paziente, con l’adozione di un linguaggio che tenga conto del suo stato soggettivo e del bagaglio di conoscenze di cui dispone⁴⁴, non potendo bastare le indicazioni su un modulo prestampato e una firma, ma occorrendo invece un colloquio del medico con il paziente⁴⁵.

Il medico deve fornire al proprio paziente «in modo esaustivo e completo tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare»⁴⁶, in modo da porlo nelle condizioni di decidere in maniera consapevole⁴⁷ sull’opportunità di procedervi o meno.

Quando si parla di consenso informato emerge, infatti, la questione della comprensibilità dell’informazione, dell’accessibilità del linguaggio utilizzato per veicolarla, ma anche delle modalità di comunicazione⁴⁸.

L’informazione, differentemente da quanto accade in altri ambiti del diritto privato (si pensi al diritto dei consumatori) non ha la finalità di colmare le differenze conoscitive (c.d. asimmetrie informative) tecnico-

⁴³ A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 18.

⁴⁴ Cass. pen., IV, 30 settembre 2008, n. 37077, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2381, con nota di A. ROIATI, *La somministrazione di farmaci in via sperimentale tra consenso informato ed imputazione colposa dell’evento*.

⁴⁵ Cfr. *ex multis* Cass. civ., III, 20 agosto 2013, n. 19220, in *Giust. civ.*, 2013, p. 2349 ss., con nota di E. CARBONE, *Obbligo informativo del medico e qualità professionali del paziente*. V. anche A. DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., p. 19.

⁴⁶ Cfr. Cass. civ., III, 2 luglio 2010, n. 15698, in *Giust. civ.*, 2011, p. 433 ss., con nota di R.F. IANNONE, *La cura del paziente e l’acquisizione del consenso informato: la Cassazione estende l’obbligo di informazione alle variazioni effettuate nel corso dell’intervento chirurgico*.

⁴⁷ «La formazione del consenso presuppone una specifica informazione su quanto ne forma oggetto [...] Tale consenso implica la piena conoscenza della natura dell’intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative»: così, Cass. civ., III, 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno resp.*, 2001, p. 1165 ss., con nota di M. ROSSETTI, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*.

⁴⁸ S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, cit., p. 979 s., sul punto afferma che: «un’informazione fredda e asetticamente veritiera, a seconda del tipo di malattia, può rafforzare la scelta terapeutica magari più gravosa ma anche più efficace e comunque può indurre un atteggiamento più “partecipativo e combattente” del paziente; ma, di converso, in altri casi può condurre ad atteggiamenti di rassegnazione, depressione, disperazione, persino a sfiducia nel sanitario o a sentimenti di rabbia e rancore».

scientifiche tra i soggetti coinvolti nel rapporto giuridico (nella specie: medico e paziente), quanto più direttamente di perseguire lo scopo di tutelare il diritto di autodeterminarsi di chi si sottopone ad un trattamento sanitario (più o meno invasivo)⁴⁹, facendo sì che tale soggetto possa consapevolmente scegliere se accettarlo o meno⁵⁰.

Il sanitario deve anche rappresentare puntualmente tutti i prevedibili rischi che un certo intervento potrebbe comportare: ogni sua scelta di omettere taluni rischi specifici, limiterebbe l'esercizio ad opera del paziente del proprio diritto di autodeterminarsi⁵¹; in questo ambito spetta solo al paziente ogni valutazione comparativa del bilancio rischi-vantaggi⁵².

Ciò rafforza la visione di un processo realmente partecipativo del paziente alle decisioni che coinvolgono il suo corpo e la sua salute⁵³.

Appare così evidente l'importanza della dimensione dialogica nel processo di elaborazione e adozione del consenso informato.

È indispensabile che il momento informativo non sia una semplice

⁴⁹ Cfr. Cass. civ., III, 31 luglio 2013, n.18334, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 569 ss., e G. FONTANA, *I limiti alla ricerca scientifica: il "caso Stamina"*, in A. IANNUZZI (a cura di), *La ricerca scientifica tra possibilità e limiti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 174 ss..

⁵⁰ Cfr. Cass. civ., III, 15 gennaio 1997, n. 364, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 345 ss.: «La validità del consenso è condizionata dall'informazione, da parte del professionista al quale è richiesto, sui benefici, sulle modalità in genere, sulla scelta tra diverse modalità operative e sui rischi specifici prevedibili (anche ridotti che possano incidere gravemente sulle condizioni fisiche o sul bene della vita) dell'intervento terapeutico - informazione che deve essere effettiva e corretta - e, nel caso che sia lo stesso paziente a richiedere un intervento chirurgico, per sua natura complesso e svolto in *équipe*, la presunzione di un implicito consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive connesse all'intervento vero e proprio, non esime il personale medico responsabile dal dovere di informarlo anche su queste fasi operative (nel caso di specie in relazione ai diversi metodi anestesiológicos utilizzabili, alle loro modalità di esecuzione e al loro grado di rischio), in modo che la scelta tecnica dell'operatore avvenga dopo una adeguata informazione e con il consenso specifico dell'interessato». Più recentemente Cass. civ., III, 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Rass. dir. farm.*, 2010, 4, p. 735 ha ribadito che l'obbligo di informazione «deve essere particolarmente dettagliato al fine di garantire lo scrupoloso rispetto del diritto di autodeterminazione del paziente».

⁵¹ Sul punto già Cass. civ., II, 8 agosto 1985, n. 4394, in *Resp. civ. prev.*, 1986, p. 44 ss. in ambito di chirurgia estetica.

⁵² M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., p. 217 s. ha incisivamente osservato come «Ogni decisione è il frutto di una ponderazione di una varietà di elementi che possono essere molto diversi da persona a persona, in relazione all'età, al sesso, alle esperienze di vita, etc. Il medico che si sostituisce al paziente capace mostra in primo luogo di ignorare cosa significhi oggi il principio deontologico che lo obbliga a non nuocere, e a fare il bene del paziente, che non è il bene di un paziente ipotetico, ma è il bene di quel paziente».

⁵³ Cfr. A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, p. 2 ss.

trasmissione unilaterale di dati e informazioni ma abbia una dimensione bilaterale⁵⁴.

È in questo contesto che emerge la natura del consenso informato quale luogo di incontro di due diverse autonomie: del medico che, sulla base delle proprie competenze ed esperienze, individua la terapia secondo lui più adatta; del paziente che, nel rapporto di cura, deve sentirsi libero di far valere la sua individualità e la sua dimensione morale.

Ma la realtà sfugge talora al quadro teorico qui prosettato.

L'elaborazione teorica di tale processo decisionale non trova, difatti, piena e diffusa applicazione dal punto di vista pratico.

Nella prassi medica infatti: - il tempo a disposizione del medico risulta purtroppo insufficiente; - la comunicazione di informazioni al paziente è spesso delegata ad un modulo standard; - il rilascio del consenso informato si limita alla sottoscrizione di un documento di cui i pazienti non sono in grado di comprendere pienamente il significato⁵⁵.

Si aggiunge a ciò la questione della c.d. "medicina difensiva"⁵⁶, in base alla quale la prescrizione di misure terapeutiche e il conseguente uso della "modulistica informativa"⁵⁷ sono finalizzati non tanto ad indirizzare il paziente verso una scelta libera e consapevole, quanto ad evitare il rischio di incorrere in possibili responsabilità di natura penale o civile⁵⁸.

Alla valorizzazione di una dimensione di vera alleanza terapeutica *tra medico e paziente* contribuiscono allora due elementi previsti dalla legge n. 219, da un lato, il riconoscimento del diritto del paziente ad essere

⁵⁴ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, cit., p. 117.

⁵⁵ Cfr. S. CACACE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno resp.*, 2007, p. 287, la quale sottolinea come il ricorso alla modulistica, anche nei casi in cui sia redatta diligentemente, contraddirebbe la natura fiduciaria del rapporto medico-paziente.

⁵⁶ La c.d. *medicina difensiva* - secondo la definizione elaborata nel 1994 dall'OTA, Office of Technology Assessment, U.S. Congress - «si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice».

⁵⁷ M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 894 ss.; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*³, Giappichelli, Torino, 2012, p. 14. Si segnala sul punto l'accento critico di M. GRAZIADEI, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit., p. 41 e 42, il quale richiama studi che destano preoccupazione e perplessità sul corretto uso della modulistica sanitaria (tanto in Germania quanto in Italia). Cfr. in specie C. QUAGLIARIELLO – C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico – Un'indagine antropologica e giuridica*, con Prefazione di V. Zagrebelsky, Bologna, 2016.

⁵⁸ Di recente si segnalano i contributi raccolti in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Pacini, Pisa, 2017.

informato e, dall'altro, la qualificazione del tempo della comunicazione quale tempo di cura⁵⁹.

Attraverso l'art.1 della legge, si riconosce al malato lo spazio e la libertà di esprimere i propri valori e le proprie preferenze avvalendosi del supporto del medico, che guida il paziente tra le possibilità di trattamento e le alternative di cura⁶⁰.

Torna qui in rilievo proprio il requisito dell'attualità del consenso e si presenta il delicato problema della vincolatività delle D.A.T. a fronte di un consenso che potrebbe non essere più attuale. La medicina non è una scienza statica, ma progredisce con metodi e risultati imprevisi o imprevedibili al momento della redazione delle D.A.T.: esemplificando, una malattia che oggi viene combattuta con un metodo molto aggressivo, nel futuro potrebbe essere curata con uno molto blando. Un'eventuale decisione anticipata ben potrebbe avere presupposti scientifici e tecnologici profondamente diversi da quelli che potrebbero presentarsi in futuro.

Ecco allora che il legislatore, difatti, non ha imposto al medico un'attuazione meccanica delle D.A.T. (in caso contrario, peraltro, lo avrebbe completamente privato di qualsiasi autonomia professionale): l'art. 4, co. 5, legge 219/2017 dispone che «il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita».

Peraltro, per l'ipotesi in cui il paziente dovesse essere impossibilitato ad interloquire al momento della terapia, o meglio della decisione, la legge contempla la facoltà di indicare nelle D.A.T. un «fiduciario», che faccia le veci e rappresenti la persona nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie (art. 4, co. 1, legge 219/2017).

La recente prassi pare dimostrare come la nomina del fiduciario si riveli utile qualora dalla sottoscrizione delle disposizioni siano intervenuti progressi della medicina, oppure quando la situazione clinica verificatasi non sia stata esplicitamente documentata, o ancora nelle ipotesi nelle quali il dichiarante si sia limitato ad esporre i valori o i criteri guida e a nominare il fiduciario, ma senza fornire alcuna istruzione sui trattamenti acconsentiti o rifiutati.

⁵⁹ L'art. 1, comma 8, l. 22 dicembre 2017, n. 219 sancisce infatti nitidamente che «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

⁶⁰ Come rileva L. D'AVACK (*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 179 ss.): «Non è esclusa la possibilità per il paziente di rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni (cd. 'diritto a non sapere')» (p. 183).

Il ruolo del fiduciario nel contesto delle decisioni di fine vita non va peraltro intesa in senso tecnico (all'interno di un tradizionale modello di rappresentanza incompatibile con l'esercizio di diritti personalissimi) bensì come cura dell'incapace, come un agire non *per* l'incapace, ma *con* l'incapace, come interpreti della sua personalità, della sua identità, del suo modo di intendere la dignità, la vita, la salute, la malattia.

4. La capacità richiesta per la validità delle D.A.T.: critica

L'art. 4 legge 219/2017 sancisce che può disporre anticipatamente dei trattamenti di fine vita soltanto la «persona maggiorenne e capace di intendere e di volere»⁶¹.

Da ciò deriva, innanzitutto, che il minore non può mai accedere allo strumento delle D.A.T., benché dotato della capacità di manifestare consapevolmente la propria volontà⁶².

In secondo luogo, lo strumento è precluso anche all'interdetto. Non potrebbe compierlo al suo posto il tutore (come avviene nel caso della prestazione del consenso informato: cfr. art. 3, co. 3), in quanto le D.A.T. rappresentano un negozio personalissimo.

In terzo luogo, esse non possono essere nemmeno poste in essere dal beneficiario di un'amministrazione di sostegno rappresentativa⁶³.

Diversamente deve ritenersi per l'inabilitato che, come può esprimere personalmente il consenso (art. 3, co. 4), può anche ricorrere alle D.A.T., senza assistenza e senza alcuna forma di autorizzazione giudiziale.

Una soluzione analoga deve individuarsi per il beneficiario di amministrazione di sostegno assistenziale⁶⁴.

⁶¹ Ampie considerazioni in M.N. BUGETTI, *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 119 ss.

⁶² Cfr. L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 190 s.

⁶³ La questione potrebbe non essere del tutto pacifica, atteso che, per quanto riguarda il testamento, si ritiene che il beneficiario conservi la capacità di testare, anche qualora l'amministrazione di sostegno abbia carattere rappresentativo, a meno che il giudice tutelare non disponga in senso contrario *ex art. 411, co. 4, c.c.*

⁶⁴ L. D'AVACK, *op. cit.*, evidenzia come: «la figura dell'amministratore di sostegno può essere un soggetto di riferimento particolarmente utile nell'ambito dell'alleanza terapeutica, con l'obiettivo evidente che ci sia sempre un soggetto capace di interagire con il medico in modo da evitare che il paziente, non pienamente in grado di autodeterminarsi, resti privo di voce» (p. 194).

Entrando nel merito, deve ritenersi che l'esclusione del minore, dell'interdetto e del beneficiario dell'amministrazione di sostegno rappresentativa dal novero dei soggetti che possono porre in essere le D.A.T. è coerente con la richiamata previsione (art. 3) in forza della quale essi sono sempre sostituiti nella manifestazione del consenso o del rifiuto ai trattamenti terapeutici e non si ritiene che a diversa conclusione possa addiversarsi in materia di fine vita⁶⁵.

Più di qualche perplessità può suscitare il criterio che dovrebbe governare le decisioni assunte dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore: «avendo come scopo la tutela della salute psicofisica del minore - o della persona - nel pieno rispetto della sua dignità» (così, con analogha formulazione, i commi 2 e 3 dell'art. 3).

Sarebbe stato opportuno precisare che la decisione del rappresentante deve essere presa nell'esclusivo o nel miglior interesse del rappresentato⁶⁶.

Non si può però omettere di rilevare un margine di irragionevolezza nella scelta di precludere le disposizioni anticipate ai minori di età e a coloro che siano privi della capacità di agire ma assolutamente capaci di discernimento.

Invero la distinzione fra la capacità giuridica e la capacità di agire ha la sua origine nell'ambito delle situazioni giuridiche patrimoniali, onde l'incapacità è causa di annullabilità del contratto (art. 1425 c.c.), poiché essa denota l'inattitudine alla valutazione della convenienza economica e all'opportunità dell'atto⁶⁷.

Tale distinzione non può essere traslata nel campo delle situazioni esistenziali: un'autorevole dottrina ha già da tempo sottolineato che «il suo

⁶⁵ «Comunque, il legislatore per garantire il *best interest* del paziente in queste situazioni di incapacità prevede al comma 5 che nell'eventualità in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata, oppure l'amministratore di sostegno in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e di contro il medico le ritenga appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.» (L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 194).

