

## INTRODUZIONE

Per la mia tesi ho scelto di analizzare le tematiche eutanasiche. Tale decisione è stata particolarmente sofferta: il dibattito sul diritto alla vita e sull'eutanasia è ancora molto vivo. All'interno della discussione non vengono esclusivamente in rilievo concetti squisitamente giuridici, ma è necessario confrontarsi con la morale sociale, con l'etica professionale dei vari protagonisti, senza contare l'influenza che la religione, ovvero, la Chiesa Cattolica, esercita. Se devo essere sincera, ritengo che nell'attuale contesto sociale sia impensabile ritenere vicina una soluzione legislativa alla questione.

Ho deciso di impostare il mio lavoro partendo dall'analisi dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione. Proseguo poi con l'analisi dei vari concetti che, a mio avviso, sono fondamentali per una giusta lettura e una corretta interpretazione delle norme del nostro Ordinamento.

Per ogni argomento, dal diritto alla vita e alla salute, proseguendo con il rapporto medico-paziente e il fondamentale principio del consenso informato, per arrivare, infine, al concetto di eutanasia, ho voluto esporre i due principali punti di vista della dottrina italiana, ovvero, l'interpretazione della filosofia cattolica e di quella laica.

Lo stesso è avvenuto per l'analisi della normativa penale che viene normalmente presa in considerazione nella trattazione di queste tematiche: oltre alla ricerca delle spinte motivazionali, che hanno portato all'introduzione di queste norme, ho riportato, anche in questo caso, le varie interpretazioni date dalla dottrina, sia essa di matrice cattolica che laica.

Tale scelta è dipesa dalla volontà di riportare, il più fedelmente possibile, i termini attuali del dibattito, dalle letture più tradizionali, fedeli ad un'interpretazione letterale della normativa in vigore, alle interpretazioni più innovative e audaci, che potrebbero aprire un nuovo scenario nell'evoluzione giuridica e legislativa italiana.

Nell'ultimo capitolo, prima di esporre le mie personali opinioni sugli argomenti trattati, ho analizzato i casi giudiziari più rilevanti, ovvero, quelli che, suscitando l'interesse dell'opinione pubblica, hanno dato nuova vita al dibattito sulla possibilità di legalizzazione e regolamentazione dell'eutanasia.

Voglio precisare fin da ora, ma sarà comunque facilmente comprensibile durante la trattazione dei singoli casi, che le richieste presentate all'Autorità Giudiziaria da parte dei protagonisti di queste vicende, sia personalmente, sia attraverso l'intervento del tutore, non sono e non devono essere considerate delle richieste eutanasiche. Sono, invece, delle domande di sospensione dal trattamento sanitario non voluto. Si tratta, infatti, della richiesta di poter esercitare un diritto riconosciuto e tutelato dalla nostra Costituzione. Avrò, comunque, l'opportunità di analizzare più approfonditamente tale questione nella propria sede.

In ogni caso, non mi sono limitata a riportare le vicende esclusivamente da un punto di vista giuridico, come forse sarebbe stato più indicato trattandosi di una tesi in giurisprudenza, ma ho preferito dare una visione più ampia, che ha coperto, soprattutto per ciò che concerne il caso Englaro, anche l'aspetto clinico, amministrativo e investigativo. Ho scelto quest'impostazione perché ritengo che solo prendendo in considerazione tutti gli elementi, siano essi strettamente giuridici, sia che derivino dal contesto sociale, è possibile avere una visione d'insieme, interpretando correttamente i fatti e, conseguentemente, individuando l'opportuna normativa da applicare.

Infine, ho esposto le mie personali conclusioni, la mia interpretazione del concetto di vita tutelato dalla Costituzione, dalla quale deriva l'identificazione, alla stregua di un accanimento terapeutico, di tutte le cure sanitarie espressamente rifiutate dal paziente.

## CAPITOLO I

### DALL'INDISPONIBILITÀ DELLA VITA ALLA NUOVA CONCEZIONE DI DIRITTO ALLA SALUTE

#### I FONDAMENTI FILOSOFICI DEL DIRITTO ALLA VITA NELL'ORDINAMENTO PRECOSTITUZIONALE

Nell'età medioevale, gli ordinamenti, politici e giuridici erano caratterizzati da un'ottica particolaristica. La società si presentava stratificata e gerarchizzata. Le libertà e i diritti riconosciuti ad appartenenti a specifici ceti o corporazioni erano considerati privilegi di cui il soggetto beneficiava proprio in ragione della sua appartenenza a queste categorie particolari, non, invece, un diritto riconosciuto universalmente a tutta la popolazione<sup>1</sup>.

Quest'impronta particolarista rimarrà fortemente marcata anche negli ordinamenti dell'Ancien Regime, dove i privilegi concessi ai ceti più elevati rappresentavano un'ulteriore difesa dei poteri e della posizione del monarca, nonché una forma di contestazione e ostruzionismo alle nuove tendenze liberali dello Stato moderno.

Nell'età del Basso Medioevo, segnato da una forte distinzione per classi delle società, troviamo i primi esempi di carte dei diritti. Ben lontane dal poter essere considerate delle dichiarazioni dei diritti nell'accezione delle teorie costituzionaliste<sup>2</sup>, questi elenchi iniziano ad apparire in seguito all'aumentata tensione instauratasi fra le stratificazioni più alte della società e la richiesta di un potere politico unitario<sup>3</sup>.

La prima di queste dichiarazioni ad assumere rilievo, anche se non costituisce un riconoscimento universale di tali diritti, è la *Magna Charta Libertatum*, concessa in Inghilterra nel 1215 ai baroni, i quali venivano protetti, tramite questo documento, da possibili abusi del sovrano che potessero riguardare arresti, sottoposizioni a giudizio e riscossione di tributi.

Il panorama giuridico cambia con le rivoluzioni borghesi che si fanno portatrici dei principi delle dottrine costituzionaliste. Questi criteri volevano fungere da guida e da limite all'esercizio dei poteri pubblici. Si ricerca l'esistenza di un controllo collettivo sull'uso del potere, da realizzarsi attraverso meccanismi rappresentativi, con la presenza di organi incaricati a garantire la conformità delle azioni dei poteri ai principi costituzionali, ma, soprattutto, si acclama con forza il principio della separazione dei poteri, teorizzato da Montesquieu nella sua opera più importante, "*Spirito delle leggi*" del 1748, dove attraverso un'analisi delle istituzioni delle diverse società, si elabora la frammentazione del potere in una pluralità di organi e soggetti separati<sup>4</sup>.

Le teorie costituzionaliste vengono fortemente influenzate dalle dottrine giusnaturaliste e contrattualiste. Le prime nascono nel XVII secolo con Grotio, il quale sostiene l'esistenza di norme di diritto naturale, e perciò stesso razionali, anteriori a ogni norma giuridica positiva. Per i giusnaturalisti lo stato di natura è una forma di vita associata, nella quale sono già riconosciuti alcuni diritti originari e incoercibili come la vita, la libertà e la proprietà<sup>5</sup>. Tali diritti non sono però sostenuti da alcuna garanzia esterna e, conseguentemente, la loro tutela non viene assicurata. Nasce perciò l'esigenza di uscire dallo stato di natura, istituendo un potere capace di garantire la civile convivenza, rendendo sicuri i diritti naturali. Tale potere può essere istituito solo attraverso un

---

<sup>1</sup> P. RIDOLA, *Diritti Costituzionali, Il Diritto, Enc. Giur.*, vol. 5, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 133 ss.

<sup>2</sup> M. DOGLIANI, *Costituzione (Dottrine generali), Il Diritto, Enc. Giur.*, vol. 4, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 527 ss.

<sup>3</sup> P. RIDOLA, op. cit., pp. 133 ss.

<sup>4</sup> AA. VV., *Diritto, L'universale, Costituzionalismo*, Le Garzantine, 2005, p. 406.

<sup>5</sup> AA. VV., *Diritto, L'universale, Giusnaturalismo*, Le Garzantine, 2005, p. 632.

patto. Tra il XVII e il XIX secolo, come conseguenza naturale delle dottrine giusnaturaliste, nascono le teorie sul contrattualismo. Tali filosofie, che pongono il contratto, sia esso tacito o espresso, alle origini del vincolo di obbligazione politica, e quindi a fondamento del potere, forniscono una legittimazione razionale al potere statale, mostrando come quest'ultimo potesse essere fondato esclusivamente sul consenso di tutti gli individui<sup>6</sup>.

Uno degli autori che influenzò maggiormente il pensiero costituzionalista fu John Locke. Nei due trattati sul governo, scritti alla fine del XVII secolo, questo giurista inglese intrecciò le dottrine giusnaturaliste e contrattualiste, teorizzando un modello di governo fondato sull'idea della limitazione e della separazione dei poteri come condizione essenziale della sicurezza dei diritti individuali. La profonda influenza esercitata sul liberismo giuridico ottocentesco deve essere ricercata nel concetto di *property*. Locke lo utilizza non solo per individuare diritti fondamentali come la vita, la libertà e la proprietà, ma al suo interno vengono fatti ricadere tutti i diritti e le facoltà attraverso cui il soggetto può esprimersi, disponendo delle proprie capacità<sup>7</sup>.

Tra i fattori che influirono notevolmente nel cambiamento del quadro socio politico durante la rivoluzione borghese, un ruolo decisivo venne rivestito dallo sviluppo dell'economia mercantile. Le teorie sul liberismo economico sostennero la lotta per l'affermazione dei diritti individuali. Infatti, un riconoscimento di tali diritti, non ancorato ad uno status privilegiato, era perfettamente coerente con il modello di concorrenza economica, che pretendeva una posizione di assoluta parità giuridica tra tutti i soggetti operanti nel mercato<sup>8</sup>.

Partendo dalla rivoluzione parlamentare inglese del biennio 1688-89, passando attraverso la lotta per la proclamazione dell'indipendenza degli Stati Uniti d'America, arrivando al movimento rivoluzionario francese del 1789, queste rivoluzioni segnano il cambiamento, la svolta, una nuova società, e con essa una nuova concezione del diritto. Le teorie illuministe raccolgono numerosi consensi, si afferma una nuova concezione del rapporto tra l'individuo e lo Stato, si sostiene l'esistenza di diritti individuali generalizzati nei confronti dei pubblici poteri.

Possiamo trovare una prima ingerenza delle teorie giusnaturaliste nel "*Habeas Corpus Act*", emanato in Inghilterra nel 1679. In questo documento si sancisce la protezione della libertà della persona contro gli arresti arbitrari. Tutela che, seppur collegata a garanzie processuali, segna, per il paese anglosassone, ancora fortemente ancorato alle tradizioni del particolarismo sociale, una spinta verso il riconoscimento di diritti indipendentemente dal ceto sociale di appartenenza.

Un primo riconoscimento avvenne con l'emissione del catalogo di competenze in materia di diritti riservate al parlamento, nel "*Bill of Rights*" del 1689.

Ma saranno le Costituzioni nordamericane e la rivoluzione francese a sancire con forza e determinazione la priorità dei principi costituzionalisti. Nella "*Dichiarazione d'Indipendenza*", del 1776, si consacra l'uguaglianza di tutti gli uomini, i quali sono nati con un bagaglio di diritti inalienabili, tra cui la vita e la libertà, mentre nella "*Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo*", emanata nel 1789, l'art. 2 statuisce espressamente come l'obbiettivo primario della categoria politica debba essere la protezione e la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo<sup>9</sup>.

Questi documenti confermano, con forza, come i diritti individuali dell'uomo discendono dalle sue libertà, che a sua volta discende dalla sua natura. Alla base della libertà individuale ritroviamo il primato della volontà dell'individuo e la sua piena autonomia. Difatti, nella storia del costituzionalismo liberale ottocentesco, l'idea di libertà come assenza di costrizione ed impedimenti si interseca con l'idea di libertà come autonomia e autorealizzazione del soggetto.

In Italia lo sviluppo dei diritti costituzionali inizia successivamente alla concessione dello *Statuto Albertino*, inizialmente emanato da Re Carlo Alberto, il 4 marzo 1848, per il solo stato sabauda, venne esteso a tutto il Regno d'Italia nell'atto della sua proclamazione.

---

<sup>6</sup> AA. VV., *Diritto, L'universale, Contrattualismo*, Le Garzantine, 2005, p. 385.

<sup>7</sup> P. RIDOLA, op. cit., pp. 133 ss.

<sup>8</sup> P. RIDOLA, op. cit., pp. 133 ss.

<sup>9</sup> P. RIDOLA, op. cit., pp. 133 ss.

Lo Statuto venne elaborato sull'onda del primo costituzionalismo liberale con una forte influenza del modello francese, per cui era rimesso ampio potere all'organo legislativo nella definizione del contenuto e dei limiti dei diritti enunciati a livello costituzionale.

Contemporaneamente, la dottrina civilistica tedesca, comincia ad affrontare il problema della tutela della personalità, trascendendo dal piano fattuale, per assumere le connotazioni di autonomo e specifico problema per il diritto privato. L'attenzione dei giuristi tedeschi non si era limitata a questioni prettamente concettuali, come il celebre dilemma logico relativo alla confusione tra soggetto ed oggetto, ma si era concentrato su una serie di problemi concreti posti dalla rivoluzione industriale<sup>10</sup>. In particolare, per ciò che riguardava la tutela e la circolazione delle nuove risorse immateriali, come le opere dell'ingegno e i segni distintivi della persona, quali il nome e l'immagine.

La necessaria legittimazione ideologica di queste nuove posizioni venne conferita dalla tutela dell'individualità del singolo. In questo modo, le teorie sui diritti della personalità vennero a saldarsi con il sistema dei diritti di proprietà intellettuale ed industriale. Quest'ultimo influenzò in modo decisivo le norme poste a tutela della personalità.

Il modello statualistico di derivazione tedesca iniziò a circolare alla fine dell'ottocento, accompagnato da una profonda ammirazione dei giuristi italiani come Fadda, Bensa e Scialoja. La ricezione delle teorie sui diritti della personalità interessò molto anche la giurisprudenza italiana. Per la risoluzione dei conflitti in materia di utilizzazione del nome e dell'immagine, nonché delle facoltà morali del soggetto, la giurisprudenza si vide costretta, mancando nel Codice Civile del 1865 una qualsiasi norma relativa ai diritti della personalità, a rifarsi alle teorie tedesche di derivazione giusnaturalistica.

Al considerevole apporto dato dalla dottrina e dalla giurisprudenza alla tutela dei diritti della personalità si devono diverse norme inserite poi nel nuovo Codice Civile, emanato nel 1942, tra cui possono essere richiamate l'art. 7 c.c., il quale tutela il diritto al nome, l'art. 10 c.c., riguardante la tutela dell'immagine, e l'art. 5 c.c. sul divieto di atti di disposizione del proprio corpo<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> G. RESTA, *Diritti della personalità, Il Diritto, Enc. Giur.*, vol. 11, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 162 ss.

<sup>11</sup> G. RESTA, *op. cit.*, pp. 162 ss.

## LE SPINTE MOTIVAZONALI CHE HANNO PORTATO ALLA NASCITA DELL'ART. 5 C.C.

Fino all'emissione del Codice Civile nel 1942 non esisteva, all'interno del nostro ordinamento, una norma riferita ai diritti della personalità ed, in particolare, la tematica relativa agli atti di disposizione del corpo era stata oggetto, fino a quel momento, della sola normativa penalistica, con specifico riferimento alla scriminante del consenso dell'avente diritto ex art 50 c.p.

L'entrata in vigore dell'art. 5 c.c.; il quale recita: “*gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume*”; costituì una straordinaria novità rispetto al Codice Civile del 1865. In principio, nella Relazione alla Commissione Reale, si precisava che l'art 5 c.c. doveva soddisfare l'esigenza di fugare ogni dubbio circa l'ammissibilità di alcuni particolari contratti di prestazione d'opera, ricorrenti in quel periodo storico, come il contratto di baliatico, il contratto di circo o la vendita di capelli<sup>12</sup>. Alcuni esponenti della dottrina fecero notare come in alcuni di questi casi, oltre a non comportare una vera e propria lesione dell'integrità fisica, le varie tipologie di contratto fossero già regolate da precedenti leggi speciali, per cui, non si avvertiva come necessario l'esame della questione<sup>13</sup>. Durante i lavori preparatori al Codice Civile vi fu, però, un caso che diede nuova vita al dibattito. Un giovane uomo napoletano, dietro pagamento di un compenso, fece trapiantare ad un anziano americano una delle sue ghiandole sessuali. Il Tribunale di Napoli, in quella occasione, emise una sentenza di assoluzione nei confronti del chirurgo che effettuò il trapianto, in quanto, né il giovane uomo italiano, né l'anziano signore statunitense, ebbero complicazioni o menomazioni fisiche in seguito all'operazione<sup>14</sup>. Lo stesso Tribunale, pur affermando l'indisponibilità dell'integrità fisica, escludeva la punibilità penale del sanitario dal momento in cui sussisteva un volontario e consapevole consenso dell'avente diritto. Questo caso portò alla luce la grave lacuna del nostro ordinamento, lacuna che doveva essere colmata ponendo dei limiti al consenso dell'avente diritto.

Durante i lavori preparatori al Codice Civile la discussione fu molto vivace. Le critiche abbondavano. Molti ritenevano che la materia dovesse essere disciplinata dal diritto pubblico, per cui, non aveva senso l'inserimento della norma nella sfera del diritto privato. Altri autori consideravano, invece, l'inserimento della disciplina nel Codice Civile come un'importante conquista per il sistema giuridico di tutela della persona<sup>15</sup>. La proposta normativa, contenuta inizialmente nel progetto preliminare, segnava in modo positivo la disponibilità del proprio corpo, anche a discapito dell'integrità fisica. Si discusse molto con riferimento, soprattutto, alla formulazione eccessivamente permissiva della norma, che la poneva sullo stesso piano dell'art. 50 c.p.. Inoltre, questa configurazione in termini positivi dell'articolo non fugava i dubbi riguardanti la configurabilità di un diritto del soggetto sul proprio corpo o su singole parti di esso<sup>16</sup>. L'art. 5 c.c. fu il risultato del temperamento di due diverse esigenze: al bisogno di ispirazione liberal-individualistica, per il quale il corpo era concepito come l'oggetto di un diritto assoluto, che necessitava di una tutela anche sotto l'aspetto patrimoniale, si contrappose l'ideologia statalista dell'epoca fascista, che imponeva una limitazione alla libertà dell'individuo di disporre del proprio corpo.

Secondo la politica dell'epoca, infatti, l'integrità fisica doveva essere considerata una condizione essenziale per l'adempimento dei doveri sociali, ma anche per la salvaguardia di valori quali, ad

---

<sup>12</sup> C. M. D'ARRIGO, *Autonomia privata e Integrità fisica*, Giuffrè Ed., 1999, p.11.

<sup>13</sup> M. B. MAGRO, *Eutanasia e Diritto penale*, Giappichelli, 2001, p. 62.

<sup>14</sup> Caso tratto da Trib. Napoli, 28 novembre 1931, in *Riv. pen.*, 1932 e da Cass., 31 gennaio 1934, in *Giust. pen.*, 1934.

<sup>15</sup> C. M. D'ARRIGO, op. cit., p. 10.

<sup>16</sup> M. B. MAGRO, op. cit., pp. 61 ss.; all'epoca del dibattito il corpo umano era concepito come un oggetto separato che si poneva in un rapporto di strumentalità all'esercizio di un'attività o all'adempimento di un dovere, l'ideologia liberale considerava l'individuo quale proprietario della propria persona che per effetto dell'incorporazione disponeva contrattualmente delle parti del corpo come fossero oggetto di dominio.

esempio, l'integrità della stirpe in funzione della potenza dello Stato<sup>17</sup>, per cui, la delimitazione dell'ambito di disponibilità del proprio corpo non era proclamata in funzione della tutela della salute, o dell'integrità fisica, in sé considerata, ma in quanto alcuni aspetti del corpo umano erano visti come strumentali rispetto al perseguimento di determinate finalità di carattere pubblico<sup>18</sup>. La norma che successivamente venne approvata individuava, pertanto, la vita e l'integrità fisica come beni superindividuali.

Questa presa di posizione venne avvertita come necessitata a seguito della vicenda su riportata e in considerazione della visione paternalistica dell'epoca. I costituenti si videro spinti a privilegiare una normativa più restrittiva che, come si legge nella "*Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo del codice civile*", indicava l'integrità fisica come qualità che preservava il corpo del soggetto in quanto funzionale ai suoi scopi, sociali ed economici, all'interno della famiglia e della collettività<sup>19</sup>. Secondo i lavori preparatori del codice civile, nonché in base alla dottrina maggioritaria che si formò conseguentemente, la norma posta dall'art. 5 c.c. permise l'elaborazione della teoria secondo cui, il precetto contenuto nel nuovo codice civile fungeva, non solo come delimitazione della scriminante contenuta nell'art. 50 c.p., considerata norma penale in bianco, ma anche quale principio generale dell'ordinamento.

Non solo, l'art. 5 c.c., favorito anche dalla successiva introduzione temporale nel complesso delle disposizioni, divenne ben presto la chiave di lettura di tutte le norme penali poste a tutela della vita umana. Il principio deontologico della indisponibilità dell'integrità fisica, e perciò a fortiori della vita, offre una nuova interpretazione agli artt. 579 (omicidio del consenziente) e 580 (aiuto o istigazione al suicidio) c.p., i quali trovavano anche una nuova conferma e nuova legittimazione.

---

<sup>17</sup> CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in *Tutela della salute e Diritto privato*, a cura di Busnelli e Breccia, 1978, pp. 76 ss.

<sup>18</sup> V. M. CAFERRA, *Diritti della persona e Stato sociale*, Zanichelli, 1987, p. 67.

<sup>19</sup> C. M. D'ARRIGO, op. cit., p. 11.

## EVOLUZIONE NORMATIVA DELLA NORMA CIVILISTICA

L'introduzione dell'art. 5 nel Codice Civile volle rappresentare una sorta di interpretazione autentica della causa di giustificazione contenuta nell'art 50 c.p., nata con riferimento ai soli diritti a contenuto patrimoniale<sup>20</sup>. Nella norma penale mancava un'espressa previsione di limiti alla possibilità di disposizione del diritto. La norma civilistica consentì la delimitazione dell'ambito di operatività della scriminante.

L'orientamento maggioritario di allora, considerando l'espressione "*diritto disponibile*" contenuta all'interno dell'art. 50 c.p., invece di ricercare una definizione generale della formula come categoria giuridica, valevole per l'intero ordinamento, preferì stilare una lista di quelli che il legislatore considerava diritti disponibili e, conseguentemente, di quelli che invece dovevano essere definiti diritti indisponibili sulla base del criterio dell'interesse collettivo. In altre parole, quando la lesione di un diritto intaccava, oltre ad un interesse individuale, anche un interesse collettivo, si presumeva che lo Stato avesse un interesse diretto alla sua salvaguardia, per cui il diritto veniva considerato indisponibile.

Sulla base di quest'orientamento, ed enfatizzando i principi contenuti negli artt. 579 e 580 c.p., nonché nell'art. 5 c.c., la dottrina ripropose l'assunto ottocentesco secondo cui i diritti alla vita e all'integrità fisica, seppur di natura personale ed individuale, dovevano essere sottratti alla disponibilità del titolare. Venivano considerati beni assolutamente indisponibili, in quanto lo Stato ne rivendicava una tutela diretta.

Sostanzialmente la dottrina dell'epoca ribadì l'inviolabilità assoluta della vita umana come unico strumento per la realizzazione delle fondamentali libertà individuali; anche se è necessario sottolineare come il consenso del titolare del diritto, pur incidendo sulla lesione concreta del bene, non intacca né l'esistenza stessa del bene, né l'esigenza di tutela. Invero, nella letteratura tedesca si trovano posizioni secondo cui un atto di disposizione autolesionista, circoscritto e concreto, non equivale ad una rinuncia assoluta ed incondizionata alla tutela, né mette in discussione, in generale, l'interesse del soggetto alla difesa del bene stesso<sup>21</sup>.

In realtà, queste scelte vengono spiegate attraverso il timore per la possibile messa a repentaglio dell'oggettività della tutela penale. Nel percorso di secolarizzazione del diritto penale, nel quale si ricercano le giustificazioni della sua esistenza nella razionalità del contratto sociale, la tutela fondata sul danno concreto subito dalla vittima cede il posto all'offesa generale ed astratta arrecata alla società; per cui l'omicidio veniva punito non tanto per tutelare la vita umana del singolo in quanto tale, ma per garantire la sopravvivenza dello Stato<sup>22</sup>. Il timore, infatti, era quello che dando sempre maggior spazio e rilievo alla volontà e agli interessi del soggetto, si rischiava di favorire un sistema penale basato sull'interesse privato del titolare del bene. Conseguentemente, dal momento che i sistemi penali moderni, derivanti dall'illuminismo, davano sempre maggior importanza all'astrazione del criterio di legittimazione del potere punitivo, basando la loro strutturazione sull'offesa subita dalla collettività e costruendo l'illecito sulla figura dell'autore del fatto e non, invece, sulla vittima del reato, si sarebbero minate le fondamenta oggettive della tutela penalistica. Il rischio, in questo caso, sarebbe quello, infatti, di concepire la vita non come bene offendibile concretamente, ma come valore astratto ed assoluto<sup>23</sup>.

Bisogna notare, in ogni caso, che anche se la volontà del legislatore era quella di sancire i limiti della norma penale, l'art. 5 c.c. non raggiunse lo scopo per cui era stato approvato. Infatti, fin dalla sua entrata in vigore, i giuristi si imbattono in due ordini di problemi. Da una parte non si riusciva a delimitare la definizione di bene disponibile, che molto spesso veniva inteso quale potere di trasferimento del diritto, ma anche come potere di determinare il destino del diritto stesso, dall'altra,

---

<sup>20</sup> M. B. MAGRO, op. cit., p. 63.

