

*La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*

# **Sanità, diritto, economia**

Collana diretta da

Guido Alpa - Gaia Garofalo - Luca Di Donna - Bartolomeo Romano

1. *La responsabilità sanitaria*, a cura di Guido Alpa
2. *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, a cura di Bartolomeo Romano

Di prossima pubblicazione

- *La sicurezza delle cure*
- *Diritto alla salute e tutela della privacy*

# **La responsabilità penale nelle professioni sanitarie**

**a cura di  
Bartolomeo Romano**

  
**Pacini  
Giuridica**



© Copyright 2019 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-3379-052-7

*Realizzazione editoriale*



Via A. Gherardesca  
56121 Ospedaletto (Pisa)

*Responsabile di redazione*

Gloria Giacomelli

*Fotolito e Stampa*

**IGP** Industrie Grafiche Pacini

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, Milano 20122, e-mail [segreteria@aidro.org](mailto:segreteria@aidro.org) e sito web [www.aidro.org](http://www.aidro.org)

# Indice

|  |      |
|--|------|
| <b>Abbreviazioni</b> ..... pag.  | VIII |
| <b>CAPITOLO I</b>  |      |
| <b>La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi</b> (Bartolomeo Romano)..... »                  | 1    |
| 1. Considerazioni introduttive..... »  | 1    |
| 2. Le tradizionali letture della responsabilità medica..... »  | 2    |
| 3. Il decreto Balduzzi..... »  | 4    |
| 4. La legge Gelli-Bianco..... »  | 6    |
| 5. I nuovi problemi interpretativi nelle letture della Cassazione..... »   | 9    |
| 6. Un primo, provvisorio, bilancio..... »  | 12   |
| 7. Scenari futuri..... »   | 13   |
| <b>CAPITOLO II</b>   |      |
| <b>L'esercente una professione sanitaria</b> (Matteo Caputo)..... »  | 17   |
| 1. Un ritorno al passato: da una locuzione <i>vintage</i> all'individuazione di un elenco preciso di destinatari..... »                                | 17   |
| 2. L'impatto della legge n. 3 del 2018..... »  | 22   |
| 3. Il "peso" di un concetto normativo in una fattispecie astratta di esenzione da pena..... »  | 26   |
| 4. Il reato proprio di cui al co. 1 dell'art. 590- <i>sexies</i> c.p. e le ripercussioni in tema di posizione di garanzia e di colpa..... »            | 29   |
| 5. I rapporti tra qualifica soggettiva, esenzione da pena ed esercizio abusivo della professione sanitaria e i riflessi sulla sfera processuale..... » | 31   |
| 6. Quale futuro per le professioni sanitarie?..... »   | 34   |
| <b>CAPITOLO III</b>  |      |
| <b>Le condotte penalmente rilevanti</b> (Diana Zingales)..... »  | 39   |
| 1. La condotta attiva..... »   | 39   |
| 2. La condotta omissiva..... »   | 50   |
| 3. L'accertamento del rapporto causale..... »  | 58   |
| <b>CAPITOLO IV</b>   |      |
| <b>La responsabilità colposa per morte o lesioni personali</b> (Cristiano Cupelli)»  | 75   |
| 1. Premessa..... »   | 75   |
| 2. Il contesto. La medicina difensiva e i limiti della legge Balduzzi..... »   | 77   |
| 3. La legge Gelli-Bianco e i risvolti penalistici: un'introduzione..... »  | 78   |

|   |     |
|---|-----|
| 3.1. Il ruolo delle linee guida..... »  | 79  |
| 3.2. (Segue) Le “nuove” linee guida nelle motivazioni delle Sezioni Unite..... »  | 81  |
| 3.3. (Segue) Il giudizio di adeguatezza. .... »   | 82  |
| 3.4. (Segue) Le buone pratiche clinico-assistenziali. .... »  | 84  |
| 4. Una fattispecie <i>ad hoc</i> per la responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria: il nuovo articolo 590- <i>sexies</i> c.p. .... » | 84  |
| 4.1. (Segue) Il contrasto sul perimetro applicativo..... »  | 85  |
| 4.2. Il metodo delle Sezioni Unite..... »   | 87  |
| 4.3. La reviviscenza del grado della colpa..... »   | 89  |
| 4.4. I riflessi..... »  | 91  |
| 5. Una soluzione di buon senso, con qualche perplessità. .... »   | 92  |
| 5.1. (Segue) ...sul piano metodologico..... »   | 93  |
| 5.2. (Segue) ...sul piano contenutistico..... »   | 94  |
| 5.3. L’art. 2236 c.c., la misura soggettiva e il rilievo dei c.d. “fattori contestuali”. .... »   | 98  |
| 6. Conclusioni e proposte (necessariamente provvisorie). .... »   | 100 |

## CAPITOLO V

|  |     |
|--|-----|
| <b>I confini giuridici dell’attività medico-chirurgica</b> (Gabriele Civello) .... »   | 103 |
| 1. Il fondamento giuridico della liceità dell’attività medico-chirurgica: a) la rilevanza del consenso dell’avente diritto. .... » | 103 |
| 1.1. Le fonti normative in tema di consenso informato..... »   | 106 |
| 1.2. I requisiti soggettivi del consenso informato..... »  | 109 |
| 1.3. I requisiti oggettivi del consenso informato..... »   | 113 |
| 1.4. L’assenza del valido consenso e i suoi effetti..... »   | 117 |
| 2. (Segue) b) I limiti dello stato di necessità..... »   | 122 |
| 3. (Segue) c) L’esercizio di un diritto. .... »  | 127 |
| 4. Il problema della sperimentazione clinica. .... »   | 130 |
| 4.1. Le fonti normative in tema di sperimentazione clinica..... »  | 131 |
| 4.2. L’impiego “ <i>off label</i> ” di farmaci ..... »   | 139 |

## CAPITOLO VI

|  |     |
|--|-----|
| <b>Libertà di autodeterminazione e disposizioni anticipate di trattamento</b> (Cristiano Cupelli)..... »       | 145 |
| 1. Il tema. .... »   | 145 |
| 2. I presupposti. .... »   | 146 |
| 3. I limiti del rifiuto di cure del paziente (capace e incapace) nel <i>diritto giurisprudenziale</i> . .... » | 148 |
| 4. L’intervento legislativo: la legge n. 219 del 2017. .... »  | 150 |
| 4.1. Il consenso informato, gli obblighi e le responsabilità del medico, la terapia del dolore. .... »         | 151 |
| 4.2. Le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure..... »                 | 154 |

|  |     |
|--|-----|
| 5. Il <i>peso</i> della volontà del paziente (anche con riferimento a nutrizione e idratazione artificiali). . . . . » | 156 |
| 6. L'esenzione da responsabilità penale e i riflessi sulla posizione di garanzia del medico. . . . . »                 | 158 |
| 7. L'interruzione di un trattamento <i>già in atto</i> . . . . . »   | 162 |
| 8. L'obiezione di coscienza e il <i>limite</i> deontologico. . . . . »   | 164 |
| 9. Conclusioni. Gli scenari aperti dal caso Cappato. . . . . »   | 166 |

## CAPITOLO VII

### **La responsabilità colposa nelle attività in *équipe*** (Alessandra Palma) . . » 177

|  |     |
|--|-----|
| 1. La cooperazione in ambito sanitario e i diversi modelli di organizzazione. . . . . »  | 177 |
| 2. Individuazione del soggetto garante. . . . . »  | 180 |
| 3. La successione di garanti nella cura del paziente. . . . . »  | 184 |
| 4. Regole cautelari fondanti la responsabilità nell'attività medica plurisoggettiva: dovere di controllo <i>versus</i> principio di affidamento. . . . . »           | 188 |
| 5. I limiti al principio di affidamento. . . . . »   | 191 |
| 6. L'esigibilità dell'adempimento del dovere di controllo. . . . . »   | 195 |
| 7. Responsabilità del medico in posizione subalterna rispetto ai fatti commessi dal superiore gerarchico o in esecuzione di direttive da questi impartite. . . . . » | 199 |
| 8. Responsabilità del personale sanitario per carenze strutturali ed organizzative. . . . . »  | 202 |
| 9. La recente introduzione dell'art. 590 <i>sexies</i> c.p.: quali ripercussioni sulla responsabilità d' <i>équipe</i> ? . . . . . »                                 | 204 |

## CAPITOLO VIII

### **Altri reati degli esercenti una professione sanitaria** (Paolo Procaccianti e Antonella Argo) . . . . . » 209

|  |     |
|--|-----|
| 1. L'esercizio abusivo della professione. . . . . »                      | 209 |
| 2. L'omessa comunicazione all'autorità giudiziaria. . . . . »            | 214 |
| 3. I reati di falso. . . . . »   | 220 |
| 4. Il favoreggiamento personale. . . . . »                               | 226 |
| 5. Reati in materia di interruzione illegale della gravidanza. . . . . » | 227 |
| 6. La procreazione medicalmente assistita. . . . . »                     | 232 |
| 7. Il traffico di organi prelevati da persona vivente. . . . . »         | 238 |

## CAPITOLO IX . . . . . » 245

### **Il contributo peritale e il ruolo dell'esperto** (Giuseppe Di Chiara) . . . . . » 245

|  |     |
|--|-----|
| 1. Il ricorso al sapere specialistico dell'esperto. . . . . »  | 245 |
| 2. Il giudice, la scienza e l'esperto nei laboratori giurisprudenziali. . . . . »  | 250 |
| 3. Le basi conoscitive preliminari su cui si innesta l'accertamento giudiziale di responsabilità per colpa medica. . . . . » | 255 |

- 
4. Dinamiche del contributo dell'esperto e metodologie per la diagnosi giudiziale di responsabilità per colpa medica. .... » 260
  5. La riplasmata centralità del collegio peritale e le opzioni di sistema... » 264
  6. Una *koinè* culturale condivisa tra medici e giuristi: cenni conclusivi... » 268

**CAPITOLO X**

- Un confronto tra diritto italiano e statunitense** (Andrea R. Di Landro) . » 271
1. La responsabilità dell'operatore sanitario nel diritto statunitense. .... » 271
  2. La tutela penalistica e quella civilistica. .... » 272
  3. L'“accesso alla giustizia” (*access to justice*), i percorsi e gli esiti. .... » 284

**APPENDICI****a cura di Marika Schiavo****Appendice 1**

- Le fonti normative* ..... » 295

**Appendice 2**

- Le fonti bibliografiche* ..... » 317

**Appendice 3**

- Le fonti giurisprudenziali* ..... » 341

- Gli Autori** ..... » 353



## CAPITOLO VI

# Libertà di autodeterminazione e disposizioni anticipate di trattamento

**Cristiano Cupelli**

**Sommario:** 1. Il tema. – 2. I presupposti. – 3. I limiti del rifiuto di cure del paziente (capace e incapace) nel *diritto giurisprudenziale*. – 4. L'intervento legislativo: la legge n. 219 del 2017. – 4.1. Il consenso informato, gli obblighi e le responsabilità del medico, la terapia del dolore. – 4.2. Le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure. – 5. Il *peso* della volontà del paziente (anche con riferimento a nutrizione e idratazione artificiali). – 6. L'esenzione da responsabilità penale e i riflessi sulla posizione di garanzia del medico. – 7. L'interruzione di un trattamento *già in atto*. – 8. L'obiezione di coscienza e il *limite* deontologico. – 9. Conclusioni. Gli scenari aperti dal caso Cappato.