⁶⁶ P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte*, cit., p. 189 denuncia il rischio che si oscurino «a) il peso di un rifiuto consapevole di cure da parte di un minore che ha raggiunto una piena capacità di determinarsi; b) il problema di una valutazione di proporzionalità/appropriatezza della cura, che per essere completa deve includere anche i valori della dignità, dell'integrità e della identità della persona, anche quando la persona non è in grado di esprimere volontà, o non le ha espresse o manifestate in precedenza».

⁶⁷ L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 190: «lo *status* di incapace, così come quello di minorenne, è stato dagli ordinamenti giuridici pensato allo scopo di tutelare i soggetti prevalentemente in ambito economico».

ambito di operatività non esistente oltre la categoria degli atti (tra vivi) a contenuto patrimoniale; e il suo contenuto non si traduce in un divieto per il minore di compiere tali atti, ma implica una qualificazione in termini di non definitiva validità dell'atto, pur valido, posto in essere dal minore»⁶⁸.

Quando si tratta di far valere diritti fondamentali della persona, non è possibile scindere l'aspetto statico della titolarità del diritto e l'aspetto dinamico del suo esercizio: siffatta scissione finisce per risolversi nella negazione del diritto⁶⁹.

Sarebbe allora opportuna una meditata riflessione sulla possibilità di consentire anche al minore, all'interdetto e al beneficiario di amministrazione di sostegno rappresentativa di compiere le D.A.T., valutando l'ipotesi di coinvolgere obbligatoriamente nella stesura del documento un "terzo" (che potrebbe essere proprio il medico, un avvocato o un notaio⁷⁰) e tenendo conto del grado di effettiva capacità di discernimento⁷¹.

5. *Forma, rifiuto e revoca del consenso. La pianificazione condivisa delle cure*

Garantendo ad ogni soggetto il diritto di rifiutare la ricezione delle informazioni o di delegarla ad altri, viene ulteriormente salvaguardata l'autodeterminazione del paziente, lasciato libero di determinare in totale autonomia se, quando e quante informazioni ricevere sulla propria condizione clinica.

La nuova disciplina detta infine ulteriori disposizioni riguardanti la forma, il rifiuto e la revoca del consenso⁷².

⁶⁸ Così F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 61. V. anche P. PERLINGIERI, *Dignità della persona e questioni di fine vita*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2017, p. 81 ss.

⁶⁹ Ciò è tanto più grave con riferimento ai c.d. "grandi minori" «soggetti che della legale capacità sono privi, ma già dotati di sufficiente maturità» (L. D'AVACK, *op cit.*, p. 191).

⁷⁰ C. ROMANO, *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Notariato*, 2018, p. 15 ss.

⁷¹ L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 192 mette in luce come: «il legislatore ha previsto delle regole che, in conformità al principio del rispetto della dignità, la presenza di un legale rappresentante non esonera il medico dal coinvolgere nel processo decisionale il paziente, se quest'ultimo, nonostante la mancanza di capacità giuridica, sia in grado anche in parte di partecipare. (...) Nel caso, poi, dei minori, il loro parere deve essere considerato come un fattore sempre più decisivo in proporzione alla loro età e alla loro capacità di discernimento». (p. 192).

⁷² M. FASAN, *Consenso informato e rapporto di cura*, cit., p. 97.

Si prevede, infatti, che il consenso sia acquisito nei modi e con gli strumenti più adatti alle condizioni del paziente, documentandolo o con la forma scritta, o ricorrendo a videoregistrazioni oppure, per le persone affette da disabilità, con gli strumenti più consoni a permettere la comunicazione (art. 1, co. 4., legge 219/2017)⁷³.

Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare sempre la propria volontà (art. 1, co. 5, legge 219/2017), si riconosce, ad ogni individuo il diritto di rifiutare gli accertamenti e i trattamenti proposti dal medico e il diritto di revocare in ogni momento il consenso precedentemente prestato⁷⁴, anche qualora questo possa comportare l'interruzione di un trattamento necessario alla sopravvivenza del paziente⁷⁵.

Rimane in capo al medico l'obbligo di informare il paziente sulle conseguenze del proprio rifiuto e di promuovere ogni forma di sostegno nei suoi confronti, nonché l'obbligo di rispettare la volontà espressa dalla persona di rifiutare il trattamento medico⁷⁶: la norma insomma consacra il risvolto negativo dell'autodeterminazione terapeutica, che non si esaurisce nella possibilità di manifestare l'assenso alle cure e di scegliere i trattamenti, ma implica appunto la possibilità di opporre un rifiuto⁷⁷.

Il paziente non potrà, però, pretendere trattamenti sanitari che siano contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali.

La legge n. 219 impedisce chiaramente che il medico diventi un mero strumento della volontà del paziente: pur promuovendo e tutelando la libertà di autodeterminazione del paziente, riconosce al medico una sua dimensione di autonomia professionale.

Questo significa che il medico non è tenuto a rispettare

⁷³ P. MUIÀ-S. BRAZZINI, *Quale forma deve avere il consenso informato? Le oscillazioni della Cassazione e la soluzione della nuova Legge*, in *Danno resp.*, 2018, p. 607 ss..

⁷⁴ M.N. BUGETTI, *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, cit., p. 115, sottolinea che la norma distingue tra rinuncia e rifiuto, precisando che «con il termine “rinuncia” [...] si fa riferimento alla interruzione di un trattamento già in essere in forza della revoca del consenso del paziente - di per sé sempre possibile -, mentre col termine “rifiuto” s'intende la mancata somministrazione del trattamento medico per un dissenso che si sia manifestato prima dell'inizio dello stesso».

⁷⁵ G. VETTORI, *Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1463 ss.; A. GUARNIERI, *Profili giuridici della fine della vita umana*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1707 ss.

⁷⁶ L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 186.

⁷⁷ In termini già R. CAMPIONE, *Il rifiuto di cure*, in M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 270.

incondizionatamente qualsiasi richiesta presentata dal paziente⁷⁸, pur riconoscendo, in caso di contrasto tra le volontà, ove possibile, prevalenza alla volontà del malato.

Uno strumento per prevenire possibili contrasti è dato dalla pianificazione condivisa delle cure (art. 5 legge 219/2017), da predisporre sempre all'esito del consenso informato, il quale assume tuttavia un contenuto peculiare⁷⁹.

La nuova disciplina⁸⁰ prevede il diritto di ogni persona di realizzare, all'interno della relazione terapeutica, una pianificazione condivisa delle cure con il proprio medico specie nei casi di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da uno sviluppo inarrestabile con prognosi infausta (art. 5, co. 1)⁸¹.

Per poter accedere a questo istituto, il paziente deve essere adeguatamente informato sulla possibile evoluzione della patologia in atto, su quanto sia possibile attendersi in termini di qualità della vita, sulle opzioni cliniche di intervento e sull'eventuale accesso a cure palliative, informazioni queste che il paziente, qualora lo desideri, ha il diritto di condividere con i propri familiari (art. 5, co. 2)⁸².

Non è prescritta, dunque, la stessa forma scritta "rafforzata" che l'art. 4, co. 6, impone per le D.A.T. (vale a dire «scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo»)⁸³.

⁷⁸ C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI - C. CASONATO - S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 44.

⁷⁹ C. CASONATO, *op. cit.*, p. 41.

⁸⁰ M. FASAN, *Consenso informato e rapporto di cura*, cit., p. 98.

⁸¹ P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., p. 249, acutamente osserva che non deve trattarsi di «una patologia "in atto". Quindi, chi si sa esposto, per ragioni di storia familiare, o per allarmi e episodi minori, a un rischio legato a una specifica forma patologica, può fare la sua brava pianificazione di cure anche se non è ospedalizzato, purché di concerto con un medico», aggiungendo anche «che l'età, oltre una certa soglia, potrebbe essere ragione sufficiente per una pianificazione in relazione ai rischi che il medico di fiducia considera ormai prudente prendere in considerazione».

⁸² P. ZATTI, *loc. cit.*: «Nel contesto della pianificazione di cure, la legge collega il *fiduciario* alla figura prevista per le disposizioni anticipate; ciò non esclude che lo stesso fiduciario, finché non si pone un problema di applicazione delle disposizioni anticipate, assuma il compito di cui all'art. 1; e se il paziente volesse, nelle forme della pianificazione, o consegnando ai curanti la procura, dare al fiduciario il potere di rappresentarlo per ogni decisione anche quando fosse sopravvenuta la propria incapacità?».

⁸³ In merito alla forma la legge prevede che le D.A.T. «possano essere redatte "per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie". Quest'ultima ipotesi presuppone che le Regioni

La pianificazione potrà essere contenuta, persino, anche in uno scritto da consegnare ad un familiare, amico o al medico curante⁸⁴.

La pianificazione deve essere inserita «nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico» (art. 5, co. 4).

6. *Dal modello paternalistico a quello personalistico: tra autodeterminazione e tutela della salute negli scenari di fine vita*

Il consenso⁸⁵ incide chiaramente su aspetti di autonomia, indipendenza, diritto/dovere di curare e farsi curare⁸⁶; e la consensualità è elemento imprescindibile - come si è sopra detto - per riuscire a legittimare l'attività medico-chirurgica⁸⁷.

Il consenso informato viene letto⁸⁸, quale vero e proprio diritto della persona che trova fondamento sicuro nei più oggettivi principi fondamentali espressi dalla Costituzione⁸⁹.

adottino modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio Sanitario Nazionale.» (L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 198).

⁸⁴ L.E. PERRIELLO, *Prime note a margine della legge sulle disposizioni anticipate, con uno sguardo alla Spagna*, cit., p. 1000.

⁸⁵ «Definire in modo sintetico ed esaustivo il significato dell'espressione consenso informato è tutt'altro che agevole, in considerazione della molteplicità di profili che la stessa evoca» (così R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario. Responsabilità civile e penale, consenso informato, colpa e nesso causale, casistica e giurisprudenza*, UTET, Torino, 2008, p. 63).

⁸⁶ N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti*, cit., p. 4.

⁸⁷ «Si tratta di rispettare la primazia delle scelte della persona che è protagonista della cura durante tutta la relazione terapeutica» (M. GRAZIADEI, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit., p. 39).

⁸⁸ Cfr. Trib. Milano, V civ., 29 marzo 2005, n. 3520: «Il consenso deve essere frutto di un rapporto reale e non solo apparente fra medico e paziente, in cui il sanitario è tenuto a raccogliere un'adesione effettiva e partecipata, non solo cartacea all'intervento. Esso non è dunque un atto puramente formale o burocratico ma è la condizione imprescindibile per trasformare un atto normalmente illecito la violazione dell'integrità psico-fisica in un atto lecito, fonte appunto di responsabilità».

⁸⁹ Cfr. T. FEOLA - P. ANTIGNANI - C. DURANTE - M. SPALLETTA, *Consenso informato. Facoltà di curare e pazienti con incerte capacità a consentire*, Minerva medica, Torino, 2001, p. 2; S. SPINSANTI, *Chi decide in medicina? Dal consenso informato alla decisione consensuale*, Zadigroma, Roma, 2002.

Il diritto del paziente di formulare un consenso informato all'intervento «appartiene ai diritti inviolabili della persona, ed è espressione del diritto all'autodeterminazione in ordine a tutte le sfere ed ambiti in cui si svolge la personalità dell'uomo»⁹⁰; «riveste natura di principio fondamentale»⁹¹.

Perciò, non può essere compromesso in nessun modo⁹² e diventa «diritto irretrattabile»⁹³ dell'individuo⁹⁴.

Una tale accettazione del consenso quale elemento imprescindibile del

⁹⁰ Così ancora Trib. Milano, V civ., 29 marzo 2005, n. 3520. Da un punto di vista storico, fu il codice di Norimberga del 1949, per primo, a definire come essenziale il "consenso volontario" del soggetto umano, al fine di scongiurare che gli abusi perpetrati sotto il regime nazista potessero mai più ripetersi. Tale formula giuridica ha trovato accoglienza dapprima negli Stati Uniti, dove il dibattito, sviluppatosi prima limitatamente alla necessità del consenso del paziente nella fase antecedente a quella strettamente chirurgica, è giunto poi a considerare l'informazione come caratteristica fondamentale per la configurazione del lecito trattamento medico (il c.d. *informed consent* del XX secolo). Fra i precedenti storici delle Corti Americane che hanno segnato la nascita e l'evoluzione del consenso informato vi sono il caso *Slater* (1767), il caso *Carpenter* (1871), il caso *Mohr* (1905), il caso *Schloendorff* (1914) e il caso *Salgo* (1957) e, da ultimo, il caso *Cooper* (1971). Quest'ultimo evidenzia, in particolare, come il principale e ultimo obiettivo del consenso informato sia quello di portare a conoscenza del paziente tutti gli aspetti concreti della terapia, in base ai quali egli possa poi scegliere consapevolmente cosa fare e cosa non fare.

⁹¹ Così Corte cost., 23 luglio 2009, n. 253.

⁹² Una tale condotta, infatti, sarebbe lesiva «della sfera personale del soggetto e della libertà morale dello stesso». Così, F. BRICOLA - V. ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, UTET, Torino, 1996, p. 424.

⁹³ L'espressione è stata utilizzata da Cass. civ., III, 28 luglio 2011, n. 16543, in *Giust. civ.*, 2013, p. 1169 ss., in cui essa stabilisce che: «Il diritto al consenso informato, in quanto diritto irretrattabile della persona va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto e sia stato ottenuto il consenso, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio».

⁹⁴ Sul tema, *ex pluribus*, G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 485 ss.; G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 361 ss.; L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 719 ss.; P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 1 ss.; C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2009, p. 1052 ss. ; Id., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 545 ss.

rapporto di cura⁹⁵ è il riflesso d'uno spostamento di visuale che, nell'ambito del rapporto medico-paziente ha portato alla configurazione di un nuovo cd. modello personalistico in luogo di quello cd. paternalistico⁹⁶.

D'altra parte, nel diritto civile non si è mai configurata una limitazione dell'autonomia dei soggetti, salvo i casi di incapacità (si pensi ai minori), «in funzione della realizzazione degli interessi dei soggetti medesimi»⁹⁷.

Perché, dunque, ciò dovrebbe verificarsi (ci si chiede) nell'ambito del fine vita tale limitazione⁹⁸.

Il paziente è cosciente dei propri diritti e pretende di essere informato sia sulla propria malattia, che sulle diverse alternative per curarla⁹⁹.

Il paziente, in definitiva, affidandosi ad un medico, lo costituirà sì garante della propria salute¹⁰⁰, ma non certo signore assoluto di essa¹⁰¹.

Si tratta del modello qualificabile come "liberale", incentrato sul principio di autonomia, al quale è sottesa la convinzione che la volontà degli individui adulti e capaci non possa essere compressa o annullata nemmeno quando il fine che ci si propone è quello di fare il loro bene¹⁰².

⁹⁵ «Il consenso informato mira cioè a porre al centro dell'attenzione del medico non solo, o non soltanto, la malattia, ma la persona bisognosa di cure; cosicché, ai doveri di informazione del medico corrisponde oggi la figura del malato partecipe, che può considerare l'informazione come un suo diritto irrinunciabile e non più come una gentile concessione». Così, F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 378. Cfr. C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, cit., p. 1052 s.

⁹⁶ M. GRAZIADEI, *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, cit, p. 39. espressamente parla di «abbandono del paternalismo nella relazione di cura».

⁹⁷ G. GEMMA, voce *Vita (diritto alla)*, *Dig. disc. pubb.*, XV, UTET, Torino, p. 681.