<sup>21</sup> In questo senso alcuni esponenti della dottrina tedesca come MAINWALD e R. MAURACH.

<sup>22</sup> In questo senso BIRNBAUM.

<sup>23</sup> M. B. MAGRO, op. cit., pp. 75 ss.

non si comprendevano le motivazioni che avevano spinto il legislatore ad apporre dei limiti alla libertà di disposizione dei diritti personali.

L'evoluzione delle teorie sui diritti della personalità permettono di leggere nuovamente i principi contenuti all'interno della Costituzione Repubblicana. Stabilendo una nuova visione dell'essere umano, la persona e il suo corpo non vengono più considerati alla stregua di due distinte unità, ma come un unicum. Si nega, in questo modo, un'assoluta disponibilità dell'avente diritto sul proprio corpo, il quale non può essere considerato alla stregua di un oggetto di godimento. L'indisponibilità dei diritti della personalità è, perciò, una conseguenza logica delle caratteristiche strutturali dell'oggetto del diritto stesso, in quanto inseparabile dal suo titolare<sup>24</sup>. I divieti, perciò, non possono più trovare la loro ragion d'essere nella norma civilistica, in quanto è logicamente inconcepibile, in quest'ottica, fare riferimento, per questa particolare categoria di diritti, a delle limitazioni derivanti da negozi di natura privata, in particolar modo, ci si riferisce, alla rinuncia, all'abdicazione e al trasferimento a terzi<sup>25</sup>. Accettando questa teoria, però, si finisce col relegare l'art. 5 c.c. in una posizione marginale. La norma civilistica, non dando neanche una definizione della categoria della disponibilità, non permette di ricavare una qualche utilità neanche nel tracciare una disciplina della materia.

Un'ulteriore ricostruzione, considerata all'epoca la più fondata, richiama la funzionalizzazione dell'individuo alla realizzazione delle finalità di ordine sociale. Vengono riprese le teorie paternalistiche dell'epoca fascista, per cui, l'esistenza dell'uomo non è tutelata con riferimento esclusivo al suo titolare, ma altresì per la società, per la quale rappresenta una fonte di energie, fisiche ed economiche<sup>26</sup>. In questa prospettiva si ravvisa nell'art. 5 c.c. una marcata impronta pubblicistica. La norma assurge, in questo modo, a tutela oggettiva del bene vita, imponendo il divieto di ledere tale diritto, sia che l'offesa provenga da un terzo, sia che derivi dal suo stesso titolare. L'obiezione naturale a questa teoria è l'incomprensibilità della contrapposizione del corpo-oggetto e spirito-soggetto, si dimentica, infatti, che l'individuo non si esaurisce in un elemento corporeo, ma è costituito anche da un elemento spirituale che, anche se coincidente col corpo, non si esaurisce in esso.

La dottrina più recente rifiuta questa visione. Non potendo ricavare, della norma sugli atti di disposizione del corpo, un principio generale di responsabilità, verso la collettività, per la diminuzione della propria integrità fisica<sup>27</sup>, si afferma una lettura dei principi costituzionali, di cui agli articoli 2, 3, secondo comma, 13 e 32 Cost.<sup>28</sup>, personalista. Si arriva, in tal modo, ad attribuire alla norma ex art. 5 c.c. una rilevanza positiva, nel senso della possibilità di disposizione.

Di particolare rilievo per questa rinnovata interpretazione è il lavoro di Fausto Giunta, il quale, partendo da un'analisi dei lavori preparatori che hanno portato all'adozione dell'art. 5 c.c., sottolinea come la norma in esame prenda in considerazione i soli atti dispositivi sull'integrità

---

<sup>24</sup> I diritti della personalità, non essendo per natura suscettibili di appropriazione da parte di altri, sono esclusi per definizione dalla sfera di competenza patrimoniale e non possono costituire oggetto di rapporti giuridici, sono quindi per loro natura intrasmissibili e indisponibili. In questo senso G. RESTA, op. cit., pp. 162 ss.

<sup>25</sup> M. B. MAGRO, op. cit., p. 75.

<sup>26</sup> VISCO, *L'omicidio e la lesione personale*, p. 50.

<sup>27</sup> F. CAGGIA, *Atti di disposizione del proprio corpo, Il Diritto, Enc Giur.*, vol. 4, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 459 ss., la conseguenza naturale di questa visione è che gli atti di autolesionismo si sottraggono all'applicazione della norma civilistica.

<sup>28</sup> In questo senso C. D'ARRIGO, p. 82. Gli artt. 2 e 3 Cost. forniscono la clausola generale di tutela della persona, che riferendosi alle sfere superiori della personalità è necessariamente comprensiva di beni, quali vita ed integrità fisica, che ontologicamente costituiscono un prius rispetto alla soddisfazione di ulteriori valori e che rappresentano logicamente la soglia minima di tutela. All'interno della logica di tutela globale dell'uomo deve essere inserito l'art. 32 Cost., norma fondamentale nella materia in esame in considerazione della stretta connessione tra i concetti di integrità fisica e salute, di fatto la norma costituzionale esprime la rilevanza giuridica dell'interesse dell'individuo alla propria integrità fisica nel rapporto di reciproco condizionamento con gli altri profili della persona. Altra autorevole dottrina fa inoltre notare come nella libertà personale garantita dall'art. 13 Cost. rientri anche il potere di disporre del proprio corpo e conseguentemente la facoltà di alterarlo, in questo senso GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1977.



fisica, mentre taccia su i possibili atti dispositivi del bene della vita. Difatti, come precedentemente già ricordato, l'art. 5 c.c. è stato introdotto per un'esigenza di natura negoziale, ovvero, il Legislatore voleva regolare fenomeni specifici, quali il contratto di baliatico e la cessione del sangue a scopo di trasfusione. Essendo queste le spinte motivazionali che hanno portato all'adozione della norma in esame, Giunta conclude affermando che la disposizione non può essere invocata per vietare comportamenti che non vengono compiuti a vantaggio di terzi, come il suicidio e l'automutilazione<sup>29</sup>. Percorrendo questa strada si arriverebbe a smentire l'impostazione della più risalente dottrina, per la quale gli artt. 579 e 580 c.p. trovavano, con l'entrata in vigore dell'art. 5 c.c., nuova legittimazione.

Seguendo le nuove considerazioni fatte sulla norma civilistica si arriverebbe a confermare che il vincolo della indisponibilità della vita e dell'integrità fisica opera solo nelle aggressioni manu alios, non anche nelle ipotesi di autoaggressione, che risulterebbero non altrimenti vietate<sup>30</sup>.

La disponibilità del proprio corpo non è più considerata una concessione, frutto del compromesso tra l'ideologia liberale e quella statalista, ma diviene l'espressione del principio costituzionale generale di tutela e sviluppo della persona umana, posto alla base dell'intero ordinamento giuridico<sup>31</sup>. Percorrendo questa strada si afferma la liceità di tutti gli atti, i quali, pur comportando una diminuzione permanente dell'integrità fisica, al contempo non sono contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume<sup>32</sup>.

E' necessario precisare immediatamente che, in ogni caso, una lettura ampia di tale norma, non può comunque portare al riconoscimento di una totale disponibilità del diritto alla vita<sup>33</sup>.

Questa nuova dottrina parte dal presupposto dell'identificazione dell'integrità fisica con lo stato di salute, il quale, a sua volta, viene fatto coincidere non solo con lo stato fisico, ma viene per la prima volta preso in considerazione anche lo stato psicologico del soggetto. Sulla base di questo principio, ormai riconosciuto ampiamente, svariati autori, tra cui ricordiamo Parodi e Nizza affermano la legittimità anche di interventi chirurgici lesivi dell'integrità fisica<sup>34</sup>.

Non mancano, inoltre, riconoscimenti a livello giurisprudenziale. La Corte Costituzionale afferma, in una sentenza dell'85, che “ *gli atti di disposizione del proprio corpo quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti* ”<sup>35</sup>. Inoltre, la stessa Corte, pochi anni dopo, tornando sull'argomento, stabilisce che non c'è una necessaria coincidenza tra integrità fisica e salute, in tal modo legittimando interventi chirurgici che ristabilissero lo stato di salute anche solo in senso psichico<sup>36</sup>.

Non mancano pareri contrari: le obiezioni si riferiscono alla disomogeneità delle due nozioni, da una parte quella di salute, di tipo dinamico e relativo, e dall'altra quella di integrità fisica, di tipo statico. La potenziale conflittualità delle due definizioni si rifletterebbe sul tipo di tecnica legislativa necessaria, promozionale per ciò che riguarda la salute, mentre necessariamente di divieto per ciò che attiene all'integrità fisica<sup>37</sup>.

---

<sup>29</sup> F. GIUNTA, *Diritto di morire e Diritto penale i termini di una relazione problematica*, in *Riv. Giur. Proc. Pen.*, 1997.

<sup>30</sup> F. GIUNTA, op. cit.

<sup>31</sup> C. D'ARRIGO, op. cit., p. 86.

<sup>32</sup> In questo senso GIUNTA, *Eutanasia pietosa e trapianti* e D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*.

<sup>33</sup> In questa prospettiva C. PARODI e V. NIZZA, *La responsabilità penale del medico e del paramedico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di Bricola e Zagrebelsky, Torino, 1996, pp. 389 ss.

<sup>34</sup> In particolare si fa riferimento all'interruzione volontaria della gravidanza, legge che prende in considerazione lo stato psicologico della futura madre, da C. PARODI e V. NIZZA, op. cit., p. 399.

<sup>35</sup> Corte Cost., sent. 24 maggio 1985, n. 161, dove si afferma la piena legittimità della legge del 1982 sul mutamento di sesso e si definisce come terapeutico l'intervento chirurgico teso a ricomporre l'equilibrio tra aspetto fisico e psichico della sessualità.

<sup>36</sup> Corte Cost., sent. 18 marzo 1987 sugli interventi di sterilizzazione volontaria non terapeutica. La Corte afferma che l'abrogato art. 552 c.p. (procurata impotenza alla procreazione) non costituiva fattispecie rilevante ai sensi del reato di lesioni personali, perciò si affermava la piena legittimità anche della sterilizzazione volontaria.

<sup>37</sup> In questo senso, CHERUBINI, op. cit.; GEMMA, op. cit.; DALLA TORRE, *Sperimentazione e consenso*, in *Jus*, 1992.

Partendo da questa nuova interpretazione dell'art. 5 c.c., per cui sarebbero leciti gli atti di disposizione del proprio corpo, è necessario restringere l'ambito di applicazione della norma civile per escludere che terzi possano rivendicare diritti di godimento sul corpo altrui. Vengono ritenuti leciti solo gli atti di autonomia negoziale ad effetti obbligatori<sup>38</sup>, sia nei confronti di attività che il titolare del diritto si obbliga ad eseguire direttamente su se stesso, sia in relazione ad attività che il titolare si obbliga a tollerare.

Si precisa, inoltre, che sono escluse tutte le obbligazioni la cui peculiarità è l'incoercibilità in forma specifica degli obblighi assunti, questo perché tali obblighi non possono costituire oggetto di obbligazioni vincolanti, tutelate giuridicamente.

---

<sup>38</sup> Si ricorda, che mentre i contratti ad effetti reali sono disciplinati dall'art. 1376 c.c., che li definisce come quei contratti che *“hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale o il trasferimento di un altro diritto”*, i contratti ad effetti obbligatori non hanno una disciplina specifica, per cui i loro effetti sono disciplinati dalle norme previste per i singoli contratti e dalle norme generali in materia di obbligazione, in ogni caso si possono definire come quei contratti il cui effetto consiste nella nascita di un rapporto obbligatorio, cioè di un'obbligazione di carattere finale e non già meramente strumentale al prodursi di effetti ulteriori. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato XIII ed.*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007; IUDICA-ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Cedam, 2002.

## LA RELAZIONE TRA L'ART. 5 C.C. E L'ART. 50 C.P. E IL SUO SVILUPPO

L'attuale interpretazione della norma civilistica ci permette di leggere l'art. 50 c.p. sotto una nuova prospettiva. Il consenso dell'avente diritto diventa la massima espansione della libertà di gestione e di tutela di un proprio diritto, è il mezzo attraverso il quale si compie un atto dispositivo del diritto stesso che non né comporta il trasferimento, né la sua rinuncia, ma esplica una particolare efficacia in materia di tutela giuridica. Si traduce, sostanzialmente, nella possibilità, per il titolare del diritto, di rinunciare alla tutela penale per un'aggressione avvenuta *invito domino*<sup>39</sup>.

Questa nuova interpretazione fa ricadere i suoi effetti sulla classica relazione bipolare autorità punitiva – reo, su cui si sono fondati gli ordinamenti attuali. Infatti, questo nuovo orientamento, prende in considerazione un terzo polo di interessi, quello della vittima del reato. Questo ci porta ad una coincidenza sostanziale tra interesse pubblico collettivo ed interesse individuale alla repressione del reato. La concezione per cui il diritto penale deve proteggere l'integrità corporea e spirituale in sé lascia il passo all'idea che sia necessario tutelare il diritto all'integrità fisica, il diritto al rispetto e alla volontà di disporre della propria persona.

Questa nuova dottrina prospetta un notevole ridimensionamento della tutela penale, in particolare, per ciò che attiene al consenso alla lesione da parte del titolare. In altri termini, la tutela pubblica si dimostrerebbe inutile, in quanto sarebbe lo stesso titolare del diritto ha rinunciare aprioristicamente alla possibilità di difesa, disponendo dei propri interessi, anche se in direzione autolesionista. Il consenso del titolare del diritto diventerebbe lo strumento attraverso cui si esplica il potere dispositivo del diritto stesso.

E' necessario precisare che la norma civilistica nulla dice in riferimento alla nozione di diritto disponibile. La struttura dell'art. 5 c.c. non svolge nessuna funzione positiva, non definisce, né descrive, ciò che può essere inteso come diritto disponibile. Ha, invece, una funzione negativa: pone dei divieti, dei limiti alla scriminante, dando per presupposta la facoltà di disposizione del diritto. Lo stesso Legislatore non ha fornito indizi tali da poter identificare la disponibilità o indisponibilità dei diritti in maniera astratta e generale, né ha fornito una lista di beni che potessero essere ritenuti disponibili o indisponibili. Si presume, da ciò, che lo stesso Legislatore abbia preferito che l'individuazione di tali beni avvenisse attraverso un giudizio complesso, composto dal grado di aggressione del bene, dalle motivazioni dell'agente e dalle circostanze del caso concreto, per le quali il consenso è stato prestato, in questo modo, formando una categoria flessibile dei diritti disponibili, nella quale riprende vigore il conflitto tra interesse individuale alla disponibilità del proprio diritto e interesse collettivo alla salvaguardia del bene oggetto del diritto stesso.

Attualmente la ricostruzione tradizionale del rapporto tra l'art. 5 c.c. e l'art. 50 c.p., dove quest'ultimo è considerato quale norma penale in bianco che rinvia per l'individuazione dei suoi limiti alla norma civile, è stato messo in discussione da autorevole dottrina sulla base del principio di legalità, ed in particolare sul principio generale che informa tutto il diritto penale: il *favor rei*. Non si comprende, difatti, come una norma civilistica di divieto possa restringere l'ambito di operatività di una norma penale di favore.

Ammettendo la prevalenza dell'art. 5 c.c. su una causa di giustificazione, si riconoscerebbe, alla norma civile, una valenza generale all'interno dell'ordinamento, propria dell'art. 50 c.p. in quanto norma scriminante<sup>40</sup>.

Più in particolare, la moderna dottrina, rinviene le fondamenta dell'art. 50 c.p. nel brocardo *volenti et consenzienti non fit iniuria*, il quale traduce, appunto, la considerazione per la quale non vi è nessun interesse ad una tutela penale qualora sia lo stesso avente diritto che vi rinuncia, consentendo la lesione del bene. A sostegno della tesi su esposta, per cui la norma civile di divieto soccomberebbe davanti alla norma penale di favore, si qualifica il consenso dell'avente diritto come atto giuridico anziché negozio giuridico. In questo modo, si attribuisce, al destinatario del consenso,

<sup>39</sup> M.B. MAGRO, op. cit., p. 82.

<sup>40</sup> M.B. MAGRO, op. cit., pp. 84 ss.

un potere di agire e, al contempo, non si crea nessun vincolo obbligatorio a carico dell'avente diritto. Inoltre, non si trasferisce nessun diritto in capo all'agente, di conseguenza, si ritiene il consenso sempre revocabile<sup>41</sup>.

Questa stessa dottrina identifica, quali diritti disponibili, tutti quelli che non ricoprono un'utilità sociale e il cui godimento è proprio del singolo soggetto titolare (per contro, vengono considerati indisponibili gli interessi che fanno capo allo Stato, agli enti pubblici, alla collettività non personificata, in particolare, ci si riferisce all'ordine e all'incolumità pubblica, nonché alla famiglia)<sup>42</sup>. In primis si fa riferimento ai diritti patrimoniali, per i quali, oltretutto, l'art. 50 c.p. è stato inizialmente inserito all'interno del codice, ma buona parte della dottrina ritiene che la scriminante debba riferirsi anche ai diritti della persona, in particolare, per ciò che ci riguarda in questa sede, la libertà morale e personale. Considerazione seguita all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la quale pone al centro del suo sistema di valori la persona e che valorizza la libertà di autodeterminazione del soggetto in relazione alla gestione dei propri beni e/o diritti personali<sup>43</sup>, affrettandosi, comunque, a precisare che, in ogni caso, non possono mai essere superati i limiti imposti dalla legge, dal buon costume e dall'ordine pubblico<sup>44</sup>. I primi di questi divieti si riferiscono alle norme che prevedono l'illiceità del comportamento a prescindere dal preventivo consenso alla lesione. Mentre risultano più difficili da individuare i limiti posti dall'ordine pubblico e dal buon costume.

Entrambi devono prendere in considerazione i principi e i valori assunti dall'ordinamento costituzionale senza, però, svolgere una funzione conservativa del sistema, dovendone favorire una lettura pluralista<sup>45</sup>. Con riferimento al bene dell'integrità fisica, la diversa lettura dell'art. 5 c.c., data dalla moderna dottrina, impedisce che dalla norma civilistica possa ricavarsi un principio generale di responsabilità verso la collettività. Quest'orientamento ci impone la tutela psico-fisica del soggetto<sup>46</sup>, per cui vengono ritenuti incompatibili, con tale norma, solo gli atti che possono cagionare una diminuzione permanente dell'integrità fisica, precisando che la liceità dell'azione viene ripristinata qualora la lesione permanente sia finalizzata al miglioramento della salute del soggetto<sup>47</sup>. La tesi in esame propone una nuova lettura del concetto di diminuzione permanente dell'integrità fisica, staccato dal significato tradizionale di funzionalità del corpo, per abbracciare il concetto del corpo come valore per lo sviluppo della personalità del soggetto<sup>48</sup>.

In ogni caso, nei primi anni ottanta, la Corte di Cassazione, nell'intenzione di moderare queste spinte eccessivamente personaliste, si è affrettata a stabilire che, affinché il consenso potesse essere considerato esimente, era necessario che vi fosse una preventiva determinazione delle lesioni sofferte dal soggetto<sup>49</sup>.

La causa di giustificazione contenuta nell'art. 50 c.p. recita: *“non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre”*. Abbiamo già esaurientemente visto come l'interpretazione attualmente dominante veda, in questa norma, la manifestazione della libertà di azione del titolare, dando rilevanza all'autonomia privata, intesa come facoltà di autoregolamentazione dei propri diritti-interessi.

E' necessario però stabilire come operi il consenso dell'avente diritto all'interno dell'ordinamento giuridico. La dottrina, in particolare quella di matrice tedesca, ritiene che il consenso possa condizionare la punibilità sotto un duplice profilo: può essere considerato quale causa di esclusione

---

<sup>41</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, IV ed., 2006, pp. 234 ss.

<sup>42</sup> AA. VV., *Diritto, l'Universale, Consenso dell'avente diritto* le Garzantine, 2005, p. 352.

<sup>43</sup> S. TORDINI CAGLI, *Consenso dell'avente diritto, Enc. Giur.*, vol. 3, Il Sole 24 ore, 2007. pp. 731 ss.

<sup>44</sup> AA. VV., *Diritto, l'Universale*, op. cit., p. 353

<sup>45</sup> Questi limiti sono influenzati dall'evoluzione dei valori socio culturali, ampliano e restringono le facoltà del soggetto a seconda che prevalga una concezione individualista o paternalista dello Stato.

<sup>46</sup> F. CAGGIA, op. cit., pp. 459 ss.

<sup>47</sup> In questo senso dottrina come FIANDACA-MUSCO, op. cit., pp. 234 ss. e MANTOVANI, *Diritto penale*, nonché giurisprudenza, TRib. Milano, 2 aprile 1974, in *Dir. Fam.*.

<sup>48</sup> F. CAGGIA, op. cit., pp. 459 ss.

<sup>49</sup> Cass., 6 novembre 1980, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1983.

del fatto tipico in tutte le ipotesi in cui la norma incriminatrice prevede, quale suo elemento costitutivo, il dissenso del soggetto passivo, sia esso esplicito o tacito<sup>50</sup>; si prende generalmente ad esempio il reato di violazione di domicilio, art. 614 c.p., dove il consenso prestato dal soggetto, che può validamente impedire l'intromissione del terzo nella sua abitazione, esclude l'integrazione della fattispecie<sup>51</sup>.

Il consenso opererebbe, altresì, come causa di giustificazione, escludendo l'antigiuridicità del fatto, in tutti i casi in cui, il fatto stesso, corrisponde alla fattispecie tipica, in quanto completo dei suoi elementi costitutivi<sup>52</sup>. In questi casi, il consenso ha l'effetto di rendere lecito, o comunque di giustificare, un fatto che altrimenti costituirebbe illecito penale<sup>53</sup>.

La dottrina dominante porta a sostegno di quest'ultima qualificazione varie argomentazioni. In primis, la configurazione del consenso, quale causa di giustificazione, è avvalorata dal dato testuale ricavabile dall'art. 59 c.p., "*circostanze non conosciute o erroneamente supposte*", che disciplinando in modo generale le scriminanti, accomuna il consenso dell'avente diritto ad altre cause di giustificazione<sup>54</sup>, in particolare, per ciò che riguarda la materia dell'imputazione e dell'erronea supposizione.

Ancor più importante del dato testuale, per identificare il consenso come causa di giustificazione, è il fondamento sostanziale dell'efficacia esimente del consenso prestato.

Numerosi autori, hanno ravvisato il fondamento del consenso nel generale criterio del bilanciamento degli interessi. Anche se il modello, utilizzato per questa scriminante, diverge necessariamente dallo schema individuato per le altre cause di giustificazione.

Infatti, il conflitto di interessi che viene in essere, riguardando più beni appartenenti ad una stessa persona, viene definito conflitto interno. Il maggior sostenitore di questa teoria, Noll, vede, nella possibilità di ledere un proprio diritto, un aspetto della libertà individuale. Tale libertà identificherebbe il valore costante a cui dovrebbe contrapporsi l'interesse ritenuto conflittuale. Quest'ultimo dovrebbe essere di valore superiore alla libertà stessa dell'individuo per poter impedire l'efficacia del consenso prestato alla lesione del bene. Il bilanciamento operato dal giudice dovrebbe essere libero, privo di indici normativi, riferendosi alla sola situazione concreta, ma così facendo si rischia una valutazione puramente discrezionale degli interessi in gioco. Una soluzione a questo problema si è ricercata nel criterio della proporzione, attraverso il quale, il bilanciamento degli interessi, deve prendere in considerazione, in prima analisi, il grado di pericolo a cui sono esposti i beni presi in considerazione, ma non solo, è indispensabile fare riferimento anche ad un ulteriore parametro: l'atto di disposizione deve, infatti, risultare necessario per tutelare l'interesse in gioco<sup>55</sup>. Le principali critiche che sono state mosse a quest'impostazione riguardano l'ambito di applicazione del modello del bilanciamento degli interessi, in quanto, qualora vi fosse una presa di posizione da parte del Legislatore, il quale avesse identificato una serie di interessi come disponibili, il giudizio di prevalenza sarebbe già stato risolto a favore della libera scelta del soggetto. A soluzione contraria, invece, si dovrebbe arrivare qualora il Legislatore avesse preventivamente sottratto dei diritti alla libera disponibilità del titolare, risolvendo, in tal modo, il giudizio a favore dell'interesse pubblico.

Altra autorevole e diffusa dottrina, tra cui Fiandaca e Musco, muovendo dalla presa di coscienza dell'assoluta unicità della scriminante del consenso dell'avente diritto<sup>56</sup>, modificano parzialmente il modello generale del bilanciamento degli interessi, ricercando il fondamento della causa di

<sup>50</sup> S. TORDINI CAGLI, op. cit., pp. 731 ss.; FIANDACA-MUSCO, op. cit., pp. 234 ss.

<sup>51</sup> Ulteriori esempi possono essere il reato di furto, art. 624 c.p., che non verrebbe integrato qualora ci fosse il consenso del proprietario o comunque del possessore del bene alla sua sottrazione, e il reato di violenza sessuale, art. 609 *bis*, dove il consenso da parte dei soggetti fa sì che l'atto sessuale venga definito come consensuale.

<sup>52</sup> S. TORDINI CAGLI, op. cit., pp. 731 ss.