**1. Il tema.** La legge 22 dicembre 2017, n. 219, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 12 del 16 gennaio 2018 (recante “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”)<sup>1</sup>, rappre-

<sup>1</sup> A prima lettura, sulla legge n. 219 del 2017, U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in *Iacostituzione.info*, 15 dicembre 2017.; ID., *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018; ID., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Wolters Kluwer, Milano 2018, spec. 81 ss.; B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, 3/2017, 262 ss.; ID., *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 giugno 2018; A. ARFANI, *Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 815 ss.; G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, ivi, 803 ss.; P. BORSELLINO, “*Biotestamento*”: *i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, ivi, 789 ss.; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, 689 ss.; D. CARUSI, *La legge sul biotestamento: una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, 293 ss.; L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, spec. 129 ss.; D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Forum – La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2018; C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note*

senta un provvedimento, lungamente atteso, che segna, anche nella prospettiva penalistica, una tappa rilevante nel cammino di valorizzazione della libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, inserendosi a pieno nel più ampio disegno volto, da un lato, a consacrare, per via legislativa (dopo molteplici tentativi andati a vuoto)<sup>2</sup>, principi ormai consolidati nell'elaborazione giurisprudenziale (a partire dal riconoscimento del ruolo rivestito dal consenso del paziente al trattamento medico), e, dall'altro, a fronteggiare non solo il clamore mediatico che ha accompagnato recenti casi di drammatica attualità ma soprattutto la mutata sensibilità di gran parte del mondo cattolico, testimoniata in maniera lampante dalle parole pronunciate da Papa Francesco nel messaggio ai partecipanti al meeting regionale europeo della *World medical association* sulle questioni del fine vita del 16 novembre 2017.

In queste riflessioni ci si collocherà in una duplice prospettiva: non solo quella del paziente e dei suoi *diritti*, ma anche quella del medico e dei suoi *doveri* (e delle sue *responsabilità*). Medico che, a ben vedere, si trova in una posizione alquanto scomoda, per così dire “tra incudine e martello”, o – con esemplificazione colorita – al contempo potenzialmente “vittima” o “carnefice”: comunque *a rischio penale*. Il discorso si snoderà in più punti, tutti correlati tra loro, in una progressione logica che partendo dai *diritti* del paziente giunge, appunto, ai *doveri* del medico.

**2. I presupposti.** Punto di partenza non può che essere il riconoscimento del ruolo rivestito dal consenso del paziente al trattamento medico. Come è noto, la decisività del consenso, quale presupposto e limite dell'intervento terapeutico, è ricavata, a livello costituzionale, dalla lettura

---

*a margine della legge italiana sul fine vita (n. 219/2017)*, in *Quad. cost.*, 1/2018 (anticipato in *www.forumcostituzionale.it*, 12 gennaio 2018); nella prospettiva penalistica, in particolare O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 917 ss.; L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o « diritto di morire »? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 415 ss.; G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, 2302 ss.; il contenuto del provvedimento, in taluni profili di specifico interesse oggetto di quesiti formulati dal Ministero della Salute, è stato altresì oggetto di analisi nel *Parere* reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nell'adunanza del 18 luglio 2018 (reperibile *on line* sul sito *giustizia-amministrativa.it*).

<sup>2</sup> Il riferimento più immediato è chiaramente al disegno di legge Calabrò, recante “*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate*”, approvato dal Senato il 26 marzo 2009 e, con modifiche, il 12 luglio 2011 dalla Camera, prima di arenarsi, anche in virtù della conclusione della legislatura, al Senato, ove il testo era tornato per l'approvazione definitiva.

congiunta degli artt. 2, 13 e 32; quest'ultimo, in particolare, rappresenta il punto di riferimento più immediato del diritto alla salute, unico diritto che la Costituzione espressamente qualifica come "fondamentale" e che assume un rilievo proteiforme, quale *diritto ad essere curati* ovvero a ricevere prestazioni sanitarie (co. 1), ma anche come *diritto di non essere curati* ovvero di rifiutare le cure (co. 2). È sufficiente ricordare, in proposito, come la Corte costituzionale, nella sentenza n. 438 del 2008<sup>3</sup>, abbia configurato il «consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico», quale «vero e proprio diritto della persona», che «trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli articoli 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile, e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Con l'ulteriore precisazione che la circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento nei tre richiamati articoli della Costituzione «pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, 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, co. 2 Cost.».

Ancora, più di recente, nella sentenza n. 262 del 2016, la stessa Corte, intervenendo sulle leggi nn. 4 e 16 del 2015 della Regione Friuli Venezia Giulia in materia proprio di dichiarazioni anticipate di trattamento e donazioni di organi e tessuti, ha ribadito che "l'attribuzione di un rilievo pubblico a tali manifestazioni di volontà, espressive della libertà di cura, implica la necessità di un'articolata regolamentazione e, data la sua incidenza su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona, una normativa in tema di disposizioni di volontà relative ai trattamenti sanitari [...] – al pari di quella che regola la donazione di organi e tessuti – necessita di uniformità di trattamento sul territorio nazionale, per ragioni imperative di

<sup>3</sup> C. cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945 ss.; nello stesso senso, 26 giugno 2002, n. 282, *ivi*, 2002, 1212 ss. Un efficace quadro di sintesi, nell'ambito di una sterminata letteratura sul tema, in D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, 123 ss.

eguaglianza, *ratio* ultima della riserva allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di “ordinamento civile”, disposta dalla Costituzione”<sup>4</sup>.

**3. I limiti del rifiuto di cure del paziente (capace e incapace) nel diritto giurisprudenziale.** Sul piano fattuale, occorre brevemente richiamare all’attenzione i due casi problematici, che hanno stimolato il dibattito sulle ricadute in termini di esenzione da responsabilità penale del riconosciuto ruolo del consenso informato quale fondamento del diritto di rifiutare le cure (anche vitali) e dell’equiparazione tra il dissenso *a iniziare* un trattamento e quello a proseguire un trattamento *già in atto*.

Il riferimento è alla sentenza con la quale il GUP presso il Tribunale di Roma il 23 luglio del 2007 ha deciso il caso Welby, prosciogliendo l’anestesista Mario Riccio dall’imputazione (coatta) di omicidio del consenziente<sup>5</sup>, e a quella della Prima Sezione civile della Cassazione sulla vicenda Englaro, con la quale, nell’ottobre del 2007, è stata autorizzata la sospensione di nutrizione e idratazione artificiale di un paziente incapace<sup>6</sup>.

Limitandoci ad alcuni cenni essenziali, si può dire che il caso Welby si offre paradigmaticamente per la presenza contestuale di elementi di fatto chiari e incontrovertibili che consentono di vagliare la problematica rispetto all’ipotesi del paziente capace. In particolare: *a*) di un gravissimo stato morboso degenerativo (distrofia muscolare scapolo omerale in forma progressiva); *b*) di una patologia tale per cui, sulla base delle conoscenze tecnico-scientifiche, i trattamenti sanitari praticabili non erano in grado di arrestarne in alcun modo l’evoluzione, con l’unico possibile effetto di differire nel tempo il sicuro esito infausto; *c*) di una permanenza in vita assicurata esclusivamente da un respiratore automatico (al quale era collegato sin dal 1997); *d*) di una piena capacità di intendere e di volere del malato, circa l’accettazione o il rifiuto dei trattamenti praticati in quanto, nonostante le condizioni fisiche, erano rimaste intatte le facoltà mentali; *e*) di

<sup>4</sup> C. cost., 14 dicembre 2016, n. 262, in *Consulta on line*; un primo commento in C. MAGNANI, *Sul testamento biologico altro scontro tra Stato e Regioni. Il Titolo V fa male alla salute?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 16 dicembre 2016.

<sup>5</sup> GUP presso il Trib. di Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, in *Cass. pen.*, 2008, 1791 s., con nota di C. CUPELLI, *Il “diritto” del paziente (di rifiutare) e il “dovere” del medico (di non perseverare)*, ivi, 1807 ss.

<sup>6</sup> Per una disamina dei risvolti penalistici dei due provvedimenti sia consentito rinviare a C. CUPELLI, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle “scelte di fine vita”*, in *Crit. dir.*, 2011, 274 ss.

una richiesta, informata e pienamente consapevole, rivolta dal paziente stesso dapprima alla struttura ospedaliera ed ai medici che lo assistevano e quindi al giudice civile, di non essere ulteriormente sottoposto alle terapie di sostentamento in atto e di voler ricevere assistenza nei soli limiti in cui ciò fosse necessario a lenire le sofferenze fisiche, ossia il distacco del ventilatore polmonare sotto sedazione.

Senza ripercorrere qui le tappe dell'intero *iter* giudiziario, nella sentenza di proscioglimento che ha chiuso la vicenda il GUP, come si ricorderà, ha riconosciuto che il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, ove venga esercitato nell'ambito di un rapporto terapeutico e sulla base di un consenso valido e "pieno", «costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il *dovere giuridico di consentirne l'esercizio*, con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p.». Lo schema seguito è stato quello dell'*adempimento di un dovere: dovere del medico di consentire al paziente l'esercizio di un diritto, costituzionalmente garantito, a rifiutare le cure*. La soluzione accolta risultava pressoché *obbligata* per il GUP, avendo lo stesso giudice rinvenuto gli elementi costitutivi (oggettivi e soggettivi) della fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), ritenendo in particolare che la condotta (qualificata come *attiva*) dell'anestesista integrasse l'elemento materiale in quanto, «oltre all'effettiva sussistenza del dato estrinseco del consenso della vittima, il distacco di quest'ultima dal respiratore artificiale effettuato dal predetto determinava il suo decesso dopo poco».

Analogo schema è stato riproposto – seppure con i necessari adattamenti in tema di consenso, ricostruito in via meramente presuntiva quale manifestazione di *volontà negativa* rispetto alla prosecuzione del trattamento di un soggetto incapace – nelle ipotesi assai più problematiche di pazienti incapaci di manifestare una volontà in merito ai trattamenti cui essere sottoposti.