⁹⁸ Lo stesso Autore aggiunge inoltre che L. D'AVACK, *op. cit.*, evidenzia come: «Il consenso informato a carico dell'amministratore o del rappresentante legale o del tutore nell'ambito dei trattamenti sanitari, dovrà tuttavia coinvolgere il paziente proporzionalmente alla sua età, maturità e consapevolezza della situazione in cui si trova.» (p. 194).

⁹⁹ P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 1999.

¹⁰⁰ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 524 s.

¹⁰¹ Cfr. P. HELZEL, *Il rapporto medico paziente tra principi etici e norme giuridiche*, in *Corti calabresi*, 2007, p. 617. Cfr. anche, D. AMATO, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1671 ss.

¹⁰² Sul tema: I. ANDORLINI - A. MARCONI, *Medicina, medico e società nel mondo antico*, Le Monnier, Grassano, 2004, p. 145 ss.; D. GOUREVITCH, *Le triangle hippocratique dans le monde gréco-romain*, EFR, Roma, 1984; P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico in occidente: profili storici*, in L. LENTI - E. FABRIS - P. ZATTI, *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 3 ss.; D. ENGELHARDT, *La relazione fra medico e paziente: ieri, oggi e domani*, in AA.VV., *La relazione di cura. Medico e malato fra Tecnica e nuovo Umanesimo*, Ass. Trentina Malati Reumatici, Trento, 2008; M. TRABUCCHI, *L'ammalato e il suo medico. Successi e limiti di*

Si tratta, in definitiva, del riconoscimento in capo ai singoli di una sempre più forte dimensione di libertà, favorita certo da una centralità del paziente nella relazione di cura, valorizzandone la volontà e l'autonomia nelle scelte mediche, ma anche prendendo in considerazione l'impatto delle nuove tecnologie e dei progressi della scienza proprio in ambito medico-sanitario¹⁰³.

D'altronde è questa l'epoca nella quale vengono resi disponibili i primi macchinari per la dialisi, diventa possibile la realizzazione dei primi trapianti d'organo, vengono affinate tecniche di ingegneria genetica, tali da consentire diagnosi prenatali sempre più precise, si diffonde l'uso di metodi contraccettivi e di tecniche mediche per l'interruzione volontaria di gravidanza.

Da qui, anche nel delicato rapporto tra uomo e scienza, l'affermarsi del consenso informato come espressione di un'adesione consapevole e volontaria, quale base di una moderna concezione di rapporto terapeutico¹⁰⁴.

Nel quadro del fine vita, è però chiaro che tali principi assumono una portata del tutto particolare¹⁰⁵.

una relazione, Il Mulino, Bologna, 2009.

¹⁰³ Ben lontano appare dunque ormai il modello paternalistico, che viene così descritto da M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., p. 209 s.: «Il medico [...] come uomo di scienza, appariva al malato e alla società alla stregua di un interprete sapiente di quanto veniva ritenuto necessario al paziente per recuperare un bene naturale, tramite il ripristino di uno stato del corpo conforme alla sua condizione di naturale benessere. Il medico ben poteva quindi tacere al paziente la sua vera condizione, avendo in mente una visione finalistica dell'ordine naturale. La tradizione della medicina ippocratica in effetti non prescriveva al medico di comunicare al paziente alcunché circa il suo stato di salute, bensì gli raccomandava di usare la parola solo per persuadere il paziente di sottoporsi alla cura per il suo bene. Il medico, come custode del bene del paziente, si ergeva a suo tutore, e poteva decidere in suo luogo, secondo scienza e coscienza, entro i confini della morale propria di una società fortemente stratificata, in cui il paternalismo era incarnato visibilmente dalla figura del monarca, e in cui il magistero della chiesa spiegava tutto il suo effetto».

¹⁰⁴ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 249 s.; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 10; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino, 2018.

¹⁰⁵ E ne assumeranno una ancor più forte a seguito della decisione della Corte Costituzionale sul caso Cappato: in attesa della pubblicazione della pronuncia, è stato annunciato con un comunicato stampa (consultabile su www.cortecostituzionale.it) che «la Corte ha ritenuto non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale, a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli. In attesa di un indispensabile intervento del legislatore, la Corte ha subordinato la non punibilità al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (articoli 1 e 2 della legge 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico

Di fronte all'ineluttabilità del morire, le decisioni si caricano di una forte valenza simbolica ed esistenziale¹⁰⁶.

Si accentuano i toni della dimensione soggettiva e del rapporto con il personale modo del paziente di intendere "l'esistenza, la dignità, l'identità"¹⁰⁷.

L'individuo viene riconosciuto quale vero centro della relazione terapeutica, in cui è libero di esprimere, nei limiti di quanto consentito, la propria volontà in base alla propria idea e concezione di dignità umana¹⁰⁸, senza essere eccessivamente eterodiretto e condizionato dalla volontà del medico che con lui si trova ad interagire.

7. Possibili effetti collaterali dell'uso spasmodico del consenso: la disumanizzazione della medicina

I sanitari, purtroppo, hanno spesso recepito la problematica del consenso dell'avente diritto in termini piuttosto formali e riduttivi: la maggior parte di loro, infatti, lo ha da sempre considerato come una mera pratica o come fastidioso obbligo¹⁰⁹.

In quest'accezione il consenso informato perde, però, di rilevanza, ed il motivo per cui esso è nato viene svuotato del suo significato, diventando un mero atto dovuto, una mera obbligazione di comportamento che, adempiuta, solleva il medico dall'imbarazzo di un'eventuale futura complicità sanitaria, un formulario che lo protegge da possibili casi giudiziari¹¹⁰.

territorialmente competente. La Corte sottolinea che l'individuazione di queste specifiche condizioni e modalità procedurali, desunte da norme già presenti nell'ordinamento, si è resa necessaria per evitare rischi di abuso nei confronti di persone specialmente vulnerabili, come già sottolineato nell'ordinanza 207 del 2018. Rispetto alle condotte già realizzate, il giudice valuterà la sussistenza di condizioni sostanzialmente equivalenti a quelle indicate».

¹⁰⁶ Cfr. sul punto G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., p. 1865 ss.

¹⁰⁷ G. FERRANDO, *op. cit.*, p. 1868.

¹⁰⁸ L. D'AVACK, *Il paradigma dignità: usi etici e giuridici*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, p. 11 ss.

¹⁰⁹ In termini N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti*, cit., p. 18.

¹¹⁰ In quest'ottica, il rapporto medico-paziente si riduce ad un'ordinaria relazione commerciale regolata per legge da puntuali norme di correttezza professionale. In siffatta relazione, il paziente diventa un comune cliente, mentre il medico, da corretta controparte qualificata, si limita a porlo nelle condizioni di poter scegliere (senza

Quanto ai pazienti, è accaduto che essi spesso abbiano estremizzato l'importanza e la necessità del consenso informato: sicuri dei propri diritti, desiderosi di un'informazione ricca e comprensibile, ambiziosi nel volersi ritenere autonomi e soli nel momento delle scelte che li riguardano, si sono sempre più convinti di poter fare a meno del medico¹¹¹.

Ma attenzione: la sempre maggiore autonomia pretesa dal paziente che aspira (giustamente) a diventare corresponsabile del proprio destino sanitario, tuttavia, se mal intesa, talora tende a mortificare l'importanza sostanziale del curante e provoca la riduzione del medico a mero prestatore d'opera¹¹², ad una specie di artigiano ad elevata qualifica, mero esecutore materiale di volontà altrui¹¹³.

Il risultato è che la relazione medico-paziente viene pervasa da un forte allontanamento¹¹⁴ al quale, quindi, la legge intende rimediare.

Occorre evitare che l'informazione, tradotta nella pratica del consenso informato, diventi la caricatura di se stessa¹¹⁵.

Da qui la positivizzazione normativa e valorizzazione del bisogno comunicativo che è alla base del consenso informato¹¹⁶.

Bisogna, difatti, evitare che la medicina perda la propria storica connotazione di *arte medica* per assumere, invece, quella più spersonalizzata

tuttavia curarsi del fatto ch'egli sappia, poi, farlo nella maniera più corretta). Sul tema, F. LIPAROTTI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, p. 509 ss.

¹¹¹ Così ancora N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti*, cit., p. 19.

¹¹² Secondo E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica, I. Fondamenti ed etica biomedica*⁴, Vita e pensiero, Milano, 2007 p. 267, «Rispondere ai possibili abusi del paternalismo medico ricorrendo soltanto al principio di autonomia non serve a riequilibrare la relazione medico-paziente, ma anzi sembra condannarla alla conflittualità, nella quale si confrontano due autonomie e due prospettive nella malattia. Né è auspicabile percorrere una linea puramente contrattualistica: l'impossibilità di tradurre immediatamente la relazione di cura nei termini del "contratto" tra lo specialista e il malato deriva dallo spessore esistenziale della malattia, dal suo significato etico e antropologico».

¹¹³ N. POSTERARO, *loc. ul. cit.*

¹¹⁴ Come emblematicamente accade nell'ormai diffuso fenomeno della telemedicina: cfr. C. FILAURO, *Telemedicina, cartella clinica elettronica e tutela della privacy*, in *Danno resp.*, 2011, p. 472 ss.; U. IZZO, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, *ivi*, 2000, p. 807 ss.

¹¹⁵ Cfr. S. SPINSANTI, *Chi decide in medicina?*, cit., p. 92; S. OREFICE, *La sfiducia e la diffidenza. Metodologia clinica per i casi difficili*, R. Cortina, Milano, 2002, p. 3.

¹¹⁶ Cfr. R. MALTA, *Etica e chirurgia estetica*, in *Bioetica e Cultura*, 8, 1, p. 93 scrive che, nel caso della chirurgia estetica, il rapporto medico-paziente è invertito: è quasi sempre il paziente a chiedere l'applicazione di una tale pratica chirurgica.

e deresponsabilizzante di *tecnica medica*¹¹⁷.

In questa prospettiva, la libertà di autodeterminazione e il dovere di cura non sono concetti contrastanti tra loro; bisogna, anzi, che si rendano complementari. Nel caso contrario, si rischia di scardinare l'alta funzione sociale che la medicina svolge e che è opportuno continui a svolgere¹¹⁸.

8. Conclusioni

Pur non essendo una legge di portata rivoluzionaria, appare condivisibile affermare che la legge n. 219 del 2017 sia una "buona legge buona"¹¹⁹.

Taluno ha sostenuto, a fronte dell'inerzia del legislatore, che sarebbe stata preferibile una maggiore responsabilizzazione della dottrina e della giurisprudenza in chiave non positivistica bensì sistematico-assiologica, nella

¹¹⁷ In quest'ottica, il medico si trova spesso a dover rispondere a richieste che non sempre corrispondono a dei veri e propri bisogni umani, quanto piuttosto a dei meri sogni del soggetto paziente, come nella chirurgia estetica. Sul tema, A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, R. Cortina, Milano, 2001; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007; S. RODOTÀ, *La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., p. 169 ss.; U. BRECCIA - A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, Plus, Pisa, 2007; G. PASINELLI, (a cura di), *Il consenso informato. Una svolta nell'etica medica*, Francoangeli, Milano, 2004, p. 55.

¹¹⁸ Così sempre N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti*, cit., p. 20.

¹¹⁹ Così definita in S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, cit. V. anche le considerazioni di R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium Iuris*, 2018, p. 694: «Nel complesso la legge in esame merita un giudizio positivo. Consapevole - secondo l'aforisma volteriano - che "il meglio è nemico del bene" (ossia, chi cerca il meglio rischia di smarrire il buono e l'utile), si fa preferire un provvedimento normativo perfettibile anziché un altro perfetto ma riposto nel mondo delle ipotesi o delle astrazioni effimere. La legge n. 219 del 2017, che [...] in parte consolida il diritto giudiziale, ha dischiuso le porte del nostro sistema all'eutanasia passiva, introducendo regole generali e astratte, le quali permettono ai consociati di ricorrere alle DAT senza dover necessariamente avvalersi dell'assistenza di avvocati o di altri consulenti. Invero, il rischio - da contrastare - è che possa prevalere in chiave applicativa una sorta di burocratizzazione, la quale potrebbe minare l'efficienza del nuovo statuto, specie per quanto riguarda il profilo del formalismo documentale. L'esperienza pratica potrà verosimilmente suggerire talune modifiche della disciplina ora vigente. Il miglioramento è senz'altro possibile e auspicabile. L'importante è che la sensibilità degli operatori del settore sanitario sia orientata a evitare *chicane* attuative allo scopo di favorire la determinazione del paziente e la tutela del valore esistenziale rappresentato dalla dignità della persona».

consapevolezza che ove non sia possibile trovare una norma di dettaglio, la soluzione non potrebbe che essere rinvenuta nei principi – ragionevolezza, proporzionalità, differenziazione – espressi sia nella Costituzione sia nelle fonti comunitarie¹²⁰.

Ebbene, adesso, il legislatore è intervenuto e con la normativa in vigore siamo chiamati a confrontarci. Oltretutto non mancano gli aspetti positivi dell'intervento: vi è chi ha osservato, riportando l'opinione di un medico legale, che avendo tradotto i principi in norme «diventa molto più facile comunicare ai medici la disciplina nei punti essenziali che servono da guida. Non è poco, è un guadagno di rilievo»¹²¹.

¹²⁰ Cfr. L.E. PERRIELLO (a cura di), *L'autonomia negoziale nel fine vita*, in Corte Costituzionale - Servizio Studi, 2016, p. 21 ss.

¹²¹ P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., p. 252, il quale prosegue tuttavia con le seguenti constatazioni: «La preoccupazione si sposta dunque sull'attuazione. Ogni legge, anche la migliore, viene azzoppata in Italia dall'attuazione, sia in senso normativo - decreti e regolamenti - sia in senso organizzativo/ amministrativo. Queste norme disegnano un modello di relazione di cura sicuramente non sostenibile nelle attuali condizioni "diffuse" della sanità italiana. Ci sono reparti, ci sono medici, che hanno anticipato in buone prassi i contenuti migliori di questa legge, per ragioni interne alla riflessione e alla pratica medica. Ma sono pochi e non certo aiutati dall'amministrazione sanitaria, dai poteri regionali. La medicina di base sta assottigliando il tempo e di necessità il modo della relazione tra medico e paziente. La cura a domicilio di disabili gravi e anziani è difficile, piena di ostacoli, povera di mezzi, afflitta da una "cultura" amministrativa inadeguata quando non ostile. La sanità ospedaliera ha consolidato pesantemente - salvo rare eccezioni - la riduzione a formalità e la falsità sostanziale del consenso, e offre tempi contingentati del tutto inadeguati in tutte le occasioni di incontro diretto con il medico e con gli infermieri. La formazione dei medici non conosce, nel percorso universitario, il tema della relazione e della comunicazione, orienta quindi gli studenti a concepire la cura come pura prestazione tecnica sull'oggett-malato. Come pensare che queste norme, faticate, quasi estorte a un'assemblea legislativa interessata a farne oggetto di competizione politica più che di attenzione civile, norme che riflettono, pur con difetti, principi buoni e alti, corrispondenti alle idee di fondo della buona medicina, si possano tradurre in pratiche "vere" e non simulate, in relazioni sostanziali e non pro-forma, in tempi, mezzi, cultura adeguati?».