<sup>53</sup> Cit. FIANDACA-MUSCO, op. cit., pp. 234 ss.

<sup>54</sup> Ci si riferisce alle cause di giustificazione contemplate negli artt. 51-54 : esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, difesa legittima, uso legittimo delle armi e stato di necessità.

<sup>55</sup> S. TORDINI CAGLI, op. cit., pp. 731 ss.

<sup>56</sup> S. TORDINI CAGLI, op. cit., pp. 731 ss.

giustificazione nel modello della mancanza di interesse, o per meglio dire, nella mancanza di meritevolezza di tutela del bene giuridico rispetto alle aggressioni di soggetti terzi, conseguente alla rinuncia alla tutela pubblica da parte del titolare del bene<sup>57</sup>. Anche questo criterio non è esente da critiche. In primo luogo, non ci sono dati normativi, all'interno dell'ordinamento, sui quali si possa affermare la facoltà, del titolare di un diritto, di poter rinunciare alla tutela apprestata dallo Stato al diritto in questione. In secondo luogo, anche dove questa facoltà dovesse ravvisarsi, non vengono posti limiti alla facoltà di rinuncia del soggetto<sup>58</sup>.

Il dibattito riguardante la qualificazione del fondamento dell'art. 50 c.p. è ancora aperto. Non è, però, l'unico argomento molto dibattuto in dottrina. Si discute molto sull'individuazione di quali possano essere considerati i diritti disponibili per i quali il consenso, alla messa in pericolo o alla lesione, sarebbe efficace. Lo stesso art. 50 c.p. parla, infatti, di "*diritto validamente disponibile*".

Nel corso della storia si sono succedute diverse argomentazioni. Dal concetto di disponibilità del diritto in relazione alla titolarità dell'interesse, dove il soggetto che veniva indicato come il titolare del bene poteva validamente disporre, per arrivare alla teoria secondo cui, se sussisteva un interesse alla tutela del diritto da parte dello Stato, al soggetto ne era impedita la disposizione; in quest'ottica, un criterio di riferimento, utilizzato spesso, nell'individuazione dei diritti disponibili era il regime di procedibilità, previsto dal Legislatore, per la commissione del reato relativo al bene in considerazione: si sosteneva, infatti, che dal regime di procedibilità a querela di parte si potesse cogliere la mancanza di interesse dello Stato alla repressione del reato e, conseguentemente, la piena disponibilità del diritto<sup>59</sup>. Ad ogni modo, la finalità di tutte queste concezioni era la formazione di liste di beni disponibili e indisponibili.

Recentemente, invece, si è sviluppato uno studio che si propone, non più di individuare i singoli diritti disponibili, ma che ricerca i criteri necessari a fondare la distinzione, generale ed astratta, tra la disponibilità e l'indisponibilità. Quest'impostazione non si limita alla ricerca delle indicazioni che il Legislatore ha disseminato nei principi generali dell'ordinamento, ma, ed è per questo considerata così innovativa, identifica la consuetudine come il mezzo idoneo alla soluzione del problema<sup>60</sup>. In particolare, questa concezione, trova le sue applicazioni in relazione al trattamento medico e alle attività sportive pericolose. Come abbiamo già avuto modo di osservare, l'art. 5 c.c. stabilisce il divieto di lesioni permanenti all'integrità fisica. Questa teoria rileva che la conformità della società alle condotte pericolose, che mettono in pericolo la vita e l'integrità fisica, ammettendole, sta già a significare che il bene vita non è considerato indisponibile in modo assoluto.

Numerose sono le critiche che possono essere mosse a questa teoria, prima fra tutte, stante il divieto espresso all'interno del nostro ordinamento, la possibilità di far operare la consuetudine contra legem. In particolar modo, con riferimento ad un principio, l'inviolabilità della vita umana, sancito dalla Costituzione Repubblicana.

---

<sup>57</sup> FIANDACA-MUSCO, op. cit., pp. 234 ss.

<sup>58</sup> S. TORDINI CAGLI, op. cit., pp. 731 ss.

<sup>59</sup> S. TORDINI CAGLI, op. cit., pp. 731 ss.

<sup>60</sup> S. TORDINI CAGLI, op. cit., pp. 731 ss.

## L'ENTRATA IN VIGORE DELLA COSTITUZIONE, L'ART. 2, IL CONCETTO DI VITA COME BENE INDISPONIBILE

All'interno dello Statuto Albertino si trovava una manciata di norme, precisamente quelle dall'art. 24 all'art. 32, intitolata "*Dei Diritti e dei Doveri dei cittadini*", dedicate ai diritti di libertà. L'influenza del costituzionalismo francese permise la codificazione costituzionale dei diritti dei cittadini, per lo meno nei loro aspetti essenziali. Di notevole importanza è l'affermazione del diritto di eguaglianza. Tale principio viene enunciato nella sua accezione meramente formale, impedendo discipline discriminatorie da parte del legislatore, ma non anche in senso sostanziale, impedendo l'effettiva eliminazione delle differenze socio-economiche tra i cittadini. Bisogna sottolineare, inoltre, come la flessibilità dello Statuto, accompagnata da una forte valorizzazione del ruolo del Parlamento nella determinazione dei limiti all'esercizio delle libertà fondamentali, abbia comportato, col tempo, l'affermarsi dell'interpretazione restrittiva di tali libertà, comportando la loro solo apparente asserzione<sup>61</sup>.

Si è già avuto modo di precisare come, durante il periodo dittatoriale fascista, la disciplina dei diritti di libertà fosse funzionale al mantenimento dell'ordine pubblico costituito. Per cui il cittadino, la sua vita e le sue libertà, non erano tutelate in quanto tali, ma perché funzionali agli interessi sociali ed economici del Paese.

Dopo la caduta del regime fascista, con il referendum istituzionale del 2 giugno 1946, la popolazione italiana non fu solo chiamata a compiere una scelta fra Stato monarchico o repubblicano, ma dovette altresì eleggere l'Assemblea costituente, che avrebbe provveduto alla stesura della Carta Fondamentale. I lavori preparatori fecero emergere una nuova concezione dei diritti fondamentali, quali basamento del nuovo Stato democratico, riconoscendo la precedenza sostanziale della persona umana sull'organizzazione statale.

Affiorò anche la consapevolezza che le libertà fondamentali non erano concesse dallo Stato come forma di autolimitazione, ma preesistevano ad esso e trovavano, nelle norme costituzionali, la loro affermazione, alla stregua di specifiche posizioni soggettive tutelate dall'ordinamento. Infine, l'Assemblea si rese conto che la tutela dei diritti fondamentali doveva necessariamente affondare le sue radici in una Costituzione rigida, che avrebbe impedito alla successiva legislazione di restringere e alterare la disciplina della materia<sup>62</sup>.

Approvato alla fine del '47, il testo costituzionale entrò in vigore il 1° gennaio 1948.

La netta cesura col passato è sottolineata dalle molteplici norme antiautoritarie dislocate all'interno della Carta. Alcuni esempi possono essere l'art. 11 che "*ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali*", nonché gli artt. 18 e 49, che proclamando la libertà di associazione, stabilendo contestualmente la condanna di qualsiasi forma di violenza come mezzo di lotta politica<sup>63</sup>.

Bisogna notare che, anche se c'è stata una scissione con le ideologie politiche che avevano preceduto la costituzione dell'Assemblea, questa mantenne vive, all'interno del progetto, le tradizioni giuridiche e civili italiane. Vengono, infatti, riprese le concezioni di matrice giusnaturalista, sviluppatesi durante le rivoluzioni liberali che diedero vita allo Stato di diritto. Il nostro Ordinamento viene basato sul principio di divisione dei poteri, senza il quale non sarebbe possibile il riconoscimento e l'effettività delle libertà individuali e collettive.

Si pose, poi, come obiettivo per lo Stato, la creazione delle condizioni materiali e spirituali per l'esercizio dei diritti civili e politici dei cittadini, creando quello che oggi chiamiamo Stato sociale<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> P. CARETTI, *I Diritti Fondamentali, libertà e diritti sociali*, II Ed., Giappichelli, 2005, p. 17.

<sup>62</sup> P. CARETTI, op. cit., p. 140.

<sup>63</sup> M. AINIS, *Costituzione italiana, Il Diritto, Enc. Giur.*, vol. 4, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 543 ss.

<sup>64</sup> V. M. CAFERRA, op. cit., p. 2.

Il riconoscimento del diritto di eguaglianza, concetto non più solo formale, ma anche sostanziale, ovvero, l'impegno dei poteri pubblici alla rimozione degli squilibri e delle disuguaglianze, trova espresso riconoscimento nell'art. 3 Cost. che, stabilendo la "*rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana*", proclama il perseguimento di tali obiettivi. Tra i valori fondamentali su cui si è formato lo Stato sociale ritroviamo il principio solidaristico. Il dovere di comunanza che lega tra loro i componenti della società è enunciato dall'art. 2 Cost.. Quest'articolo stabilisce, anche, un nucleo di diritti personali che vengono riconosciuti come inviolabili. Tali diritti stabiliscono la centralità della persona umana nella gerarchia dei valori costituzionali, segnando il definitivo superamento della concezione che vedeva lo Stato al centro dell'ordinamento giuridico.

L'attributo generale di inviolabilità, riconosciuto dall'art. 2 Cost. alla generalità dei diritti, ha suscitato un forte dibattito<sup>65</sup>. Secondo l'argomento letterale dovrebbe essere riconosciuta l'inviolabilità solo alle espressioni della libertà individuale in senso stretto, quali, ad esempio, gli artt. 13 (libertà personale), 14 (domicilio), 15 (libertà e segretezza della corrispondenza) e 24 (difesa in giudizio) Cost. che riconoscono testualmente l'attributo. Non si considera, però, che altre libertà, come quelle riconosciute dagli artt. 17, 18, 19 e 21 Cost. (rispettivamente libertà di riunione, associazione, confessione religiosa e manifestazione del pensiero), concorrono alla formazione dello Stato Sociale, anche senza l'esplicito riconoscimento del titolo d'inviolabilità. Seguendo l'orientamento opposto, invece, ci si spingerebbe fino al riconoscimento dell'inviolabilità nei confronti di tutti i diritti costituzionali. Questo comporterebbe conseguentemente una classificazione dei diritti secondo le convinzioni ideologico-culturali dell'interprete.

Inoltre, bisogna considerare le implicazioni che l'inviolabilità dei diritti potrebbe comportare.

Secondo la concezione istituzionale, le varie situazioni soggettive, costituzionalmente riconosciute come inviolabili, sarebbero tutelate da una garanzia di esistenza, mentre le libertà che non fossero ritenute tali sarebbero protette da una semplice garanzia di contenuto, ovvero, si impedirebbe la revisione costituzionale, ex art. 138 Cost., del solo contenuto essenziale di tali diritti<sup>66</sup>. A tale concezione si suole contrapporre il sistema di valori nato dalla dottrina tedesca. Quest'approccio sottolinea il carattere dinamico dei diritti che sono esposti al continuo processo di attualizzazione e adeguamento ai valori comunitari.

Altra questione molto dibattuta, che si ricollega alle teorie su esposte, è la configurazione dell'art. 2 quale norma di chiusura: meramente riassuntiva delle libertà espressamente tutelate dalla Carta Costituzionale, oppure, quale norma a fattispecie aperta, riferibile al riconoscimento di valori e di diritti che, ancorché non riconosciuti espressamente dalla Costituzione, sarebbero espressione dell'evoluzione della coscienza sociale, la quale consentirebbe all'ordinamento di aprirsi a nuovi ambiti di libertà e, contemporaneamente, ad un maggior grado di solidarietà<sup>67</sup>.

La stessa giurisprudenza costituzionale, che inizialmente aveva optato per una lettura chiusa del catalogo dei diritti, già a partire dagli anni settanta, in una serie di sentenze, abbandonò quest'indirizzo, propendendo per una lettura ampia dell'art. 2 Cost., la quale includesse al suo interno una nuova gamma di diritti di cui la società chiedeva la tutela<sup>68</sup>. Quest'orientamento è oggi seguito dalla prevalente dottrina, anche se non mancano voci fuori dal coro: le obiezioni all'interpretazione dell'art. 2 Cost., quale norma di apertura, si fondano sulla considerazione che i diritti non previsti a livello costituzionale sarebbero un numero molto limitato, la gamma di valori e diritti che si considerano "nuovi" e che vorrebbero essere costituzionalizzati, in forza dell'art. 2

---

<sup>65</sup> M. AINIS, op. cit., pp. 543 ss.

<sup>66</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e Libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, p. 53.

<sup>67</sup> P. RIDOLA, op. cit., pp. 133 ss.

<sup>68</sup> Tra le varie sentenze si ricordano quelle sul diritto alla riservatezza e all'immagine, C. Cost. nn. 38/1973 e 13/1996, sul diritto alla libertà e all'identità sessuale, C. Cost. nn. 561/1987 e 161/1985, e sul diritto al rispetto della dignità umana in merito all'accompagnamento di disabili, C. Cost. n. 346/1989.



Cost., possono essere ricondotti all'interpretazione estensiva di altri diritti, espressamente riconosciuti dalla Carta Costituzionale<sup>69</sup>.

Ad ogni modo, sembra corretto ritenere che l'Assemblea Costituente abbia voluto consacrare, con la stesura dell'art. 2 Cost., il principio personalista<sup>70</sup>. Tale presa di posizione permetterebbe un'interpretazione, di tale norma, alla stregua di un principio generale di libero sviluppo della personalità. In questo modo, si avrebbe un riconoscimento del valore libertà, intrinseco allo stesso articolo, il quale non potrebbe esaurirsi in singoli e puntuali contenuti, stante la sua molteplicità di esplicazione<sup>71</sup>.

Anche se non espressamente previsto all'interno del testo costituzionale, la tutela della vita umana rappresenta la condizione basilare per il riconoscimento e la titolarità dei diritti fondamentali della personalità. La tutela della vita è necessaria affinché a nessuno venga negata la dignità umana, nonché quale presupposto per l'attuazione di qualsiasi altro diritto<sup>72</sup>.

Il diritto moderno, radicato nel pensiero illuminista, si fonda sulla negazione del riconoscimento di una tutela solo all'individuo in grado di esprimere determinate qualità o capacità. Lo sviluppo dell'arco vitale di ciascun individuo propone, infatti, diverse fasi nelle quali si può osservare sia un'acquisizione, sia una perdita graduale delle capacità fisiche e intellettive dell'essere umano. Questo naturale percorso di maturazione non incide sulla costante ed equipollente dignità dell'individuo, che lo accompagna nell'intero arco della sua vita.

Il principio personalista, sancito nella nostra Carta Fondamentale all'art. 2, stabilisce l'invulnerabilità della vita e dell'integrità fisica, ma, contemporaneamente, esprime anche il libero sviluppo della personalità. Alla luce di queste riflessioni, nonché di fronte all'evoluzione della morale sociale dovuta al progresso scientifico tecnologico e medico, è necessario rileggere il combinato disposto dalle norme contenute negli articoli 2 Cost. e 5 c.c.. E' necessario chiedersi se il diritto di esprimere liberamente la propria personalità possa spingersi fino al punto di tutelare anche gravi atti autolesionistici, arrivando a sancire e patrocinare il diritto di morire.

Autorevole dottrina, come Palazzo e Patalano<sup>73</sup>, individuano nella vita il valore supremo, su cui viene fondato il nostro ordinamento. Conseguentemente, la libertà di scelta dell'individuo soccombe di fronte al primato della vita. Si ritiene, infatti, inammissibile qualsiasi atto che comporti un annientamento della persona. Questa concezione considera la vita alla stregua di un valore oggettivo, per cui, la libertà personale del soggetto deve essere limitata in considerazione della sua funzione sociale. Accettando questa visione paternalistica ci spingeremmo fino al punto di considerare l'uomo un oggetto e la vita in se un dovere<sup>74</sup>. Questa visione ci impone la prevalenza degli interessi collettivi su quelli individuali.

Senza voler disconoscere gli interessi collettivi, nell'attuale società viene maggiormente sentito il bisogno di garantire le libertà individuali del singolo. Viene avvertita l'esigenza di svincolare le libertà personali dalla loro funzionalità all'interesse pubblico, le quali necessitano di un loro ambito di applicazione, indipendente dai vantaggi o svantaggi che possono essere arrecati all'ordinamento. Alla luce di queste considerazioni, l'affermazione di un concetto paternalista della libertà umana comporterebbe una grave violazione dell'art. 13 Cost., il quale stabilisce che "*la libertà personale è inviolabile*", ma non solo, anche una violazione del divieto kantiano di strumentalizzazione della persona per fini non suoi<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> Ad esempio il diritto ad un ambiente salubre può essere ricondotto all'art. 32, 1° comma Cost. che proclama la tutela della salute, mentre il diritto dell'ateo può essere identificato con la tutela alla libera espressione del pensiero fornita dall'art. 21 Cost. In questo senso A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, Enc. Giur., Treccani, 1989.

<sup>70</sup> Percezione dell'indipendenza della persona umana e della superiorità del suo valore in sé rispetto allo Stato o a qualsiasi altra autorità. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, 1984, p. 19.

<sup>71</sup> F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Diritto & Diritti*, 1995.

<sup>72</sup> L. EUSEBI, *Delitti contro la vita e l'incolumità fisica*, *Il Diritto*, Enc. Giur., vol 16, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 605 ss.

<sup>73</sup> PALAZZO, *Persona* e PATALANO, *I delitti contro la vita*, Cedam, 1984.

<sup>74</sup> ZAMBRANO, *Eutanasia, diritto alla vita e dignità del paziente*, in *Rass. Dir.civ.*, 1990.

<sup>75</sup> M. B. MAGRO, op. cit., p. 47.

Proprio sulla base dell'art. 13 Cost., la recente dottrina, ha fondato il riconoscimento di una generale libertà di disporre del proprio corpo tutelata costituzionalmente. E' necessario stabilire se sia contestualmente corretto potervi ravvisare anche il riconoscimento di una tutela costituzionale per gli atti considerati autodistruttivi.

Il conflitto che sorge tra le due norme, che stabiliscono da una parte la libertà di scelta in riferimento al proprio corpo e dall'altra l'inviolabilità della vita, è evidente. Quando la realizzazione di un interesse debba avvenire attraverso il sacrificio di un altro interesse, si pone il problema di stabilire quale, tra questi, sia quello gerarchicamente prevalente e quale, invece, debba subire una compressione del suo ambito di estensione.

L'attuale dibattito è incentrato sulla possibilità di considerare il diritto di morire come posizione soggettiva autonoma, contrapposta al diritto alla vita. In particolare, si discute sulla possibilità di estendere l'eventuale diritto alla morte fino al punto di potervi ricomprendere la facoltà di determinazione di momento e modalità, oppure, se il diritto ad una morte dignitosa si estrinsechi indipendentemente da tale possibilità di autodeterminazione<sup>76</sup>.

In questa discussione vengono in rilievo due concezioni: la prima, detta oggettiva, di matrice hobbesiana, che configura come unica limitazione alle libertà individuali l'esigenza di giustizia; questa ricostruzione identifica la libertà come assenza di restrizioni esterne, contestualmente è però necessario incanalare la volontà dell'uomo, per definizione arbitraria, nell'attuazione di una politica orientata ad un ordine giusto. La conseguenza logica di questa teoria è che i diritti discendono da doveri, come tali per definizione irrinunciabili. In altre parole, secondo l'impostazione oggettiva, ad ogni libertà positiva corrisponde una libertà negativa, (esemplificando, al diritto alla vita corrisponde necessariamente il diritto di morire). La critica che viene mossa a questa concezione è la tendenza a confondere la libertà col relativo potere, permettendo solo a chi gode della piena capacità d'agire la possibilità di esercitare le sue libertà.

La seconda concezione, detta soggettiva, si basa sulla facoltà di scelta del soggetto. Quest'ultimo è il dominus, la sua volontà deve essere rispettata sia che agisca, sia che ometta. I diritti sono considerati i mezzi di realizzazione degli interessi individuali, rimessi all'autonoma valutazione e disposizione dei loro titolari, i quali potranno decidere di non esercitarli, oppure di rinunciare ad essi. I diritti diventano, quindi, lo strumento attraverso cui si esprime la volontà individuale.

La ricostruzione in chiave soggettiva delle libertà è sicuramente quella più aderente al principio personalista, sancito dall'art. 2 Cost., ma anche impresso sulle fondamenta del nostro ordinamento. Il problema rimane aperto: il nostro ordinamento non riconosce espressamente il diritto a morire, mentre identifica il diritto alla vita nella sua accezione tradizionale, come il divieto di compiere atti dispositivi lesivi non soltanto nei confronti di terzi, ma anche nei confronti dello stesso titolare. Inoltre, il così detto diritto a morire viene generalmente ricondotto all'art. 32 Cost., ma anche in questo caso la dottrina non è univoca. Molti autori, come Iadecola e Mantovani, pur legittimando una scelta del paziente di sottoporsi o no alle cure, non ammettono che tale diritto possa estendersi fino a rifiutare delle terapie salvavita<sup>77</sup>.

E', infine, opportuno sottolineare la pericolosità di un eventuale riconoscimento del diritto a morire come posizione soggettiva indipendente. Tale riconoscimento, infatti, comporterebbe non solo il dovere del terzo di astenersi e rispettare la volontà del singolo, ma imporrebbe anche l'obbligo, da parte dell'ordinamento, di apprestare tutti i mezzi necessari all'esercizio di tale diritto, ammettendo, quindi, anche il riconoscimento non solo del suicidio, per altro del tutto legittimato, ma anche del diritto ad essere uccisi.

---

<sup>76</sup> M. B. MAGRO, op. cit., pp. 54 ss.

<sup>77</sup> IADECOLA, "Diritto a morire" e potestà medica di curare, in *Cass. Pen.*, 1997; MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988.

## ART. 32 COST., LA TUTELA DELLA SALUTE, LA SUA NASCITA E LE SUE INTERPRETAZIONI (DALLA LETTURA PATERNALISTICA E LIBERALE ALLA LETTURA PERSONALISTA)

Lo Stato liberale ottocentesco è caratterizzato da un sostanziale disinteresse per la tutela del “bene salute”. All’interno dello Statuto Albertino non è dato riscontrare nessuna norma relativa a tale diritto. Invero, nel periodo successivo all’Unità d’Italia, l’intervento pubblico, nel settore della sanità, è lasciato alle leggi amministrative, che si limitavano a regolare i profili inerenti l’igiene e l’ordine pubblico<sup>78</sup>. All’epoca, il mantenimento e lo sviluppo delle condizioni sanitarie della popolazione era prevalentemente lasciato ad organizzazioni di matrice religiosa, come le Opere Pie, oppure, ad altre istituzioni di carattere privato. La normativa amministrativa, emanata in quel particolare contesto sociale, prevedeva che l’attività pubblica si riducesse all’esercizio di vigilanza igienica ed assistenza sanitaria, la prima si sostanziava nel controllo del rispetto dei limiti imposti all’attività privata, mentre, la seconda rifletteva i caratteri di un’attività di beneficenza rivolta ai soggetti indigenti, i quali, però, non potevano vantare un diritto vero e proprio alle cure, stante il carattere eminentemente discrezionale dell’attività amministrativa<sup>79</sup>.

La situazione non cambia neanche con la Legge Crispi del 17 agosto 1890 n. 6972. Tale normativa si prefiggeva di riportare l’attività sanitaria, svolta delle Opere Pie, sotto il controllo dell’autorità pubblica, dal momento in cui si considerava uno dei doveri dello Stato moderno. L’attività legislativa si prefiggeva di salvaguardare il rispetto delle originarie volontà degli istituti benefici, preservandoli da qualsiasi possibile abuso nella gestione finanziaria. Lo Stato, ad ogni modo, non intendeva assumersi l’onere finanziario delle relative attività, riflettendo, ancora, una preminente esigenza di tutela dell’ordine pubblico piuttosto che un interesse concreto allo sviluppo del diritto alla salute quale diritto fondamentale riconosciuto a tutti i cittadini.

Nel 1934, il governo fascista, emana un testo unico in materia di sanità che manifesta una sorta di tendenza alla frammentazione della materia. Vengono sottratte, in questo periodo, alcune competenze al Ministero dell’Interno, per essere, successivamente, attribuite ad altri dicasteri<sup>80</sup>, o comunque, ad enti pubblici con attribuzioni sanitario assistenziali<sup>81</sup>. Viene mantenuta una certa continuità con il periodo liberale. La tutela della salute viene, ancora, identificata con l’esercizio di competenze in materia di igiene, il fine perseguito rimaneva un interesse spiccatamente pubblicistico, identificato, nell’epoca fascista, con la tutela fisica e morale della razza<sup>82</sup>. La disciplina dell’epoca, in materia di salute, nonché di vita, era, dal punto di vista penale, caratterizzata da una massiccia presenza di divieti e sanzioni, conseguenza della continua difesa del principio di indisponibilità della persona umana, dovuto alla forte influenza della Chiesa Cattolica sulla politica, che imponeva una visione sacrale ed intangibile della persona e del suo corpo<sup>83</sup>.

Al termine del conflitto mondiale, stante l’aberrante esperienza appena conclusasi dei campi di concentramento, vi è un sensibile sviluppo del dibattito in merito alle questioni sanitarie che, conseguentemente, assumono un notevole rilievo all’interno dell’Assemblea costituente.

L’impostazione finale dell’art. 32 riflette l’intero dibattito che, in sede di lavori preparatori, affiorò sulla tematica dei diritti della personalità. Si è già avuto modo di precisare come l’Assemblea, all’unanimità, riconoscesse il primato dell’individuo. Viene affermato, cioè, la precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato, il quale deve essere al servizio dell’individuo soddisfacendone i diritti, senza però dimenticare che sull’individuo stesso grava un obbligo di

<sup>78</sup> L. CUOCOLO, *Diritto alla Salute, Il Diritto, Enc. Giur.*, vol. 14, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 23 ss.