Emblematico il caso di Eluana Englaro e della sua morte, sopravvenuta il 9 febbraio 2009 a seguito della sospensione di nutrizione e idratazione artificiali: si trattava di una paziente divenuta improvvisamente e traumaticamente incapace (in una condizione di stato vegetativo), che non aveva

lasciato alcuna manifestazione *espressa* di volontà rispetto a terapie e scelte di fine vita, nei confronti della quale, con autorizzazione della Corte di appello di Milano<sup>7</sup> (applicando il principio di diritto enunciato dalla richiamata Cassazione civile<sup>8</sup>), si era proceduto all'interruzione dei trattamenti di idratazione e alimentazione con sondino nasogastrico su richiesta del genitore in veste di tutore. Ricostruita la sussistenza e ammessa la validità di un "*dissenso presunto*" alla prosecuzione di trattamenti in atto, e sciolto il nodo della divergenza di opinioni sulla qualificazione di nutrizione e idratazione artificiali quali "*trattamenti medici*", ci si è attestati nella sfera applicativa dell'art. 32, co. 2 Cost.; sulla base delle conclusioni elaborate con riferimento al caso Welby, la questione è stata quindi risolta dal GUP di Udine nel decreto dell'11 gennaio 2010, disponendosi l'archiviazione del procedimento per omicidio volontario a carico del tutore della ragazza e del personale medico e paramedico che lo ha coadiuvato nel distacco del sondino, sul presupposto che «la prosecuzione dei trattamenti di sostegno vitale di Eluana Englaro non era legittima in quanto contrastante con la volontà espressa dai legali rappresentanti della paziente, nel ricorrere dei presupposti in cui tale volontà può essere espressa per conto dell'incapace», e che pertanto «chi ha espresso tale volontà e il personale sanitario che ha conseguentemente operato per sospendere il trattamento e rimuovere i mezzi attraverso cui veniva protratto ha agito alla presenza di una causa di giustificazione e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p.»<sup>9</sup>.

**4. L'intervento legislativo: la legge n. 219 del 2017.** Il dibattito suscitato dalle soluzioni accolte nelle due pronunce e il residuo di incertezze nella classe medica al cospetto del drammatico riproporsi di casi analoghi, ha reso ineludibile l'esigenza di un intervento legislativo.

7 App. di Milano, sez. I, decr. 25 giugno 2008, n. 88, in *Corr. merito*, 2008, 1031 s.

8 Cass. civ., sez. I, 4 ottobre 2007, in *Guida dir.*, n. 43/2007, 29 s.

9 Sui risvolti amministrativi della vicenda è intervenuto anche il Consiglio di Stato (sez. III, 2 settembre 2014, n. 44600, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, con nota di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*), con ampi riferimenti al diritto di rifiutare i trattamenti sanitari nell'ambito dei rapporti tra cittadino e amministrazione sanitaria, con la precisazione che su quest'ultima, a fronte del definitivo riconoscimento da parte del giudice del diritto del singolo di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, grava il correlato obbligo "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".

Esigenza confluita, all'esito di un percorso parlamentare accidentato e non privo di ostruzionismi, nella legge n. 219 del 2017, la quale, negli otto articoli di cui si compone, mira a disciplinare modalità di espressione e di revoca, legittimazione, ambito e condizioni del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento (di seguito anche DAT), di quelle disposizioni cioè con le quali il dichiarante enuncia, in linea di massima, i propri orientamenti sul "fine vita" nell'ipotesi in cui sopravvenga una perdita irreversibile della capacità di intendere e di volere.

Schematizzando al massimo (e riducendo l'analisi ai profili funzionali all'oggetto del presente lavoro), all'articolo 1, dopo la proclamazione dei principi costituzionali di riferimento e dell'obiettivo della legge (la *tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona*), si ribadisce, *aggiornando* la formulazione dell'art. 32 Cost., che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, ad eccezione dei casi espressamente previsti dalla legge (comma 1)<sup>10</sup>; si promuove e si valorizza la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, basata sul consenso informato, nel quale s'incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del terapeuta, specificando che a tale relazione contribuiscono, in base alle rispettive prerogative, gli eventuali esercenti una professione sanitaria che compongono un'*équipe* e, qualora il paziente lo desideri, i familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo (comma 2).

**4.1. Il consenso informato, gli obblighi e le responsabilità del medico, la terapia del dolore.** Si chiariscono poi, con apprezzabile sforzo, *diritti e doveri* dei soggetti coinvolti nel rapporto terapeutico.

Sul versante del paziente, si esplicita anzitutto il diritto di ognuno di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informato in modo completo, aggiornato e comprensibile non solo riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, ma anche alle alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi (comma 3); vi è ovviamente la possibilità di rifiutare, in tutto o in parte, le informazioni ovvero di indicare familiari o

<sup>10</sup> Sul punto, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 33 ss.

persona di fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece<sup>11</sup>.

Si declina poi la “gestione del consenso informato”, tanto nelle modalità di acquisizione («nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente») e di documentazione («forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, anche videoregistrazione o dispositivi che consentono alla persona con disabilità di comunicare, con inserimento nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico»; comma 4), quanto – e soprattutto – nella sua estensione applicativa. In particolare, al comma 5, si riconosce il diritto, per ogni persona capace di agire, di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o anche singoli atti del trattamento stesso, affiancato, a fondamentale complemento, da un lato dal diritto di revocare, in qualsiasi istante, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l’interruzione del trattamento (comma 5), e, dall’altro, dalla specificazione che «sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l’idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici», con l’effetto di rendere anche tali trattamenti rifiutabili.

Per quanto riguarda il *medico*, si precisa anzitutto (nell’ultima parte del comma 5) che, a fronte di un’espressione da parte del paziente di una «rinuncia o rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza», questi «deve prospettare al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative», promuovendo «ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica».

Dopo questa fase di prodromica interlocuzione esplicativa, annoverabile nel contesto “comunicativo” dell’alleanza terapeutica, il medico stesso – ai sensi del comma 6 – è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciarvi e, in conseguenza di ciò, una volta rappresentati al paziente i rischi del rifiuto (art. 1, co. 5) e in ogni caso verificata la prestazione di un rifiuto consapevole da parte di un soggetto legittimato, andrà esente da ogni responsabilità civile o pe-

---

11 L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?», cit.*, 418 mette in evidenza taluni aspetti problematici della formalizzazione del consenso; fra questi, in particolare, «il caso in cui la volontà del paziente di non ricevere informazioni sulle proprie condizioni di salute possa riguardare dati sanitari rilevanti, specie di ordine genetico, sul piano della familiarità: permane infatti anche in un simile contesto il problema dell’offerta di informazione nei confronti dei familiari, dovendosi ritenere comunque configurabile una giusta causa di rivelazione, nei limiti più contenuti possibile, ai sensi dell’art. 622 c.p.».



nale (è il caso, esemplificativo, del rifiuto delle trasfusioni di sangue da parte dei Testimoni di Geova o il rifiuto della chemioterapia da parte del malato di tumore). A ciò si accompagna, da un lato, l'inesigibilità, per il paziente, di trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali e la precisazione che, «a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali» (comma 6)<sup>12</sup>; dall'altro, per il medico (e per i componenti dell'*équipe* sanitaria), l'obbligo di assicurare, nelle situazioni di emergenza o di urgenza, le cure necessarie, ove possibile nel rispetto della volontà del paziente (comma 7).

Si enuncia poi, all'articolo 2, che nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico dovrà astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati; al cospetto di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, potrà ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua, in associazione con la terapia del dolore, sempre con il consenso del paziente (comma 2), dandone conto nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico (comma 3)<sup>13</sup>.

L'articolo 3 è dedicato alle modalità di espressione o rifiuto del consenso per i soggetti minori e incapaci; modalità ispirate, per quanto possibile, al più ampio livello di coinvolgimento dei diretti interessati e allo scopo di tutelarne la salute psicofisica, la vita e la dignità, come emerge nitidamente dal comma 1, nel quale si proclama il diritto di minori o incapaci alla «valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione», nel rispetto dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione, e il correlato diritto a essere informati, in modo consono alle loro capacità, sulle scelte relative alla salute, così da essere messi nelle condizioni di esprimere le loro volontà.

12 Si è evidenziato come, in sostanza, attraverso tale previsione sia dia spazio «a quella autonomia professionale del medico che costituisce parte essenziale dell'alleanza terapeutica al pari dell'autonomia decisionale del paziente, a condizione che non sia esercitata per tradire la volontà di quest'ultimo, ma, al contrario, per interpretarla e inverarla alla luce di novità cliniche e terapeutiche non prevedibili all'atto della sottoscrizione delle DAT»; così C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza*, cit., 3.

13 Su tale obbligo astensivo del medico, sul relativo oggetto e sulle condizioni di malattia cui si riferisce, cfr. i rilievi critici di L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?», cit., 426; con particolare riferimento al concetto di "proporzione" del trattamento sanitario e al decisivo contributo della valutazione soggettiva del paziente, sia consentito rinviare a C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e accanimento terapeutico consentito*, in *Cass. pen.*, 2011, 2943 ss.*

Il consenso viene prestato o rifiutato dagli esercenti la potestà genitoriale o dal tutore, per quanto riguarda i minori (comma 2); dal tutore, nel caso di soggetto interdetto (che viene tuttavia consultato, ove possibile; comma 3) e, nelle ipotesi di inabilitazione, dallo stesso inabilitato (comma 4). Allorquando sia stato nominato un amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria ovvero la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso sarà espresso o rifiutato anche dall'amministratore o solo da questi, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere (comma 4). In tutti i casi di contrasto tra rappresentante che, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, rifiuta le cure proposte e medico, il quale invece ritenga queste appropriate e necessarie, la decisione ultima è rimessa al giudice tutelare (comma 5).

**4.2. Le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure.** All'articolo 4 si prevede che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in vista di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, possa, attraverso le disposizioni anticipate di trattamento e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o a scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari (comma 1); può altresì indicare un fiduciario, a sua volta maggiorenne e capace di intendere e di volere (comma 2), che ne faccia le veci e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie, il cui incarico, una volta accettato, è revocabile in qualsiasi momento (comma 3).

Per le DAT, a differenza del "semplice" consenso informato, è contemplata una maggiore rigidità nelle forme<sup>14</sup>: sono redatte per atto pubblico, per scrittura privata autenticata o consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del proprio comune di residenza o presso le strutture sanitarie; qualora le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi elettronici. Nelle stesse forme, e sempre in ogni momento, sono

<sup>14</sup> Come nota S. Rossi, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *lacostituzione.info*, 22 aprile 2017, 2, tale maggiore formalismo è giustificata dalla « necessità di garantire l'autenticità di un documento che attiene a scelte relative alla vita o alla morte di una persona e che debbono essere attuate quando quest'ultima non è più in grado di esprimersi »; paventa il rischio le forme previste per le DAT possano invece « condurre a una eccessiva burocratizzazione del processo, e quindi a un suo rallentamento sostanziale », C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *la Rivista il Mulino on line*, 21 aprile 2017, 3.

rinnovabili, modificabili e revocabili, a meno che ciò risulti impedito da ragioni di emergenza e urgenza; in tale evenienza, si procederà mediante dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni (comma 6). Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, esse mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente (comma 4).