Antonella Massaro

*La storia delle questioni di fine vita
raccontata dalle vicende umane e giudiziarie
di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro e Fabiano Antoniani*

SOMMARIO: 1. La “trama” delle questioni di fine vita attraverso i casi di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro e Fabiano Antoniani. – 2. La “eredità morale” dei casi Welby ed Englaro: 1) il diritto di rifiutare le cure. – 2.1. Il caso Cappato e l’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale. – 3. La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale. – 4. Che i riflettori restino accesi, anche quando rischiano di accecare.

1. La “trama” delle questioni di fine vita attraverso i casi di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro e Fabiano Antoniani

Le questioni di fine vita sembrano destinate a salire sul palcoscenico del dibattito politico e giuridico solo in rare occasioni, le quali però, in ragione della potenza narrativa delle storie che raccontano, catalizzano l’attenzione dello spettatore in maniera pressoché inevitabile: commuovono, indignano, disorientano e, soprattutto, dividono.

Le vicende umane e giudiziarie che hanno visto protagonisti, rispettivamente, Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro, (de)scrivono copioni per molti aspetti paralleli, ricomposti poi nel punto di fuga del caso di Fabiano Antoniani, che di quelle storie rappresenta il seguito necessario e, per certi aspetti, prevedibile.

I nomi di Piergiorgio Welby e del suo anestesista Mario Riccio, di Eluana Englaro e di suo padre Beppino, di Fabiano Antoniani e del “disobbediente civile” Marco Cappato possono dunque rappresentare il filo conduttore per tentare di descrivere quell’intreccio che ha condotto alla recente decisione della Corte costituzionale in riferimento all’art. 580 c.p. e che, previsione fin troppo agevole nella quale avventurarsi, rappresenta tanto un epilogo quanto (soprattutto) un nuovo prologo.

I casi Welby ed Englaro, per la verità, se osservati attraverso la lente del giurista, solo a fatica si lasciano ricomporre entro una comune cornice comparativa. Da una parte c'è un uomo capace di esprimere un consenso attuale, che invia lettere al Presidente della Repubblica, scrive libri e affida il suo grido di dolore alle note incolori di un sintetizzatore vocale. Dall'altra parte c'è una donna in stato vegetativo permanente, che ha più volte manifestato il suo attaccamento alla vita e alla libertà, ma il suono delle cui parole è stato inghiottito da un sonno senza risveglio.

Mettendo a fuoco l'obiettivo, tuttavia, l'impressione è quella per cui le analogie tra i due casi vadano ben al di là della mera contingenza di tipo cronologico. Sono due, in particolare, gli incroci alla cui intersezione si incontrano la storia di Piergiorgio e quella di Eluana: il primo è rappresentato dalla progressiva presa di consapevolezza della presenza, nel nostro ordinamento giuridico, di un vero e proprio "diritto di rifiutare le cure"; il secondo coincide con gli approdi della legge n. 219 del 2017.

2. La "eredità morale" dei casi Welby ed Englaro: 1) il diritto di rifiutare le cure

La sussistenza di un diritto di rifiutare le cure sembra potersi ricavare, senza particolari sforzi interpretativi, dall'art. 32 Cost., secondo comma o, ancor prima, dall'art. 13 Cost. e dal principio di inviolabilità della libertà personale.

Tralasciando in questa sede la questione di teoria generale relativa alla "giustiziabilità" come elemento costitutivo necessario della posizione giuridica soggettiva alla quale si attribuisce la qualifica di "diritto", è certamente curiosa l'idea, soprattutto se riferita a diritti personalissimi, secondo cui esisterebbero diritti riconosciuti a livello costituzionale che tuttavia sarebbero sprovvisti di tutela per mancata attuazione a livello di legge ordinaria. Quando però a venire in considerazione sono questioni di fine vita, una simile affermazione non è parsa sempre così eccentrica, come dimostra la vicenda giudiziaria relativa alla richiesta di Piergiorgio Welby di praticare il distacco del respiratore artificiale che lo teneva in vita.

Il "caso Welby", infatti, si articola in due "fasi". Welby si rivolge dapprima al dott. Casale e, a fronte del rifiuto opposto da quest'ultimo alla richiesta di praticare il distacco del ventilatore artificiale, tenta la via del ricorso *ex* art. 700 c.p.c. per ottenere un provvedimento che obblighi l'anestesista a

dar seguito alla sua richiesta, negato però dall'autorità giudiziaria¹. In questa occasione il Tribunale di Roma giunge alla spiazzante conclusione secondo cui esisterebbe un diritto del paziente a ottenere il distacco del respiratore, diritto dotato addirittura di fondamento costituzionale, eppure privo della necessaria attuazione a livello di legislazione ordinaria².

Visto il peggiorare delle proprie condizioni di salute, Welby contatta il dott. Riccio, che accetta di interrompere la respirazione artificiale. Si apre un procedimento per omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e, malgrado la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero, il Giudice per le indagini preliminari ordina di formulare l'imputazione (art. 409 c.p.p.). Il Giudice dell'udienza preliminare dichiara non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. ritenendo che il fatto, pur integrando nei suoi elementi (positivi) la fattispecie di cui all'art. 579 c.p., non sia punibile per la sussistenza della scriminante dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.)³.

A fronte di un esplicito *dovere* del medico di dar seguito all'interruzione di cure richiesta del paziente, sembra profilarsi con maggiore nitidezza il *diritto* di quest'ultimo a ottenere la corrispondente prestazione sanitaria. «Il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.»⁴: questa premessa vale anche qualora il rifiuto riguardi terapie salvavita e deve considerarsi operativa non solo nei rapporti tra lo Stato e il cittadino, ma anche in quelli tra il singolo medico e il paziente⁵. In nessun caso, di

¹ Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, in *Corr. mer.*, 4/2007, 461 ss., con *Il Commento* di G. CASABURI.

² Trib. Roma, 16 dicembre 2006, cit.: «il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente [...], ma trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento».

³ Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Dir. pen. proc.*, 1/2008, 59 ss., con nota di A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*. In argomento v. anche M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 3/2007, 902 ss.; F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2008, 1594 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2007, 1561 ss.; C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 5/2008, 1791 ss.; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, 9 ss.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 25 ss.

⁴ Trib. Roma, 23 luglio 2007, cit., 62.

⁵ *Ibidem*.

conseguenza, si può disattendere la tutela del diritto di autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario, che si estende anche all'ipotesi di rifiuto di nuova terapia e a quella (speculare) di interruzione della terapia già iniziata: «[...] il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanziandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione»⁶. Si tratta evidentemente di situazioni eccezionali, se si considera quanto l'istinto di conservazione sia radicato nell'essere umano e, soprattutto, si tratta di condotte che, richiedendo specifiche competenze di tipo medico, possono essere attuate solo da chi abbia le necessarie competenze mediche per farlo (non anche, per esempio, da un familiare del malato)⁷.

Le premesse in questione sono state significativamente ribadite dalla pronuncia del Consiglio di Stato relativa al caso Englaro, con cui si sono tracciati i contorni del diritto di rifiutare le cure nella cornice dei rapporti tra lo Stato e il cittadino.

Beppino Englaro, dopo aver ottenuto l'autorizzazione al distacco del sondino nasogastrico⁸, chiede che la Regione Lombardia metta a disposizione una struttura per l'esecuzione del "trattamento" in questione, ma la Direzione Generale Sanità respinge la richiesta. Beppino Englaro impugna avanti al TAR Lombardia la nota di diniego della Regione e il TAR accoglie il ricorso, annullando il provvedimento per aver illegittimamente vulnerato il diritto costituzionale di rifiutare le cure. La Regione Lombardia propone appello al Consiglio di Stato, che però conferma la decisione di primo grado. I giudici di Palazzo Spada rilevano che «a fronte del diritto, involabile, che il paziente ha, e – nel caso di specie – si è visto dal giudice ordinario definitivamente riconosciuto, di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta correlativamente l'obbligo, da parte dell'amministrazione sanitaria, di attivarsi e di attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, non potendo essa contrapporre a tale diritto una propria nozione di prestazione sanitaria né subordinare il ricovero del malato alla sola accettazione delle cure»⁹.

⁶ Trib. Roma, 23 luglio 2007, cit., 63.

⁷ Trib. Roma, 23 luglio 2007, cit., 62.

⁸ App. Milano, I sez. civ., 25 giugno 2008.

⁹ Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 44600, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2015, con nota di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: Il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*. Il Tar Lombardia, 6 aprile 2016, n. 650, ha condannato la Regione al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali per la decisione di

Erano dunque gettate le basi affinché il giudice tutelare di Cagliari, nell'ambito di una più consapevole "presa di coscienza" della giurisprudenza nazionale, giungesse *de plano* ad autorizzare il distacco del respiratore artificiale di Walter Piludu, paziente affetto da sclerosi laterale amiotrofica e capace di confermare al giudice stesso le proprie volontà¹⁰.

2.1. 2) La legge n. 219 del 2017

Le legge n. 219 del 2017, recante *norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*¹¹, può considerarsi per molti aspetti l'eredità morale di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro.

Si tratta di una legge che può a buon diritto definirsi "storica", anzitutto per aver infranto il tabù culturale che ha rappresentato negli ultimi decenni una pesante zavorra ai dibattiti sul tema¹² e in secondo luogo per aver posto fine ai (troppi) dubbi interpretativi registratisi anche su questioni "giuridicamente semplici".

L'art. 1, rubricato *Consenso informato*, stabilisce anzitutto al comma 5 che ogni persona capace di agire ha il *diritto di rifiutare* qualsiasi

impedire l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale.

¹⁰ Walter Piludu, ex Presidente della Provincia di Cagliari, affetto da sclerosi laterale amiotrofica, si trova tracheotomizzato e alimentato per via artificiale, conservando inalterate le proprie facoltà intellettive. Il 31 maggio 2016 l'amministratore di sostegno di Piludu presenta al Tribunale di Cagliari una richiesta volta a ottenere il distacco degli strumenti di sostegno vitale, dopo aver manifestato per iscritto la propria volontà in tal senso. Il giudice, durante una visita a domicilio, ha modo di accertare la persistente attualità della decisione del paziente, accogliendo di conseguenza la richiesta presentata dall'amministratore di sostegno: Trib Cagliari, 16 luglio 2016, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2017, 910, con nota di A. PISU, *Quando il "bene della vita" è la morte, una buona morte*. V. anche C. MAGNANI, *Il caso Walter Piludu: la libertà del malato di interrompere terapie salva-vita*, in *Forum costituzionale*, 8 dicembre 2016.

¹¹ Con particolare riguardo alla prospettiva penalistica S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2017, 975 ss.; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: risvolti penalistici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12/2017, 123 ss.; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 maggio 2018, 5 ss.; A. ESPOSITO, *Non solo "biotestamento": la prima legge italiana sul fine vita, tra aperture coraggiose e prospettive temerarie in chiave penalistica*, in *Cass. pen.*, 5/2018, 1815 ss.

¹² Sulla dimensione pregiudiziale dell'eutanasia e sugli inevitabili condizionamenti di tipo morale e culturale che subisce una trattazione "tecnica" della questione F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 75.

accertamento diagnostico o trattamento sanitario, così come ha il *diritto di revocare il consenso* già *prestato*, anche se ciò comporti l'*interruzione* del trattamento: si assiste così alla definitiva parificazione del dissenso opposto a un trattamento non ancora iniziato e quello che interviene a fronte di un trattamento già in corso di esecuzione.

Al fine di risolvere per via legislativa l'annosa questione relativa alla possibilità di ricondurre al *genus* "trattamento sanitario" anche le tecniche di sostegno vitale¹³, si precisa che la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale sono considerati trattamenti sanitari ai fini della nuova legge. Nessun cenno esplicito si rinviene a proposito della ventilazione artificiale, rispetto alla quale, probabilmente, il più consapevole grado di maturazione raggiunto in sede giurisprudenziale non ha reso necessaria una previsione esplicita: le bottigliette d'acqua esposte in segno di protesta per la decisione della Corte di cassazione in riferimento al caso Englaro, forse, costituivano un ricordo più vivido agli occhi del legislatore, fermo restando che un elenco più ampio delle "tecniche di sostegno vitale" sarebbe stato indubbiamente preferibile sul piano della tecnica legislativa.

Il medico, stabilisce il successivo comma 6 dell'art. 1, è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario e, in conseguenza di ciò, andrà esente da responsabilità civile o penale. Si precisa poi che il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, perché a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi professionali. Il comma 7, infine, prevede che nelle situazioni di urgenza il medico assicura le cure necessarie, rispettando la volontà del paziente se le circostanze e le sue condizioni cliniche consentano di acquisirla.

Non è chiara la natura giuridica della causa di esenzione della responsabilità penale del medico che dia seguito alla richiesta del paziente di rifiutare/interrompere il trattamento. Le soluzioni ipotizzabili al riguardo sono essenzialmente due: o si tratta di una causa di giustificazione che rende il fatto scriminato¹⁴ oppure si tratta di una «esenzione del medico dall'obbligo di garanzia»¹⁵, con conseguente esclusione di una condotta penalmente rilevante.

¹³ Per tutti L. D'AVACK, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici. Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 1929 ss., ad avviso del quale la prosecuzione forzata di pratiche di alimentazione e idratazione artificiali, indipendentemente dall'applicabilità dell'art. 32 Cost., sarebbe risultata contraria all'art. 13 Cost.

¹⁴ P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., 8: «l'irrelevanza penale prevista dall'art 1, comma 6, è però all'evidenza normativamente costruita quale scriminante».

¹⁵ F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1016. Anche F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 91, in riferimento alla "mera interruzione della terapia" (non,

La formula poco precisa adottata dal legislatore potrebbe spiegarsi se si ritiene che entrambe le soluzioni siano in realtà valide: la natura giuridica della causa di non punibilità potrebbe dipendere dal fatto che a venire in considerazione sia una condotta attiva oppure una condotta omissiva. La distinzione tra agire e omettere, che proprio nell'ipotesi del distacco di un apparecchio di sostegno vitale trova uno dei suoi banchi di prova più problematici, continua dunque a rappresentare una questione di evidente rilievo¹⁶.

L'art. 1, comma 6 fa riferimento al *rifiuto* del trattamento e alla sua *rinuncia*: quest'ultimo termine parrebbe riferirsi alle ipotesi di revoca del consenso, comprensive dell'interruzione del trattamento, di cui parla il precedente comma 5, mentre il concetto di "rifiuto" evoca l'ipotesi di un trattamento non ancora iniziato. La soluzione preferibile sembra quella di ragionare nei termini di una condotta omissiva nelle ipotesi di mero rifiuto di un trattamento non ancora iniziato: in questo caso l'omesso impedimento della morte del paziente non rappresenta un'omissione penalmente rilevante, posto che il diritto di rifiutare le cure da parte del paziente individua un limite alla posizione di garanzia nei confronti del malato. Nelle ipotesi della rinuncia a un trattamento già intrapreso, invece, dovrebbe ravvisarsi un'azione in senso stretto: a fronte del diritto del malato di chiedere l'interruzione sta il dovere del medico di dar seguito a quella richiesta, con la conseguente operatività della scriminante prevista dall'art. 51 c.p.¹⁷.

invece, alla disattivazione di macchine che tengono in vita il paziente), ritiene che quando il malato esercita il suo diritto di morire, la sua richiesta fa cessare l'obbligo giuridico di agire del medico, rappresentando anzi «limite al dovere di curare del medico».