<sup>79</sup> M. COCCONI, *Il Diritto alla Tutela della Salute*, Cedam, 1998.

<sup>80</sup> Ad esempio la tutela della salute dei lavoratori viene attribuita al Ministero delle Corporazioni, mentre la costruzione di opere igieniche viene affidata al Ministero dei Lavori Pubblici.

<sup>81</sup> Vengono istituite in questo periodo sia l’Opera maternità e infanzia, sia diverse Casse Mutue.

<sup>82</sup> M. COCCONI, *Il Diritto alla Tutela della Salute*, Cedam, 1998, p. 12.

<sup>83</sup> A. GUARNERI, *Profili Giuridici della Fine della Vita Umana*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2009.

solidarietà economica e spirituale verso l'intera collettività. La stesura finale del progetto della Costituente riconosce nell'art. 32 la tutela della salute, ma non più come mero esercizio di competenze in materia di igiene, com'era in passato, ma come diritto sociale. Il diritto alla salute viene individuato quale diritto fondamentale dell'individuo, ed in quanto tale, l'intervento pubblico deve essere diretto al suo soddisfacimento.

Conseguentemente all'adozione della prospettiva che vedeva nella salute una condizione necessaria per il pieno sviluppo della personalità, si dovette procedere alla riorganizzazione del sistema sanitario pubblico, il quale non poteva più svolgere il suo compito attraverso un intervento sporadico e marginale, ma doveva farsi carico, tramite un'azione coordinata di tutti i poteri pubblici ai vari livelli, dell'erogazione dei servizi sanitari alla comunità, prescindendo da qualsiasi condizione personale d'indigenza del soggetto.

La più importante estrinsecazione della tutela della salute è il diritto alla propria integrità psico-fisica. Tutela già precedentemente accordata sia nella disciplina civilistica (ci si riferisce agli artt. 5 c.c., atti di disposizione del proprio corpo, e 2043 c.c., risarcimento per fatto illecito), sia nella disciplina penalistica (se ne rinvencono diversi esempi nel libro II, titolo VI, dei delitti contro l'incolumità, agli artt. 438 c.p., "epidemia", 439 c.p., "avvelenamento di acque o sostanze alimentari", 452 c.p., "delitti colposi contro la salute pubblica", nonché nel titolo XII, dei delitti contro la persona, in primis nell'art. 575 c.p. che sanziona l'omicidio).

L'estrinsecazione del precetto costituzionale permette che ogni individuo possa pretendere l'astensione, da parte di soggetti terzi, dal porre in essere atti che possano, in qualche modo, pregiudicare la propria integrità fisica. Negli anni successivi all'entrata in vigore della nostra Costituzione, la tutela apprestata a tale diritto è stata parziale. Si erano, infatti, seguite le impostazioni liberali, precedenti all'epoca repubblicana, che prendevano in considerazione la sola lesione patrimoniale degli aspetti biologici dell'individuo<sup>84</sup>.

La profonda trasformazione culturale, a cui assistette l'Italia degli anni sessanta, pose in primo piano la necessità di una rivalutazione della tutela della salute. Temi come la sterilizzazione ed il transessualismo, che si affacciarono per la prima volta in questi anni nei Tribunali italiani, mostrarono l'esigenza di assicurare un'adeguata protezione e valorizzazione alle istanze di espansione e di sviluppo della persona in tutte le sue articolazioni.

Anche se con qualche titubanza iniziale, prima la giurisprudenza ordinaria, seguita pochi anni dopo dalla Corte Costituzionale, hanno compreso, all'interno della tutela dell'integrità fisica, anche la salute psichica del soggetto. Inoltre, la tutela non era più apprestata in un'ottica meramente conservativa, ma la difesa del bene entrava in una fase promozionale. Si era affermata la consapevolezza che solo attraverso la salvaguardia della salute si poteva ottenere una più completa esplicazione della personalità umana.

Dottrina e giurisprudenza rileggono, alla luce di queste nuove affermazioni, la norma ex art. 5 c.c., della quale si è ampiamente parlato nei paragrafi precedenti, che assume rilevanza positiva, permettendo e regolando, non più solo il trapianto di organi, ma qualsiasi atto dispositivo della propria integrità fisica che non cagioni una diminuzione permanente dell'integrità fisica e che non sia contrario all'ordine pubblico o al buon costume<sup>85</sup>.

Un'importante applicazione, derivante dalla nuova interpretazione del diritto alla salute, si ritrova nella giurisprudenza sul "danno biologico", identificato, appunto, con la lesione del "bene salute". In particolare la Corte Costituzionale, in una sentenza degli anni ottanta<sup>86</sup>, precisa che sulla base del combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c., la risarcibilità del danno biologico doveva essere necessariamente estesa fino a comprendervi tutte le lesioni, non solo quelle strettamente patrimoniali, che ostacolano le attività realizzatrici della persona umana<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> M. COCCONI, op. cit., p. 44.

<sup>85</sup> C. D'ARRIGO, *Autonomia privata e Integrità fisica*, Giuffrè, 1999, pp. 148 ss.

<sup>86</sup> Corte Cost., sent. n. 184/1986.

<sup>87</sup> In questo senso P. CARETTI, op. cit., pp. 426 ss.

Consequente all'analisi del diritto alla salute nella sua accezione positiva, ovvero, il diritto di ciascuno di decidere volontariamente in ordine ad attività che consentono la piena realizzazione della propria persona, è altrettanto fondamentale considerare l'aspetto negativo del diritto di libertà. Tale aspetto si concretizza nella pretesa, di ogni soggetto, a non subire atti o condizionamenti che possano determinare una compressione della propria sfera di autonomia<sup>88</sup>.

La libertà negativa del diritto alla salute viene sancita nel 2° comma dell'art. 32 Cost., che stabilisce il carattere volontario dei trattamenti sanitari, i quali possono essere eseguiti, senza il consenso del paziente, solo attraverso un'espressa previsione di legge. Il trattamento sanitario obbligatorio può dirsi costituzionalmente legittimo solo quando, oltre a tutelare la salute dell'individuo, preservi anche la salute della collettività. In altre parole, è solo l'aspetto relazionale, tra la salute del singolo e l'interesse della collettività, che può giustificare una limitazione all'autodeterminazione dell'individuo e imporre un trattamento ex lege<sup>89</sup>, non, invece, la morte del soggetto malato che, rifiutando le cure, accetti il rischio di perdere la vita<sup>90</sup>. E' fondamentale ricordare che la legge che impone il trattamento sanitario come obbligatorio deve, in ogni caso, rispettare il limite costituzionalmente imposto dal rispetto della dignità umana. Autorevole dottrina ravvisa tale limite nella finalità non discriminatoria del trattamento stesso, nonché nell'impiego di modalità atte a salvaguardare la persona da sacrifici non necessari<sup>91</sup>.

Parte della dottrina più conservatrice, ha esteso il limite del rispetto della persona umana, previsto dal secondo comma per i trattamenti sanitari obbligatori, anche alle libertà positive, disciplinate dal primo comma dell'art. 32 Cost. Questo limite si imporrebbe anche allo stesso soggetto titolare del diritto di libertà, il quale si troverebbe ad essere vincolato, nell'esercizio del diritto di disposizione del proprio corpo, essendogli vietati tutti gli atti che possano comportare una soppressione, o un'alterazione, delle funzioni organiche, costituenti la condizione necessaria affinché il soggetto possa adempiere ai suoi obblighi sociali. Questa visione, di natura paternalistica, fortemente criticata dalla recente dottrina, individua nell'esigenza di mantenere in vita il soggetto il limite alla libertà personale del singolo. Oltre alla titolarità del diritto, infatti, in capo al soggetto, si manifesterebbe il dovere di concorrere alla salute pubblica in funzione del benessere sociale, conseguentemente, l'esercizio di una libertà personale non può far venir meno il dovere di solidarietà che sta alla base del rapporto societario<sup>92</sup>.

Recente dottrina, rileggendo le norme costituzionali sulla base dei principi personalisti, ritiene che il limite imposto dall'art. 32, 2° comma Cost., individui il limite massimo a cui il soggetto deve sottostare per il perseguimento di interessi collettivi, escludendo, in questo modo, una totale sottomissione dell'individuo per fini non suoi. Le libertà individuali del singolo devono essere garantite indipendentemente dai vantaggi o svantaggi che potrebbero essere arrecati alla società. Ciò non significa un disconoscimento della valenza sociale dei diritti stessi, ma comporta che alcuni di essi vengono riconosciuti al soggetto in quanto tale, mentre altri gli vengano attribuiti in quanto membro di una comunità.

---

<sup>88</sup> Si tratta della classica distinzione tra libertà positive e negative teorizzata da Isaiah Berlin, la prima, "liberi di", è volta ad assicurare all'individuo un modo di svolgimento e realizzazione della propria personalità all'interno dell'ordinamento, la seconda, "liberi da", corrisponde all'area in cui il soggetto può agire senza essere ostacolato da terzi.

<sup>89</sup> L. CUOCOLO, op. cit., pp. 23 ss.

<sup>90</sup> Art. 1, l. 13 maggio 1978, n. 180 "accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori", richiamato dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 258/1994 e n. 118/1996, dove si afferma che "deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene vita, ciò lo si ricava dall'art. 32 Cost., per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto, Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute".

<sup>91</sup> P. CARETTI, op. cit., pp. 434 ss.

<sup>92</sup> M. B. MAGRO, op. cit., pp. 43 ss.

Ammettere una concezione della vita in termini di dovere, dove gli unici interessi presi in considerazione dal Legislatore sono quelli rivolti al beneficio della comunità violerebbe, il divieto kantiano di strumentalizzazione della persona per fini non suoi.

A sostegno della tesi personalista soccorre un'ulteriore norma costituzionale: l'art. 13 Cost.. Tale norma sancendo l'invulnerabilità della libertà personale, riconosciuta all'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, dove si svolge la sua personalità, appresta una duplice garanzia costituzionale alla libertà negativa stabilita dall'art. 32, 2° comma Cost., tutelando l'individuo da ogni diretta coercizione sul proprio corpo<sup>93</sup>.

Alla luce dell'interpretazione, data anche dalla giurisprudenza costituzionale, dell'art. 32, 2° comma Cost., non possono più essere disattesi il riconoscimento e la tutela del diritto di autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario. Diritto che contempla anche il caso di rifiuto di nuova terapia, nonché lo speculare caso d'interruzione della terapia già iniziata. La norma costituzionale, nascendo già perfetta, ovvero, non necessitando di un'ulteriore disposizione attuativa di normazione secondaria, si sostanzia in una pretesa di astensione, ma anche di intervento, se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia. Teoria avvalorata anche dalla considerazione che ponendo come regola di fondo il divieto di trattamenti sanitari obbligatori, non sussisterebbe, in capo al soggetto, un dovere di curarsi o di mantenersi in salute, ma bensì, esisterebbe, secondo la dottrina maggioritaria, un diritto costituzionalmente tutelato a non essere curato e, conseguentemente, a rifiutare le cure<sup>94</sup>.

A seguito del successo riscosso da quest'ultima impostazione sono state poste diverse domande: prima fra tutte la possibilità di riconoscere una tutela costituzionale al cosiddetto "diritto di morire".

In particolare, ci si è chiesti se fosse possibile riconoscere, a tale diritto, una posizione soggettiva autonoma, riconducibile all'alveo dei diritti inviolabili dell'uomo previsti dall'art. 2 Cost.

La stessa configurazione del diritto alla vita, e non sulla vita, sembra escludere non solo qualsiasi potere dispositivo da parte di terzi, ma anche da parte dello stesso titolare del diritto.

La dottrina cattolica, pur ammettendo in linea di principio la possibilità del soggetto di autodeterminarsi e, conseguentemente, di rifiutare le cure mediche, sostiene fermamente l'impossibilità, per il malato, di disporre del bene vita, considerato presupposto logico della titolarità e dell'esercizio di ogni altro diritto. Considerato ciò, l'interpretazione dell'art. 32, 2° comma Cost. non può spingersi sino al punto di fornire indicazioni che possano interferire col diritto alla vita, proclamato dall'art. 2 Cost. Tale dottrina, rinviando ai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, sottolinea come, la norma riguardante il diritto alla salute, fu approvata con l'intendimento specifico di vietare esperimenti scientifici sul corpo umano che non fossero volontariamente accettati dal paziente. Ciò che si voleva tutelare, da possibili interferenze esterne, era la dignità dell'uomo, senza per questo dare la possibilità al soggetto di rifiutare trattamenti sanitari salvifici<sup>95</sup>.

Si è sostenuto che l'invulnerabilità sancita dall'art. 2 Cost. equivarrebbe all'indisponibilità sulla base della tutela apprestata ai diritti rientranti in tale articolo, tutela oggettiva e irrinunciabile, indipendente dall'acquiescenza del suo titolare. Tale interpretazione rende, per altro, inoperante qualsiasi volontà di un esercizio negativo della libertà, o di una sua eventuale rinuncia.

Non può, inoltre, non essere considerata la sostanziale mancanza di una materia specifica, che può far insorgere il problema di soluzioni diverse in relazione a casi simili, condizionate dal particolare credo filosofico, etico e religioso dell'interprete<sup>96</sup>, che finirebbe per cozzare col principio di uguaglianza consacrato dall'art. 3 Cost. Per di più, la critica, ha fatto notare come un'eventuale riconoscimento del diritto a morire, quale posizione giuridica soggettiva, comporterebbe un correlativo diritto ad essere uccisi, al quale corrisponderebbe un dovere da parte dello Stato di

---

<sup>93</sup> Corte Cost., sent. 20 ottobre 1990, n. 471.

<sup>94</sup> L. CUOCOLO, op. cit., pp. 23 ss, in questo senso anche F. GIUNTA, op. cit.

<sup>95</sup> G. IADECOLA, *Diritto di Morire e Potestà medica di curare*, in *Cass. Pen.*, 1997.

<sup>96</sup> G. IADECOLA, op. cit.

apprestare tutti i mezzi necessari affinché tale diritto possa essere esercitato dal suo titolare, o con il consenso di esso.

La recente dottrina tedesca ha affermato, in merito alla legittimità del suicidio, che il diritto a morire costituisce una modalità di disposizione del diritto alla vita. Si tratterebbe di una manifestazione della personalità e della conseguente autonomia individuale che si estrinseca nell'ambito di una sfera privata e intangibile, entro cui l'individuo agisce secondo la propria coscienza. Il diritto alla vita comprenderebbe naturalmente anche il suo inverso, ovvero il diritto a non vivere. In questo modo, non sarebbe necessario un riconoscimento del diritto di morire come autonoma posizione giuridica, infatti, la morte dovrebbe essere accettata in quanto parte ed estensione del diritto alla vita<sup>97</sup>. In altre parole, non saremmo di fronte ad un vero e proprio diritto di morire o di ammalarsi, ma, piuttosto, al diritto di vivere, inteso come autonomia e dignità di uomini liberi, che implica il dovere dei terzi di rispettare le scelte esistenziali che riguardano il "come vivere" e il "come morire" quale aspetto del "come vivere"<sup>98</sup>. Il rifiuto di cure assurge al significato di una scelta di vita, di come vivere ciò che resta da vivere, e come tale deve essere considerato dai terzi.

Secondo parte della dottrina italiana, invero, non sarebbe corretto riconoscere un vero e proprio diritto di morire discendente dal costituzionalmente tutelato diritto alla vita, in quanto ci troveremmo in un ambito più ristretto. Autorevole dottrina, constatando che l'attività terapeutica viene eseguita nell'unico interesse del paziente, sostiene che da questi può essere rifiutata. La conseguenza naturale di questa decisione sarà il decorso della malattia che potrà portare anche alla morte del soggetto. La decisione del soggetto è l'estrinsecazione del principio di autodeterminazione terapeutica, riconosciuto e tutelato dall'art. 32, 2° comma Cost., nel più generale diritto di non sottoporsi a cure mediche<sup>99</sup>.

Il Tribunale di Roma, in una recente sentenza del 2006, ha stabilito che *"il paziente è titolare del diritto di autodeterminazione in materia di cure mediche, per cui può, in linea di principio, rifiutare anche le terapie cosiddette salvavita indicate dal sanitario"*, ha però anche precisato che si tratta *"di un diritto, allo stato, sprovvisto di tutela, perché non è prevista dall'ordinamento la realizzabilità coattiva della volontà del malato, in caso di mancato, spontaneo, adempimento della stessa da parte del medico"*<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> M. B. MAGRO, op. cit., pp. 54 ss.

<sup>98</sup> G. COCCO, *Un punto sul Diritto di Libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009.

<sup>99</sup> F. GIUNTA, op. cit.; in questo senso anche L. D'AVACK, *Sul Consenso Informato all'Atto medico*, in *Dir. Fam.*, 2008.

<sup>100</sup> Trib. Roma, sez. I, 14 dicembre 2006, in materia di persona fisica e diritti della personalità.

## IL CONCETTO DI DIGNITA' DI VIVERE NELL'ORDINAMENTO SOVRANAZIONALE, LA CONVENZIONE DI OVIEDO E LA CARTA EUROPEA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UOMO

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si susseguirono nel corso degli anni una serie di accordi internazionali diretti a proclamare e tutelare i diritti dell'uomo, le sue facoltà e le sue libertà fondamentali, sancendo la dignità e il valore della persona umana<sup>101</sup>. La prima di questa lunga serie di accordi sopranazionali è la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo, proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Ad essa seguirono: nel 1950 la Convenzione di tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, la Carta sociale europea del 1961, il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed il Patto Internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, entrambi del dicembre 1966. Nel 1981 venne sottoscritta la Convenzione per la Protezione dell'Individuo riguardo all'elaborazione dei dati a carattere personale ed, infine, il 20 novembre 1989 venne emanata la Convenzione sui Diritti del Bambino.

Nel 1997, precisamente il 4 aprile, venne approvata, da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa, dagli altri Stati non membri, i quali hanno partecipato all'elaborazione della Carta e della Comunità Europea, la Convenzione di Oviedo. Composta da 38 articoli, suddivisi in 14 capitoli, la Convenzione si prefigge la protezione dei diritti dell'uomo e delle dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina.

Nel preambolo si legge che, dopo aver preso in considerazione tutte le Convenzioni, le Dichiarazioni e le Carte dei Diritti proclamate precedentemente, gli Stati elaborarono la Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina decisi a prendere, relativamente a tale materia, le misure idonee a garantire e tutelare la dignità dell'essere umano, i diritti e le libertà fondamentali della persona, *“convinti della necessità di rispettare l'essere umano sia come individuo che nella sua appartenenza alla specie umana e riconoscendo l'importanza di assicurare la sua dignità, consapevoli delle azioni che potrebbero mettere in pericolo la stessa dignità umana da un uso improprio della biologia e della medicina”*.

Mentre il 1° articolo sancisce l'oggetto e le finalità della Convenzione, ribadendo la protezione dell'essere umano nella sua dignità e nella sua identità, garantendo il rispetto della sua integrità, dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali, l'articolo 2 stabilisce che *“l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza”*, proclamando il primato dell'essere umano.

A fronte della promulgazione di tali norme, gli Stati aderenti alla Convenzione, hanno assunto quale regola generale, nel campo della salute, l'impossibilità di effettuare un intervento sanitario se non dopo che la persona interessata abbia espresso il proprio consenso libero ed informato.

E' considerato un diritto assoluto, di ogni persona, ritirare liberamente, in qualsiasi momento, e quindi anche qualora il trattamento fosse già in atto, il proprio consenso<sup>102</sup>.

Pochi anni dopo, nel 2000, viene pubblicata la Carta Europea dei Diritti Fondamentali. L'auspicio del Consiglio Europeo, congiuntamente al Parlamento Europeo e alla Commissione, era quello di riunire in un unico testo i diritti civili, politici, economici e sociali enunciati, fino a questo momento, in fonti diverse, sia a livello nazionale che internazionale, col desiderio che, a tale Carta, fosse data la più ampia diffusione all'interno dell'Unione<sup>103</sup>.

La Carta si suddivide in sette capi, nella trattazione della nostra materia, quello che a noi interessa è il Capo I, intitolato *“Dignità”*. In questa manciata di norme, precisamente cinque, viene dettato il

---

<sup>101</sup> C. ZANGHI', *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, Il Diritto, Enc. Glur.*, vol. 5, Il Sole 24 ore, 2007, pp. 46 ss.

<sup>102</sup> Conv. Oviedo, art. 5.

<sup>103</sup> Consiglio Europeo, doc. 30/2000.



principio del rispetto della dignità di ogni individuo. Il primo articolo afferma: “*la dignità umana è inviolabile*”. Segue la proclamazione del diritto alla vita e all’integrità fisica<sup>104</sup>.

L’art. 2 della Convenzione sui Diritti Umani consacra il diritto alla vita. La Corte Europea lo definisce come il primo dei diritti dell’uomo, portatore di uno dei valori fondamentali delle società democratiche che compongono il Consiglio Europeo, senza il quale il godimento degli altri diritti e libertà, garantiti dalla Convenzione, sarebbe illusorio<sup>105</sup>.

Inoltre, la Corte è arrivata ad affermare un obbligo positivo a carico dello Stato, il quale deve adottare le misure ragionevoli ed adeguate per proteggere i diritti riconosciuti<sup>106</sup>. Il diritto alla vita, tutelato dall’art. 2, non è solo un diritto soggettivo che protegge l’individuo contro le ingerenze delle autorità pubbliche, ma ha anche una funzione oggettiva che si traduce in un principio direttivo dell’attività dello Stato, il quale deve adottare tutte le misure necessarie alla protezione della vita<sup>107</sup>. L’ambito di applicazione dell’art. 2 si estende fino a comprendervi l’ambito sanitario. L’approccio della Corte è molto diverso a seconda che si sia di fronte ad un caso di accanimento terapeutico o ad un caso di eutanasia. Nella prima ipotesi, la Corte, leggendo il combinato disposto degli artt. 2 e 7 (rispetto della vita privata), legittima la scelta di “*una persona di poter rivendicare il diritto di esercitare la propria scelta di morire, rifiutandosi di consentire ad un trattamento finalizzato al prolungamento della sua vita*”<sup>108</sup>. Principio avvalorato anche dall’art. 3, “*Diritto all’integrità della persona*”, nel quale si stabilisce il diritto, per ogni individuo, alla propria integrità fisica e psichica, e nel quale si precisa ulteriormente l’obbligo al rispetto del consenso libero ed informato della persona interessata.

D’altro canto, la Corte, sembra essere scesa in contraddizione nella sentenza *Pretty c. Regno Unito*<sup>109</sup>. In tale pronuncia, pur avendo stabilito il potere sovrano dell’individuo di prendere le proprie decisioni in campo medico e quindi, se lo ritiene opportuno, rifiutare legittimamente le cure necessarie a tenerlo in vita, chiarisce che l’art. 2 della Convenzione sui Diritti dell’Uomo “*non ha alcun rapporto con tutto ciò che riguarda le questioni della qualità della vita o delle scelte fatte da un individuo con riferimento alla propria vita*”<sup>110</sup>.

In nessun modo l’art. 2 potrebbe essere interpretato come statuente un diritto a morire.

Conseguentemente non sussiste un diritto a ricevere la morte sia che essa provenga dalla mano di un terzo, oppure con l’aiuto e l’assistenza dell’autorità pubblica. In altre parole, la Convenzione non conferisce, in alcun modo, il diritto all’individuo di pretendere dallo Stato che sia permesso, o in qualche modo facilitato, il suo decesso.

---

<sup>104</sup> Avv. N. CANESTRINI, *Introduzione alla Carta Europea dei Diritti Fondamentali*, in *Centro Studi per la Pace*.

<sup>105</sup> Dichiarazioni fatte dalla Corte relativamente ai casi *McCann* e *Pretty*, entrambi nei confronti del Regno Unito.

<sup>106</sup> Nel caso *Airey c. Irlanda* del 1979, la Corte elabora la tesi secondo cui la Convenzione non garantisce solo una serie di “libertà da”, che impongono allo Stato un divieto di ingerenza, ma vengono stabilite anche una serie di “libertà di”, che spetta allo Stato assicurare attraverso una serie di condotte positive.

<sup>107</sup> N. LETTIERI, *L’art. 2 della Convenzione sui Diritti Umani sul Diritto alla Vita*, in *Giur. merito*, 2009.

<sup>108</sup> Caso *Pretty c. Regno Unito*, aprile 2002.

<sup>109</sup> Caso mosso dal rifiuto opposto dall’autorità inglese al marito della ricorrente, di non perseguirlo penalmente per l’eventuale e futuro aiuto al suicidio offerto alla propria moglie affetta da SLA (malattia neurodegenerativa incurabile), che le impediva di vivere una vita indipendente e dignitosa così come di suicidarsi autonomamente.

<sup>110</sup> Caso *Pretty c. Regno Unito*.

## CAPITOLO II

### L'EVOLUZIONE INTERVENUTA ATTRAVERSO IL CONCETTO DEL CONSENSO INFORMATO

#### IL RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE. DALLA DISCREZIONALITA' ASSOLUTA DEL SANITARIO AL RAPPORTO DI COLLABORAZIONE: LA NASCITA DEL CONSENSO INFORMATO

Fin dall'antichità, l'inesistenza di conoscenze mediche tra la popolazione, la quale era costretta ad affidarsi al medico, ponendo in lui una fiducia cieca, aveva contribuito ad alimentare la condizione per cui al sanitario era richiesto, all'atto del Giuramento, non solo l'impegno a non valersi delle sue conoscenze per fini secondari che non fossero la cura del malato, ma anche di tenere l'atteggiamento, sempre nei confronti del paziente, del buon padre di famiglia.