Il medico è tenuto al rispetto delle DAT, potendole disattendere, in tutto o in parte, in accordo con il fiduciario, solo quando esse appaiano palesemente incongrue, non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di assicurare concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita; in caso di conflitto tra fiduciario e medico, si farà ancora ricorso al giudice tutelare (comma 5). Resta ferma, nelle disposizioni anticipate, la conseguente esenzione da ogni eventuale responsabilità civile e penale (comma 5), in virtù dell'obbligo del medico di rispettare la volontà espressa dal paziente, il quale, anche in tale contesto, non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, non sussistendo, con riferimento ad esse, alcun obbligo professionale.

L'articolo 5, nel tentativo di dare corpo e sostanza all'alleanza terapeutica, disciplina la possibilità, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, di fissare in un atto una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il primo (eventualmente anche in *équipe*) è tenuto ad attenersi qualora il secondo venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità (comma 1). Si tratta di una «tipologia intermedia tra il consenso attuale e le DAT, in cui una persona già affetta da patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione infausta esprime le proprie volontà in riferimento ai successivi trattamenti. Tali volontà si riferiscono non a una situazione astratta ed ipotetica, come invece le DAT, ma a una condizione già attuale e in prevedibile evoluzione. Per questo, il procedimento di informazione e le modalità di espressione sono opportunamente semplificate»<sup>15</sup>. Il paziente e, con il suo consenso, i familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia, sono informati in modo esaustivo, con particolare attenzione

15 C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, cit., 3.

all'evolversi della patologia in atto, a quanto il paziente può attendersi realisticamente in termini di qualità della vita, alle possibilità cliniche di intervenire e alle cure palliative (comma 2).

Sempre il paziente esprime – in forma scritta ovvero, qualora le condizioni fisiche non lo consentano, attraverso videoregistrazione o altri dispositivi – il consenso rispetto a quanto proposto dal medico e i propri intendimenti per il futuro, compresa l'eventuale indicazione di un fiduciario (comma 3); il tutto è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico e può essere aggiornato “al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico” (comma 4). Può dirsi, in qualche modo, che la pianificazione realizzi una *proiezione del consenso al futuro*, consentendo al medico e al paziente di prevedere situazioni probabili o possibili e ipotesi di trattamenti preferiti o rifiutati.

**5. Il peso della volontà del paziente (anche con riferimento a nutrizione e idratazione artificiali).** Delimitato il campo applicativo, va ricordato – in termini ancora preliminari – come non ci si sia limitati a disegnare una legge sul ‘testamento biologico’; si è invece tentato di rendere un «quadro coerente di tutta la relazione di cura, tendenzialmente conforme al diritto dei principi»<sup>16</sup>, cristallizzando, nella sostanza, quanto – come si è visto – già maturato in sede giurisprudenziale, a partire dalla condivisione del ruolo cruciale del consenso informato e dal riconoscimento della massima ampiezza possibile all'autodeterminazione terapeutica, estesa sino alla libertà del paziente di *lasciarsi morire* attuata attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare. Si tratta di una conferma, appunto, che ha però il merito di sgombrare il campo da possibili fraintendimenti: nessuna apertura a un inesistente *diritto di morire*, quanto la formalizzazione di un diritto di rifiutare *tutte* le cure (anche vitali), in ossequio al principio secondo cui si può essere sottoposti a una determinata terapia *solo* in presenza di un consenso informato<sup>17</sup>.

A conforto del principio milita la considerazione, ricavabile da una lettura di sistema con l'art. 13 Cost. e con le garanzie ivi previste (la doppia

16 P. ZATTI, *Salute, vita, morte: diritto dei principi o nuova legge?*, in *Quotidiano sanità*, 7 marzo 2017, 3.

17 In termini differenti, A. SANTOSUOSSO-P. BELLOLI, *Paradossi nel procedimento Cappato. Tre aporie generate dall'art. 580 c.p. a proposito di aiuto al suicidio*, in *Giurisprudenza penale web*, 25 settembre 2018, 7 (nota 10), per i quali la nuova legge ha riconosciuto al paziente un “diritto a morire” e, seppure più problematicamente, O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, cit., 920.

riserva, di legge e di giurisdizione contro ogni forma di coazione sul corpo), che imporre un trattamento, pur vitale, *contro* la volontà del malato (e al di fuori delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori imposti *ex lege*) determinerebbe la violazione della stessa libertà personale, risolvendosi tale coazione in un'indebita invasione dello spazio fisico del paziente; paziente che, sulla base proprio del tenore dell'art. 32, co. 2 Cost., è tutelato nel suo *diritto individuale a non subire trattamenti medici indesiderati*, in mancanza di una legge che sancisca l'obbligatorietà di un simile trattamento<sup>18</sup>.

Ulteriore punto qualificante del provvedimento, le cui ricadute penali sono evidenti alla luce di quanto emerso nel caso Englaro, è rappresentato dall'inserimento, tra i trattamenti rifiutabili o revocabili, di nutrizione e idratazione artificiali; qualificandoli come "*trattamenti medici*", con un passaggio di carattere definitorio che valorizza il dato che le *tecniche da impiegare* per procedervi sono presumibilmente sanitarie (e come tali possono essere praticate esclusivamente da personale autorizzato e qualificato) e che la *finalità* di tali pratiche è quella di conservare in vita un individuo che non sarebbe in grado di provvedervi da sé, vengono infatti superate le controverse implicazioni in ordine alla loro possibile sospensione: rientrando nella sfera applicativa dell'art. 32 Cost., essi sono dunque oggi pacificamente rifiutabili, al pari di ogni trattamento sanitario<sup>19</sup>.

18 Vanno prese in considerazione – nella medesima prospettiva – anche le fonti sovranazionali che offrono le coordinate legittimanti l'intervento terapeutico sul paziente: il riferimento è soprattutto agli artt. 5, 6, 7 e 8 della Convenzione di Oviedo del 1997 sulla biomedicina, di cui è stata autorizzata la ratifica con la legge 28 marzo 2001, n. 145. Un ruolo importante rivestono anche talune norme secondarie; spicca, in questo contesto, il codice di deontologia medica (nell'ultima versione, approvata il 18 maggio 2014), nel quale, in particolare, si ribadisce l'importanza dell'acquisizione del consenso per intraprendere qualunque attività terapeutica (art. 35, co. 2: « il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato »).

19 Saluta con favore la scelta compiuta nel disegno di legge, C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, cit., 2; fortemente critico, invece, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o « diritto di morire »?*, cit., 424, sia per quanto riguarda il *metodo* (richiamando la sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale in tema di procreazione medicalmente assistita, per la quale « in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico »); sia per ciò che concerne il *merito* della scelta stessa, giacché occorrerebbe distinguere – e valutare caso per caso – secondo criteriologie e linee guida mediche « in quali casi la nutrizione e l'idratazione artificiali, secondo le relative procedure, si configurino effettivamente come un trattamento sanitario terapeutico e in quali casi manifestino, invece, le caratteristiche di un sostegno vitale o di un trattamento sanitario palliativo ».

**6. L'esenzione da responsabilità penale e i riflessi sulla posizione di garanzia del medico.** Nella dimensione strettamente penalistica, il punto saliente della nuova legge è rappresentato dal comma 6 dell'art. 1, ove è sancita l'esenzione da responsabilità civile e penale del medico (ribadita all'art. 4 con riferimento alle DAT) in conseguenza dell'obbligo di rispettare la volontà espressa dal paziente; obbligo, quest'ultimo, che, sommato a quello – di cui al comma 5 – di prospettare le conseguenze di una scelta di rifiutare le cure (e di offrire sostegno), ambisce, individuando una sorta di «posizione giuridica soggettiva passiva connessa al diritto *ex art. 32, co. 2 Cost.*»<sup>20</sup>, a colmare una lacuna (probabilmente più apparente che reale) foriera di incertezze applicative.

La clausola di esenzione da responsabilità appare orientata a salvaguardare (e assicurare) il medico che, attuando la volontà del paziente, non abbia dato avvio ovvero abbia proseguito determinati trattamenti, in mancanza dei quali possa verificarsi il decesso del paziente stesso e può farsi rientrare nella più ampia esigenza di tranquillizzare la classe medica nella logica di contrasto alla c.d. medicina difensiva.

La norma – lo si è segnalato – non consente né al paziente di pretendere cure contrarie a norme di legge o alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziale (si pensi alle cure sperimentali non accreditate dal mondo scientifico), né al medico di assumere una condotta diversa e ulteriore rispetto alla mera omissione/interruzione di cure possibili. In altri termini, si facoltizzano i pazienti a scegliere liberamente di non ricevere quelle cure che consentono loro di rimanere in vita “artificialmente” ma, al contrario, non si legittimano pratiche eutanasiche, restando preclusa al sanitario la pratica di trattamenti diretti a procurare la morte. Come si è ben messo in luce, si coglie in questo passaggio «il discrimine tra ciò che è lecito e anzi dovuto – il rispetto del rifiuto di trattamenti sanitari, anche salvavita – e ciò che non lo è – eutanasia attiva e aiuto al suicidio, ma anche accanimento terapeutico». Nei pazienti con prognosi infausta a breve termine, infatti, il medico – a prescindere dalla volontà del paziente stesso – «deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati»<sup>21</sup>.

20 Come ricostruita da P. PIRAS, *Il rifiuto delle cure. Un'esperienza giudiziaria*, in *Diritto e storia*, 2016, 3 (del dattiloscritto).

21 C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza*, cit., 2.

Più di qualche riserva è stata avanzata per il timore che la vincolatività al rispetto della scelta dal paziente possa svilire la funzione del medico, riducendolo a *mero esecutore* della volontà del malato. Tali preoccupazioni, a ben vedere, possono essere attenuate riflettendo sul fatto che, valorizzando – come fa la legge nel suo complesso – non solo il richiamo alla competenza, all'autonomia e alla responsabilità professionali ma anche il dialogo tra il medico e il paziente e la sua decisiva capacità di orientamento, «il successivo obbligo di attenersi alle indicazioni del paziente, che si assumono essere maturate a seguito del flusso informativo che fonda la stessa relazione di cura e di fiducia, non sembra in definitiva compromettere, nel complessivo bilanciamento fra le diverse posizioni giuridiche soggettive, la posizione del medico, il cui ruolo fondamentale si esprime specificamente nella formazione stessa del consapevole consenso informato e libero, attraverso la decisiva valutazione preliminare intorno alla selezione delle informazioni, oltre che delle modalità di comunicazione»<sup>22</sup>.