¹⁶ *Contra* S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby*, cit., 1563, che non considerava determinante l'inquadramento della condotta come attiva od omissiva per "risolvere" la questione della responsabilità del dott. Riccio per la morte di Piergiorgio Welby.

¹⁷ F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, cit., 95; l'art. 32, secondo comma Cost. «se nel caso di mera interruzione della terapia opera come limite alla tipicità dell'omissione, nell'ipotesi di disattivazione della macchina integra il limite scriminante dell'art. 51 c.p.»; M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 911; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 71. Per l'impostazione secondo la quale (anche) il distacco delle macchine che tengono in vita il paziente costituirebbero una condotta omissiva, sia pur costituita da un *facere* sul piano meramente naturalistico (lo schema è quello della *Unterlassung durch Tun*) v. F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1017; C. ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, in *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt, 1969, 395 ss.; C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, in *NSiZ*, 1987, 349; K. ENGISCH, *Suizid und Euthanasie nach deutschen Recht als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, Enke, 1976, 315-316; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati a morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2007, 7. *Amplius* C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenshaltender medizinischer Behandlung*, Berlin, 1997, spec. 31 ss.

Secondo questa proposta ricostruttiva, dunque, in presenza di un'omissione mancherebbe la stessa condotta tipica, mentre nel caso di un'azione in senso stretto il fatto sarebbe scriminato, con le necessarie conseguenze in termini di formule assolutorie.

Il diritto di rifiutare le cure, come si è cercato di chiarire, non è certo stato “fondato” dalla legge n. 219 del 2017, rappresentando piuttosto una necessaria conseguenza degli artt. 13 e 32 Cost. che, sia pur faticosamente, la giurisprudenza nazionale ha contribuito a “stabilizzare”. Se si concorda sul fatto che alla nuova legge non possa riconoscersi un'efficacia costitutiva del diritto di rifiutare le cure, deve anche ritenersi che la clausola di esonero dalla responsabilità penale sia sostanzialmente superflua, trattandosi di conclusioni già ricavabili dal precedente assetto normativo. L'esperienza, ad ogni modo, insegna che in questa materia la prudenza non è mai troppa e, dunque, ben vengano disposizioni *ad abundantiam*, anche per chiarire che di fronte a richieste contrarie alla legge, alla deontologia o alle buone pratiche il medico non ha obblighi professionali.

3. Il caso Cappato e l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale

Continuando in quell'intreccio narrativo “a cascata” avviato dalle vicende di Piergiorgio Welby e di Fabiano Antoniani, la tappa successiva è rappresentata dalla questione di legittimità costituzionale sollevata nell'ambito del caso Cappato, che della legge n. 219 del 2017 è una conseguenza immediata e diretta.

Fabiano Antoniani (detto Fabo) è affetto da tetraplegia e cecità bilaterale corticale (dunque permanente) a seguito di un incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014. Non è autonomo per lo svolgimento delle basilari funzioni vitali (respirazione, evacuazione) né per l'alimentazione. La sua condizione gli cagiona gravi sofferenze fisiche, lasciando per contro inalterate le funzioni intellettive. Dopo il fallimento di numerose terapie riabilitative e presa coscienza dello stato irreversibile della propria condizione, Fabo matura la decisione di porre fine alle sue sofferenze, comunicando ai propri familiari il proposito di darsi la morte. Malgrado i tentativi di dissuasione, portati avanti soprattutto dalla madre e dalla fidanzata di Fabo, la sua scelta diviene sempre più radicata. Il 27 febbraio 2017, presso l'associazione svizzera *Dignitas*, Fabo trova la morte attraverso una pratica di suicidio assistito. Il giorno successivo Marco Cappato si presenta presso i Carabinieri di Milano,

dichiarando di aver accompagnato Fabiano Antoniani in Svizzera, affinché lo stesso potesse concretamente realizzare la propria decisione di darsi la morte.

Sono molte ed evidenti le affinità con il caso Welby. In entrambi le vicende, anzitutto, la malattia era tale da cagionare atroci sofferenze fisiche, lasciando però intatte le facoltà intellettive del paziente. Non è un caso che la lettera scritta da Welby al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano¹⁸ e il suo libro *Lasciatemi morire*, così come le dichiarazioni rilasciate da Fabo alla trasmissione televisiva *Le Iene* abbiano acquisito una specifica valenza probatoria nell'ambito dei rispettivi procedimenti penali.

Sia il "caso Cappato" sia il "caso Riccio", poi, sono segnati dalla richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero precedente, seguita però da un'ordinanza di imputazione coatta pronunciata *ex art.* 409 c.p.p., a conferma della scarsa chiarezza della normativa di riferimento (e/o dell'imbarazzo delle Procure messe di fronte al tragico dilemma di un "diritto ingiusto"). È diversa tuttavia la fattispecie contestata: per Mario Riccio si era ipotizzata una responsabilità per omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), mentre a Marco Cappato si è contestata la fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), visto che Fabiano Antoniani, mordendo un pulsante per attivare l'immissione del farmaco letale, si è dato la morte "per mano propria"¹⁹.

La Procura della Repubblica di Milano, presentando richiesta di archiviazione, ha ritenuto che la sola condotta della quale potesse discutersi fosse l'aiuto materiale prestato da Marco Cappato, per aver accompagnato in automobile Antoniani nel luogo prescelto per il suicidio assistito²⁰.

¹⁸ Il testo integrale della lettera è disponibile, tra l'altro, sul sito www.lucacoscioni.it.

¹⁹ V. sul punto le considerazioni di F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen.*, 2017, II, 38, ad avviso del quale la distinzione tra omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio viene fatta dipendere dal dato, marginale e fungibile, dell'attivazione del dispositivo "letale" da un soggetto terzo o del morituro. L'attenzione che le cliniche estere pongono alla circostanza in questione tradirebbe «un'ineliminabile inquietudine di fondo» degli "accompagnatori della morte", alla quale si farebbe fronte convertendo un "sostanziale" omicidio in un "formale" suicidio: la figura del "suicidio assistito" rischierebbe di rientrare «nell'ambito di quelle "slealtà semantiche" degli eufemismi linguistico-espandeziali, dell'antilingua, con cui l'ideologia libertaria nobilita certi dati della bioetica, ripulendoli di ogni significato negativo e accreditante o ammantandoli di significati positivi e riqualficanti, col proposito di zittire il contrario pensiero altrui».

²⁰ Procura Milano, Richiesta di archiviazione, 2 maggio 2017, spec. 7-8, su cui P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in www.penalecontemporaneo.it, 2/2017, 381 ss.

Il Giudice per le indagini preliminari, invece, ha ordinato di formulare l'imputazione per il reato di cui all'art. 580 c.p., sotto il profilo tanto dell'aiuto materiale quanto di quello morale. Sul piano dell'*aiuto morale*, Cappato avrebbe *rafforzato* il proposito criminoso di Antoniani, prospettandogli la possibilità di rivolgersi all'associazione svizzera *Dignitas* e, successivamente, adoperandosi per mettere in contatto i familiari con l'associazione in questione e per aver fornito loro il necessario materiale informativo²¹. Sul versante dell'*aiuto materiale*, Cappato, come anticipato, avrebbe *agevolato* il suicidio di Antoniani, trasportandolo in auto da Milano alla cittadina svizzera Pfaffikon, sede dell'associazione *Dignitas*²².

La Corte d'Assise di Milano ha escluso una responsabilità penale dell'imputato per ciò che attiene all'aiuto morale: l'istruttoria avrebbe ampiamente dimostrato che Cappato è entrato in contatto con Antoniani quando quest'ultimo non solo era già a conoscenza delle attività svolte da *Dignitas* (aveva addirittura pagato la quota associativa), ma soprattutto aveva maturato, tanto autonomamente quanto tenacemente, la decisione di porre fine alle atroci sofferenze derivanti dalla sua condizione patologica. Resta invece un possibile profilo di rilevanza penale della condotta tenuta da Cappato sul piano del mero aiuto materiale, posto che non è mai stato in discussione, rappresentando per contro la "ragione" del procedimento a suo carico, il fatto che l'imputato abbia accompagnato in auto Fabo in Svizzera, presso la sede di *Dignitas*²³.

Si trattava di chiarire, in particolare, se l'art. 580 c.p. dovesse trovare applicazione anche in presenza di un *aiuto meramente materiale*, fornito a chi abbia già maturato un fermo proposito suicidario e che, in ogni caso, non riveli una connessione "immediata e diretta" con l'esecuzione del suicidio stesso. Ad avviso della Corte d'Assise di Milano, il "diritto vivente" avrebbe imposto di rispondere in senso affermativo, vista la nozione ampia di "aiuto al suicidio" che si sarebbe affermata nella giurisprudenza di legittimità²⁴ e

²¹ Gip Milano, Ordinanza per la formulazione dell'imputazione a seguito di richiesta di archiviazione non accolta, 10 luglio 2017, 7, in cui si precisa che il rafforzamento dell'altrui volontà e l'agevolazione dell'altrui suicidio attengono a una fattispecie concreta: inseriscono a "quel suicidio", non a una generica volontà di morire. Antoniani, quindi, fu «consapevole e libero di suicidarsi, ma questa sua libertà fu esercitata dopo essere stato corroborato e guidato nella sua volontà».

²² Gip Milano, Ordinanza per la formulazione dell'imputazione a seguito di richiesta di archiviazione non accolta, cit., 7 ss.

²³ Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, 3.

²⁴ In realtà non è dato ravvisare una giurisprudenza consolidata in riferimento all'art. 580 c.p., visto che la fattispecie in questione ha conosciuto applicazioni a dir poco sporadiche. Il *leading case* in materia (sostanzialmente l'unico), è costituito dal "caso Munaò" in

riferimento a una vicenda che, pare opportuno sottolinearlo, nulla ha a che vedere con il suicidio assistito come strumento per porre fine a gravi e irreversibili patologie. Il caso era quello di due giovani studenti, tra i quali era matura un'intensa amicizia, che, attraversando un periodo particolarmente difficile per disagi esistenziali riconducibili a delusioni amorose e insuccessi scolastici, maturarono insieme il proposito di togliersi la vita. Chiusisi nella villetta di proprietà di uno dei due, decisero di darsi la morte per soffocamento, attraverso delle bombole del gas. Dopo un primo tentativo non riuscito, uno dei due amici perse la vita. L'altro, recuperati i sensi, decise di desistere dal proposito: aprì le finestre, provò a salvare l'amico che però nel frattempo era morto e, accendendosi distrattamente una sigaretta, cagionò una violenta esplosione, che pur provocandogli delle ustioni, lo lasciò in vita. In quell'occasione, la Corte di Assise aveva ritenuto che, secondo una lettura dell'art. 580 c.p. conforme al principio di necessaria offensività, le sole condotte di aiuto penalmente rilevante sarebbero state quelle che avessero esercitato un'apprezzabile influenza nel processo formativo della volontà della vittima (Ass. Messina, 10 giugno 1997, in *Giur. merito* 1998, 731, con nota di E. FELICI, *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*). Ad avviso della Corte di cassazione, invece, un'interpretazione di questo tipo sarebbe contraria alla lettera e allo spirito dell'art. 580 c.p., con il quale il legislatore ha inteso punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o agevolazione dell'altrui proposito, liberamente maturato, di porre fine alla propria vita: quest'ultima condotta potrebbe concretizzarsi «fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo difficoltà o ostacoli che si frappongono alla realizzazione del proposito ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo giuridico di impedire la realizzazione dell'evento». Così Cass., Sez. I pen., 6 febbraio 1997, n. 3147, Munaò, in Cass. pen., 3/1999, 871, con nota di C. BISACCI, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*; in *Riv. it. med. leg.*, 2/2000, con nota di F. INTRONA, *Il suicidio è un omicidio ruotato di 180°?* In un caso più recente, relativo peraltro a una condotta analoga a quella contestata a Marco Cappato (Il caso è quello che ha visto imputato Angelo Tedde per aver accompagnato in auto l'amica Oriella Cazzanello a Basilea, presso la struttura della Fondazione *Lifecircle Eternal Spirit*, dove il 30 gennaio 2014 veniva attuato il suicidio assistito della donna), la giurisprudenza di merito ha proposto una lettura restrittiva dell'aiuto materiale al suicidio, pur senza ricondurlo integralmente al fenomeno istigativo. La difesa dell'imputato aveva chiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 580 c.p. che, in maniera sproporzionata, punirebbe allo stesso modo condotte che concorrono alla determinazione volitiva dell'aspirante suicida e condotte di mera agevolazione materiale del suicidio stesso. Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 308, con nota di SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*; sulla stessa pronuncia v. anche F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., 31 ss, ritenendo infondata la questione e valorizzando le conclusioni della sentenza Munaò, ha precisato che la condotta tipica prevista dall'art. 580 c.p. è quella di *agevolazione dell'esecuzione del suicidio*, la quale può riferirsi solo alle condotte *direttamente e strumentalmente connesse all'attuazione materiale del suicidio* e che si pongono quale condizione facilitante nel momento strettamente esecutivo del suicidio stesso. Le condizioni in questione non sarebbero rispettate nel caso di chi si limiti ad accompagnare in automobile una persona che ha deciso autonomamente di andare a morire, che si è già sottoposta a tutti i necessari accertamenti e che non avrebbe avuto

che presenterebbe evidenti profili di illegittimità costituzionale. La rilevanza penale delle condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento dell'altrui proposito suicidario, sarebbe in contrasto con artt. 3, 13 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU. Si è poi censurato il trattamento sanzionatorio sotto il profilo della proporzionalità, posto che per le condotte di mera agevolazione materiale al suicidio la legge prevede la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione alcuna rispetto alle condotte di istigazione.

Una delle argomentazioni più significative portate dai giudici milanesi è indubbiamente quella che attiene al bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p. Se sullo sfondo originario della disposizione si individua chiaramente la sacralità/indisponibilità della vita umana in relazione agli obblighi sociali ritenuti preminenti dal regime fascista²⁵, il principio personalistico che informa la Costituzione repubblicana impone di mettere al centro l'individuo e la sua capacità di autodeterminazione²⁶. La Carta fondamentale non prevede un obbligo di curarsi, garantendo anzi a ciascuno il potere di disporre del proprio corpo e ammettendo interventi coattivi sulla salute del singolo solo nei casi eccezionali previsti dalla legge e solo per evitare di creare pericolo per gli altri.

Con l'ordinanza n. 207 del 2018²⁷ la Corte costituzionale ha optato per una soluzione *prima facie* insolita, almeno sul piano strettamente procedurale: pur ravvisando alcune criticità nell'attuale disciplina dell'aiuto al suicidio e pur ritenendo che lo strumento più adatto ad emendarle sia la penna del legislatore, il Giudice delle Leggi ha preferito non ricorrere al consueto e collaudato strumento della sentenza monito, ma, «facendo

difficoltà alcuna a raggiungere la clinica: in questo caso la condotta dell'accompagnatore diverrebbe un apporto del tutto fungibile e, pur comportando una obiettiva facilitazione del viaggio, non avrebbe alcuna diretta connessione con l'esecuzione del suicidio e, dunque, dovrebbe considerarsi penalmente irrilevante..

²⁵ Valgano per tutte le considerazioni di VANNINI, *Delitti contro la vita*, Milano, 1946, 117-118, il quale riteneva che l'art. 579 c.p. fosse «fuori posto nell'ordine sistematico del codice» perché, più che un delitto contro la persona, doveva considerarsi un delitto volto a tutela l'interesse statale alla potenza demografica della Nazione. L'omicidio del consenziente «colpisce un bene che è nella persona, ma non è più della persona»: il soggetto passivo non è l'individuo, ma lo Stato e l'uomo diviene dunque mero oggetto materiale del reato.