In questo modo, si era affermata una filosofia paternalistica del rapporto medico-paziente, basato su un concetto di malattia come infermità fisica, mentale e morale, dove al medico veniva assegnato il compito di ripristinare l'ordine naturale che la malattia aveva compromesso<sup>111</sup>. In questa visione, il malato doveva essere tenuto all'oscuro sia della sua attuale condizione di salute, sia delle eventuali terapie a cui doveva essere sottoposto<sup>112</sup>. Il sanitario si sostituiva completamente nelle decisioni del paziente, tanto da "esporre l'integrità psichica e fisica dell'avente diritto all'unilaterale e arbitrario intervento di un estraneo, ancorché medico"<sup>113</sup>. L'attività medica è da sempre considerata un'attività difficile e rischiosa, che può comportare un certo grado di insuccesso<sup>114</sup>.

Il medico è considerato l'unico depositario dei segreti dell'arte medica, di conseguenza, il paziente è costretto ad affidarsi totalmente a lui per la salvaguardia del "bene salute"<sup>115</sup>. Si accettava, incontestabilmente, che l'opera del medico fosse volta a garantire l'interesse del paziente.

Tale interesse veniva inteso in senso meramente oggettivo e poteva essere valutato solo ed esclusivamente dal professionista, alla cui autorità si rimetteva il soggetto, senza prendere parte alle decisioni riguardanti il suo stato psico-fisico<sup>116</sup>. Si attribuiva al medico un generale diritto-dovere di curare. Il malato, invece, si trovava in una posizione di soggezione, sulla quale il medico poteva intervenire *ad libitum*, frenato solo dalla propria coscienza<sup>117</sup>.

Nel secolo scorso, Thomas Percival, sostenitore delle teorie illuministe, sostenne, per la prima volta, "il diritto del paziente all'informazione quantunque questo diritto si scontrasse e, il più delle volte, si assoggettasse all'inganno caritatevole per la salvaguardia della salute del malato"<sup>118</sup>. Sulla scia di quest'affermazione inizia un lungo cammino di mutazione della prospettiva del rapporto medico-paziente. Si abbandona la visione asimmetrica di poteri tra chi decide, anche se per il bene del paziente, e chi è soggetto alla decisione<sup>119</sup>. Si fa sempre più spazio l'idea di porre il paziente su un

---

<sup>111</sup> F. AGNINO, *Il Consenso Informato al trattamento medico-chirurgico, profili penalistici e civilistici*, Itaedizioni, 2006.

<sup>112</sup> PARODI-NIZZA, op. cit., pp. 389 ss. e S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009.

<sup>113</sup> RIZ, *Medico-chirurgo*, IV, *Enciclopedia giuridica*, XIX, Roma, 1990.

<sup>114</sup> A. SCALISI, *Professione medica: doveri, diritti e responsabilità*, in *Danno resp.*, 2007.

<sup>115</sup> PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001; M. GORGONI, *Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare*, in *Resp. Civ. e Prev.*, luglio-agosto 2008.

<sup>116</sup> M. diGENNARO, *Il consenso ai trattamenti sanitari su paziente minorenne*, maggio 2010.

<sup>117</sup> C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, nota a *Ufficio indagini preliminari*, 17/10/2007, n.2049, sez. V Roma.

<sup>118</sup> PARODI-NIZZA, op. cit., pp. 389 ss..

<sup>119</sup> G. FERRANDO, *Consenso informato, Il Diritto, Enc. Giur.*, vol. 3., Il Sole 24 ore, 2007, pp. 742 ss.

piano paritario, dandogli la possibilità di esprimere autonomamente la sua volontà, il paziente, emancipato dalla posizione passiva, diviene soggetto attivo che, debitamente informato, partecipa alle scelte che coinvolgono il suo corpo e la sua salute<sup>120</sup>.

Si può affermare, con una certa sicurezza, che, sin dal secolo scorso, si è diffusa, per lo meno nei Paesi più moderni, l'idea che il sanitario, il quale si appresta a sottoporre ad un trattamento sanitario il malato, debba averne ricevuto il consenso<sup>121</sup>, facendo entrare in crisi l'idea dell'imperialismo medico, nonché dell'eticità intrinseca alla professione, espressa nel Giuramento di Ippocrate, considerata, fino a quel momento, una protezione sufficiente all'evoluzione socio-politica degli ordinamenti democratici<sup>122</sup>.

La prima apparizione del concetto di "consenso" si ha negli Stati Uniti, considerati la terra di origine del consenso informato, nella quale prende corpo la formula giuridica che oggi trattiamo. E' nel 1914, nel famoso caso Schloendorff che, per la prima volta, un giudice sostenne l'assunto per cui *"ogni essere umano adulto e capace ha il diritto di determinare cosa debba essere fatto con il suo corpo; un chirurgo che esegue un'operazione senza il consenso del paziente commette una violenza personale"*<sup>123</sup>. Si tratta dell'affermazione giurisdizionale della indispensabilità del consenso del paziente all'atto terapeutico.

In seguito, il mondo assistette ai già ricordati orrori compiuti nei campi di concentramento nazisti. Durante il processo di Norimberga, a seguito delle comprovate sevizie e torture avvenute nei lager, compiute dai medici del Terzo Reich, in nome della ricerca medica, i giudici, con l'aiuto di illustre figure della medicina mondiale, stilarono un documento, che venne poi denominato "Codice di Norimberga", nel quale si confermarono i principi etici sui quali si doveva basare la medicina. In particolare, venne affermata l'assoluta necessità di un consenso libero e volontario dei soggetti interessati dalle sperimentazioni scientifiche<sup>124</sup>.

Si dovrà, però, attendere la fine degli anni '50, precisamente il caso Salgo vs Leiland Stanford Jr., perché si affacci al panorama giuridico internazionale la necessità che il consenso sia informato. E' precisamente in questa sentenza, della Corte d'Appello della California del 1957, che si dichiara esplicitamente che *"un sanitario non può intervenire su un paziente, né curarlo in alcun modo, se prima non si è premurato di informarlo di ogni fatto che sia necessario a formare la base di un intelligente consenso del paziente al trattamento proposto"*<sup>125</sup>.

Nella stessa sentenza si legge, ancora, che *"il chirurgo ha, per legge, due doveri nei confronti dell'assistito: il primo è quello di rivelargli tutto quanto attiene alle modalità ed agli effetti dell'intervento ed il secondo è quello di ottenere da questi un informed consent"*. Muta, conseguentemente a tale dichiarazione, la questione di fondo dibattuta dai giuristi americani ed europei negli ultimi decenni. Non ci si domanda più "se" informare il paziente, ma ci si pone il problema di "quale" tipo di informazione debba essere data al soggetto.

Il cambiamento effettivo, nella prospettiva del rapporto medico-paziente, si ebbe negli anni sessanta, contemporaneamente alla nascita della bioetica e ad un profondo mutamento della concezione della medicina. Proprio al 1960 risale un'altra sentenza americana: il caso Natanson vs Kline. In questa pronuncia, un medico venne condannato per negligenza nella sua professione, in quanto non aveva *"seguito l'obbligo di informare e spiegare al paziente, con linguaggio necessariamente semplice, la natura del male, del trattamento proposto, la probabilità di successo ed i rischi di risultati sfavorevoli e di condizioni impreviste"*<sup>126</sup>. A seguito di questo caso, sia la

---

<sup>120</sup> M. GORGONI, *Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare*, 2008.

<sup>121</sup> A. SANTOSUOSSO, *Il Consenso Informato: questioni di principio*, in *Il Consenso Informato (tra giustificazioni per il medico e diritto del paziente)*, a cura di A. Santosuosso, Raffaello Cortina Ed., 1996, p. 5.

<sup>122</sup> E. SELVAGGI, *Sul "testamento biologico": esigenze normative e ritardi legislativi*, in *Cass. Pen.*, maggio 2009.

<sup>123</sup> A. SANTOSUOSSO, op. cit. p. 6.

<sup>124</sup> L. GRANZOTTO, *Storia del Consenso Informato nel Mondo ed in Italia*, in *Il Consenso Informato in Medicina*, a cura di S. Biasioli, Cic Ed. Internazionali, 2006, pp. 9 ss.

<sup>125</sup> A. BERMOND, *La storia del Consenso Informato in Medicina nel Mondo*, in *Il Consenso Informato in Medicina*, a cura di S. Biasioli, Cic Ed. Internazionali, 2006, p. 6.

<sup>126</sup> A. BERMOND, op. cit., p. 7.

dottrina che la giurisprudenza, si interrogarono nel tentativo di definire lo standard legale del contenuto dell'informazione da dare al paziente. Il primo standard che si afferma, e che vige tutt'oggi nella maggioranza della normativa in materia di informed consent, è quello professionale, il quale, incentrandosi sulla figura del medico, considera sufficiente un'informazione conforme alla corretta prassi medica, secondo lo stato delle conoscenze scientifiche<sup>127</sup>.

Successivamente, nel corso del processo di democraticizzazione, negli anni settanta, si affermano i diritti del paziente. Tutti diritti legati alla sua autonomia in quanto persona. Le decisioni mediche vengono viste come delle scelte etiche e sociali, le quali devono aver riguardo del contesto sociale in cui vengono prese<sup>128</sup>, ma non solo, si stabilisce anche che le decisioni inerenti la salute psico-fisica del paziente devono essere prese sulla base della volontà dello stesso<sup>129</sup>.

A seguito di ciò viene elaborato un nuovo standard legale, il quale non rimette più al solo giudizio del medico la misura dell'informazione, ma si incentra sulla figura del paziente, si sostiene, difatti, che l'informazione data al malato deve essere quella di cui un "paziente ragionevole" avrebbe bisogno per decidere sulle cure<sup>130</sup>.

Tale volontà per potersi esprimere abbisogna di informazioni complete e dettagliate, riguardanti sia l'attuale stato di salute, sia le terapie a cui il soggetto può essere sottoposto, nonché le eventuali conseguenze, fauste o infauste, che possono seguire.

Negli ultimi anni, in dottrina, ma anche in giurisprudenza, si è affermata la convinzione che fosse indispensabile legare lo standard qualitativo dell'informazione ad una concezione soggettiva del paziente. Le numerose critiche alla mancanza di una definizione chiara della figura del "paziente ragionevole" hanno portato a ricercare, nella figura dello specifico paziente, il simbolo del concetto di autodeterminazione<sup>131</sup>. *"La salute diviene apprezzabile sulla base di una valutazione soggettiva riferita all'intera esperienza del paziente"*<sup>132</sup>. Le scelte che incidono sull'integrità fisica, nonché psichica, del paziente sono frutto di una collaborazione tra il soggetto, che prima si trovava in una condizione di totale sottomissione, ed il professionista sanitario.

In Italia, nel 1910, si assistette al coronamento degli sforzi corporativistici della classe medica attraverso l'istituzione dell'ordine dei medici. All'epoca, la cooperazione del paziente alla scelta terapeutica da eseguire era ben lontana dall'essere configurata come un diritto. Tuttavia, deve essere sottolineato come, anche nel nostro Paese, si assistette ad una prima affermazione giurisprudenziale della necessità del consenso all'atto terapeutico. In particolare, ci si vuole riferire ad una sentenza della Cassazione del 29 maggio 1916, dove, per l'appunto, venne declamato, per la prima volta in sede penale, il principio secondo cui il paziente doveva essere consenziente al trattamento terapeutico a cui veniva sottoposto<sup>133</sup>.

Tali affermazioni rimasero comunque isolate per buona parte del secolo scorso, facendo parte di quella dottrina minoritaria, la quale seguiva la posizione positivista tedesca che poneva al centro del rapporto sanitario la persona del paziente e la sua libertà di autodeterminarsi<sup>134</sup>. Sia la giurisprudenza che la dottrina italiana hanno, per molto tempo, trattato la questione del consenso del paziente, non in considerazione della libertà di determinazione del soggetto, ma nel tentativo di ricercare un dispositivo giuridico idoneo ad escludere conseguenze penali per il medico: l'attività sanitaria era carente di una specifica ed esplicita regolamentazione penale ed era potenzialmente

---

<sup>127</sup> A. SANTOSUOSSO, *Il Consenso Informato: questioni di principio e regole specifiche*, Raffaello Cortina Ed., 1996.

<sup>128</sup> In questo senso J. KENNEDY, *The Unmasking of Medicine*, 1981.

<sup>129</sup> E. SELVAGGI, *Sul testamento biologico: esigenze normative e ritardi legislativi*, 2009.

<sup>130</sup> A. BERMOND, *La storia del Consenso Informato in America*, in *Il Consenso Informato in Medicina*, a cura di S. Biasioli, Cic Ed. Internazionali, 2006, p. 18.

<sup>131</sup> A. BERMOND, op. cit., p. 18.

<sup>132</sup> G. FERRANDO, op. cit., pp. 742 ss.

<sup>133</sup> F. AGNINO, op. cit.

<sup>134</sup> In questo senso uno dei più importanti giuristi positivisti dell'inizio del secolo, il quale afferma che "un trattamento medico-chirurgico, compiuto bensì secondo le regole dell'arte medica, ma senza il valido consenso del paziente o del suo rappresentante legale, costituisce, a meno che non si verta in stato di necessità, un fatto civilmente illecito". F. GRISPIGNI, *La volontà del paziente*, 1921.

inquadabile nella fattispecie di reato di lesioni personali<sup>135</sup>. Sotto questa prospettiva vengono avanzate numerose teorie, alcune delle quali vedono, nel consenso del paziente, una delle possibili cause di giustificazione dell'attività del sanitario<sup>136</sup>.

Altri autori, pur limitando la propria attenzione alle scriminanti, considerano il consenso da parte del malato come l'unica giustificazione, specifica e propria, al trattamento sanitario. Si reputa che, attraverso l'utilizzo delle altre cause di giustificazione, ci sarebbe comunque stata, da parte del medico, la possibilità di sostituire la propria volontà a quella del paziente in materia di diritti personalissimi<sup>137</sup>.

Alla luce di queste brevi considerazioni possiamo dire che, nel nostro Paese, le questioni inerenti il rapporto medico-paziente e il problema dell'informazione necessaria al rilascio di un consenso consapevole, sono state dibattute con enorme ritardo rispetto ad altri Paesi, non solo d'oltre oceano, ma anche europei. Fino a pochi anni fa, il consenso era considerato opzionale a fronte di un trattamento necessario ed eseguito *leges artis*, ma soprattutto, il contenuto dell'informazione che veniva fornita al paziente era discrezionalmente prescelto dal sanitario<sup>138</sup>. Al medico, difatti, era riconosciuto il potere di decidere in scienza e coscienza, interpretando ciò che fosse meglio per il paziente, prescindendo da qualsiasi forma di volontà espressa da quest'ultimo.

Solo negli ultimi decenni alla questione è stata riconosciuta, all'interno del dibattito giuridico, la giusta importanza. Ciò è avvenuto grazie alla rilettura dei principi costituzionali in chiave personalista. La nuova concezione degli articoli 32 e 13 Cost., ha portato all'affermazione del diritto alla salute e del riconoscimento della libertà di disporre del proprio corpo quale libertà della persona fondata sull'inviolabilità della libertà personale. L'evoluzione culturale e giuridica degli ultimi anni hanno portato al riconoscimento del principio di autodeterminazione del paziente come regola fondamentale all'interno del rapporto medico-paziente<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> A. SANTOSUOSSO, op. cit., pp. 10 ss.

<sup>136</sup> Ricordiamo che all'epoca le scriminanti che venivano abitualmente prese in considerazione nella difesa di un medico chirurgo erano lo stato di necessità, ex art. 54 c.p., e l'adempimento di un dovere, ex art. 51 c.p.. In particolare, la tradizione giuridica che ricollegava l'intervento medico allo stato di necessità si rifaceva alla tradizione teologica cattolica per cui il corpo è inviolabile e la medicina può violarlo solo al fine di ristabilire le condizioni di benessere precedenti alla malattia. F. AGNINO, op. cit.

<sup>137</sup> A. SANTOSUOSSO, op. cit., p. 11.

<sup>138</sup> Il principio legittimante questa scelta da parte del medico era il c.d. "privilegio terapeutico", il quale consentiva l'omissione di alcune informazioni in circostanze particolari, purché ciò fosse a vantaggio del paziente.

<sup>139</sup> Il suo primo riconoscimento esplicito avviene all'inizio degli anni '90, nella sentenza della Corte d'Assise di Firenze sul caso Massimo, n. 13/90.

## LA PROCLAMAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CONSENSO INFORMATO NEI CODICI DEONTOLOGICI E NELLA LEGISLAZIONE

Affermazione ormai assoluta, unanimemente condivisa sia in dottrina che in giurisprudenza, è quella per la quale l'attività medico-chirurgica, per essere considerata legittima, necessita del consenso informato rilasciato dal paziente. Emblematica è la qualificazione del consenso come presupposto di liceità del trattamento stesso, oppure, come afferma la giurisprudenza, pre-requisito<sup>140</sup>.

L'attività medico-chirurgica deve svolgersi nel rispetto delle garanzie fondamentali della persona e, soprattutto, con il consenso del malato al trattamento terapeutico<sup>141</sup>.

In un primo momento, la dottrina tradizionalista ha ricercato il fondamento dell'obbligo di informazione, che il medico ha nei confronti del paziente, nella norma generale dettata dall'art. 1337 c.c. (Trattative e responsabilità precontrattuale); secondo tale norma il dovere di informazione concreterebbe il principio di buona fede, obbligando la parte più informata a svelare all'altra gli elementi utili al fine di stipulare il contratto<sup>142</sup>. Inoltre, la giurisprudenza, in una sentenza dell'inizio degli anni '90, espresse la considerazione che in base all'art. 1375 c.c. (*"Esecuzione di buona fede"*), il dovere di buona fede perdura durante l'esecuzione del contratto, considerando opportuno un costante aggiornamento del paziente sull'evoluzione delle sue condizioni di salute<sup>143</sup>.

La dottrina moderna ritiene che la principale fonte normativa del diritto del paziente ad essere informato è data, come si è visto nel capitolo precedente, dalla Costituzione. In particolare, dall'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 3, comma 2 Cost., che obbliga lo Stato a rimuovere gli ostacoli, di qualsiasi natura, per assicurare il pieno sviluppo della persona umana. Inoltre, dall'art. 13 Cost., che sancisce l'invulnerabilità della libertà personale, il cui contenuto minimo, nonché incontrovertibile, è rappresentato dalla possibilità per il soggetto di disporre in via esclusiva del proprio essere fisico, ma soprattutto, dall'art. 32, comma 2 Cost., che stabilisce che *"nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per disposizione di legge"*.

Il consenso informato ha trovato la sua prima legittimazione all'interno del Codice Deontologico Medico approvato nel 1989. Mauro Barni, commentando l'uscita del nuovo codice, ha scritto: *"la filosofia che sottende la più recente guida comportamentale si è quasi completamente affrancata dal modello privatistico e paternalistico-assistenziale che classicamente ispirava la condotta del medico, per assumere le connotazioni proprie del rapporto collaborativi tra medico e paziente"*<sup>144</sup>.

Riz, inoltre, afferma che *"se la persona è cosciente e capace, il suo consenso è non soltanto requisito eventuale ed accessorio, ma essenziale"*<sup>145</sup>. Tale opinione viene ripresa ed espressa nel Codice Deontologico Medico, approvato nel 1995, per essere ribadita nell'attuale codice in vigore, emanato nel 2006, il cui art. 33, rubricato *"Informazione al cittadino"*, recita:

*"Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate."*

---

<sup>140</sup> C. CUPELLI, op. cit.

<sup>141</sup> L. D'AVACK, *Il Consenso Informato all'Atto Medico-Chirurgico*, in *Dir. Fam.*, 2006..

<sup>142</sup> F. AGNINO, op. cit.

<sup>143</sup> Cassazione, 25 novembre 1994, n° 10014, la quale ha affermato che "occorre inoltre rilevare che il consenso, oltre che legittimare l'intervento sanitario, costituisce, sotto altro profilo, uno degli elementi del contratto tra il paziente e il professionista (art. 1325 c.c.), avente ad oggetto la prestazione professionale, sicché l'obbligo di informazione deriva anche dal comportamento secondo buona fede cui si è tenuti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto".

<sup>144</sup> M. BARNI, *Prefazione a FINESCHI, Il nuovo codice di deontologia medica*, Giuffrè, 1991.

<sup>145</sup> RIZ, *Medico-chirurgo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990.

*Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche.*"

Lo stesso Codice, all'art. 35, stabilisce: *" Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente"*.

All'interno della legislazione italiana, benché il consenso informato abbia un preciso fondamento giuridico, non c'è una normativa dettagliata che specifichi tale principio. Possiamo trovare, ad ogni modo, numerose norme, utilizzate anche dalla giurisprudenza, che hanno la capacità di adattarsi perfettamente alla fattispecie e che, attraverso l'interpretazione analogica, tentano di colmare la lacuna della materia<sup>146</sup>.

Alcuni esempi di norme che hanno confermato la signoria del consenso informato sull'attività del sanitario sono: Legge 23 dicembre 1978, n. 833, art. 33, la quale istituendo il servizio sanitario nazionale, stabilisce che *"gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari"*, sempre del 1978 è la Legge n. 194, *"Disciplina sui casi di interruzione della gravidanza"*, nel cui art. 14 viene sancito un vero e proprio diritto all'informazione nei confronti della paziente gestante<sup>147</sup>, inoltre, l'art. 5 della Legge 5 giugno 1990, n. 135, *"Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS"*, afferma che *"nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse"*<sup>148</sup>.

Il principio del consenso informato compare formalmente, per la prima volta, nel Decreto del Ministero della Sanità del 15 gennaio 1991, inerente alle trasfusioni ematiche, le quali vengono definite come pratiche *"non esenti da rischi e dunque necessitanti di consenso informato del ricevente"*<sup>149</sup>.

Più recenti sono i riferimenti normativi espressi, ampiamente offerti al consenso informato, dal Decreto legislativo n. 211, del 24 giugno 2003, emanato in attuazione della Direttiva 2001/20/CE, riguardante l'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni farmacologiche<sup>150</sup>. Il consenso informato trova un espresso riconoscimento nell'art. 6 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, intitolata *"Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, il quale recita che *"prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti, [...], sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti"*, nonché nell'art. 3 della Legge 21 ottobre 2005, n. 219, la quale, in materia di donazione di sangue, emocomponenti e cellule staminali emopoietiche, stabilisce che tali *"attività possono essere effettuate in persone di almeno diciotto anni di età, previa espressione del consenso informato e verifica della loro idoneità fisica. Per le persone di età inferiore ai diciotto anni il consenso è espresso dagli esercenti la potestà dei genitori, dal tutore o dal giudice tutelare"*.

A questi sviluppi normativi deve essere poi aggiunto anche il documento, stilato il 20 giugno 1992 dal Comitato Italiano di Bioetica, intitolato *"Informazione e consenso all'atto medico"*, nel quale il consenso informato viene considerato *"alla base della stessa giustificazione dell'esercizio della medicina"*, definendolo come il *"fondamento del rapporto tra medico e malato"*, sottolineandone *"la doverosità come base della correttezza stessa della pratica professionale"*<sup>151</sup>.

Questa ormai sedimentata impostazione, trova ulteriore conferma, come abbiamo già avuto modo di precisare, anche a livello internazionale con la ratifica, da parte del Parlamento, con la Legge 28

<sup>146</sup> F. SCAGLIOTTI, *La Legislazione Italiana sul Consenso Informato*, in *Il Consenso Informato in medicina*, a cura di S. Biasioli, Cic Ed. Internazionali, 2006, pp. 21 ss.

<sup>147</sup> U. VERONESI, *La Parola al Paziente, il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Ed. Sperling & Kupfer, 2008, p. 52.

<sup>148</sup> A. SANTOSUOSSO, op. cit., p. 13.

<sup>149</sup> F. AGNINO, op. cit.

<sup>150</sup> U. VERONESI, op. cit., p. 53.

<sup>151</sup> A. SANTOSUOSSO, op. cit., p. 14.

marzo 2001, n. 145, della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, intitolata “*Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell’Uomo e la biomedicina*”. Gli articoli che qui ci interessano trovano collocazione nel Capitolo II. In particolare, la regola generale, stabilita dall’art. 5, precisa che “*un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell’intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso*”, mentre l’art. 9 valuta l’ipotesi in cui il soggetto non sia in grado di esprimere la propria volontà, stabilendo che “*i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell’intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione*”, espandendo, in questo modo, il principio di autodeterminazione alle situazioni di incompetenza decisionale<sup>152</sup>.

Ancora più importante è il riconoscimento del consenso informato nella Carta Europea dei diritti Fondamentali, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000. In questa Convenzione il consenso libero e informato non è più richiamato come semplice conseguenza dei doveri professionali del medico, o come legittimazione dell’atto posto in essere dal medico stesso, ma acquista una nuova dimensione, diviene espressione di un fondamentale diritto del cittadino europeo. La Carta, infatti, stabilisce nel Capo I, intitolato “*Dignità*”, all’art. 3, rubricato “*diritto all’integrità della persona*”, che “*nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati il consenso libero e informato della persona interessata*”.

---

<sup>152</sup> In questo senso E. SELVAGGI, op. cit.