Ancora una volta, in fondo, ci si trova al cospetto di una *consacrazione dell'esistente*: nello specifico, del peso assunto dalla volontà del paziente nel perimetro della relazione terapeutica, non solo come necessario *presupposto* ma anche quale insuperabile *limite* della posizione di garanzia del medico. Non v'è dubbio infatti che già prima della legge, sul piano interpretativo, un'inequivocabile richiesta del malato di non essere sottoposto a cure – in uno con l'acquisizione che non può ritenersi gravante sullo

22 B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, cit., 269. Il medico, si è anche osservato, nella nuova legge « non viene (eventualmente) concepito come portatore di mere abilità tecniche discrezionalmente esercitabili sulla sfera fisiopsichica di un dato individuo in base al solo consenso del medesimo, bensì lo si ravvisa pur sempre come partecipe della relazione di cura in quanto vincolato ai doveri e ai criteri di appropriatezza propri della sua professione » (L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o « diritto di morire »?*, cit., 418). Ma non solo. Si è infatti opportunamente messo in luce come il ruolo che rivestono « la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico », non possono ritenersi confinati alla fase di incontro, nell'ambito relativo all'espressione del consenso, con « l'autonomia decisionale del paziente » (cfr. art. 1, co. 2), onde creare le condizioni affinché quest'ultimo esprima in modo consapevole la sua volontà, bensì attiene anche alla individuazione dei trattamenti sanitari praticabili nel caso concreto e alle modalità della loro messa in opera: come si evince, del resto, dall'art. 5, co. 1, della legge n. 24/2017 (c.d. Gelli-Bianco) in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, ai sensi del quale « gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del [successivo] comma 3 » e, in mancanza, « alle buone pratiche clinico-assistenziali ». Con l'effetto che se « la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico [...] si basa sul consenso informato » (art. 1, co. 2), ciò implica pur sempre l'accettazione, da parte di chi accede all'attività sanitaria, delle criteriologie applicative e delle regole deontologiche che le sono proprie (ancora L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o « diritto di morire »?*, cit., 419).

stesso il *dovere di vivere ad ogni costo* - avrebbe fatto venire meno in capo al terapeuta l'*obbligo giuridico di curarlo* (anche a costo della sua morte), mancando il necessario titolo di legittimazione dell'esecuzione del trattamento; la conseguenza immediata era che nessuna responsabilità penale poteva ieri – e a maggior ragione potrà oggi – essere ascritta al medico che ometta di praticare trattamenti vitali a un paziente che coscientemente esprima il suo diritto a non essere curato, nell'ipotesi in cui sopraggiunga la morte<sup>23</sup>. Detto altrimenti: il medico andrà esente da responsabilità penale, oggi come ieri, in quanto (e nella misura in cui) non contravenga ad alcun obbligo impeditivo.

Soffermandoci sul piano degli obblighi professionali (e della dignità), questi appaiono meglio precisati, assieme alla fisionomia della posizione di garanzia, arricchita di momenti di doverosità legati all'esigenza di tenere nel debito conto la volontà del paziente. Se, come visto, il consenso rappresenta l'elemento strutturale decisivo per delineare l'esatto ambito operativo degli obblighi, ne consegue che ne plasmi *contenuto* e specifici *limiti*, che per loro natura non sono e non possono essere *fissi* ma in ogni momento *mutevoli*. In sostanza, la peculiarità del vincolo paziente/medico e il ruolo che il consenso del primo dispiega sui doveri e sugli obblighi del secondo delineano dei *vincoli interni*, genetici ed insuperabili del rapporto, pronti a palesarsi a fronte di una inequivoca manifestazione di *volontà* del paziente<sup>24</sup>: il medico diviene *garante* non più soltanto della salute del malato ma anche della sua *libertà morale* (*rectius*: della sua libertà di cura), che si estende dal diritto di non curarsi *ab origine* ovvero di non essere più curato *in itinere* (anche del paziente che non è in grado di attuare questa libertà da solo).

Così, con particolare riferimento all'ipotesi del rifiuto di cure vitali, la mancanza (o revoca) del consenso non elimina del tutto la posizione di garanzia, ma la modifica incisivamente, rimodulando gli oneri gravanti sul medico, da rapportare alla *aggiornata* dimensione dell'obbligo di protezione rispetto ad un paziente dissenziente; non più, cioè, quello di curare

23 Torna sulla questione, di recente, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017; sulla natura giuridica della causa di esenzione della responsabilità penale del medico v., per tutti, A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018, 16 ss., la quale ipotizza una condotta omissiva nelle ipotesi di mero rifiuto di un trattamento non ancora iniziato e un'azione in senso stretto nel caso di rinuncia a un trattamento già intrapreso, con l'effetto – e le relative conseguenze in termini di formule assolutorie – che nel primo caso mancherebbe la stessa condotta tipica e nel secondo il fatto sarebbe invece scriminato.

24 C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, cit., 1170.



*ad ogni costo* ed incondizionatamente per procrastinare una morte comunque inevitabile, quanto piuttosto (e non esaustivamente): *a*) esperire – a fronte di una prima manifestazione di dissenso – un *tentativo di persuasione* nei confronti del paziente, non ideologico né paternalistico, bensì volto a ricostruire un equilibrio fra tutela della salute e consapevole gestione del proprio essere, considerato che una scelta di rifiuto di cure vitali non può essere assunta dal medico come un dato immutabile da eseguire passivamente; *b*) garantire i più generali doveri di *sostegno morale*, di *assistenza psicologica* e di *cura in senso lato*, rifuggendo comportamenti ispirati a puri formalismi (tecnico-scientifici o morali), così da allontanare sia il rischio che alla scelta del diritto di rifiutare le cure si accompagnino deprecabili prassi di abbandono terapeutico, sia quello che dietro un formalistico rispetto dell'autodeterminazione del paziente possa celarsi un'ambigua elusione della responsabilità di fare delle scelte e di fatto si pratichi l'abbandono del malato; *c*) assicurare al paziente la *necessaria e corretta informazione* (ulteriore rispetto a quella di base prodromica all'acquisizione del consenso iniziale al trattamento medico) *circa il decorso e gli effetti connessi al rifiuto o all'interruzione delle terapie*, così da poterne a pieno apprezzare i rischi connessi, nel rispetto del ruolo decisivo che nel processo di 'concretizzazione' della posizione di garanzia assume la capacità di autodeterminazione responsabile del paziente, e per vincere altresì quella fisiologica asimmetria informativa (e di conoscenze scientifiche) tra i due *poli* dell'alleanza terapeutica; *d*) infine, qualora persista una volontà dissenziente, *adottare le procedure più idonee all'interruzione stessa*<sup>25</sup>.

25 Sottolinea L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o « diritto di morire »?*, cit., 419 ss. che « lo stesso obbligo del medico Lo stesso obbligo del medico che si esplica nei confronti del paziente anteriormente all'eventuale espressione del consenso, tuttavia, non viene meno dinnanzi al rifiuto – e in particolare a un rifiuto, per così dire, di primo approccio – opposto dal paziente all'ipotesi di un trattamento sanitario appropriato e (oggettivamente) proporzionato, tanto più quando le motivazioni del rifiuto appaiano al medico, in sé, deboli. Quest'ultimo, ad esempio, deve tener ben presente che la prima reazione a una notizia negativa inattesa per la salute, come insegna la psicologia medica, è in moltissimi casi la rimozione, accompagnata, *bic et nunc*, dal rifiuto delle terapie. E, in ogni caso, deve tener conto della particolare condizione psicologica derivante dallo stato di malattia: specie con riguardo all'eventualità ben nota che attraverso una dichiarata opposizione alle terapie il paziente esprima, in realtà, la protesta verso un vissuto che percepisca di abbandono, sia sul piano umano, sia con riguardo all'impegno per la garanzia delle migliori condizioni possibili di vita. Certamente, dunque, il medico non potrà mai costringere un individuo dissenziente (capace di intendere e volere) a trattamenti terapeutici che pure, in quanto professionista sanitario, ritenga del tutto ragionevoli, ma, del pari, non potrà limitare il suo ruolo alla mera presa d'atto del rifiuto, burocraticamente attestato da una firma cui attribuisca effetti deresponsabilizzanti. Piuttosto, sarà tenuto ad assicurare al pa-

In questo modo, va ribadito, il medico non si trasforma, come pure si è paventato, in un *mero esecutore di volontà sanitarie altrui*, ma interpreta sul piano applicativo l'*interrelazione di cura* con il suo malato, traducendo *in concreto e attuando* una manifestazione di volontà finale – espressione di un diritto costituzionalmente garantito –, giunta all'esito di un percorso comune in cui il medico è attore *protagonista* tanto quanto il paziente. Se di alleanza terapeutica si deve parlare, infatti, occorre *prenderla sul serio*, facendo in modo che i due soggetti siano realmente *alleati* verso un obiettivo comune, sul presupposto che oggetto del rapporto non è la *malattia* ma il *paziente*<sup>26</sup>; il che, inevitabilmente, *supera* la tradizionale prospettiva paternalistica, riespandendo il ruolo (*ora decisivo*) della volontà del paziente, *leggendo* l'atto medico non come *fine* ma quale *strumento*, il cui obiettivo è la *salute* del paziente, arricchita della sua essenziale componente soggettiva<sup>27</sup>.

**7. L'interruzione di un trattamento già in atto.** A ulteriore merito del testo va ascritta l'espressa equiparazione tra la mancata attivazione di un trattamento sanitario e la sua revoca; si supera così ogni residua incertezza riferita all'evenienza in cui la morte del paziente derivi non già dal progredire della malattia per un'iniziale omissione di cure non consentite, quanto piuttosto dall'interruzione (richiesta dal paziente) di un trattamento già in atto, ad esempio attraverso la disattivazione di un sostegno artificiale<sup>28</sup>. L'impressione che ci si trovi innanzi a un'*altra* situazione, alla quale pertanto dover riservare un trattamento giuridico diverso, deriva dall'essere in questo caso il comportamento del medico, dal punto di vista naturalistico, ascrivibile a un'*azione* (ad esempio lo spegnimento del respiratore), invece che a un mero *non facere* (non iniziare una terapia) imposto dalla volontà del paziente di non farsi curare e salvare. Questo in-

---

ziente, anche dopo un rifiuto, ulteriore informazione, incoraggiamento e sostegno psicologico, mantenendosi in concreto a disposizione del medesimo ».

26 F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 378; S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Il governo del corpo*, tomo I, S. Canestrari-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Rodotà-P. Zatti (a cura di), in *Trattato di bio-diritto*, S. Rodotà-P. Zatti (diretto da), Giuffrè, Milano, 2011, 222.

27 Sull'evoluzione del concetto di salute, significativamente, P. ZATTI, *Rapporto medico – paziente e « integrità » della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2008, 404 ss.

28 Per un approfondimento sul punto, sia consentito rinviare a C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1145 ss.; concorda sulla scelta operata dal legislatore anche S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, cit., 3.

dubbio profilo di diversità materiale può ingenerare il convincimento di trovarsi in una situazione maggiormente assimilabile all'*eutanasia attiva*, quale aiuto a morire, piuttosto che a un legittimo rifiuto di un trattamento medico, di cui sinora si è detto<sup>29</sup>.

L'apparente divario tra le due ipotesi si riduce sensibilmente – ristabilendo la comune riconducibilità alla matrice di un legittimo rifiuto di terapie (in questo caso di sostegno vitale) – non appena si rifletta sull'equivalenza, dal punto di vista normativo, delle due situazioni rispetto al contenuto dell'art. 32 Cost.; è innegabile, infatti, già sul piano logico – prima ancora che giuridico – che una volta subordinata al consenso del paziente la legittimità circa la praticabilità *iniziale* di cure (anche vitali) – ammettendo quindi un rifiuto inteso come *richiesta di non inizio* –, sarebbe del tutto incongruente non concordare sulla necessità anche del suo consenso *a proseguirle*, sul riconoscimento di una *revocabilità o ritrattabilità del consenso iniziale* (così come di un eventuale dissenso) una volta espresso, con altrettanto piena legittimazione di una rinuncia al trattamento sanitario (come *richiesta di sospensione*) da parte del singolo.