²⁶ Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, cit., 7.

²⁷ Sulla quale v. i contributi raccolti nel volume *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, ESI, 2019.

leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», ha disposto il rinvio del giudizio al 24 settembre 2019. L'obiettivo dichiarato è quello di consentire un intervento del Parlamento che adegui la risposta dell'ordinamento alle indicazioni provenienti dal contesto costituzionale.

L'impianto motivazionale dell'ordinanza n. 207 del 2018 può essere idealmente scomposto in due parti, dalla cui lettura congiunta si ricava un tentativo di delimitazione del "campo di indagine" che, a sua volta, sembra rispondere a una doppia finalità. Da una parte, si edificano degli argini robusti, per impedire che il piano su cui è adagiato (in equilibrio precario) l'aiuto al suicidio si inclini troppo, fino a trasformarsi nel famigerato pendio scivoloso e ingovernabile; dall'altra parte, la Corte si è assunta la responsabilità di non abbassare gli occhi²⁸, mettendo in evidenza le più plateali incongruenze che emergono dall'attuale quadro normativo.

1) Quanto al primo aspetto, la Corte afferma, in maniera apparentemente perentoria, che «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione»²⁹. La scelta, dunque, è quella di "salvare" l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, generalmente e genericamente inteso, e senza che a venire in considerazione siano le specifiche questioni poste dai soggetti affetti da malattie irreversibili. Tralasciando il dettaglio delle singole argomentazioni addotte, sul versante tanto dell'art. 2 Cost. quanto degli artt. 2 e 8 CEDU, pare interessante sottolineare il mancato accoglimento, da parte della Consulta, del cambio di paradigma relativo al bene giuridico tutelato, pure proposto con forza dal giudice *a quo*: secondo la tesi di quest'ultimo, in effetti, il bene giuridico sotteso all'art. 580 c.p. andrebbe individuato non più nella vita, come nelle logiche stataliste e statolatriche del codice Rocco, ma nella libertà di autodeterminazione del singolo, con la conseguente necessità di non considerare penalmente rilevanti condotte di aiuto rivolte a un soggetto liberamente e autonomamente determinatosi al suicidio. La Corte costituzionale, viceversa, continua ad assumere quale punto di riferimento l'esigenza di tutelare il bene della vita³⁰,

²⁸ Come auspicato da V. MANES, *Note di udienza*, in *Giurisprudenza penale Web*, 5 novembre 2018, 14, sottolinea la scelta, da parte della Corte costituzionale, di non occultare il problema, sebbene senza approdare a una sentenza manipolativa, anche S. PRISCO, *Il caso Cappato*, cit., 156.

²⁹ Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 8 del *Considerato in diritto*.

³⁰ V. in particolare Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 8 del *Considerato in diritto*: «neppure [...] è possibile desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio

enfaticamente la condizione di particolare vulnerabilità in cui versano (*rectius*: potrebbero versare) i soggetti che si orientano a favore di una scelta estrema e irreparabile: spesso, infatti, si tratta di persone «malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine»³¹. La prospettiva in questione risulta indubbiamente significativa, se non altro perché da uno spostamento del fuoco di tutela dalla vita alla libertà individuale sarebbero potute derivare conseguenze di rilievo anche in riferimento alla tenuta della fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), in cui, per definizione, il soggetto passivo presta un consenso libero e consapevole³².

2) Nella seconda parte dell'ordinanza n. 207 del 2018, la Corte ha cura di sottolineare la peculiarità di quelle ipotesi «in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»³³. Come avvenuto, per l'appunto, per Fabiano Antoniani. In questi casi, osserva la Consulta, l'assistenza da parte di terzi potrebbe rappresentare «l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.».

La legge n. 219 del 2017 ha esplicitamente riconosciuto a ogni persona capace di agire il diritto di rifiutare o di interrompere qualsiasi trattamento sanitario, anche se necessario alla propria sopravvivenza. Il punto è che Fabiano Antoniani, pur bisognoso del respiratore artificiale, non ne era completamente dipendente, con la conseguenza per cui il distacco dello stesso avrebbe comportato la morte del paziente solo dopo alcuni giorni: proprio per questa ragione Dj Fabo aveva infine optato per una pratica di suicidio assistito in Svizzera. Trattando questa ipotesi in maniera differente da quella, per intendersi, riassunta dal caso Welby, si verrebbe a

da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita, che il rimettente fa discendere dagli artt. 2 e q3, primo comma, Cost.».

³¹ Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 6 del *Considerato in diritto*.

³² Per più ampie considerazioni al riguardo sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita*, in *Giurisprudenza penale Web*, 14 ottobre 2018, 6 ss.

³³ Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 8 del *Considerato in diritto*.

determinare una vera e propria disparità di trattamento tra il soggetto per cui l'unica via praticabile sia quella dell'interruzione "*tout court*" di un trattamento in atto e il soggetto per il quale questa via, pur materialmente percorribile, cagionerebbe sofferenze chiaramente più atroci di quelle che conseguirebbero all'intervento di un soggetto terzo che lo "aiuti a morire".

A nulla varrebbe opporre, in questo caso, l'argomento della particolare vulnerabilità di soggetti che si trovino in una condizione assimilabile a quella di Fabiano Antoniani: «è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze sono solitamente ascrivibili a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione». Se, altrimenti detto, il consenso informato "funziona" nelle situazioni prese in considerazione dalla legge n. 219 del 2017, dovrebbe poter operare anche in vicende che differiscono da quelle disciplinate dal legislatore solo per un contingente profilo di carattere naturalistico-causale.

Come già precisato, tuttavia, la Corte ritiene che una pronuncia di accoglimento della questione, pur significativamente "ritagliata" rispetto a quella sollevata dai giudici milanesi, lascerebbe aperti profili di criticità evitabili solo con un intervento da parte del Parlamento, il quale, sempre ad avviso della Consulta, potrebbe concretizzarsi in una modifica della legge n. 219 del 2017. Tra le preoccupazioni più significative che emergono dall'ordinanza n. 207 del 2018 si segnalano: il rischio che «qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – possa lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino»; le lacune che verrebbero a determinarsi in riferimento alle «modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale

sanitario coinvolto nella procedura»; il rischio di una prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda, secondo quanto previsto dalla legge n. 38 del 2010.

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

3.1. *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale*³⁴

Il calendario è giunto a segnare la data del 24 settembre 2019 senza che la situazione legislativa avesse subito mutamento alcuno rispetto a quello che la Corte costituzionale aveva considerato “a rischio di legittimità”. Con la sentenza n. 242 del 2019 il Giudice delle Leggi prende atto «di come nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza»³⁵. «In assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento», continuano i giudici costituzionali, «questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato con l’ordinanza n. 207 del 2018»³⁶. Potrebbe pur sempre obiettarsi che in realtà il Legislatore una scelta l’avesse già compiuta: la legge n. 219 del 2017, infatti, è di pochi mesi antecedenti all’ordinanza n. 207 del 2018 e in quella legge non erano comprese anche le situazioni indicate dalla Corte costituzionale³⁷. Come a dire: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

La Corte, ad ogni modo, ha ritenuto inascoltato il suo monito e, confermando le premesse della precedente ordinanza, ne ha tratto tutte le necessarie conseguenze, prevenendo a una pronuncia di parziale accoglimento e dichiarando l’art. 580 c.p. illegittimo «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e*

³⁴ Sebbene la sentenza n. 242 del 2019 sia successiva alla data del Convegno di cui in questo volume si raccolgono gli atti, si è ritenuto comunque opportuno integrare il testo del contributo con alcune riflessioni sulla pronuncia in questione.

³⁵ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, punto 3 del *Considerato in diritto*.

³⁶ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, punto 4 del *Considerato in diritto*.

³⁷ L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzione, in Il caso Cappato*, cit., 131.

di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»³⁸.

Sono almeno quattro i passaggi logico-argomentativi della sentenza n. 242 del 2019 che meritano di essere evidenziati.

1) L'ordinanza n. 207 del 2018 ha già circoscritto con sufficiente precisione le situazioni in rapporto alle quali l'indiscriminata penalizzazione dell'aiuto al suicidio pone dei problemi di compatibilità con i principi costituzionali³⁹. A quella delimitazione, dunque, la sentenza n. 242 del 2019, non può far altro che rinviare, sia pur con qualche precisazione ulteriore.

Tra le condizioni individuate dalla Corte, come già precisato, c'è anche quella per cui il soggetto che richiede il suicidio sia dipendente da trattamenti di sostegno vitale. Si tratta di un "requisito" non rispettato in processi ancora in corso, a partire da quello apertosi a seguito della morte di Davide Trentini e che vede imputati Marco Cappato e Mina Welby: è quindi possibile che a questo punto saranno sollevate questioni di legittimità per situazioni "analoghe" a quelle di Fabo, che qualche giudice potrebbe giudicare irragionevolmente attratte della perdurante sfera di rilevanza penale dell'aiuto al suicidio.

2) In assenza di una disciplina legislativa che definisca "la procedura" da seguire, il punto di riferimento più evidente è rappresentato dalla legge n. 219 del 2017: la declaratoria di incostituzionalità, infatti, riguarda esclusivamente l'aiuto al suicidio fornito a favore di soggetti che potrebbero, in alternativa, lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari in corso e necessari alla loro sopravvivenza, ma per i quali, come avvenuto per Fabiano Antoniani, la scelta in questione comporterebbe ulteriori sofferenze cui il soggetto non intende sottoporsi⁴⁰.

³⁸ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, PQM.

³⁹ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰ *Ibidem*.

3) Il riferimento alla legge n. 219 del 2017 implica anche che la materia considerata debba ricondursi entro la cornice del rapporto medico-paziente, con l'ulteriore conseguenza per cui la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio deve restare affidata al servizio sanitario nazionale. La Corte costituzionale ritiene però che, vista la delicatezza degli interessi in gioco, debba essere assicurato anche l'intervento di un organo collegiale terzo, individuato nei comitati etici territorialmente competenti⁴¹.

La relazione medico-paziente, ad ogni modo, viene in considerazione per ciò che attiene alla acquisizione del consenso e alla procedura successiva, non già in riferimento ai soggetti rispetto ai quali opera la non punibilità *ex art. 580 c.p.*: quest'ultima, in effetti, si riferisce non solo ai medici che pongano in essere la pratica di suicidio assistito, ma anche a coloro che, come Marco Cappato, pur sprovvisti di una specifica qualifica professionale, forniscano un aiuto meramente materiale alla procedura medicalizzata "gestita" da altri.

Per quanto riguarda la natura giuridica della "causa di non punibilità" introdotta dalla pronuncia della Corte costituzionale, lo schema più frequentemente evocato-invocato è quello delle scriminanti procedurali. La categoria delle scriminanti procedurali, come ampiamente noto, è emersa nell'esperienza giuridica tedesca in riferimento alla normativa in materia di interruzione di gravidanza, e si riferisce alla possibilità che un certo fatto sia scriminato in ragione della mera osservanza di una procedura stabilita dalla legge⁴². Si tratterebbe, in buona sostanza, di una via mediana tra il divieto e la liberalizzazione di certe attività⁴³, a partire da quelle "eticamente pregnanti".

4) La Consulta affronta anche *ex professo* la delicata questione dell'obiezione di coscienza, che pressoché inevitabilmente si trova chiamata in causa a fronte di tematiche eticamente sensibili. La Corte precisa che la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. «si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Strafen im Rechtsstaat*, Nomos, 2000, 109 ss.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1269 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, ESI, 2018, spec. 69 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, 2008, 279 ss.

⁴³ M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 908.

suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere in tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»⁴⁴.

Con quest'ultima considerazione si torna nuovamente alla dialettica diritto-dovere nelle questioni di fine vita. Come già precisato, un momento di "svolta" è stato certamente rappresentato, nei casi Welby ed Englaro, dal riconoscimento che esiste un diritto del paziente a rifiutare le cure, cui fa da *pendant* un dovere del medico (e dello Stato) di dar seguito a quella richiesta. L'art. 1, comma 6 della legge n. 219 del 2017, non a caso, stabilisce che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», con conseguente esclusione della sua responsabilità civile e penale. Non si precisa, in maniera esplicita, quali sarebbero le conseguenze derivanti da un rifiuto del medico di dar seguito alla richiesta del paziente: potrebbe ipotizzarsi, per esempio, una omissione d'atti d'ufficio per ragioni di sanità⁴⁵.

Nella legge n. 219 de 2017, inoltre, manca un'esplicita regolazione dell'obiezione di coscienza⁴⁶.

Il passaggio argomentativo in questione, allora, rappresenta forse il "disallineamento" più evidente della sentenza n. 242 del 2019 rispetto a quanto previsto dalla legge in materia di consenso informato. Non si introduce un dovere del medico analogo a quello che opera quando a venire in considerazione sarebbe la fattispecie più grave di omicidio del consenziente: la richiesta del paziente è "legittima", ma il medico può decidere liberamente se dare seguito e quella che, più che una pretesa, resta una aspirazione del malato. L'impressione, altrimenti detto, è che il paziente non si veda riconosciuto un "diritto pieno" di essere aiutato a morire, anche quando versi in condizioni che gli consentirebbero di rientrare nell'ambito applicativo della legge n. 219 del 2017 e che, quindi, gli attribuirebbero il diritto (questa volta in senso stretto) di chiedere che altri pongano in essere la condotta dalla quale derivi causalmente la morte.

Si tratta di verificare se la differenza "minima" sul piano naturalistico tra chi, per intendersi, versi in una condizione assimilabile a quella di

⁴⁴ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 242, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Così P. PIRAS, nella relazione *Un caso precedente all'approvazione della legge n. 219: la vicenda umana e giudiziaria di Giovanni Nuvoli*, svolta in occasione del Corso della Scuola Superiore della Magistratura, Struttura territoriale della Basilicata, svoltosi a Matera nei giorni 24 e 25 settembre 2019.

⁴⁶ In argomento E. CANALE, I. DEL VECCHIO, *La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-bis.

Piergiorgio Welby e chi invece si trovi in una situazione analoga a quella di Fabiano Antoniani, renda ragionevole una diversificazione nella risposta da parte dell'ordinamento.

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

La centralità che la Corte costituzionale ha attribuito al servizio sanitario nazionale nella gestione delle questioni di fine vita risponde certamente al condivisibile intento di evitare che gli “angeli della morte” si trasformino in “commercianti della morte”, pronti a ridurre la sofferenza altrui a merce da scambiare in un macabro mercato alimentato dalla disperazione della malattia.

Si tratta però di una indicazione che, a ben vedere, potrebbe proiettarsi in uno scenario più ampio: il servizio sanitario nazionale è chiamato a farsi garante della decisione di chi intenda porre fine alle sofferenze che giudica intollerabili, ma anche, e in via preliminare, di chi intenda vivere la propria esistenza biologica fino all'ultimo istante.