## I REQUISITI DI VALIDITA' DEL CONSENSO

Prima di analizzare l'evoluzione giurisprudenziale in materia di consenso informato è necessario soffermarsi su quelli che vengono considerati i requisiti fondamentali della validità e legittimità del consenso del paziente all'atto medico, ricordando, fin da ora, che ogni atto medico deve trovare riscontro nell'assenso specifico del paziente<sup>153</sup>.

E' innanzi tutto necessario che il consenso sia antecedente all'atto medico, ovvero, venga prestato dal soggetto prima dell'inizio della terapia; viene fatto salvo il caso in cui il medico abbia dovuto intervenire tempestivamente, in questa ipotesi opera la scriminante dell'art. 51 c.p., "*adempimento di un dovere*". La doverosità dell'intervento è, inoltre, sancita dall'art. 8 del Codice Deontologico Medico, il quale obbliga il sanitario ad intervenire, prestando tempestivamente soccorso nei confronti dei soggetti che versino in situazione di necessità.

Il consenso deve essere prestato personalmente dal soggetto, in quanto titolare della disponibilità del bene giuridico protetto<sup>154</sup>. Per molto tempo la giurisprudenza ha considerato valido il consenso solo allor quando fosse pervenuto da un soggetto maggiorenne, non interdetto e neppure in stato di temporanea incapacità naturale<sup>155</sup>. Illustre dottrina, di stampo cattolico, tra cui Iadecola, ritiene valido tutt'oggi, in onore al principio generale di cui all'art. 2 c.c., per cui "*con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa*"<sup>156</sup>, il consenso manifestato dal soggetto che abbia raggiunto il diciottesimo anno di età. Negli ultimi anni ha però trovato sempre maggior seguito in dottrina, come in giurisprudenza, l'affermazione per cui, non essendo il consenso un atto negoziale, il soggetto legittimato a prestare tale consenso, non deve necessariamente possedere la capacità d'agire, prevista dall'art. 2 c.c., ma la capacità di cui deve essere titolare si risolve nell'idoneità di intendere e volere, la quale deve essere accertata caso per caso. In altre parole, è necessaria, per prestare un valido consenso, la capacità naturale che si sostanzia nell'accertamento della maturità sufficiente per comprendere il significato dell'assenso prestato<sup>157</sup>. Si precisa che parte della dottrina moderna, tramite l'accertamento in concreto, ritiene risolvibile anche il problema della prestazione di un valido consenso da parte del minore<sup>158</sup>.

In ogni caso, il medico è tenuto, nel momento in cui provvederà a raccogliere la manifestazione di volontà del paziente, a verificare se, indipendentemente dall'età, sussista la capacità psichica e il necessario grado di elaborazione delle informazioni ricevute, sia con riguardo al suo stato di salute, sia in riferimento alle possibili alternative terapeutiche prospettate dal sanitario<sup>159</sup>.

E' consuetudine, nel caso ci si trovi di fronte ad un paziente incapace di esprimere la propria volontà, che il sanitario richieda il preventivo consenso, al trattamento medico, ai prossimi congiunti del soggetto interdetto o incosciente. Tale prassi, per quanto diffusa, non ha nessun riscontro a livello normativo. Difatti, come sottolineato da Rodriguez, nel commento ad una sentenza della Corte d'Assise di Firenze, "*le disposizioni di legge non prevedono un potere di rappresentanza dei prossimi congiunti rispetto al soggetto titolare del diritto di consentire, né sanciscono una qualsiasi possibilità di intervento degli stessi in sua vece*"<sup>160</sup>. In questo senso si

---

<sup>153</sup> G. CECCHINI, *Come Acquisire il Consenso*, p. 27, in *Il Consenso Informato in Medicina*, a cura di S. Biasioli, Cic Ed. Internazionali, 2006.

<sup>154</sup> PARODI-NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Utet, 1996.

<sup>155</sup> Tribunale di Milano, 17 aprile 1961, in *Resp. Civ. prev.*, 1961.

<sup>156</sup> G. IADECOLA, *Sugli Effetti Penali della violazione colposa della regola del Consenso nell'attività chirurgica*, nota a Cass. Pen., 11/7/2001, n° 1572, sez. IV, in *Cass. Pen.*, 2002

<sup>157</sup> FIANDACA-MUSCO, op. cit.; in questo senso, con riferimento alla validità del consenso del tossicodipendente a sottoporsi a trattamenti coercitivi, PULITANO', *Coazione a fin di benee cause di giustificazione*, in *Foro it.* 1985.

<sup>158</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1994.

<sup>159</sup> U VERONESI, op. cit., pp. 25 e ss.

<sup>160</sup> RODRIGUEZ, *Ancora in tema di consenso all'atto medico-chirurgico. Note sulla sentenza del 10 ottobre 1990 della Corte d'Assise di Firenze*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1991.

sono espressi anche Dell'Erba e Manna nel commentare il Codice Deontologico Medico emanato nel 1989<sup>161</sup>.

Deve essere necessariamente considerata priva di rilevanza la manifestazione di volontà di un soggetto, anche se prossimo congiunto, sprovvisto del potere di legale rappresentanza; gli unici casi in cui si ammette una sostituzione, nella manifestazione del consenso al trattamento terapeutico, sono quelli dove si sostanzia l'esercizio della potestà genitoriale e della tutela.

Anche l'attuale Codice di deontologia medica sottolinea, all'art. 37, rubricato "*Consenso del legale rappresentante*", come solo "*allorché si tratti di minore o di interdetto il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale*".

Ad ogni modo, attenta dottrina ha osservato come un consulto e un coinvolgimento da parte dei parenti del soggetto malato possa essere utile, soprattutto sotto il profilo della ricostruzione della volontà precedentemente manifestata o, qualora non ci fosse stata un'espressa manifestazione, sulle convinzioni del soggetto che possono far intuire le eventuali scelte che avrebbe assunto qualora fosse in grado di esprimersi liberamente ed autonomamente<sup>162</sup>.

Per essere considerato informato, il consenso deve essere consapevole. Santosuosso, descrivendo il contenuto di tale requisito, scrive: "*il consenso informato è il consenso di una persona informata*"<sup>163</sup>. La volontà espressa dal paziente, ovvero, l'obbligo di informazione del medico, deve riguardare il trattamento sanitario e non i possibili risultati di esso, essendo, la prestazione del sanitario, un'obbligazione di mezzi e non di risultato.

Lo stesso codice deontologico impone al medico di interagire con il paziente, avendo cura delle "*sue capacità di comprensione*", permettendo al soggetto di collaborare attivamente, stimolando la massima partecipazione nelle decisioni e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche. Per massimizzare gli effetti di questa collaborazione è necessaria la più dettagliata informazione riguardante i vari aspetti della terapia, partendo da quello diagnostico, passando per quello terapeutico per arrivare a quello prognostico. Più in particolare, il medico è obbligato ad informare il paziente riguardo alla condizione patologica in atto, ciò significa che non basta descrivere, in termini comprensibili, la diagnosi provvisoria, cioè i primi sospetti, ma è necessario che il paziente venga messo al corrente anche delle varie opzioni strumentali, invasive e non, in ordine alle necessità di indagine, indispensabili al sanitario per poter esprimere una compiuta ipotesi diagnostica.

Una volta effettuata la diagnosi è necessario descrivere al soggetto malato i vari mezzi terapeutici disponibili. Il sanitario non deve limitarsi ad informare il paziente sui possibili risultati delle varie alternative terapeutiche, ma è indispensabile, avendo cura della loro reale comprensione, sottolineare i possibili rischi connessi all'attuazione dei mezzi terapeutici prescelti, in particolare, riferendo al paziente quali possono essere gli effetti collaterali della terapia. E' necessario che la descrizione degli effetti del trattamento non si limiti alla possibilità o meno di guarigione del paziente, ma è importante che il soggetto comprenda gli effetti della terapia anche con riferimento alla qualità di vita che può essere assicurata in rapporto al tipo di intervento prescelto.

Anche con riferimento alle prognosi più infauste il medico ha, in ogni caso, l'obbligo morale e giuridico di mettere al corrente il proprio paziente dello stato dei fatti. Anche nelle situazioni più drammatiche si vuole garantire al paziente la manifestazione della propria volontà in riferimento alla propria vita.

In ogni caso, il Codice Deontologico Medico impone al medico di avere riguardo del modo in cui vengono fornite queste informazioni, avendo cura di non usare una terminologia traumatizzante, con prudenza e, questione fondamentale, senza escludere elementi di speranza.

---

<sup>161</sup> DELL'ERBA-MANNA, *Informazione e consenso del paziente, Commento al Nuovo Codice di deontologia medica*, Milano, 1991.

<sup>162</sup> PARODI-NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Utet, 1996.

<sup>163</sup> A. SANTOSUOSSO, op. cit., p.27.

Allo stesso tempo, si prescrive che *“ogni ulteriore richiesta di informazione del paziente deve essere soddisfatta”*.

Il consenso deve essere reale e specifico. Ciò significa che il sanitario ha l'obbligo di accertare che la volontà espressa dal paziente sia frutto delle convinzioni personali di quest'ultimo. In altre parole, il malato non deve essere stato indotto ad accettare, o rifiutare, un determinato trattamento terapeutico, da agenti esterni<sup>164</sup>, ma non solo, è necessario, inoltre, che il paziente abbia espresso il suo consenso a quello specifico trattamento terapeutico; viene considerata illecita l'attivazione di una diversa terapia, tranne nel caso in cui questa fosse necessaria per salvare la vita del paziente, ma, in questo caso, alla mancanza del consenso, preventivamente prestato dal soggetto, supplisce la scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p..

E' necessario, altresì, che il consenso venga raccolto dal sanitario che eseguirà il trattamento. Questo principio è stabilito dall'art. 19, 2° comma della legge di istituzione del servizio sanitario nazionale che stabilisce: *“ai cittadini è assicurato il diritto alla libera scelta del sanitario”*, tale principio è poi ribadito dal Codice deontologico che all'art. 27 sancisce che *“la libera scelta del medico e del luogo di cura da parte del cittadino costituisce il fondamento del rapporto medico-paziente”*. Tale scelta costituisce un diritto fondamentale del paziente. Il sanitario può consigliare, ma solo su richiesta del soggetto, che questi si affidi alle cure di determinati specialisti o si rivolga a determinati istituti, ma è fatto assoluto divieto ai sanitari qualsiasi tipo di accordo atto ad influenzare il paziente nella sua libera scelta di rivolgersi ad un determinato medico. Secondo alcuni autori è necessario ammettere una limitata fungibilità del consenso prestato nei confronti di uno specifico sanitario, ma esclusivamente nell'ambito di un ventaglio di professionisti aventi analoga e specifica formazione<sup>165</sup>.

La dottrina, in particolare Iadecola, ha specificato che in ogni caso *“vi possono essere dei casi nei quali o la particolare delicatezza della prestazione medica, o l'espressa condizione apposta dal paziente, rappresentano di certo una limitazione alla possibilità della sostituzione, la quale, se in tal caso comunque avvenisse, non potrebbe che essere illecita”*<sup>166</sup>.

Il consenso deve essere libero e spontaneo. In altre parole, deve essere immune da vizi. Questi ultimi, secondo la dicitura dell'art. 1427 c.c., sussistono quando il consenso è stato dato per errore, estorto con violenza o carpite con dolo. In queste ipotesi, un consenso, o una volontà, sono ravvisabili, ma sono frutto di un processo viziato, non si sono cioè formate correttamente per l'intervento di terzi che hanno influito sulla determinazione finale del paziente<sup>167</sup>.

L'errore viene definito dalla dottrina come la falsa rappresentazione della realtà<sup>168</sup>. In particolare, nel nostro caso, per ciò che riguarda i presupposti e le conseguenze dell'atto terapeutico. Ciò significa che sulla base di false, o erronee, informazioni il paziente si determina a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato o avrebbe dato in maniera diversa. E' necessario che l'errore sia essenziale. L'erronea manifestazione della realtà deve riguardare indistintamente alcune condizioni, essa può ricadere sull'oggetto o complesso delle prestazioni, come sull'identità o qualità del sanitario a cui viene manifestata la propria volontà.

Seguendo le indicazioni fornite dall'art. 1439 c.c., il dolo è definibile come il raggirato usato da uno dei contraenti per indurre l'altra parte a dare il proprio consenso<sup>169</sup>. Con riferimento al nostro argomento, il dolo può essere definito come gli atti che il sanitario pone in essere per indurre un paziente alla scelta di un determinato atto terapeutico approfittando consapevolmente di erronee conoscenze o credenze del paziente<sup>170</sup>.

<sup>164</sup> A. SANTOSUOSSO, op. cit., p. 27.

<sup>165</sup> PARODI-NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Utet, 1996.

<sup>166</sup> IADECOLA, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, 1991.

<sup>167</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Edizioni scientifiche italiane, 2007.

<sup>168</sup> IUDICA-ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, III ed., Cedam, 2002.

<sup>169</sup> IUDICA-ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 2002 e GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2007.

<sup>170</sup> PARODI-NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Utet, 1996.

Infine, il consenso può essere estorto con violenza, essa è costituita da ogni forma di coartazione che menoma la libertà di determinazione<sup>171</sup>. Ci si riferisce in questo caso alla violenza psicologica, che deve impressionare una persona sensata, prendendo come parametro l'età, il sesso e le condizioni sociali del soggetto, e deve riguardare un male ingiusto e notevole<sup>172</sup>. Seguendo questi parametri viene considerato affetto da violenza il consenso estorto al paziente che abbia escluso ogni libertà di autodeterminazione nella formazione della volontà manifestata. E' necessario però fare anche riferimento alla violenza fisica, anche se in questo caso non è possibile imputare la volontà al soggetto<sup>173</sup>, si tratta delle ipotesi in cui i medici eseguono trattamenti terapeutici o sperimentazioni su prigionieri di campi di concentramento o su soggetti incarcerati<sup>174</sup>.

Una volta che il sanitario abbia accertato la presenza di tutti i requisiti sopra evidenziati e l'assenza di vizi nella formazione del volere del suo assistito, è necessario procedere alla raccolta della manifestazione del volere del malato. Il medico dovrà sollecitare una manifestazione espressa del consenso al trattamento terapeutico. E' considerato comunque valido anche il così detto consenso tacito, che viene desunto da un comportamento oggettivamente univoco del paziente che riveli inequivocabilmente la volontà dello stesso di sottoporsi alle cure<sup>175</sup>.

Non avendo natura negoziale, la validità del consenso prescinde da requisiti particolari di forma. Potrebbe essere prestato anche oralmente, ma dottrina e giurisprudenza costante, prediligono la raccolta del consenso in forma scritta, tramite moduli prestampati. Tali moduli, si sottolinea unanimemente, non costituiscono, in nessun modo, un documento che attesti la mancata responsabilità da parte del personale medico in seno alla raccolta della manifestazione del consenso e alla successiva sottoposizione del soggetto al trattamento terapeutico<sup>176</sup>.

Infine, stante la sua natura di semplice atto giuridico, il consenso è sempre revocabile. Difatti, con la manifestazione di volontà di sottoporsi al trattamento terapeutico, il paziente conferisce al sanitario un permesso di agire, ma non gli trasferisce nessun tipo di diritto<sup>177</sup>.

E' possibile revocare il proprio consenso anche durante il trattamento sanitario, in questo caso, il medico è obbligato a sospendere immediatamente le cure, fatta eccezione per il caso in cui l'interruzione del trattamento possa comportare una degenerazione dell'attuale stato di salute del malato o l'incombere di successivi e nuovi rischi per la vita del paziente<sup>178</sup>. In questi casi la giurisprudenza ritiene operante, ove ne ricorrano i presupposti, la scriminante ex art. 54 c.p..

---

<sup>171</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2007.

<sup>172</sup> IUDICA-ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, III ed, Cedam, 2002.

<sup>173</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, XIII ed., 2007

<sup>174</sup> PARODI-NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Utet, 1996.

<sup>175</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., Zanichelli Editore, 2006.

<sup>176</sup> PARODI-NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, 1996.

<sup>177</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 2006.

<sup>178</sup> U. VERONESI, op. cit., p.27.

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE: I CASI "MASSIMO" E "FIRENZANI".  
L'IMPUTAZIONE PER LESIONI PERSONALI E LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE  
DELL'ADEMPIMENTO DEL DOVERE E DELLO STATO DI NECESSITA'

Attualmente è considerato un dato assodato che l'attività medico-chirurgica, per essere considerata legittima, necessita dell'acquisizione del consenso del paziente. Tale affermazione è accolta pacificamente e unanimemente dalla totalità della dottrina e della giurisprudenza, sia che si faccia riferimento al filone tradizionale cattolico, sia che ci si riferisca alle più moderne teorie laiche.

Il punto di svolta, che segna una netta recisione dalla tradizionale visione paternalistica del rapporto medico-paziente, si ha con la sentenza, della Corte d'Appello di Firenze, che decise il famoso "caso Massimo". Vicenda, quest'ultima, dove per la prima volta, i giudici hanno espressamente stabilito che l'intervento chirurgico e l'autonoma estensione operatoria, non espressamente condivisi dal paziente, integrano il reato di lesione personale volontaria, ex art. 582 c.p., e, in caso di decesso, anche il reato di omicidio preterintenzionale, ex art. 589 c.p.

La vicenda riguarda una donna anziana, la quale, dopo essere stata debitamente informata dal medico-chirurgo che l'avrebbe operata, sulla tipologia di intervento che sarebbe stata effettuata, aveva prestato il suo consenso all'asportazione transanale di un adenoma villosa. Il consenso prestato dalla paziente era un consenso condizionato: l'anziana signora aveva accettato di sottoporsi all'intervento solo dopo che le era stato assicurato, ripetutamente, che l'operazione sarebbe stata eseguita per via endoscopica. Durante il corso dell'operazione il sanitario muta radicalmente l'esecuzione dell'intervento, predisponendo l'amputazione perineoaddominale del retto, con conseguente applicazione di un ano artificiale.

La donna decede, dopo circa due mesi, a seguito delle complicanze post operatorie.

Il sanitario, con atteggiamento arbitrario e dispotico, aveva agito in consapevole e deliberato spregio della volontà manifestata dalla paziente<sup>179</sup>. I giudici della Corte d'Assise di Firenze, la cui decisione venne confermata anche nei due successivi gradi di giudizio, ribadirono il diritto del paziente a non subire trattamenti sanitari che non fossero obbligatori per legge. Affermando, infatti, che *"nulla il medico può fare senza il consenso del paziente o addirittura contro il volere di lui"*<sup>180</sup>.

La Corte, giudicando l'intervento medico arbitrario, applicò l'interpretazione più rigida in ordine alla qualificazione giuridico-penale del fatto. L'atto medico-chirurgico venne, perciò, considerato integrante gli estremi, sia oggettivi che soggettivi, della fattispecie di lesioni personali volontarie, così come punite dall'art. 582 c.p., e questo a prescindere dall'esito fausto o infausto dell'intervento<sup>181</sup>. I giudici della Corte, nel caso di specie, essendo seguita all'operazione la morte della paziente, hanno ritenuto il chirurgo responsabile di omicidio preterintenzionale, in quanto gli esiti infausti dell'intervento non rientravano in nessun modo nelle intenzioni del sanitario<sup>182</sup>.

Pochi anni dopo si presenta davanti alla Cassazione Penale il "caso Firenzani". Nell'ipotesi di specie una paziente, affetta da gonalgia al ginocchio sinistro, venne sottoposta ad un intervento di artroscopia, che venne erroneamente effettuato sul ginocchio destro, cagionando, alla donna, lesioni consistenti nell'indebolimento permanente dell'organo della deambulazione.

I giudici della Cassazione sottolineando come *"il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutti profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art.13 Cost."*<sup>183</sup>, e stabilendo come nel concetto di violenza rientra

<sup>179</sup> G. IADECOLA, *In Tema di Rilevanza Penale del Trattamento medico eseguito senza il Consenso del paziente*, in *Riv. It. Medicina legale*, 2001.

<sup>180</sup> Sent. Corte d'Appello Firenze n° 13/90.

<sup>181</sup> S. TORDINI CAGLI, *Profili Penali del Trattamento medico-chirurgico in Assenza di Consenso*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009.

<sup>182</sup> A SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 36.

<sup>183</sup> Sent. Cass. Pen., Sez. IV, n°36822 dell'11 luglio 2001.

anche la privazione del diritto di decidere, emisero la sentenza n. 36822, dell'11 luglio 2001, nella quale si decretava che la mancanza del consenso informato, o la sua invalidità, determinano l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico ascrivibile agli artt. 610 c.p., ovvero, 582 c.p. Si tratta di un chiaro e preciso riferimento alla sentenza precedente sul "caso Massimo".

Difatti, nelle motivazioni, i giudici sostengono: *"il delitto di lesioni personali ricorre nel suo profilo oggettivo, perché qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito fausto implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l'elemento oggettivo di detto reato, ledendo l'integrità corporale del soggetto"*<sup>184</sup>.

E' necessario, a questo punto, soffermarsi sulla struttura del reato di lesioni personali, disciplinato dall'art. 582 c.p., ma prima è importante effettuare alcune premesse introduttive di diritto penale generale.

Come sappiamo, gli scopi degli studi sulla teoria generale del reato, precedentemente effettuati, sono quelli di unificare, mediante un processo di astrazione e generalizzazione concettuale, tutti gli elementi comuni alle varie tipologie delittuose<sup>185</sup>. La dottrina è divisa su due concezioni di schematizzazione del reato, la prima, sulla quale non mi soffermerò, è la teoria bipartita<sup>186</sup>, la seconda, seguita dalla dottrina maggioritaria, è la concezione tripartita, la quale individua tre elementi del reato: il fatto tipico o tipicità, l'antigiuridicità e la colpevolezza.

Alla base dell'analisi della struttura dell'illecito si rinviene un fatto umano che deve corrispondere alla fattispecie obbiettiva di una figura di reato. Il primo degli elementi su riportati, la tipicità, si sostanzia nella corrispondenza tra il comportamento, astratto o effettivamente posto in essere, alla norma incriminatrice. Il giudizio di illiceità, o antigiuridicità, del fatto si concretizza nell'effettivo contrasto tra fatto tipico e ordinamento, mentre, l'effettiva riconducibilità del fatto alla responsabilità di un soggetto, che ne risulta autore, si sostanzia nel concetto di colpevolezza<sup>187</sup>.

Dopo aver effettuato queste considerazioni preliminari, possiamo agevolmente analizzare la struttura del reato preso in considerazione dalle sentenze Massimo e Firenzani.

Il primo comma dell'art. 582 c.p. recita *"chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito[...]"*.

Il reato si classifica come illecito di danno, in quanto la condotta criminosa deve comportare una lesione effettiva al bene protetto dalla fattispecie che, nello specifico, è l'incolumità individuale<sup>188</sup>.

Il fatto tipico costituisce il così detto volto dell'illecito penale, esso rappresenta l'insieme degli elementi descritti dalla norma incriminatrice che, in ossequio al principio di legalità *nullum crimen sine lege*, caratterizzano il singolo tipo di illecito, il singolo divieto o comando normativo nel suo contenuto di illiceità<sup>189</sup>. La tipicità del fatto si riconnette intimamente alla lesione del bene giuridico, il quale, assolvendo alla sua funzione dogmatica, permette che la lesione effettiva del bene tutelato, nel caso di specie l'incolumità individuale, venga inclusa nel concetto stesso di fatto tipico<sup>190</sup>.

La tipicità della fattispecie è rappresentata dalla causazione, nei confronti del soggetto passivo, di una lesione personale. L'elemento minimo del fatto tipico, dal punto di vista funzionale, è rappresentato dalla condotta, con la quale ci si riferisce al nucleo contenutistico del fatto tipico, rappresentato dall'atteggiamento esteriore del soggetto agente, il quale può consistere in un

<sup>184</sup> Sent. cit.

<sup>185</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, IV Ed., Zanichelli Editore, 2006, p.154.

<sup>186</sup> Secondo questa concezione è necessario distinguere tra "fatto", ovvero l'elemento fisico o oggettivo, nel quale ricade sia la descrizione del comportamento incriminato sia il giudizio di illiceità, e tra "colpevolezza", identificata come l'elemento soggettivo, che racchiude tutti gli elementi riguardanti l'atteggiamento psicologico dell'autore. N. MAZZACUVA, *Le "definizioni" del reato e la struttura dell'illecito penale*, in *Introduzione al Sistema Penale, Vol I*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Patarini, M. Zanotti, Giappichelli Ed., 2000, p. 102.

<sup>187</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 155; N. MAZZACUVA, op. cit., p.103.

<sup>188</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale, I delitti contro la persona*, II ed., Zanichelli Ed., 2007, p. 54.

<sup>189</sup> N. MAZZACUVA, *Il Fatto Tipico*, in *Introduzione al Diritto Penale, Vol II*, p. 33.

<sup>190</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op.cit., p.160.

movimento corporeo o nell'inerzia<sup>191</sup>. Il reato di lesione, dove l'evento esteriore, che si concretizza nel risultato, in questo caso identificato con la malattia fisica o mentale, è concettualmente separabile dall'azione, ma a questa è legata in base al nesso di causalità. Rientra, inoltre, nei cosiddetti reati a forma libera, per cui può essere realizzato con qualsiasi condotta, anche a carattere omissivo, purché essa risulti idonea a produrre l'evento<sup>192</sup>.

Molto controverso, in dottrina e giurisprudenza, è la definizione del concetto di “*malattia del corpo o della mente*”. Nella sentenza Massimo si ha un'identificazione del concetto di malattia con qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata o circoscritta, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, con la conseguenza che rientrerebbero nella fattispecie di lesioni personali anche alterazioni anatomiche di minima rilevanza<sup>193</sup>.