Per giunta, qualora si negasse tale equiparazione, legittimando solo un rifiuto iniziale del trattamento da parte del malato, si andrebbe incontro a una serie di effetti irragionevoli, oltre che paradossali. A titolo esemplificativo: a seconda della possibilità di interrompere la terapia *da soli* o no, la

29 La distinzione – enucleata su un piano naturalistico, morale e giuridico – tra “*mercy killing*” e “*letting die*” si traduce notoriamente nella contrapposizione tra eutanasia attiva e passiva. Un semplice cenno, in questa sede, può essere dedicato al problema definitorio dell'eutanasia, tanto più rilevante quanto foriero di possibili fraintendimenti. Così, per *eutanasia attiva* si intende la soppressione, per pietà, della vita di una persona attraverso un comportamento fattivo, posto in essere da taluno nei confronti di un soggetto gravemente infermo (generalmente in stato di sofferenza insostenibile e nella fase terminale di una malattia). Di contro, l'*eutanasia passiva* è invece generalmente ricondotta ai casi di omissione di terapie o alla cessazione di quelle che mantengono in vita il paziente nei confronti di malati giunti alla fase terminale. Tratto peculiare rispetto alla prima è la natura *sostanzialmente* omissiva del comportamento, sulla base della quale è possibile qualificare come causa della morte direttamente la malattia, anziché la condotta umana. Il *crinale* distintivo, pertanto, sembra ruotare attorno al profilo causale, nel senso che mentre nella forma attiva la causa (o la concausa) della morte è rappresentata proprio dall'azione del medico, in quella *passiva* essa va ricondotta direttamente all'evoluzione della malattia, limitandosi il medico a non fare nulla per impedirne il decorso. Tanto che, qualora l'omissione del sanitario concretizzi una espressa richiesta del paziente, può fondatamente dubitarsi della correttezza (già a livello semantico) del riferimento al termine eutanasia passiva, soprattutto con riguardo alle ipotesi di rifiuto, sospensione ed interruzione di cure pienamente consenzienti; in questo senso, significativi approfondimenti in S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2016, 63 ss.

In una prospettiva volta a ridimensionare la corrispondenza azione/omissione – procurare la morte/lasciar morire, ritenute espressioni che « si collocano su piani distinti e non completamente sovrapponibili », cfr. altresì il Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 24 ottobre 2008, “*Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*”, 16 ss.

sospensione di cure sarebbe consentita solo a taluni pazienti e non ad altri, con una *selezione* basata sulla *tipologia* di malattia, sullo *stato di avanzamento della patologia* sofferta (che incide sul momento in cui si può rinunciare o meno) e sul tipo di *terapia attuata* (un malato di tumore potrà sempre sospendere un ciclo di chemioterapia, non presentandosi alla seduta successiva se le precedenti sono state ritenute troppo invasive e comunque intollerabili in un rapporto personale di costi/benefici delle stesse cure). Come ulteriore effetto paradossale, poi, qualora il paziente ritenesse di non potere più sospendere la terapia, potrebbe essere portato a *non intraprenderla affatto*, proprio per il timore che una volta iniziata non la si possa più interrompere e se ne debba quindi rimanere necessariamente *prigionieri*. Altro effetto discriminatorio si avrebbe nel caso in cui si venisse a essere sottoposti a terapie quando non si è coscienti, perché ad esempio un medico ha agito in stato di necessità, e pertanto non vi è stata alcuna possibilità di esprimere un dissenso iniziale, rimanendo irrevocabilmente vincolati alla loro prosecuzione.

Ebbene, il legislatore sembra avere colto questa sostanziale identità e, recependo le conclusioni raggiunte nelle recenti pronunce che hanno avuto a oggetto ipotesi di rifiuto di cure da parte di soggetti capaci e incapaci (la sentenza di proscioglimento del GUP di Roma nel caso Welby e il decreto di archiviazione del GUP di Udine nel caso Englaro), ha allontanato lo spettro degli effetti paradossali e iniqui di una mancata equiparazione.

## **8. L'obiezione di coscienza e il *limite* deontologico.**

Sono stati avanzati dubbi con riferimento all'inesigibilità, sancita al comma 6 dell'articolo 1, di trattamenti sanitari contrari non solo a norme di legge, ma anche alla *deontologia professionale* o alle *buone pratiche clinico-assistenziali* e alla mancanza di una norma che preveda il diritto del medico di rifiutare di prestare la propria opera laddove la decisione del malato risulti contraria ai propri principi etici (una vera e propria obiezione di coscienza)<sup>30</sup>.

I due profili sono strettamente connessi, seppure parzialmente antitetici. Da un lato, vi è infatti il timore, espresso anche nel parere reso dalla Commissione Giustizia della Camera, che non meglio precisate regole di

<sup>30</sup> Sul tema, fra gli ultimi, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 109 ss., nonché, prima ancora, D. BALDINI, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, cit., 812; L. L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie*, cit., 143 ss., nonché, a prima lettura, D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, cit., 33 ss.

deontologia professionale o non specificate buone pratiche possano legittimare il medico a disattendere la volontà espressa dal paziente, vanificando, attraverso un'equiparazione tra legge e fonti deontologiche, il percorso intrapreso sul piano normativo<sup>31</sup>. Le perplessità non sono state ridimensionate dall'aggiunta – all'apparenza ridondante – che, a fronte di siffatte richieste, il medico sia svincolato da obblighi professionali (il riferimento è, evidentemente, a trattamenti non appropriati, alla luce delle conoscenze disponibili, che peraltro rientrerebbero nel novero della violazione dei doveri di buona pratica clinica)<sup>32</sup>; è anzi maturata la sensazione che, con tale inciso, si sia creata «una sorta di uscita di sicurezza per i sanitari»<sup>33</sup>, soppe-  
rendo così, in maniera indiretta, all'assenza di un'apposita norma, invocata dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri<sup>34</sup>, che regolamenti l'obiezione di coscienza<sup>35</sup>.

Ora, in una logica di equilibrato bilanciamento, la mancata esplicitazione dell'obiezione di coscienza – ricondotta al timore che essa “avrebbe significato legittimare, dando luogo a un vero e proprio controsenso, lo

31 Parla in proposito di « formulazione non felice, che equipara legge e fonti deontologiche », S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, cit., 4; secondo U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, cit., 3, « il rinvio al codice deontologico come se fosse un testo di legge pare quantomeno poco opportuno, stante il rischio di equipararlo ad una fonte primaria, con la conseguenza che l'espressione dell'autodeterminazione del paziente possa essere limitata da vincoli non determinati e chiaramente fissati in legge »; per tale via, « si legittimerebbe una sorta di obiezione di coscienza che non è, comunque, in alcun modo prevedibile dinanzi ad un mancato consenso ad un trattamento sanitario, non assicurato, in ipotesi, dalle DAT che sono una propaggine del consenso informato », anche in considerazione del fatto che « il limite indicato nel rispetto della buona pratica medica – per cui deve essere negato il diritto di pretendere un qualsiasi trattamento, compreso quello inappropriato o sproporzionato, quello che non è valutato scientificamente valido (si ricordi il caso Stamina) ed ancora quello contrario alla legge (richiesta di pratica eutanasi) – è già riconosciuto dalla comune pratica giudiziale ».

32 Critico, sul punto, C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, cit., 3, il quale osserva che, proprio attraverso tale enunciato « ambiguo e inopportuno », si finisce per legittimare « una sorta di obiezione di coscienza che, se è tipicamente prevista negli Stati in cui è lecito, ad alcune condizioni, un intervento diretto teso all'assistenza al suicidio, non trova corrispondenti legislativi in altri Stati in riferimento al diritto al rifiuto di trattamenti sanitari », poiché « il medico non può esercitare un potere incondizionato nei confronti dei malati che chiedono il rispetto di una loro volontà del tutto legittima » e perché « la medicina deve trovare i propri limiti, i quali devono essere compresi dai professionisti ».

33 S. ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, cit., 2.

34 Ad esempio, nell'audizione del 17 maggio dinanzi alla Commissione Igiene e Sanità del Senato, in cui la FNOMeO ha ribadito « l'opportunità di inserire nel testo la previsione, per il medico, del diritto all'obiezione in scienza e coscienza rispetto alle richieste del paziente ».

35 La scelta, soprattutto nel riferimento alla deontologia professionale, è stata salutata con favore dalla FNOMCeO, che, nell'appena segnalata audizione, ha messo in evidenza il fatto che « il codice di deontologia medica contiene già disposizioni immediatamente e direttamente precettive per l'attività sanitaria in genere, che sono destinate necessariamente ad integrare le regole generali fissate dall'ordinamento giuridico e ad assumere, perciò, valenza esterna ».

svuotamento del complessivo impianto di una legge che individua nella volontà del paziente l'imprescindibile presupposto per la messa in atto o la prosecuzione di qualunque intervento sanitario<sup>36</sup> – può essere in qualche misura compensata proprio dal riferimento, quale *limite*, a quanto previsto nel codice deontologico, il quale fra l'altro contempla, all'art. 22, una *clausola di coscienza*, per la quale «il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione».

In questa prospettiva, un ruolo non secondario può altresì rivestire la distinzione, poc'anzi sottolineata, tra ciò che la legge consente e ciò che essa continua a vietare, vale a dire che, da una parte, i pazienti possano liberamente scegliere di non ricevere quelle cure che permettono loro di rimanere in vita “artificialmente” e, dall'altra, che non siano ammesse pratiche eutanasiche, non potendo il medico praticare trattamenti diretti a procurare la morte. In pratica, non sono imposte al medico scelte che, a differenza di ciò che ad esempio accade per l'aborto, implicino spazi di obiezione di coscienza, fermo restando che, nell'organizzazione delle strutture sanitarie, dovranno essere adottati moduli gestionali idonei a salvaguardare le singole sensibilità, senza mai tuttavia pregiudicare il diritto del paziente alla sua libertà di autodeterminazione terapeutica.

**9. Conclusioni. Gli scenari aperti dal caso Cappato.** L'iter parlamentare che ha condotto alla legge n. 219 del 2017 non è stato semplice, tra ostacoli politici (*in primis* il rischio di *non fare in tempo*, per l'imminente scioglimento delle Camere) e ostruzionismi ideologici (il cui timore ha precluso ogni modifica da parte del Senato). Tuttavia, lo si è visto, non mancano buone ragioni per accogliere con favore – anche nella prospettiva del penalista – quella che è stata definita, con grande efficacia, una «buona legge buona»<sup>37</sup>, la cui approvazione «non sarebbe stato decoroso procrastinare ancora, essendo una decisione politica in materia molto attesa da cittadini, medici, giuristi»<sup>38</sup>.