Al contenzioso quantitativamente poco significativo generato dalle “pratiche eutanasiche”, del resto, fa da contraltare la sconcertante ordinarietà con cui le questioni di fine vita si (im)pongono nelle corsie d'ospedale, nel silenzio delle case che ospitano e qualche volta nascondono i pazienti e le loro famiglie, in certe strutture di ricovero per malati terminali che rischiano di somigliare più a un lazzaretto disperato e disperante che a un protettivo rifugio in cui, ostinatamente, si “scelga” di continuare a “vivere”. Il sistema sanitario nazionale, inutile negarlo, non sempre riesce a rispondere in maniera adeguata alla supplicante richiesta di chi le cure non intende rifiutarle ma ottenerle, pur a fronte di sofferenze atroci che consumano il corpo e lo spirito. Se la questione fosse osservata attraverso una lente un po' meno appannata da riflessi filosofico-giuridici, susciterebbero forse un sorriso amaro le raffinate e appassionate discussioni attorno a un preteso paternalismo, non importa se *hard* o *soft*, praticato da uno Stato al quale sta a cuore che il singolo “per il suo bene, non si faccia del male”, ma i cui cittadini, che magari di Feinberg o Dworkin fanno poco o nulla, hanno spesso l'impressione che la tutela della propria salute assuma la consistenza di un mero “diritto di carta”, almeno per chi non disponga di risorse economiche che consentano di aggirare le liste di attesa, di accedere alle strutture più all'avanguardia, di ottenere un'assistenza dignitosa in presenza

di malattie che mettono a dura prova anche la dignità più volenterosa⁴⁷.

Ben venga allora, da qualunque precomprensione ideologica si muova, un dibattito partecipato sui temi compendiatì sotto la discussa etichetta della eutanasia. Ben venga, allora, il coraggio di chi ritiene che la sofferenza di una scelta in apparenza “controintuitiva”, come quella di darsi o farsi dare la morte, non sia solo un fatto privato, ma una questione pubblica. Ben venga, allora, il tentativo di comprendere non solo (e non tanto) da che parte possa stare la Giustizia, ma (almeno) da che parte debba stare il Diritto. Perché, anche se quando i riflettori si accendono sul palcoscenico delle scelte di fine vita la loro luce rischia di abbagliare lo spettatore che vada alla ricerca della soluzione “più giusta”, è pur sempre preferibile il bagliore accecante di un faro acceso, anziché il buio assordante di un’inerte indifferenza.

⁴⁷ «[...] non c'è nulla da fare: il problema è sempre nello scarto tra l'affermazione formale e l'attuazione dei diritti, scarto che aumenta nelle congiunture di particolare difficoltà economica»: O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2018, 921.

Giovanna Pistorio

La riaffermazione della viva vox constitutionis nel caso Englaro. Spunti di riflessione a dieci anni dall'epilogo della vicenda.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il “caso” – 3. I diritti “feriti” – 4. La dignità umana: il «diritto dei diritti» – 5. Le *illogiche* reazioni della politica – 6. Dalla riaffermazione della *viva vox constitutionis* al “seguito” legislativo.

1. *Premessa*

Molti, diversi e inestricabilmente connessi i profili giuridici coinvolti nella dolorosa, drammatica e complicata vicenda, giuridicamente quanto distaccatamente, nota come il “caso Englaro”.

A più di dieci anni dall'epilogo del drammatico fatto e a fronte delle prime applicazioni della legge n. 217 del 2019, nonché dei primi dubbi sulla legittimità costituzionale della stessa¹, occorre riflettere sulla capacità, sul ruolo, sulla funzione assoluta, in tale occasione, dalla Costituzione, nell'illuminare, come «la luce di un faro» nella notte, l'oscurità di un'indubbia «barbarie giuridica» e politica².

2. *Il “caso”*

Come noto, la questione traeva origine dal ricorso sollevato dinanzi al Tribunale di Lecco dal sig. Beppino Englaro, quale tutore della figlia interdetta Eluana Englaro, al fine di ottenere l'emanazione di un ordine di interruzione dell'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che teneva in vita la donna, sin dal 1992, a partire da quando, a seguito di un incidente stradale, si trovava in stato di coma vegetativo, permanente e irreversibile.

¹ Cfr. Corte sent. n. 144 del 2019.

² In tal senso, si esprimeva G. LUCCIOLI, Presidente della Prima sezione civile della Cassazione, a seguito della pronuncia n. 21748 del 2007.

In vero, a seguito dell'incidente, i genitori, consapevoli che la figlia, «un autentico purosangue, una ragazza con un innato e sviluppatissimo senso della dignità (...), la Libertà allo stato puro (...), non avrebbe mai concepito che qualcuno potesse disporre della sua vita senza dialogare con lei», chiedevano di parlare con i medici, in merito ai trattamenti sanitari cui sottoporre la figlia.

Una richiesta del tutto vana.

Nei primi giorni immediatamente successivi al ricovero, senza il consenso dei genitori, Eluana veniva sottoposta a una tracheotomia, senza la quale, con ogni probabilità, non sarebbe sopravvissuta. Iniziava così per Eluana e per la sua famiglia una condizione di vita, se così poteva definirsi, in una surreale quanto dolorosa condizione di limbo, alla quale sarebbe dovuta rimanere appesa, per ragioni deontologiche, fino a quando non si fosse realizzata la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo, ovvero fino alla dichiarazione di morte cerebrale.

Non è stato questo l'epilogo della vicenda, conclusasi, invece, con l'interruzione dell'alimentazione forzata, avvenuta però dopo diciassette lunghissimi anni segnati dall'instancabile tenacia di una battaglia giuridica, politica e istituzionale, condotta dai genitori.

Un'ineguagliabile battaglia *personale* per risolvere un «grande caso costituzionale»³.

Acclarato che «Ogni società in cui la *garanzia dei diritti* non è assicurata, né la *separazione dei poteri* stabilita, non ha una costituzione»⁴, è indubbio che, nel caso di specie, in entrambe le sue due prospettive, l'essenza stessa del costituzionalismo è stata violata, calpestata, pregiudicata.

3. I diritti "feriti"

Per poter comprendere la duplice lesione arrecata al "cuore" del costituzionalismo, occorre ricostruire, sia pur brevemente, i momenti della vicenda.

A seguito della richiesta avanzata dal padre della ragazza, il Tribunale di Lecco dichiarava inammissibile il ricorso e infondati i profili di legittimità costituzionale prospettati dal ricorrente. In assenza di una specifica disciplina normativa, il giudice ricorreva ai principi generali, vale a dire, nel caso di

³ Così definito da T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in www.forumcostituzionale.it, 1.

⁴ Art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789. Corsivo aggiunto.

specie, agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione per tentare un adeguato bilanciamento.

D'altra parte, come noto, se è vero che «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore», è altresì indubbio che nell'eventuale «situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione (...) dei beni costituzionali»⁵. Si tratta di una sorta di «delega al giudice ordinario», al fine di «fornire la migliore garanzia dei diritti costituzionali (...) a traverso la ricerca della interpretazione più adeguata alla composizione di diversi interessi»⁶.

Chiaro è che, qualora le norme costituzionali siano espressione di principi che a loro volta positivizzano valori, il bilanciamento può risultare davvero difficile poiché i valori, «interpretabili in modo diverso secondo l'ideologia assunta dall'interprete»⁷, diventano, spesso, tendenzialmente inconciliabili⁸. Ecco allora la necessità dell'operatore giuridico di *scegliere*. Escludendo che la scelta, benché discrezionale, sia arbitraria e ritenendo che i principi costituzionali, pur aspirando all'assolutezza, «non sono nel concreto ordinabili secondo una gerarchia predefinita ed astratta» - eccezion fatta per i principi supremi, se esaminati rispetto alle altre norme costituzionali⁹ - è fondamentale il riferimento al caso concreto. Esso gioca un ruolo decisivo, «è la molla dell'interpretazione»¹⁰, rappresentando il *fatto* al quale il *diritto* va plasmato. È la risoluzione del caso specifico che spinge infatti il giudice a ricorrere, tra i vari strumenti a sua disposizione, al criterio adeguato alla decisione¹¹. Il «caso», dunque, «preme sul diritto in vista della sua regola»¹². Nell'interpretazione del diritto e in particolare nel bilanciamento tra principi, l'attività del giudice consiste nel raggiungere un collegamento tra il fatto e il diritto, ovvero tra il caso da regolare e la norma da applicare. In altri termini, il giudice deve orientare il caso alla norma e poi la norma al caso «fino a farli «combaciare» in un risultato appagante su entrambi i lati»¹³.

⁵ Corte cost., sent. n. 347 del 1998.

⁶ Così, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 35.

⁷ In tal senso, cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, 1992, 9.

⁸ Così, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 13.

⁹ Corte cost., sent. n. 1146 del 1988.

¹⁰ In tal senso, cfr. G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996, 15.

¹¹ Sui criteri metodici che orientano l'interprete nelle operazioni di bilanciamento dei diritti fondamentali, cfr. G. SCACCIÀ, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, Milano, 2000, 348 ss.

¹² In tal senso, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 255.

¹³ Così, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 176.

Il conseguimento di tale obiettivo avviene tramite l'interpretazione, intesa come «esperienza di risoluzione di problemi», ovvero un'attività «mossa da finalità essenzialmente pratiche»¹⁴. È in tale prospettiva che «la controversia è produttiva di diritto», ovvero il fatto genera la norma regolatrice del caso¹⁵. Il che appare ancor più lampante quando, in assenza di una specifica disposizione, il giudice deve formulare quella regola che trova la sua giustificazione nel sistema.

In questo percorso bidirezionale, dunque, «il diritto è sempre in funzione del caso» e «il caso è sempre ragion d'essere del diritto»¹⁶.

Nel caso di Eluana Englaro, il fatto che la donna non fosse in grado di manifestare la propria volontà ha spinto il Tribunale di Lecco a ritenere che se «un trattamento terapeutico o di alimentazione, anche invasivo, indispensabile a tenere in vita una persona non capace di prestarvi consenso non solo è lecito, ma dovuto, in quanto espressione del dovere di solidarietà posto a carico dei consociati (...), in base agli artt. 13 e 32 Cost. (...) *se la persona non è capace di intendere e di volere il conflitto tra diritto di libertà e di autodeterminazione e il diritto alla vita è solo ipotetico e deve risolversi a favore di quest'ultimo*, in quanto, non potendo la persona esprimere alcuna volontà, non vi è alcun profilo di autodeterminazione o di libertà da tutelare».

Analoga la prospettiva di bilanciamento tra i diritti in gioco manifestata dalla Corte di Appello di Milano, dinanzi alla quale era stato proposto reclamo avverso il decreto del Tribunale di Lecco. Nella decisione del 16 dicembre 2006, si legge infatti che «non vi sarebbe alcuna possibilità di accedere a distinzioni tra vite degne e non degne di essere vissute, *dovendosi fare riferimento unicamente al bene vita costituzionalmente garantito*, indipendentemente dalla qualità della vita stessa e dalle percezioni soggettive che di detta qualità si possono avere (...), tanto più che, alla luce delle disposizioni interne e convenzionali, la vita è un bene supremo, non essendo confutabile l'esistenza di un "diritto a morire"».

Innegabile, dunque, che in entrambi i gradi di giudizio il bilanciamento sia stato risolto a favore del diritto alla vita, sulla scorta di un'interpretazione del valore costituzionale della dignità ispirata «a una concezione assolutistica o oggettiva», concepita quale «attributo del diritto alla vita» che, in quanto tale, «non può contrapporsi ad essa per annullarla se non annichilendo se stessa»¹⁷.

¹⁴ Così, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 177.

¹⁵ Per tale espressione, cfr. G. CAPOGRASSI, *Prefazione* a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 13.

¹⁶ In tal senso, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 178.

¹⁷ In tal senso, cfr. G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al Convegno "Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach Roma", svoltosi il 26

Orientamento che trovava poi conferma anche nella sentenza n. 8291 del 2005 della Corte di cassazione, ove si escludeva che, in mancanza di un'espressa disciplina normativa, potesse configurarsi un potere di rappresentanza in capo al tutore, con riguardo ai diritti della personalità, tra i quali indubbiamente rientrava la richiesta di interruzione dell'alimentazione artificiale.

Nel tentativo di garantire una tutela assoluta e inderogabile al diritto alla vita si finiva così con il provocare una delle più problematiche e paradossali ferite all'essenza stessa del costituzionalismo moderno: il pregiudizio alla tutela dei diritti.

Ecco l'assurda, insensata e irragionevole incoerenza.

Erano gli anni in cui nelle aule giudiziarie si discuteva sulle declinazioni dei cd. nuovi diritti. Ci si interrogava sul se e in che modo garantire le "nuove" generazioni dei diritti, a fronte dell'innovazione, quale «segno promotore del progresso morale dell'umanità»¹⁸, derivante dalle nuove tecnologie, dalle «conquiste» dell'intelligenza artificiale, dagli sviluppi della ricerca medica e scientifica¹⁹. Quando il «progresso» diveniva «confuso e disordinato, al punto da mettere in dubbio la stessa effettività della tutela dei diritti», si «pretendevano» nuovi diritti – tra i quali, quello a procreare, all'integrità genetica della persona, alla libertà sessuale, a internet, all'acqua, all'oblio – alimentando il dibattito sull'*an* e sul *quomodo* relativi alle garanzie da apprestare, in un sistema, ormai inconfutabilmente, multivello in cui Carte e Corti, costituzionali e sovranazionali, si intrecciavano inesorabilmente²⁰.

Negli stessi anni, in quelle stesse aule giudiziarie, mentre, dunque, si cercava di mettere ordine e soprattutto garantire una tutela nel «subbuglio»²¹ dei diritti, profondamente modificati dalle nuove tecnologie, ormai universalizzati e planetari, veniva compromessa proprio la garanzia di quella libertà, affermata agli albori dello Stato di diritto: la libertà personale. Il «più classico e antico dei diritti di prima "generazione" (...) nella quale «è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»²². Il rifiuto di un'alimentazione artificiale «configura una libertà negativa» che si estrinseca nella richiesta di un "*non facere*" nei confronti dei pubblici poteri, per garantire lo sviluppo, la pienezza,

ottobre 2009, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Luiss-Guido Carli, 12 s.

¹⁸ Così, N. BOBBIO, *Letà dei diritti*, cit., 49 s.

¹⁹ Più approfonditamente, cfr. A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, 2017, Torino, 262 ss.

²⁰ Sul tema, cfr. A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, cit., 270.

²¹ In tal senso, cfr. M.A. GLENDON, *Tradizioni in subbuglio*, Mannelli, 2007, *passim*.

²² Così, T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, cit., 1 s.

l'integrità di quello spazio di libertà che appartiene alla sfera più intima dell'individuo e che non può e non deve piegarsi ad alcun tipo di decisione eteronoma, estranea alla sua volontà e tale da pregiudicare l'esercizio del diritto di autodeterminazione²³.

4. *La dignità umana: il «diritto dei diritti»*

È proprio il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica anche a coloro che non sono in grado di intendere e di volere a causa del loro stato di salute che orienta la profondamente diversa prospettiva della Corte di Cassazione, nuovamente investita della questione. Formulata in termini diversi, la problematica giungeva infatti dinanzi alla Corte, su richiesta del padre, tutore della donna, non per surrogarsi al volere dell'incapace – come richiesto nei precedenti ricorsi – bensì per farsi mero portavoce ai fini della ricostruzione della volontà dell'incapace.