La dottrina maggioritaria propone un'interpretazione del concetto di malattia più restrittivo. Si rifà alla nozione proposta dalla scienza medica, la quale identifica la malattia con un processo patologico, determinante un apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo<sup>194</sup>. La stessa giurisprudenza della Cassazione ha sottolineato come la nozione di malattia necessiti “*il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o a lunga scadenza, verso un esito che può essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte*”<sup>195</sup>.

Anche se questa risulta a tutt'oggi l'interpretazione maggioritaria, nonché la preferibile, in dottrina non mancano voci fuori dal coro. Indignate dell'esclusione del concetto di malattia quando ci si trovi di fronte ad un atto chirurgico con finalità terapeutiche, parte della dottrina giuridica si basa su una diversa definizione di malattia, data sempre dalla dottrina medico-chirurgica, la quale ricomprende, all'interno del concetto di malattia, qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni generali. Puntando essenzialmente sulla disfunzionalità e precisando che solo la semplice minimale alterazione anatomica, non interferente sull'omeostasi funzionale, regionale e organistica, non integra la nozione di malattia correttamente intesa<sup>196</sup>. Questa dottrina sottolinea come sarebbe perfettamente in linea, con l'impostazione funzionalistica accettata dalla Cassazione, far rientrare nel concetto di malattia l'apertura di una parete addominale, la quale si concretizzi in una ferita da taglio, anche se inferta con un bisturi, produttiva di reazioni immediate e successive, quali dolore, emorragie e processi riparativi, che hanno indubbia natura funzionale<sup>197</sup>.

Per ciò che riguarda il giudizio di illiceità, possiamo affermare che la conformità dell'azione, od omissione, alla fattispecie costituisce solo un indizio del carattere antigiuridico del fatto. Molto spesso ci troviamo di fronte a casi in cui il fatto è solo presumibilmente antigiuridico, ovvero, corrispondente alla fattispecie penale, ma che analizzato in maniera più approfondita, risulta essere consentito, o comunque giustificato, in base ad una valutazione effettuata alla stregua dell'intero ordinamento giuridico<sup>198</sup>.

Vengono definite cause di esclusione dell'antigiuridicità tutte le situazioni, normativamente previste, in presenza delle quali viene meno il contrasto tra un fatto, conforme ad una fattispecie

---

<sup>191</sup> N. MAZZACUVA, op. cit., p. 36.

<sup>192</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 54.

<sup>193</sup> Tali alterazioni minime, che possono essere identificate con ematomi, ecchimosi e contusioni, dovrebbero rientrare più correttamente nel reato di percosse, previsto dall'art. 581 c.p., il quale si distingue dal reato di lesioni personali, in quanto dall'azione del percuotere non deriva necessariamente come risultato un effetto morboso, quale per l'appunto il verificarsi dell'evento malattia.

<sup>194</sup> G. IADECOLA, op. cit.

<sup>195</sup> Cass. 16 novembre 1996; Cass. 15 ottobre 1998.

<sup>196</sup> M. BARNI, *L'autolegittimazione dell'attività medica e la volontà del paziente*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009.

<sup>197</sup> M. BARNI, op. cit.

<sup>198</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 162.

incriminatrice, e l'ordinamento giuridico<sup>199</sup>. Le esimenti che il nostro ordinamento penale contempla, per far decadere il giudizio di illiceità, sono previste dagli artt. 50 e ss. c.p. Della scriminante del consenso dell'avente diritto, ex art. 50 c.p., abbiamo già esaurientemente trattato nei paragrafi precedenti, quelle che, invece, di seguito andremo a trattare sono le cause di giustificazione previste dagli artt. 51 c.p. e 54 c.p., rispettivamente l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere e lo stato di necessità.

Le teorie che vedono in queste scriminanti la legittimazione dell'intervento del sanitario, in assenza del consenso prestato dal paziente, o quando questo sia invalido, muovono dalla base comune della doverosità della prestazione sanitaria. Il medico, in virtù dei compiti professionali che gli competono, sarebbe portatore di una posizione di garanzia rispetto alla salute del paziente che si sottopone alle sue cure, in virtù della quale egli è obbligato a fare tutto quanto è nelle sue possibilità per tutelare e salvaguardare il bene salute affidatogli<sup>200</sup>.

Per ciò che concerne l'esimente trattata dall'art. 51 c.p., la dottrina di matrice cattolica sostiene che tale posizione di obbligo viene regolamentata nel nostro ordinamento dall'art. 40 c.p. (rapporto di causalità), per cui "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*". Non solo, parte di questa stessa dottrina, rinviene il dovere d'intervento da parte del medico, già nella disposizione generale dell'omissione di soccorso, ex art. 593 c.p., che vincola tutti i soggetti ad adoperarsi in aiuto di terzi che versino in stato di pericolo, anche se tale situazione è volontariamente determinata. Tale disposizione deve riguardare necessariamente in primis il medico, in quanto è il soggetto deputato per eccellenza alla cura della salute altrui<sup>201</sup>.

Infine, si sottolinea come tale dottrina, abbia ricompreso, in passato, all'interno della disciplina dell'art. 51 c.p. l'esercizio del trattamento sanitario, in quanto l'interpretazione più ampia di tale scriminante si spinge a ricomprendere, nell'esercizio di un diritto, l'esercizio di facoltà legittime, in particolare l'esplicazione di attività giuridicamente autorizzate dallo Stato, quale per l'appunto l'attività medico-chirurgica<sup>202</sup>. Tale interpretazione non è accoglibile. Si è correttamente considerato, infatti, che nell'ambito delle attività giuridicamente autorizzate dallo Stato non tutte possono essere ricomprese nel paradigma dell'esercizio di un diritto perché, molto spesso, tali attività risultano essere l'esplicazione dell'adempimento di un dovere<sup>203</sup>.

Alla teoria tradizionale, che vede nella scriminante ex art. 51 c.p. una valida causa di giustificazione del trattamento medico effettuato in assenza di consenso, la dottrina moderna contesta diverse obiezioni. In primis, viene sottolineato che l'adempimento del dovere, per escludere la punibilità, deve essere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della Pubblica Autorità. In dottrina vi sono numerosi dubbi sul fatto che il dovere di agire possa trovare la sua fonte esplicita solo in norme regolamentari<sup>204</sup>, come sono quelle del Codice Deontologico Medico<sup>205</sup>, dove la dottrina di stampo cattolico ravvisa l'obbligatorietà per il medico d'intervenire.

Molti sostenitori dell'obbligo di garanzia del medico precisano che, in base all'art. 40 c.p., l'evento che il sanitario ha l'obbligo di impedire non è la morte o il pregiudizio alla salute, ma il fatto che una persona in condizioni di bisogno non sia assistita e che non le siano offerte le terapie e le cure disponibili. Tutto ciò deve comunque avvenire nel rispetto della volontà del paziente<sup>206</sup>. Gli stessi articoli del Codice Deontologico, che la dottrina tradizionale aveva utilizzato per argomentare l'obbligatorietà dell'intervento medico, possono essere riletti sotto l'ottica personalista, che ha influenzato la cultura giuridica negli ultimi anni. L'art. 3 c.d.m. stabilisce che il dovere del sanitario

<sup>199</sup> N. MAZZACUVA, op. cit., p. 113.

<sup>200</sup> L.EUSEBI, *Sul Mancato Consenso al Trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1995.

<sup>201</sup> G. IADECOLA, *Diritto di morire e potestà medica di curare*, in *Cass. Pen.*, 1997.

<sup>202</sup> F. MANTOVANI, *Esercizio del Diritto (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XV, Giuffrè Ed., 1992, pp. 644 ss.

<sup>203</sup> A. MANNA, *Trattamento Medico-chirurgico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, Giuffrè Ed., 1992, pp. 1280 ss.

<sup>204</sup> In senso contrario G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p.247.

<sup>205</sup> Si fa riferimento in particolare all'art. 3 c.d.m., il quale esordisce stabilendo che "*dovere del medico è la tutela della vita*".

<sup>206</sup> A. SANTOSUOSSO, op. cit., p. 35.



è la tutela della vita, ma precisa che tale protezione deve essere prestata *“nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana”*, è perciò fondata l’affermazione secondo la quale il diritto del paziente al rispetto della sua volontà non contrasta, in alcun modo, con il dovere del medico di curare<sup>207</sup>.

Infine, altra dottrina, sempre di matrice laica, fa notare come attribuendo un generale diritto di curare, ricavabile dalla posizione di garanzia attribuita al sanitario, si arriverebbe ad annullare totalmente la volontà del malato, che si troverebbe in una posizione di soggezione, nei confronti del quale, il medico, potrebbe intervenire ad libitum con il solo limite della sua coscienza<sup>208</sup>.

Per ciò che riguarda l’esimente dello stato di necessità ex art. 54 c.p., causa di giustificazione forse più cara alla giurisprudenza che alla dottrina, non si può dire molto.

L’art. 54 c.p. stabilisce che *“non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo”*. Lo stato di necessità opera in tutti i casi in cui il soggetto, privato della capacità di esprimere un valido consenso, viene sottoposto ad un intervento terapeutico salvavita. Ci si vuole riferire non solo ai casi in cui il soggetto, giungendo in ospedale in stato di incoscienza, dipeso, ad esempio, da malori improvvisi o incidenti stradali, viene sottoposto ad un intervento urgente, ma si fa riferimento anche alle ipotesi d’urgenza, non infrequenti, in cui sopraggiungono complicazioni durante lo svolgimento del trattamento sanitario, preventivamente approvato dal paziente, per cui possono rendersi necessari interventi ulteriori, anche più invasivi, a cui il soggetto non aveva prestato il proprio consenso.

In tutte queste ipotesi, tramite la scriminante prevista dall’art. 54 c.p., si vuole giustificare l’attività del sanitario, che altrimenti costituirebbe un illecito penale. Quando il medico interviene per salvare la vita di una persona, purché tale pericolo sia attuale e inevitabile, e sempre che il medico si limiti ad effettuare trattamenti indispensabili, non può essere configurato il reato di lesioni personali ex art. 582 c.p.. Qualora intervengano tutte queste condizioni, l’attività del sanitario, volta a salvaguardare il soggetto da un pericolo grave alla persona, non può essere fonte di responsabilità penale<sup>209</sup>.

In ogni caso bisogna sottolineare che la causa di giustificazione dello stato di necessità, può operare in mancanza di un consenso, viceversa non può mai estendere i suoi effetti scriminanti all’atto medico effettuato in presenza di un chiaro ed esplicito rifiuto di cure da parte del paziente.

Autorevole dottrina afferma che *“l’art 54 c.p. opera in campo medico-chirurgico quando la situazione di urgenza non consenta di attendere che il paziente riprenda conoscenza o comunque non consenta, per le condizioni cliniche in atto, da accertare l’effettiva sussistenza del consenso del paziente. Se invece il paziente manifesta espressamente il suo dissenso al trattamento medico, decidendo anche per il momento in cui diverrà incosciente e coprendo così l’intero percorso dell’intervento sanitario fino ai suoi effetti ultimi, egli non può certo essere obbligato a sottoporvisi perché la libertà personale non può essere compressa in forza di una pretesa eterotutela della vita in palese contrasto con la volontà dell’individuo”*<sup>210</sup>.

Sia il Codice Deontologico Medico, all’art. 8, dove si stabilisce l’obbligo per il medico di prestare soccorso o cure d’urgenza o comunque attivarsi tempestivamente per assicurare assistenza, che la Convenzione sulla biomedicina, stipulata ad Oviedo, dove si afferma, in relazione alle situazioni d’urgenza, trattate nell’art. 8, che qualora si verificasse una tale ipotesi e il consenso del soggetto non può essere ottenuto, il medico potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata, offrono delle solide basi etiche e giuridiche per l’applicazione di questa causa di giustificazione.

---

<sup>207</sup> In questo senso A. SANTOSUOSSO, op. cit., p. 35.

<sup>208</sup> M. BARNI, op. cit.

<sup>209</sup> U. VERONESI, op. cit., p. 160.

<sup>210</sup> G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche urgenti*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009.

Tale utilizzazione, volta all'eliminazione del giudizio di illiceità dell'attività del sanitario, è molto limitata. In particolare, l'esimente non potrebbe trovare applicazione in relazione a tutta una serie di procedure sanitarie come, ad esempio, la cosiddetta medicina preventiva, dove, mancando la sussistenza di un pericolo attuale, ovvero, mancando uno dei requisiti per l'applicazione della scriminante, ci si trova in ogni caso di fronte all'esigenza di intervenire, comunque, per tutelare la salute del paziente<sup>211</sup>.

Per ciò che riguarda la colpevolezza, il terzo ed ultimo elemento nella ricostruzione della struttura dell'illecito penale, possiamo dire che esso riassume le condizioni psicologiche che consentono l'imputazione personale del fatto di reato all'autore<sup>212</sup>. In nostro codice penale, all'art. 42, stabilisce: *“nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà”*. Tale disposizione si prefigge l'accertamento della presenza di un requisito psichico minimo, della vera e propria riferibilità dell'azione al suo autore<sup>213</sup>.

Non essendo possibile ritenere la condotta del sanitario, che effettua un trattamento medico, non preventivamente approvato, sul soggetto, alla stregua di atti meramente istintivi, riflessi o automatici, è facilmente accertabile l'imputabilità dell'azione alla cosciente volontarietà del sanitario.

---

<sup>211</sup> A. MANNA, op. cit., p. 1283.

<sup>212</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 169.

<sup>213</sup> N. MAZZACUVA, op. cit., p. 107.

## CRITICHE ALL'IMPOSTAZIONE DEL CASO MASSIMO: IL CASO BARESE

La sentenza sul caso Massimo ha portato ad una condanna del sanitario per il reato di omicidio preterintenzionale, ex art. 584. L'opportunità della scelta compiuta dal nostro Legislatore, sta nel preciso intento di contrastare la realizzazione volontaria di condotte aggressive dell'integrità altrui, le quali possono, in ragione della loro intrinseca pericolosità, degenerare nella produzione di eventi a carattere letale<sup>214</sup>.

Secondo la definizione data dal codice, all'art. 43, 2° comma, il delitto è preterintenzionale, o contro l'intenzione, *“quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente”*.

I giudici del caso Massimo hanno fatto propria la ricostruzione più rigida del modello di responsabilità. La preterintenzione viene considerata un'ipotesi mista, nella quale si combinano l'elemento psicologico del dolo e la responsabilità oggettiva. Sulla base di questa spiegazione ci troviamo di fronte alla combinazione tra un'azione diretta a provocare un evento meno grave, e in quanto tale evento è voluto, l'azione è certamente dolosa, e l'effettivo avverarsi dell'evento più grave, che però non è voluto dall'agente<sup>215</sup>.

Dal momento in cui la legge penale non specifica la necessarietà della colpa nella condotta che scaturisce nell'esito più grave, l'evento ulteriore non voluto, viene accollato al soggetto a titolo di responsabilità oggettiva, sulla base del semplice nesso di causalità tra il delitto dolosamente commesso e il fatto più grave<sup>216</sup>.

Parte della dottrina cerca di ricostruire le ipotesi di preterintenzione sul modello di responsabilità misto dolo-colpa, sostanzialmente più affine al principio di colpevolezza. Una prima ricostruzione, che configurava, nell'elemento soggettivo della colpa, un'ipotesi di colpa specifica, si sostanzierebbe nell'inosservanza di leggi con finalità precauzionali. In particolare, l'evento più grave, non voluto, conseguirebbe alla violazione della norma penale che vieta l'azione dolosa diretta a commettere il reato meno grave<sup>217</sup>. È necessario sottolineare che tale colpa non consegue all'inosservanza di qualsivoglia legge penale, ma solo all'inosservanza di norme a contenuto preventivo.

Un'ulteriore ricostruzione vede nell'integrazione alla responsabilità dolosa, in relazione all'evento voluto, una colpa generica oggettiva in ordine all'evento non voluto. Il delitto di base deve aver creato un pericolo astratto per il bene protetto dalla fattispecie preterintenzionale. In altre parole, nel corso dell'evoluzione del delitto di base, devono essersi presentate all'agente circostanze attestanti la presenza di un pericolo concreto rispetto al bene tutelato dalla fattispecie aggravata<sup>218</sup>. In questo modo sorge, in capo al soggetto agente, l'obbligo di osservare una regola cautelare diretta a prevenire la realizzazione dell'evento ulteriore, tale regola si sostanzia, generalmente, nel divieto di prosecuzione della condotta dolosa intrapresa.

Dopo aver analizzato alcuni degli elementi del delitto preterintenzionale è necessario sottolineare come, già per Grispigni, l'attività del sanitario, che sottopone un paziente ad un trattamento terapeutico, non costituisce una lesione personale, perché essa, invece di implicare una diminuzione della salute della persona, o un danno al suo organismo, rappresenta un beneficio<sup>219</sup>.

Nelle operazioni chirurgiche la finalità perseguita dal medico non è la diminuzione dell'integrità fisica del soggetto, ma la reintegrazione della salute del malato stesso. Tale finalità cozza necessariamente con la ratio del delitto previsto dall'art. 584 c.p., il quale presuppone la

<sup>214</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 23.

<sup>215</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 600.

<sup>216</sup> M. MANTOVANI, *Colpa e Preterintenzione*, in *Introduzione al Sistema Penale, Vol II*, Giappichelli Ed., 2001, p. 246.

<sup>217</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 600.

<sup>218</sup> M. MANTOVANI, op. cit., p. 246.

<sup>219</sup> F. GRISPIGNI, *La responsabilità Penale per il Trattamento medico-chirurgico arbitrario*, 1916.

realizzazione volontaria di condotte aggressive dell'integrità altrui. Le critiche all'orientamento che ritiene la finalità terapeutica compatibile con un'imputazione dolosa si basano sull'intento curativo del sanitario, che ha come scopo la reintegrazione della salute del soggetto, per cui si esclude a priori la materialità obbiettiva di atti lesivi dell'integrità fisica<sup>220</sup>. In questi casi, è pur vero che l'attività del chirurgo incide sull'integrità fisica del soggetto malato, ma tale integrità è già compromessa. Quando il medico opera nell'osservanza della *leges artis* persegue necessariamente lo scopo di migliorare le condizioni psico-fisiche del paziente<sup>221</sup>. L'intervento non viene effettuato per procurare un danno, ma, semmai, nell'intento di apportare un beneficio. Risulta, per ciò, improponibile supporre che la volontà del sanitario sia tesa ad offendere l'integrità psico-fisica del paziente, ed è per questo difficile qualificare la condotta terapeutica alla stregua di una lesione volontaria.

Alla luce di ciò, la naturale implicazione a livello giuridico delle conclusioni su riportate, sembra essere la necessaria esclusione della tipicità per ciò che riguarda il delitto di lesioni volontarie. Il trattamento medico realizzato per fini terapeutici non può essere paragonato alla lesione procurata da un'arma da taglio<sup>222</sup>.

Non solo, sotto l'aspetto psicologico, in capo al sanitario può essere configurato tutt'al più un dolo eventuale, il quale si configura quando il soggetto agisce senza la volontà di commettere un reato, ovvero, quando la commissione del reato viene rappresentata, dall'agente, come conseguenza possibile di una condotta diretta ad altri fini. La struttura dell'omicidio preterintenzionale, invece, sembra esigere che la condotta del soggetto agente sia sorretta dal dolo intenzionale, il quale si realizza quando il soggetto stesso ha come scopo la realizzazione della condotta criminosa, ovvero, la causazione dell'evento. La finalità terapeutica perseguita dal sanitario, incidendo necessariamente sull'atteggiamento psicologico, gli preclude, a priori, di maturare la volontà di ledere, conseguentemente, non sarebbe riscontrabile l'elemento soggettivo della colpevolezza, necessario alla configurazione del delitto.

Il percorso interpretativo, che ha portato alla condanna per omicidio preterintenzionale nel caso Massimo, viene fortemente respinto dalla stessa Cassazione pochi anni dopo, nella sentenza sul caso Barese. Nel caso di specie, la paziente aveva prestato il proprio consenso all'asportazione di una cisti ovarica. Nel corso dell'operazione, i medici si accorsero della presenza di una grossa massa tumorale sottoperineale, conseguentemente decisero, benché non sussistessero ragioni d'urgenza, di procedere all'asportazione, senza il preventivo consenso della donna, della suddetta massa tumorale e dell'intero utero. La paziente decede, poco dopo, a causa di una trombosi dovuta alla resezione dei vasi iliaci esterni e dei vasi ipogastrici.

Il chirurgo che aveva effettuato l'intervento viene condannato a titolo di omicidio colposo ex art. 589 c.p.

Si precisa, fin da ora, che nella sua ricostruzione dogmatica, l'omicidio colposo rinvia implicitamente alla definizione di delitto colposo contenuta nella parte generale del codice. La formula dell'art. 589 c.p., per cui "*chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito*", in combinato disposto con l'art. 43 c.p., nel quale si afferma che "*il delitto è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*", definiscono come omicidio colposo la causazione involontaria di un evento letale caratterizzata dalla violazione di norme di condotta aventi finalità cautelare<sup>223</sup>.

Nello specifico, i giudici escludono l'omicidio preterintenzionale<sup>224</sup> dal momento che, la condotta del medico, anche se integrante gli estremi del reato di lesioni personali, non è sostenuta dal dolo intenzionale richiesto dall'art. 584 c.p., ovvero non è possibile accertare una condotta

---

<sup>220</sup> F. AGNINO, op. cit., p. 85.

<sup>221</sup> U. VERONESI, op. cit., p. 183.

<sup>222</sup> L. EUSEBI, *Omissione dell'Intervento medico ed Eutanasia*, in *Arch. Pen.*, 1985.

<sup>223</sup> In questo senso G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 17.

<sup>224</sup> Imputazione inizialmente richiesta dalla Pubblica Accusa, ispirata dal caso Massimo.

intenzionalmente preordinata a ledere o percuotere il soggetto passivo del reato. Nella motivazione alla sentenza si legge: *“è vero che l'intenzionalità del dolo è elemento estraneo alla descrizione del delitto preterintenzionale data dall'art. 43 c.p. ma è stato più volte sottolineato come la struttura del delitto previsto dell'art. 584 c.p. non coincida con lo schema normativo previsto dall'art. 43 c.p.”*<sup>225</sup>. Si evidenzia come, nel caso in cui sussista, in capo all'agente, il semplice dolo eventuale o indiretto, come autorevole dottrina riscontra in capo al sanitario che compie un atto medico in assenza o contro il consenso del proprio paziente, viene meno il reato preterintenzionale, ma non quello doloso di lesioni o percosse. E' necessario, secondo i giudici della Cassazione, individuare dei presupposti che accertino, con un elevato grado di certezza, che il medico ha agito fin dall'inizio e consapevolmente in contrasto con il precetto penale, ovvero, ha deliberatamente posto in essere una condotta intenzionalmente diretta a ledere o percuotere il paziente. Come è stato già precisato, nella fattispecie dell'omicidio preterintenzionale l'agente pone in essere una condotta che sa, e vuole, essere diretta a provocare un'alterazione dell'integrità fisica della persona offesa. A seguito di un lungo ragionamento, la Corte stabilisce che, affinché sia riscontrabile, in capo al soggetto agente, il dolo intenzionale richiesto dalla fattispecie del reato di lesioni personali, è necessario che *“già nella rappresentazione dell'agente, il normale rapporto tra costi, certi, dell'intervento e benefici, eventuali, di esso è ampiamente e preventivamente conosciuto e rappresentato dall'agente come assolutamente squilibrato verso i primi. Insomma si avrà l'elemento soggettivo del reato di lesioni volontarie in tutti i casi in cui il chirurgo, o il medico, pur animato da intenzioni terapeutiche, agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente”*<sup>226</sup>. Secondo la Corte, il dolo intenzionale dell'agente deve essere diretto sempre a procurare una malattia, ma questo concetto non viene più ricondotto all'atto medico in sé, come nel caso Massimo, quanto piuttosto ad un inutile danno alla salute, ovvero, ad un complessivo peggioramento delle condizioni di salute del soggetto<sup>227</sup>.

Pertanto, premesso che in materia di intervento chirurgico arbitrario, eseguito in assenza di consenso informato, con conseguente decesso del paziente, la distinzione tra omicidio preterintenzionale e omicidio colposo va ricercata nell'accertamento dei presupposti dai quali si rinviene l'elemento psicologico del dolo intenzionale, necessario per la configurazione della fattispecie di reato di lesioni volontarie, ovvero, secondo le parole dei giudici della Corte *“l'agente deve anticipatamente, sia pure nel corso dell'intervento chirurgico, rappresentarsi l'evento, voluto, della sua condotta e non agire “a costo” di provocare quel evento”*<sup>228</sup>, autorevole dottrina ritiene esente da censure la sentenza di merito che qualifica come omicidio colposo, per l'appunto, la condotta del chirurgo che, non limitandosi a eseguire l'operazione di asportazione della cisti ovarica, per la quale era stato acquisito il consenso, ha modificato, con grave imperizia, l'intervento, sino a tentare l'asportazione di una massa tumorale, rinvenuta durante il corso dell'operazione, nell'erroneo convincimento di poter eliminare entrambe le patologie, provocando la morte del paziente<sup>229</sup>.

Altra dottrina, pur considerando sostanzialmente corrette le argomentazioni portate a sostegno della motivazione, in quanto, tenendo conto delle finalità terapeutiche dell'intervento medico, si evita di porre sullo stesso piano sanitari e delinquenti, sottolinea come venga mortificato il concetto di consenso informato, in quanto subordinando la responsabilità penale alla colpa professionale, si rischia di confondere il diritto all'informazione, preordinato alla tutela dell'autodeterminazione del paziente, con il diritto ad un intervento eseguito *leges artis*, preordinato alla tutela dell'integrità psico-fisica del soggetto<sup>230</sup>. In proposito, si legge nella motivazione alla sentenza Barese, che il

<sup>225</sup> Cass., sez. IV penale, 9 marzo 2001.