36 P. BORSELLINO, “Biotestamento”: *i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, cit., 802.

37 Richiamando il titolo dell'Editoriale di S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, cit.

38 C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza*, cit., 1.

Si tratta, all'evidenza, di un articolato nel complesso equilibrato e ben scritto, congruente tanto con i principi costituzionali interni quanto con gli *input* sovranazionali, al passo coi tempi (emblematico il richiamo alle unioni civili) e con le acquisizioni della comunità scientifica (sulla natura "sanitaria" di nutrizione e idratazione artificiali), ma anche coerente con il segnalato mutato atteggiamento del mondo cattolico, esplicitato dalle accorate parole di Papa Francesco nel messaggio del novembre 2017 richiamato in apertura<sup>39</sup>. Pur se migliorabile, si può parlare di un efficace compromesso, in grado di consolidare principi e diritti di libertà senza aprire tuttavia la porta a derive eutanasiche, dimostrando la capacità del legislatore di recuperare 'consenso' e di manifestare equilibrio e sensibilità su un terreno, quello delle questioni eticamente sensibili, da molti ritenuto, in virtù delle non eccellenti prove sin qui offerte, appannaggio esclusivo del diritto giurisprudenziale<sup>40</sup>. In quest'ottica, la nuova legge appare destinata

39 Di fronte alle « domande che riguardano la fine della vita terrena » e alle nuove forme che queste oggi assumono « per l'evoluzione delle conoscenze e degli strumenti tecnici resi disponibili dall'ingegno umano », il Santo Padre ha infatti messo in evidenza non solo la possibilità, grazie al progresso della medicina, di « prostrarre la vita in condizioni che in passato non si potevano neanche immaginare », ricordando come « gli interventi sul corpo umano diventano sempre più efficaci, ma non sempre sono risolutivi: possono sostenere funzioni biologiche divenute insufficienti, o addirittura sostituirle, ma questo non equivale a promuovere la salute » e invocando nei medici « un supplemento di saggezza, perché oggi è più insidiosa la tentazione di insistere con trattamenti che producono potenti effetti sul corpo, ma talora non giovano al bene integrale della persona ». Sempre nel messaggio, richiamando il discorso di Papa Pio XII ad anestesisti e rianimatori del 1957, ha poi ribadito che « non c'è obbligo di impiegare sempre tutti i mezzi terapeutici potenzialmente disponibili e che, in casi ben determinati, è lecito astenersene », ritenendo dunque « moralmente lecito rinunciare all'applicazione di mezzi terapeutici, o sospenderli, quando il loro impiego non corrisponde a quel criterio etico e umanistico che verrà in seguito definito proporzionalità delle cure »; con l'aggiunta che « non attivare mezzi sproporzionati o sospenderne l'uso, equivale a evitare l'accanimento terapeutico, cioè compiere un'azione che ha un significato etico completamente diverso dall'eutanasia, che rimane sempre illecita, in quanto si propone di interrompere la vita, procurando la morte » e che « per stabilire se un intervento medico clinicamente appropriato sia effettivamente proporzionato non è sufficiente applicare in modo meccanico una regola generale », occorrendo « un attento discernimento, che consideri l'oggetto morale, le circostanze e le intenzioni dei soggetti coinvolti ». In questa prospettiva, « la dimensione personale e relazionale della vita – e del morire stesso, che è pur sempre un momento estremo del vivere – deve avere, nella cura e nell'accompagnamento del malato, uno spazio adeguato alla dignità dell'essere umano » e il malato « riveste il ruolo principale »; è proprio il malato, infatti, « che ha titolo, ovviamente in dialogo con i medici, di valutare i trattamenti che gli vengono proposti e giudicare sulla loro effettiva proporzionalità nella situazione concreta, rendendone doverosa la rinuncia qualora tale proporzionalità fosse riconosciuta mancante », compiendo « una valutazione non facile nell'odierna attività medica, in cui la relazione terapeutica si fa sempre più frammentata e l'atto medico deve assumere molteplici mediazioni, richieste dal contesto tecnologico e organizzativo ».

40 Sulla plausibilità, nelle materie eticamente sensibili, di una disciplina normativa v., in particolare, le riflessioni di G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1383 ss.; da ultimo, torna sul punto G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire*, cit., 2309.

a porsi quale imprescindibile punto di (ri)partenza nel percorso – intrapreso e ormai non più reversibile – diretto a rendere effettiva, nelle sue molteplici declinazioni pratiche, la libertà di autodeterminazione anche nelle scelte di fine vita. Il cammino, tuttavia, non può ritenersi concluso. Nell'immediato futuro, all'ordine del giorno vi è il tema del possibile ampliamento dello spettro dell'autodeterminazione *al di là* del rapporto terapeutico.

Decisivo, sul punto, il contributo della Corte costituzionale, sollecitata dalla Corte di Assise di Milano a prendere posizione nell'ambito del caso Cappato<sup>41</sup>. Come è noto, nel corso del processo per istigazione e aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), con riferimento alla morte di Fabiano Antoniani (dj Fabo), nei confronti di Marco Cappato, tanto per una condotta di "aiuto", quanto per un "rafforzamento" del proposito suicida che questi avrebbe operato sull'Antoniani, la Corte di Assise di Milano, con ordinanza del 14 dicembre 2018<sup>42</sup>, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., ravvisando un duplice contrasto: da un lato, nella parte in

41 Sulla vicenda, in termini generali, cfr. 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 *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017; ID., *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, ivi, 18 luglio 2017; M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 11/2017; R. E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2017; A. ALBERTI, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 marzo 2018; A. SANTOSUOSSO-P. BELLOLI, *Paradossi nel procedimento Cappato. Tre aporie generate dall'art. 580 c.p. a proposito di aiuto al suicidio*, cit.

42 In *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2018, con osservazioni di M. FORCONI, *La Corte di Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, fasc. 2/2018, 182 ss.; commenti all'ordinanza anche in R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2018, 97 ss.; M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2018, 737 ss.; C. MAGNANI, *L'ordinanza "Cappato". L'aiuto al suicidio davanti alla Consulta*, in *www.forumcostituzionale.it*, 22 febbraio 2018; S. GIANELLO, *La strada impervia del giudizio incidentale. Note all'ordinanza di rimessione nel processo "Cappato"*, in *www.diritticomparati.it*, 26 febbraio 2018; P. FIMIANI, *La responsabilità penale nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2018; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, cit.; S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 luglio 2018; G. STAMPANONI BASSI, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sollevata dalla Corte di Assise di Milano nel processo a Marco Cappato*, in *Giurisprudenza penale web*, 10 settembre 2018; I. PELLIZONE, *Aiuto al suicidio, dal codice Rocco alla Carta costituzionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, ivi, 17 settembre 2018; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8/2018, 57 ss.



cui «incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o rafforzamento del proposito di suicidio, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13 comma 1 e 117 Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea Diritti dell'Uomo»; dall'altra, laddove «prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost. ».

Va chiarito subito come la vicenda in esame, pur inquadrabile all'interno delle tematiche penalistiche della fase terminale della vita, esuli apparentemente dalle precipue questioni sin qui affrontate, dal momento che la contestazione di una condotta di agevolazione al suicidio nei riguardi di un soggetto *non medico* (al quale è stata formulata – nelle peculiari forme in cui ciò è avvenuto – una richiesta comunque estranea a qualsivoglia trattamento sanitario) sembra collocarsi certamente al di fuori del rapporto terapeutico, presupposto nella disciplina del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento.

La distinzione, peraltro, assume connotati sostanziali di estrema significatività<sup>43</sup>. Occorre muovere da quanto evidenziato nelle pagine precedenti: sulla base della legge n. 219 non può ritenersi riconosciuto alcun diritto a morire, come sembra invece ammettere, nell'appena richiamata ordinanza, la Corte di Assise di Milano. Secondo la nuova normativa, è infatti unicamente consentito al *medico* – in caso di pazienti con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari – di fare ricorso alla sedazione palliativa profonda continua, in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente (o nelle forme previste); il che – allo stato attuale – non rende possibile ritenere penalmente irrilevanti condotte come quella contestata a Cappato, dal momento che, se è vero che è pur stata regolamentata (e liceizzata) una condotta assimilabile a un “suicidio assistito” di chi è sottoposto a trattamento sanitario (del quale chiede l'interruzione, ad esempio attraverso sedazione profonda, ecc.)<sup>44</sup>, altrettanto non può dirsi

<sup>43</sup> In questa direzione, anche L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?», cit.*, 434 ss.

<sup>44</sup> Contesta «l'identificabilità della sedazione palliativa profonda continua quale strumento per *dare* la morte (...), rimanendo essa inquadrata, piuttosto, quale modalità di contrasto delle (...) sofferenze: vale a dire quale modalità per scongiurare che il sopraggiungere della morte avvenga tra patimenti acuti nelle situa-

con riguardo a quella di chi, seppure in termini analoghi, si collochi – come nel caso di specie – *al di fuori* da tale ambito. Non è del resto casuale che, come si è visto, le stesse DAT assumano rilievo *sempre e solo* all'interno di un rapporto terapeutico instaurato o da instaurare.

In definitiva, se può riconoscersi un passo avanti da parte del legislatore nel percorso espansivo dell'autodeterminazione, dovrà essere lo stesso legislatore – onde evitare deleghe al potere giudiziario – a porsi il problema di riequilibrare il trattamento di casi che, come appunto quello affrontato dalla Corte di Assise di Milano, si presentino in termini “sostanzialmente” analoghi a rifiuti iniziali di cure da parte di coloro che sono in condizione di esprimere (o di avere pianificato) un dissenso.

È ciò che ha riconosciuto, in buona sostanza, la Corte costituzionale nell'ordinanza 16 novembre 2018, n. 207, con la quale è stata rinviata all'udienza pubblica del 24 settembre 2019 la trattazione delle questioni sollevate dalla Corte d'Assise di Milano, al fine di consentire al legislatore di disciplinare *medio tempore* la materia dell'aiuto al suicidio. Con tale pronuncia, a ben vedere, i giudici costituzionali, oltre a innovare il catalogo delle tecniche decisorie (riconoscendo, pur non ancora dichiarando, la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.), hanno iniziato un percorso di ampliamento dei margini dell'autodeterminazione individuale, spostandone i confini – nel rispetto dell'esigenza di bilanciare la salvaguardia del bene della vita - oltre l'attuale perimetro garantito dall'art. 32, co. 2 Cost., suggerendo al Parlamento, di cui pure si riconosce la discrezionalità nell'opera di delicato bilanciamento dei rilevanti interessi in gioco nella vicenda, *tempi, modi e luoghi* dell'intervento legislativo idoneo a colmare il ravvisato *vulnus* costituzionale.