A fronte di un'evidente lacuna normativa sul tema, in assenza di precedenti specifici nell'ordinamento, la Corte, impossibilitata a denegare giustizia in forza del divieto di *non liquet*, si è avvalsa di tutti gli strumenti normativi disponibili: la Costituzione, «che è sempre il faro, il punto di riferimento»²⁴, poi le convenzioni, la carta di Oviedo, la carta dei diritti. Con la sentenza n. 2148 del 2007, i giudici si sono quindi soffermati sul consenso informato, quale legittimazione del trattamento sanitario che «rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi» e senza il quale l'attività del medico è illecita. Tale principio trova sicuro fondamento, secondo la Corte, sia in disposizioni costituzionali – «nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale (...); nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività (...)» – che sovranazionali (nella Convenzione di Oviedo del 1997, nonché nella Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza nel 2000). In tale contesto, rilevata la mancanza di una specifica disciplina, la Corte ha provveduto alla «delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali». Constatati i chiari,

²³ Per tale orientamento, cfr. T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, cit., 1.

²⁴ In tal senso, si esprimeva G. LUCCIOLI, Presidente della Prima sezione civile della Cassazione, a seguito della pronuncia n. 21748 del 2007.

univoci e convincenti elementi di prova, desunti non solo da precedenti dichiarazioni, ma anche dallo stile di vita e dai più intimi convincimenti dell'incapace, la Corte ha ritenuto indispensabile rispettare la volontà di chi ritenesse inaccettabile «sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno».

Appare evidente cogliere, dietro le parole della Corte, una visione soggettiva della dignità, come percezione individuale che può spingere a ritenere che non sia più degna di essere vissuta una vita ridotta a puro processo biologico²⁵. La valorizzazione del combinato disposto di cui agli artt. 13 e 32 della Costituzione ha così indotto i giudici a tutelare la dignità, quale «diritto dei diritti» e a prestare una garanzia effettiva al valore dell'identità personale, strettamente connessa alla dignità, concepita in termini di autodeterminazione²⁶. La dignità, dunque, oltre a essere concetto e valore dell'essere umano, la «“dote” che spetta *all'uomo in quanto tale*, indipendentemente dal valore o disvalore dei suoi atti», si proietta oltre la dimensione «innata», per rappresentare quella capacità «acquisita», la «“conquista” che si raggiunge attraverso le azioni»²⁷, di ciascuna persona, *proprio in quanto persona*, «per dare un senso e un significato alla propria vita»²⁸. L'identità personale, poi, valorizzando «l'unicità e irripetibilità della persona, nella sua singolarità e specificità di vita (...) arricchisce (...) il valore della dignità umana», acclarando che ciascun individuo, oltre a *essere umano* è *persona* umana²⁹. Dignità umana e identità personale rappresentano, dunque, una sorta di «endiadi assiologica, inestricabile e inscindibile», in grado di esprimere la storia, l'esperienza, il bagaglio di vita di ciascun individuo³⁰.

5. *Le illogiche reazioni della politica.*

Un anno dopo la decisione della Cassazione, Eluana era ancora alimentata artificialmente.

²⁵ In tal senso, cfr. G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, cit., 13.

²⁶ Così, G. LUCCIOLI, Presidente della Prima sezione civile della Cassazione, a seguito della pronuncia n. 21748 del 2007.

²⁷ Più approfonditamente, cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 9 ss.

²⁸ In tal senso, cfr. F.G. PIZZETTI, *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del “caso Englaro”: limiti della legge e “progetto di vita”*, in *www.astrid-online.it*, 2017, 57 ss.

²⁹ Così, cfr. F.G. PIZZETTI, *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del “caso Englaro”: limiti della legge e “progetto di vita”*, cit., 58.

³⁰ In tal senso, cfr. P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, 4 ss.

«Un momento veramente oscuro della politica (...), un momento di barbarie giuridica». Così fu definito dal presidente della I sezione civile della Cassazione, il periodo successivo alla pubblicazione della sentenza, nel corso del quale si è assistita a quella che può essere efficacemente definita, in questa drammatica vicenda, la seconda ferita all'essenza stessa del costituzionalismo, ovvero il pregiudizio al principio della separazione dei poteri.

Non v'è dubbio alcuno, infatti, che, per testare la "salute" di ogni sistema democratico, è opportuno verificare se e in che modo viene garantito l'equilibrio tra i poteri politici. I rapporti tra i diversi organi, politici e di garanzia, devono ispirarsi alla leale collaborazione, svolgersi in nome del reciproco rispetto, della vicendevole lealtà. Contrasti, dissidi e finanche scontri non implicano necessariamente la frattura del sistema costituzionale se e fino al momento in cui il raggio di azione di ciascun potere rimane circoscritto entro i propri confini, costituzionalmente determinati³¹.

Quando invece l'intensificarsi dello stato di tensione spinge a oltrepassare i limiti ascritti all'esercizio delle funzioni e si cede alla tentazione dell'onnipotenza, la stabilità del sistema democratico si sfalda, l'equilibrio si sgretola, il cuore del costituzionalismo viene inesorabilmente colpito.

È proprio quel che è accaduto nel caso di specie, quando, a fronte della lacuna normativa, causata dall'inerzia del potere legislativo, diversi organi politici hanno accusato la Corte di cassazione di aver realizzato una vera e propria manipolazione del diritto, aggirando il vincolo costituzionale di soggezione del giudice alla legge. In base a tale ricostruzione, il giudice, ricorrendo ad un uso più che disinvolto del diritto, avrebbe strumentalizzato i criteri ermeneutici a sua disposizione per esercitare funzioni di produzione legislativa, "creando" la norma da applicare, tramite la valorizzazione ermeneutica del principio ricavato dall'inestricabile connessione tra dignità umana e identità personale.

Siffatta lettura della sentenza della Cassazione ha indotto diversi soggetti politici a interventi giuridicamente "abnormi" e "scomposti", al fine di elidere gli effetti del presunto "straripamento di poteri" messo in atto dall'organo giurisdizionale³². Una sorta di corsa «ossessiva» contro il tempo «per impedire che una sentenza legittimamente emessa venisse eseguita»³³.

Sul piano politico, è in tale contesto che si inserisce l'emanazione, da

³¹ Per tale orientamento, cfr. V. ONIDA, *Tutelare la divisione dei poteri*, in *www.libertàegiustizia.it.*, 2005, 2.

³² Così, T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, cit., 3.

³³ Così, G. LUCCIOLI, Presidente della Prima sezione civile della Cassazione, a seguito della pronuncia n. 21748 del 2007.

parte del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di un “provvedimento di indirizzo” rivolto ai presidenti delle Regioni, per garantire che le strutture sanitarie pubbliche e private assicurassero alle persone in stato di coma vegetativo l’alimentazione e l’idratazione, sempre e comunque.

Successivamente è stato proprio il Governo a ricorrere a un decreto-legge per vietare l’interruzione di qualsiasi tipo di alimentazione forzata ai «soggetti non in grado di provvedere a se stessi».

Sul piano giuridico, Camera e Senato hanno sollevato conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale, ritenendo che «la sentenza ha fissato un principio di diritto debordando verso le attribuzioni del Legislativo e superando, quindi, i limiti che l’ordinamento pone al Potere giudiziario».

Un potere politico «impazzito». Reazioni aberranti. Iniziative illogiche e irrazionali. L’esigenza di ribellarsi ai vincoli giuridici e di «svincolarsi (...) rispetto al [potere] giudiziario»³⁴. In altri termini, il «sovertimento dei principi di diritto»³⁵.

Vero è che, a fronte di una lacuna normativa di così ampia portata, la libertà interpretativa dei giudici si è rivelata particolarmente estesa. Ma non certo sconfinata. È la combinata interpretazione di più principi costituzionali, esaminati anche in chiave comparata e sovranazionale, a fare da cornice alla decisione resa dalla Cassazione.

Una decisione, peraltro, ineluttabile, in assenza di una legge. L’incapacità del parlamento di svolgere «quel ruolo unificante che aveva (...) nello Stato di diritto legislativo», in nome di quella ragionevole ed equilibrata conciliazione tra principi costituzionali e diritti, ha spinto i giudici a un necessario intervento che, lungi dal qualificarsi quale «rigurgito di assolutismo»³⁶, va inteso come strumento di garanzia della «complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale»³⁷. Nessun potere politico è “padrone” nello Stato di diritto, ma se un organo è latitante, inerte, inoperoso, è indispensabile l’attivazione di quel complesso sistema delle garanzie, connaturato all’ordinamento, in grado di assicurare la tenuta complessiva dell’assetto istituzionale³⁸.

³⁴ In tal senso, cfr. T. GROPPI, *Il “caso Englaro”: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, cit., 3.

³⁵ In tali termini, si esprimeva G. LUCCIOLI, Presidente della Prima sezione civile della Cassazione, a seguito della pronuncia n. 21748 del 2007.

³⁶ Così, T. GROPPI, *Il “caso Englaro”: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, cit., 3.

³⁷ In tal senso, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 213 s.

³⁸ Così, T. GROPPI, *Il “caso Englaro”: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, cit., 3 s.

È proprio quel che è accaduto nel caso di specie, quando sono intervenuti, impeccabilmente, i garanti della Costituzione, Corte costituzionale e Presidente della Repubblica.

È in tale ottica che si comprende il rifiuto di emanazione del decreto-legge da parte del Capo dello Stato, giustificato dalla consapevolezza che «il fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra poteri e organi dello Stato non consente di disattendere la soluzione che per esso è stata individuata da una decisione giudiziaria definitiva sulla base di principi, anche costituzionale, desumibili dall'ordinamento giuridico vigente».

Almeno duplice il ruolo di garanzia assolto dal Presidente della Repubblica.

A difesa del potere giudiziario, privando di fondamento la critica mossa allo straripamento di potere della Cassazione.

A difesa della funzione legislativa e del ruolo da essa assolto nell'ordinamento costituzionale, escludendo che il decreto-legge fosse dotato dei requisiti, straordinari, di legittimità di cui all'art. 77 Cost., ovvero necessità e urgenza e dunque «opponendosi ad un intervento normativo (...) che avrebbe comportato la palese violazione di alcuni fondamentali principi costituzionali, connessi ad uno dei pilastri fondativi dello Stato di diritto: la certezza»³⁹.

Altrettanto ineccepibile l'intervento della Corte costituzionale che, con ordinanza in camera di consiglio, ha privato di ragion d'essere la presunta invasione della sfera legislativa asserita da Camera e Senato. Nell'ordinanza n. 334 del 2008, si legge che la Corte «non rileva la sussistenza nella specie di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schemi formali per esercitare, invece, funzione di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare». Anzi, il Parlamento può, «in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti». Al potere esecutivo è invece preclusa l'adozione di atti finalizzati a incidere su casi singoli.

È stato così riaffermato l'ordine delle competenze, ripristinata la separazione dei poteri.

Presidente della Repubblica e Corte costituzionale, chiamati, nella

³⁹ Per tale orientamento, cfr. M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in AA.VV., *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, in *www.astrid-online.it.*, 2009, 25.

dinamica della forma di governo, sia pur con diversa natura – uno politica, l'altra giuridica – ad «assicurare il buon funzionamento del complessivo sistema costituzionale in base ai valori e ai principi iscritti nella Costituzione»⁴⁰, hanno reindirizzato, entro i binari dello Stato di diritto, i rapporti tra i poteri costituzionali, in nome della netta distinzione tra funzione normativa e attività giurisdizionale.

6. Dalla riaffermazione della *viva vox constitutionis* al “seguito” legislativo

Caro e indubbiamente pesante il prezzo personale pagato dalla giovane donna e dalla tenacia della sua famiglia.

Forti le tensioni, aspri i conflitti, a livello politico e sul piano giuridico.

Dirompente l'impatto mediatico, stante la drammaticità della vicenda.

Ma l'epilogo e gli effetti sortiti dal «grande caso costituzionale» sono di indubbio rilievo, tanto da spingere a ritenere che «anche il giurista ha un debito di gratitudine» nei confronti della famiglia di Eluana⁴¹.

L'esemplare, salda e forte tenacia della stessa, unita all'indiscussa «fiducia nello Stato di diritto», «nelle regole della convivenza civile» hanno «fatto esplodere trascurate tematiche di fondamentale importanza»⁴², relative all'organizzazione democratica della Repubblica, sia con riguardo ai poteri, ai limiti e alle modalità di funzionamento di ciascuna istituzione, sia con riferimento ai rapporti tra autorità e libertà, tra norme e autonomia individuale⁴³, consentendo, tramite l'intervento dei garanti della Costituzione, la riaffermazione della *viva vox constitutionis*⁴⁴.

Quanto alla separazione dei poteri, è nella delimitazione della linea di confine tra legislazione e giurisdizione, quale chiave di volta del «rapporto di tensione tra Costituzione e democrazia»⁴⁵, che l'epilogo della vicenda evidenzia l'attualità e l'effettività della Carta fondamentale.

Quanto alla tutela dei diritti, indubbiamente positivi, sul piano

⁴⁰ In tal senso, cfr. A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *www.rivistaaic.it.*, 2011, 5.

⁴¹ Così, G. CAMPEIS, *Postfazione*, B. ENGLARO, *La vita senza limiti, La morte di Eluana in uno Stato di diritto*, 2012, 191.

⁴² Così, G. CAMPEIS, *Postfazione*, cit., 191.

⁴³ Per tale orientamento, cfr. F. BASSANINI, *Presentazione*, in AA.VV., *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, cit., 3.

⁴⁴ Così, T. GROPPi, *Il “caso Englaro”: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, cit., 4.

⁴⁵ Così, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 211.

normativo, gli effetti sortiti dal caso Englaro. Uno «scontro istituzionale senza precedenti» che ha scosso le coscienze, ha spinto a riflettere⁴⁶, ha portato all'approvazione della legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», al fine di tutelare, tra l'altro, «il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona» e prescrivere che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge», nel rispetto dei principi consacrati in Costituzione, agli artt. 2, 13 e 32, e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁷. È solo per effetto di tale intervento normativo che, dunque, la nozione costituzionale di salute viene intesa come diritto fondamentale che «non si limita a preservare il corpo nella sua funzionalità organica»⁴⁸, ma tutela la persona nella sua identità individuale⁴⁹, garantita anche mediante il finalmente esplicito riconoscimento del principio di autodeterminazione⁵⁰, quale principio «autonomo (...) accanto e in dialogo con gli altri principi costituzionali»⁵¹.

⁴⁶ In tal senso, G. CAMPEIS, *Postfazione*, cit., 192.

⁴⁷ Più approfonditamente sul tema, cfr. A. CARMINATI, *L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano*, in *www.giurisprudenzapenale.com.*, 2019, 256 ss.

⁴⁸ Sul punto, cfr. G. GEMMA, *Integrità fisica*, in *Digesto Discipline pubblicistiche*, Bologna, 1993, 452 ss.

⁴⁹ In vero, già sull'ampliamento della nozione di salute verso la dimensione esterna all'individuo, cfr., con riguardo al diritto all'ambiente salubre, M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 779 ss.

⁵⁰ Sui limiti, sulle conseguenze, sugli effetti nell'ordinamento – e soprattutto con riguardo alla tutela del diritto alla vita – derivanti dal riconoscimento del principio di autodeterminazione come principio fondamentale (Corte cost., ord. n. 207 del 2018), cfr. F. VARI, *Costituzione e fine vita. Riflessioni alla luce dell'insegnamento di A. Ruggeri*, in *www.consultaonline.it*, 2019, 421 ss.

⁵¹ Così, A. CARMINATI, *L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano*, cit., 258 ss.