Nel dettaglio, chiarito come la tesi dell'illegittimità costituzionale, sostenuta dalla Corte d'Assise di Milano, non possa essere condivisa “nella sua assolutezza” (§ 4), poiché non in contrasto – in termini generali - con il diritto alla vita, con un generico “diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita” e con il “diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata”, la Corte evidenzia come non possa non tenersi conto di situazioni, “inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma

---

zioni, circoscritte, che non rispondono alle ordinarie cure palliative », L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o « diritto di morire »?*, cit., 435.

non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali”, nelle quali l’incriminazione dell’aiuto al suicidio entra in contrasto con i principi costituzionali (§ 8), mettendo in discussione “le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell’aiuto al suicidio” (§ 9).

Il riferimento è alle eventualità in cui – come nella vicenda oggetto del giudizio - ad essere agevolato a procurarsi la morte sia una persona affetta da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche ritenute assolutamente intollerabili, tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale ma pienamente capace di scegliere in maniera libera e consapevole (dunque di autodeterminarsi); proprio in queste circostanze, si prosegue, “l’assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l’unica via d’uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, co. 2, Cost.” (§ 8). A dire il vero, prosegue la Corte, al malato in queste condizioni si presenta anche la possibilità di lasciarsi morire richiedendo l’interruzione di trattamenti di sostegno vitale in atto e la contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua; richiesta peraltro vincolante nei confronti dei terzi, sulla scorta di quanto riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale con riferimento al peso e al valore del consenso informato nell’ambito del trattamento sanitario, dai giudici comuni, tanto in sede civile che penale, e soprattutto della disciplina oggi cristallizzata nella legge n. 219 del 2017.

Proprio ricostruendo la trama normativa della legge 219, i giudici costituzionali insistono nel ricordare come “la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari possa essere associata alla richiesta di terapie palliative, allo scopo di alleviare le sofferenze del paziente (art. 2, comma 1)”, rimarcando la possibilità di ricorrere alla “sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari”; non potendo tale disposizione non riferirsi anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l’idratazione o l’alimentazione artificiali, l’effetto è quello di innescare “un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte” (§ 8). Allo stato, è invece preclusa al medico la pratica di trattamenti diretti a determinare la morte, cosicché i pazienti che versino nelle condizioni critiche sopra descritte sono costretti “a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono

care” (§ 9). Si tratta di quel processo di lenta agonia che Fabiano Antoniani aveva scartato, reputando tale “modalità di porre fine alla propria esistenza (...) non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo”, portandolo a insistere sulla richiesta di assistenza al suicidio, che gli avrebbe assicurato invece una morte rapida.

È su questa fattispecie, ritagliata con estrema precisione, che si annidano i profili di illegittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., i cui presupposti logico-argomentativi sono essenzialmente due: *a*) il preminente valore riconosciuto alla vita, se “non esclude l’obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi”, non può neanche “tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all’accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all’anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale” (§ 9); *b*) se pure è innegabile che malati irreversibili esposti a gravi sofferenze possano essere considerati soggetti vulnerabili da proteggere, una volta che l’ordinamento consideri costoro in grado “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” (§ 9).

Si ricava a questo punto il margine di incompatibilità fra il divieto assoluto di aiuto al suicidio e la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, co. 2: l’imposizione di “un’unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive” (§ 9).

Perimetrata l’area d’incostituzionalità, la soluzione più immediata – la declaratoria di illegittimità dell’art. 580 c.p. *in parte qua* (laddove cioè l’aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte) – è scartata dalla Corte costituzionale per l’avvertita necessità di farsi carico del vuoto legislativo che ne scaturirebbe e degli

abusi che potrebbero derivarne a carico dei soggetti più fragili (§ 10). In ragione di ciò, vengono evidenziati alcuni profili rispetto ai quali l'esigenza di una regolazione della materia appare fondamentale: *a)* le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto; *b)* la disciplina del relativo "processo medicalizzato"; *c)* l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale; *d)* la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura.

Sempre nell'ordinanza, poi, pur riconoscendosi come i delicati bilanciamenti sottesi siano affidati, almeno in linea di principio, al Parlamento, ci si spinge a suggerire *linee guida* di intervento: *i)* l'ambito nel quale inserire l'auspicata regolamentazione, volta a disciplinare le condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte: non già l'art. 580 c.p., quanto piuttosto la legge n. 219 del 2017, così "da inscrivere anche questa opzione nel quadro della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima" (§ 10); *ii)* il collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata *procedura*, delineandosi il modello di una vera e propria giustificazione procedurale (§ 10); *iii)* l'introduzione di una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio *a quo*), che della non punibilità procedurale non potrebbero altrimenti beneficiare (§ 10); *iv)* l'adozione di "opportune cautele affinché – nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a mettere il paziente nella concreta possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza" (§ 10).

Quanto alla tecnica decisoria, la Corte abbandona la strada tradizionalmente seguita in situazioni analoghe, quella cioè della declaratoria di inammissibilità della questione sollevata, accompagnata da un monito al legislatore affinché rimuova il ravvisato *vulnus* adottando la necessaria disciplina legislativa; la ragione della scelta risiede nel volere evitare l'effetto che ne sarebbe conseguito, quello cioè di "lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione", sino al momento in cui

non venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, e quindi – in buona sostanza – la condanna di Marco Cappato (§ 11).

La soluzione che, “facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”, è escogitata per contemperare l’esigenza *del caso concreto* con quella, di carattere sistematico, di “lasciare al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità – ferma restando l’esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati dalla presente pronuncia”, trae ispirazione da precedenti della Corte Suprema del Canada (6 febbraio 2015, *Carter contro Canada*) e della Corte Suprema del Regno Unito (25 giugno 2014, *Nicklinson* e altri) e consiste nel disporre il rinvio del giudizio in corso, con contestuale fissazione della discussione delle questioni, all’udienza del 24 settembre 2019, “in esito alla quale potrà essere valutata l’eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela” (§ 11).

Sul piano processuale ne deriva, da una parte, la sospensione del giudizio *a quo* e, dall’altra, con riguardo agli altri giudizi, l’invito rivolto ai singoli giudici a valutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza, alla luce di quanto indicato nell’ordinanza in commento, di analoghe questioni di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., così da evitarne l’applicazione in *parte qua* (§ 11). Sul fronte istituzionale, sempre secondo i giudici, l’opzione prescelta consente al Parlamento di assumere, “in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale”, ogni opportuna riflessione e iniziativa, evitando che “una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili” e al contempo scongiurando “possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale” (§ 11).

L’elemento centrale della pronuncia è indubbiamente rappresentato dall’aver i giudici di palazzo della Consulta - dopo avere ribadito in termini più generali la non incompatibilità dell’incriminazione dell’aiuto al suicidio con la Costituzione e con le norme convenzionali - selezionato, mediante un chirurgico ritaglio del *petitum*, una precisa area di non conformità costituzionale dell’art. 580 c.p. nella sua originaria formulazione, coincidente con la peculiare condizione della persona affetta da malattia incurabile e produttiva di gravi sofferenze, la quale, ancora pienamente capace, completamente informata e libera nella scelta (non nella possibilità di farlo autonomamente), possa darsi legittimamente la morte attraverso un rifiuto iniziale o un’interruzione *in itinere* dei trattamenti sanitari necessari alla sua sopravvivenza. Si tratta di una soluzione che in qualche

modo consente di individuare un appiglio nella legislazione introdotta a fine 2017 con la legge n. 219 e soprattutto di ancorare il giudizio di costituzionalità anche al parametro – pur non espressamente evocato nell’ordinanza di rimessione ma abbondantemente richiamato in motivazione dalla Corte di Assise di Milano – dell’art. 32 Cost. e della libertà di autodeterminazione terapeutica sino al punto di lasciarsi morire.

Ebbene, allorché il malato, per interrompere le sofferenze e darsi la morte, è costretto ad attraversare uno stato di degradazione della persona, lesivo della propria dignità (da salvaguardare e tutelare a maggior ragione nella fase terminale della vita, ove si è ancora più vulnerabili e indifesi), il divieto assoluto di aiuto al suicidio di cui all’art. 580 c.p. integra una limitazione dell’autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle appunto finalizzate a liberarlo dalle sofferenze e a condurlo alla morte, e dunque una lesione degli artt. 2, 13 e 32 Cost.; nell’indistinto divieto è ravvisata pure un’irragionevole disparità di trattamento fra malati incurabili che sono comunque in grado di togliersi la vita da soli e malati altrettanto incurabili che invece, impossibilitati a farlo, sono costretti a sottoporsi al percorso scaturente dall’interruzione del trattamento di sostegno vitale, con l’ulteriore sotto-sperquazione fra coloro ai quali l’interruzione dei trattamenti assicura comunque una morte rapida e coloro che invece, come nel caso di Fabiano Antoniani, siano costretti a passare attraverso un drammatico decorso agonico.

A ben vedere, l’ordinanza sembra muoversi nel sottile crinale fra il suicidio quale “scelta drammatica e tragica per porre fine alle sofferenze dell’anima” e il “suicidio medicalmente assistito come scelta tragica e terminativa per porre fine alle sofferenze del corpo, di un corpo che è diventato prigioniero dell’anima”, che porta a dubitare che il concetto stesso di suicidio cui fa riferimento l’art. 580 c.p. nella sua originaria formulazione (e la cui agevolazione era punita nelle intenzioni del legislatore del 1930, epoca nella quale, come si è detto, non erano immaginabili situazioni analoghe) sia estensibile a casi come quello oggetto del giudizio.

Certo, permane sullo sfondo, meritevole di ulteriori approfondimenti, il rapporto con l’art. 32, co. 2 Cost., riconosciuto quale cardine del diritto di rifiutare o interrompere *tutte e solo* le cure *sino al punto* di lasciarsi morire, e soprattutto con la non punibilità di colui il quale assecondi la volontà del paziente, che la legge 219 del 2017 continua a circoscrivere, per l’appunto, all’ambito del rapporto terapeutico; indici che potrebbero rendere problematica l’estensione della copertura costituzionale dell’irrespon-

sabilità penale al di fuori del rapporto medico-paziente e oltre i limiti dell'interruzione di trattamenti medici.

In quest'ottica, il percorso argomentativo seguito dalla Corte può contribuire a stemperare il rigore formalistico della distinzione, profilando una *diversa* – più rapida, meno sofferta, maggiormente corrispondente alla percezione soggettiva di dignità – modalità di esecuzione, in ben precise circostanze, del diritto costituzionale, già cristallizzato nella legge n. 219 del 2017 (e prima ancora riconosciuto in sede giurisprudenziale), di lasciarsi morire interrompendo trattamenti vitali, non solo previa sedazione profonda continua (in termini *più afflittivi*, sul piano oggettivo, e potenzialmente *meno corrispondenti* all'idea di dignità *nel* morire, su quello soggettivo). Per tale via, a nostro avviso, la Corte non intende legittimare un diritto di morire quanto invece valorizzare la massima declinazione della tutela della dignità umana, rafforzandone lo spettro applicativo, esteso alla libertà di autodeterminazione nelle situazioni di estrema vulnerabilità della persona, legate alla fase terminale della vita (non tanto un *diritto a morire con dignità*, quanto piuttosto un diritto alla *piena dignità* anche *nella* morte).