<sup>226</sup> Loc. cit.

<sup>227</sup> S. TORDINI CAGLI, op. cit.

<sup>228</sup> Loc. cit.

<sup>229</sup> F. AGNINO, op. cit., p. 91.

<sup>230</sup> U. VERONESI, op. cit., p. 185.

concetto del consenso informato viene, a seguito della ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato, ridimensionato, *“dovendo ricondursi la sua efficacia a quella delle scriminanti che escludono l'antigiuridicità della condotta. [...] Può quindi affermarsi che, per l'efficacia scriminante attribuita all'art. 50 c.p., nel caso in cui, il consenso sia validamente espresso nei limiti dell'art. 5 c.c., il consenso del paziente preclude la possibilità di configurare il delitto di lesioni volontarie, e che in ogni caso, nei casi d'urgenza, nonché nelle ipotesi previste dalla legge, l'intervento medico non necessita del preventivo consenso del soggetto”*<sup>231</sup>.

In riferimento a tale argomento, una recentissima sentenza della Corte Costituzionale, ha definito il consenso informato come *“espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal sanitario”*<sup>232</sup>. Il consenso all'atto terapeutico si configura quale vero e proprio diritto della persona, che trova il suo fondamento nei principi espressi dalla Costituzione agli artt. 2, 13 e 32 Cost.. Secondo la Corte, la stessa attività medica trova il suo fondamento all'interno della Carta Costituzionale. I giudici delle Sezioni Unite riconoscono l'autolegittimazione dell'attività medica nella finalità della stessa, che coincide con la tutela della salute, bene costituzionalmente tutelato. Da tali premesse, la Corte arriva ad affermare che la tutela della salute, apprestata tramite l'attività medica, deve essere necessariamente indirizzata alla salvaguardia del diritto di autodeterminazione del paziente sulla propria salute, ergo, è il consenso informato la vera fonte della legittimazione dell'attività sanitaria. In altre parole, l'attività medica si autolegittima solo se consentita<sup>233</sup>.

La Corte conclude rinvenendo una mancanza di legittimazione dell'attività medico-chirurgica effettuata in assenza di consenso, ma nega ogni rilevanza penale al trattamento medico arbitrario, effettuato secondo la *leges artis*, e che si sia concluso con esito fausto, identificabile in un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute. Al contempo, la Corte, identificando il concetto di malattia, richiesto dall'art. 582 c.p., con una *“rilevante menomazione funzionale dell'organismo”*, riconduce alla fattispecie di lesioni personali l'intervento medico-chirurgico, con finalità terapeutiche, che però si sia concluso con esito infausto.

---

<sup>231</sup> Loc. cit.

<sup>232</sup> Corte Cost. n° 438/2008.

<sup>233</sup> S. TORDINI CAGLI, op. cit.

## IL DISSENSO ESPRESSO DEL PAZIENTE

Il così detto “rifiuto di cure”, ovvero, la manifestazione espressa della volontà del paziente di non sottoporsi ai trattamenti sanitari, sebbene la sua condizione clinica lo renda consigliabile, opportuno, o, addirittura, necessario per la sua stessa sopravvivenza, si basa sul riconoscimento del principio di autodeterminazione. Tale principio si sostanzia in un diritto soggettivo assoluto alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica, oltre agli aspetti positivi, anche il rispetto e la tutela dei suoi risvolti negativi. In altre parole, oltre al potere di consentire attività sanitaria su di sé, il soggetto ha la facoltà di escluderla, rifiutando terapie e interventi di vario genere sulla propria persona<sup>234</sup>. La stessa Cassazione osserva come la tutela di tutti i diritti di libertà implica la tutela del suo risvolto negativo, ciò significa che la tutela della salute racchiude in se anche *“il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell’interessato, finanche di lasciarsi morire”*<sup>235</sup>.

Le basi costituzionali su cui si fonda il riconoscimento di tale diritto sono le già esaminate norme di cui agli artt. 32, 2° comma e 13 Cost., su cui si fonda il riconoscimento del consenso informato all’attività sanitaria. Non mi soffermerò sul significato di questi articoli, già ampiamente esposto nel primo capitolo di questa tesi, basterà qui ricordare come l’art. 32, 2° comma, nella sua attuale interpretazione, sancisca la volontarietà di sottoporsi ad un trattamento sanitario, o per meglio dire, come il soggetto possa essere obbligato a sottoporsi ad una terapia solo a fronte di un provvedimento avente forza di legge. Tale norma, letta in combinato disposto con l’art. 13 che sancisce l’invulnerabilità della libertà personale, ci porta al riconoscimento di un diritto soggettivo, perfetto e costituzionalmente tutelato del paziente, il quale, reputando il “non curarsi” una scelta maggiormente idonea a salvaguardare il suo benessere fisico, psichico e sociale, può insindacabilmente decidere di non sottoporsi al trattamento sanitario suggeritogli dal medico<sup>236</sup>. La dottrina tradizionalista ha inizialmente criticato il rifiuto di terapie, anche salvavita, ponendo come limite il disposto dell’art. 5 c.c., in quanto la non sottoposizione ai trattamenti sanitari produrrebbe un pericolo concreto ed attuale all’integrità fisica. Parte della dottrina di matrice cattolica, criticando il riferimento a tale normativa, ha posto come base delle sue obiezioni una lettura delle norme costituzionali, tra cui anche l’art. 32 Cost., finalizzata alla realizzazione del pieno sviluppo della personalità umana e della solidarietà sociale. Da questo punto di vista, il rifiuto delle cure, non rappresenterebbe la libera espressione della personalità del soggetto, ma al contrario, delineerebbe la negazione stessa dell’essere umano<sup>237</sup>. Sotto questo profilo, il medico sarebbe obbligato ad agire, anche contro la volontà del malato, nel rispetto della dignità umana.

A sostegno di questa tesi si fa riferimento ad una sentenza della Cassazione penale del 2002, la quale, pur affermando che, in onore alla lettura personalistica data alle norme costituzionali, la scelta individuale del paziente di non sottoporsi ai trattamenti sanitari, anche qualora vi sia il rischio di morte, prevale sempre sull’interesse generale connesso al valore dell’individuo, anche se con questo configgente. La Corte sottolinea, inoltre, come tale scelta debba essere presa consapevolmente, escludendo qualsiasi possibile condizionamento sia interno che esterno. I Giudici della Corte, in perfetto accordo con la dottrina cattolica di matrice conservativa, precisano *“che un tale stato soggettivo raramente, nella pratica, si riscontra nel paziente, se non altro perché chi versa in pericolo di vita o di danno grave alla persona, a causa dell’inevitabile turbamento della coscienza generato dalla malattia, difficilmente è in grado di manifestare liberamente il suo intendimento”*<sup>238</sup>.

---

<sup>234</sup> G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giur. Merito*, 2009.

<sup>235</sup> Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n°21748.

<sup>236</sup> U. VERONESI, op. cit., p. 107.

<sup>237</sup> F. AGNINO, op. cit., p. 51.

<sup>238</sup> Cass., sez I, 29 maggio 2002, n° 26446.

E' allora una conseguenza necessitata, secondo tale dottrina, che l'azione terapeutica, svolta nell'interesse sociale di difesa della salute del paziente, sia sempre obbligatoria.

Iadecola, nel commentare questa sentenza, sottolinea come, anche quando si valorizza l'assoluto primato della volontà dissenziente del soggetto, l'intervento medico salvavita imposto al malato è, in ogni caso, scriminato dalla causa di giustificazione dello stato di necessità. Difatti, in queste ipotesi, entra in gioco il bene vita, il quale essendo considerato un valore indisponibile, permette l'applicabilità della scriminante anche qualora sussista il dissenso del terzo nei confronti dell'azione necessitata. Conseguentemente, non sarebbe corretto sancire il primato della volontà del malato in tutte le ipotesi in cui, il rispetto di tale volontà, comporti il sacrificio del bene vita o un grave pregiudizio all'incolumità fisica del soggetto.

A maggior ragione il paziente, secondo questa dottrina, non potrebbe esercitare questo diritto, ovvero rifiutare terapie salvifiche, al cospetto del sanitario, il quale essendo costituito garante della salute, non potrebbe ignorare, senza incorrere in responsabilità penale, gli obblighi di garanzia che ineriscono alla sua posizione<sup>239</sup>.

Sempre autorevole dottrina cattolica rileva come *“il riconoscimento del principio del consenso informato vada ricondotto alla circostanza per cui l'intervento sull'intimo della sfera corporea dell'individuo umano, cosciente e non psichicamente condizionato, esprimendosi la sua soggettività mediante il corpo, richiede per essere realizzato un rapporto con l'individuo stesso, in quanto interlocutore e soggetto morale”*<sup>240</sup>, e non comporti, invece, la possibilità per il malato di richiedere qualsiasi tipo di prestazione, attiva od omissiva, che rientri nelle competenze del sanitario. In altre parole, non è possibile ricondurre al principio del consenso, o dissenso, l'eventuale richiesta del paziente di instaurare un rapporto collaborativo con il medico volto alla cessazione della vita.

Un valido consenso all'interruzione di una terapia già in atto può essere prestato solo qualora tale terapia risulti sproporzionata. Contrasterebbe con i fini dell'attività medica, ovvero, con la tutela della salute, autorizzare il medico ad astenersi dal porre in essere tutti gli atti terapeutici che vengano considerati proporzionati alla situazione concreta.

La più moderna dottrina ribadisce come non sussista nel nostro ordinamento un generale obbligo di cura in capo al malato, difatti, solo nel caso di pericolo per la salute pubblica si prevede la possibilità di sottoporre il soggetto ad un trattamento sanitario obbligatorio. In tutti gli altri casi, il diritto alla salute non può contrapporsi all'autodeterminazione del paziente. In questo modo, la salute stessa diventa espressione della personalità dell'individuo<sup>241</sup>.

Detto ciò, si sottolinea come non possa esistere, in capo al sanitario, un generale potere di cura che vada al di là della volontà del paziente. Dichiarazione ripetutamente effettuata anche dalla giurisprudenza penale, la quale precisa come *“il consenso da parte del paziente a seguito di un'informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, è vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere della volontà dell'ammalato”*<sup>242</sup>.

Tali affermazioni vengono ribadite dalla giurisprudenza anche in numerosi casi in cui i sanitari si sono trovati a rispondere ad un'accusa di omicidio volontario a fronte della mancata emotrasfusione a soggetti appartenenti alla fede religiosa dei Testimoni di Geova. In uno di questi casi, dove il paziente, ricoverato a seguito di un incidente stradale, rifiutò consapevolmente in più occasioni le trasfusioni necessarie a salvargli la vita, i medici, dopo un primo tentativo di sottoporlo obbligatoriamente al trattamento, richiedendo l'autorizzazione necessaria al Procuratore della

---

<sup>239</sup> Questa stessa dottrina osserva come non sia sufficiente, per sottrarsi ai possibili addebiti di responsabilità, la semplice presa d'atto del dissenso del paziente. Sarà infatti necessario, per evitare un rimprovero per inerzia colpevole, che emerga incontestabilmente che il sanitario ha compiuto ogni possibile tentativo, in considerazione del contesto e dei mezzi disponibili, per adempiere ai suoi obblighi di garanzia.

<sup>240</sup> L. EUSEBI, *Criteriologie dell'Intervento medico e Consenso*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008.

<sup>241</sup> FERRANDO, *Amministrazione di Sostegno e Rifiuto di Cure*, in *Fam. E Dir.*, 2009.

<sup>242</sup> Cass. Pen., 16 gennaio 2008, n° 11335, in *Riv. Pen.*, 2008.



Repubblica, decisero di rispettare la volontà del paziente. La Corte, la quale si trovò a giudicare l'accaduto, assolse i sanitari in quanto si poteva ravvisare una loro responsabilità penale solo ove si potesse affermare un loro preciso obbligo di intervenire, anche contro le convinzioni religiose del paziente<sup>243</sup>. In un altro caso simile, dove i sanitari decisero di rispettare la volontà di un paziente incosciente, il quale era arrivato in ospedale con indosso un cartellino con la scritta "niente sangue", i Giudici, pur non considerando sufficiente la manifestazione di volontà del soggetto, ribadirono il principio per cui, a determinate condizioni, il dissenso del paziente a emotrasfusioni e a terapie salvavita in genere, è perfettamente operante<sup>244</sup>.

La più moderna giurisprudenza è unanime nel ritenere che, *"a fronte di una manifestazione di intenti, contenuta in un'articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocabilmente emerge la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita"*<sup>245</sup>.

Dinanzi ad un soggetto capace di intendere e volere, il quale esprime un personale, libero, esplicito dissenso alle cure, anche salvifiche, sostenuto da un'adeguata informazione sulla diagnosi e sulle possibilità terapeutiche, il medico non è tenuto ad imporre al paziente le cure rifiutate, dato che, un tale comportamento, costituirebbe un'indebita ingerenza nella sfera di libera autonomia del singolo. Sotto il profilo etico e filosofico si afferma che, la non sottoposizione alle cure salvifiche, a cui il paziente abbia prestato il suo espresso dissenso, non costituisce un'attiva causazione della morte, ma si identificerebbe con la restituzione delle condizioni di dignità umana che devono accompagnare il malato attraverso il percorso che lo porterà alla morte<sup>246</sup>.

Ci si riferisce al dissolversi dei confini tra il naturale e l'artificiale. In altre parole, il progresso della medicina e della scienza hanno permesso il superamento di barriere naturali, dando la possibilità di mantenere in vita persone afflitte da numerose malattie mortali. In questo senso, il rifiuto di cure deve essere interpretato come il rifiuto di un sostegno tecnico, che rende la vita possibile, ma che viene vissuto dal malato come un'imposizione. Il paziente, rifiutando di sottoporsi ai trattamenti sanitari, o chiedendo, al sanitario, di sospendere i sostegni vitali nel modo più indolore possibile, esprime la volontà che la natura faccia il suo corso<sup>247</sup>.

Non possiamo, però, non tenere presente ciò che molti studi hanno rivelato, ovvero che, molto spesso, la richiesta del paziente di non essere più sottoposto a terapie salvifiche, rappresenta l'estremo appello del malato a non essere abbandonato, sia umanamente che psicologicamente<sup>248</sup>. Emmanuel Hirsch, direttore del dipartimento di Etica Medica all'Università Paris-Sud 11, nonché vicepresidente del Centro di ricerca per la formazione nell'assistenza ai malati terminali, afferma, con vigore, il dovere del medico di predisporre sempre e comunque una cura. Egli sottolinea come, durante la sua esperienza come medico, accompagnando i malati e le loro famiglie nel percorso che porta alla fine della vita, ci si rende conto come la malattia colpisca in modo irrevocabile la capacità di comunicazione della persona, *"la quale sembra non far più parte del nostro mondo, estranea a ciò che ancora potrebbe riguardarla e indifferente a quanti le restano accanto"*<sup>249</sup>. Questa mancanza di relazione con l'esterno porta il malato a prendere una decisione, come quella di non impedire alla malattia di fare il suo corso, che in quel particolare contesto, sembra essere il male minore. Hirsch, auspicando una sensibilizzazione sociale verso il malato e le cure palliative, sottolinea come non si tratta tanto di morire con dignità quanto più di vivere dignitosamente gli ultimi momenti di vita. *"Pensare il termine della propria esistenza con e in mezzo agli altri significa avere la convinzione di essere riconosciuti, accolti e sostenuti senza la minima contestazione fino alla morte"*<sup>250</sup>.

<sup>243</sup> A. TARUFFO, *Rifiuto di Cure e Doveri del Medico*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2008.

<sup>244</sup> G. PAGLIANI, op. cit.

<sup>245</sup> Cass., 15 settembre 2008, n° 23676.

<sup>246</sup> L. D'AVACK, *Sul Consenso Informato all'Atto medico*, in *Dir. Fam.*, 2008.

<sup>247</sup> L. D'AVACK, op. cit.

<sup>248</sup> L. EUSEBI, op. cit.

<sup>249</sup> E. HIRSCH, *Imparare a Morire*, Ed. Elliot, 2009, p. 108.

<sup>250</sup> E. HIRSCH, op. cit., p. 112.

La nostra stessa giurisprudenza civile sostiene: *“di fronte al rifiuto delle terapie da parte del diretto interessato, c’è spazio, nel quadro dell’alleanza terapeutica che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene, rispettando i percorsi culturali di ciascuno, per una strategia della persuasione, perché il compito dell’ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza”*<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> Tribunale di Siena, 18 giugno 2007.

## CAPITOLO III

### EUTANASIA E NORMATIVA COLLEGATA

#### STORIA DEL SUICIDIO E DELL'EUTANASIA

Il termine eutanasia descrive il concetto di buona morte. Nell'antichità classica era identificata con la morte serena e spontanea, mentre, nell'epoca pre-cristiana, l'espressione "buona morte", era utilizzata in riferimento alle modalità con cui si concludeva l'esperienza di una vita; ad esempio, per un guerriero, la buona morte indicava quella eroica in battaglia, mentre per un mercante o un artigiano poteva significare la morte serena, circondato dai propri familiari<sup>252</sup>.

Nella cultura cristiana il concetto di "buona morte" viene assorbito in quello di "morte santa".

Ci si riferisce alle modalità con cui il cristiano ha vissuto il proprio rapporto con Dio, sia durante la sua vita terrena, sia di come si appresta a viverlo nella vita eterna<sup>253</sup>.

Nel mondo antico, la richiesta di eutanasia e la pratica del suicidio assistito, pur essendo diverse, nelle varie civiltà, le ragioni alla base delle richieste, erano usanze permesse e, nella maggior parte dei casi, anche ammirate. Si ricordino, ad esempio, i suicidi, per impiccagione, dei malati terminali tra i Careni della Birmania, la stima che veniva accordata alle vedove Hindu, le quali, dinanzi alla salma del marito, sceglievano di rimanergli accanto, privandosi della vita<sup>254</sup>.

Ed ancora, è necessario menzionare la tacita accettazione della morte da parte della madre, nella cultura eschimese, la quale, ormai divenuta vecchia e non più in grado di compiere il suo ruolo all'interno della comunità nomade, sceglieva di ritardare il suo cammino, andando incontro ad una morte solitaria, nella sterminata distesa di neve<sup>255</sup>. Infine, nella cultura siberiana ritroviamo la consuetudine, degli uomini, di chiedere alla loro stessa progenie di toglierli la vita seppellendoli vivi una volta diventati vecchi e malati<sup>256</sup>. Questi costumi erano rispettati, non in un'ottica di rifiuto della vita o di terrore per la sofferenza, come affermato inizialmente, ma sulla base dell'accettazione del naturale decorso della vita stessa, ovvero, la morte.

Nel Medioevo, il suicidio, assunse le fattezze di atto di eroismo e di martirio. Tra il XIII e il XIV secolo, molti gruppi di fedeli, perseguitati dai cristiani, trovarono la morte gettandosi spontaneamente nel fuoco, o uccidendosi l'uno con l'altro<sup>257</sup>.

Le radici dell'eutanasia sono antichissime, risalgono all'epoca greca precristiana. Furono, infatti, i filosofi greci a teorizzare, nonché a favorire, la diffusione delle pratiche eutanasiche, ma, è necessario sottolinearlo fin dal principio, non come diritto del singolo di privarsi di una vita difficile e penosa. Essi sostenevano il concetto di eutanasia quale diritto della società di scegliere chi mantenere in vita.

La quasi totalità dei filosofi greci esprimevano opinioni contrarie al suicidio, definendolo come un'ingiustizia nei confronti della società, ed esortando la comunità stessa a punire il suicida attraverso l'inflizione di torture sul cadavere, ed infine, seppellendolo separatamente, lontano dai luoghi di sepoltura dei membri della comunità, in ampi spazi deserti e senza onori. Ma furono questi stessi filosofi, tra cui Aristotele e Platone, mostrando l'accoglimento di diverse eccezioni, ad elaborare quelle che, in seguito, vennero ricomprese tra le ipotesi di eutanasia cosiddetta collettivista. Si tratta di situazioni dove, prescindono dalla volontà esplicita del soggetto, la scelta

---

<sup>252</sup> M. B. MAGRO, op. cit., p. 95.

<sup>253</sup> A. PORCARELLI, *L'eutanasia nella Storia*.

<sup>254</sup> E. SGRECCIA e M. L. DI PIETRO, *Storia del Fenomeno dell'Eutanasia dall'Antichità ai Nostri giorni*, in *Eutanasia e Diritto alla Vita*, a cura di A. Tarantino e M. L. Tarantino, Ed. del Grifo, 1994, p. 15.

<sup>255</sup> U. VERONESI, *Il Diritto di Morire, la Libertà del Laico di fronte alla Sofferenza*, Ed. Mondadori, 2005, p. 28.

<sup>256</sup> E. SGRECCIA e M. LUISA DI PIETRO, op. cit., p. 15.

<sup>257</sup> M. BARBAGLI, *Congedarsi dal Mondo, il Suicidio in Occidente e in Oriente*, Ed. Il Mulino, p. 33.

sulla prosecuzione della vita, basata su circostanze di convenienza, veniva rimessa alla decisione dei famigliari, del medico, della struttura ospedaliera ed anche dello Stato.

Ci si riferisce, precisamente, all'eutanasia eugenica, volta all'eliminazione indolore di soggetti deformati o con turbe psicologiche per migliorare la specie<sup>258</sup>, a quella economica, sostenuta da Aristotele, che si prefigge, attraverso l'eliminazione dei soggetti considerati economicamente inutili, quali potevano essere i malati incurabili, gli invalidi e i vecchi, un alleggerimento economico per la società<sup>259</sup>.

Ed ancora, sia l'eutanasia profilattica, sia quella solidaristica, erano generalmente ammesse. La prima era volta allo sterminio dei soggetti infettati nel corso di un'epidemia, la seconda, consisteva nella decisione di sacrificare la vita di determinati soggetti a favore della vita e della salute di altri<sup>260</sup>. Era, infine, ritenuta legittima la cosiddetta eutanasia criminale, la quale, si prefiggeva, come scopo, l'eliminazione dei soggetti considerati pericolosi per la società. Il filosofo greco Platone considerava quest'ultimo tipo di eutanasia come un comando divino, il quale era necessario, per eliminare gli uomini incapaci di pudore e di giustizia.

All'epoca anche l'eutanasia terminale non era conseguenza della richiesta del malato, ma una scelta precisa della società. A tal riguardo, proprio Platone, affermò che la morte del malato, ovvero di chi non era più in grado di recuperare le sue facoltà fisiche e mentali, era la cosa migliore, non solo per il malato stesso, il quale vedeva terminare le sue sofferenze, ma soprattutto per lo Stato, che non era più gravato dal peso del soggetto. In un testo che pone a confronto le arti mediche con quelle giuridiche egli scrive: *“allora, insieme con tale arte giudiziaria, codificherai tu nel nostro stato anche la medicina nella forma da noi detta? Così, tra i tuoi cittadini, esse cureranno quelli che siano naturalmente sani di corpo e d'anima. Quanto a quelli che non lo siano, i medici lasceranno morire chi è fisicamente malato, i giudici faranno uccidere chi ha l'anima naturalmente cattiva e inguaribile”*.

Non mancarono forti opposizioni. Ippocrate affermò, quello che poi venne definito, “il principio di beneficenza-non maleficenza”. Nel suo *“Giuramento”*, egli scrisse *“non mi lascerò indurre dalla preghiera di nessuno, chiunque egli sia a propinare un veleno e dare il mio consiglio in una simile contingenza”*<sup>261</sup>. Sulla base di queste parole si fonda l'esplicito rifiuto dell'eutanasia e la convinzione, assoluta, della necessità di tutelare il bene salute al di là dei desideri di morte dell'ammalato.

Nell'Antica Roma, filosofi come Profirio o Microbio, condannavano l'atto suicidario, contrastando la cultura invalsa nell'impero romano, per la quale, gli uomini avevano la libertà di togliersi la vita per innumerevoli ragioni. Dalla malattia alla paura, dalla follia al disonore per aver subito uno stupro o la perdita di una battaglia, tutte queste, erano considerate ragioni meritevoli di rispetto. Il suicidio, difatti, non era solo tollerato, ma era considerato la più grande espressione di libertà dell'uomo. Avveniva in pubblico, di fronte ad innumerevoli testimoni, con calma e lucidità<sup>262</sup>.

Fu con l'avvento del cristianesimo che l'opposizione alle culture pro eutanasia divenne più forte<sup>263</sup>. L'insegnamento della Chiesa Cattolica si basa sul rispetto dovuto alla persona umana, la cui vita, fisica-corporea, è un valore fondamentale, inviolabile e indisponibile, in quanto donata da Dio. L'entrare nell'esistenza, come il restarvi e l'uscirne, non sono nel diretto dominio di un uomo. La vita non è una proprietà del singolo, ma un dono affidatogli dal Signore<sup>264</sup>.

---

<sup>258</sup> Si ricorda l'aberrante esperienza recente nella Germania nazista, dove l'assicurazione della salute razziale attraverso l'eliminazione di chi era ritenuto inferiore divenne una delle bandiere del nazionalsocialismo.

<sup>259</sup> L'uomo, infatti, doveva mantenere le condizioni necessarie ad adempiere i suoi doveri all'interno della società.

<sup>260</sup> A. GUARNERI, *Profili Giuridici della fine della Vita Umana*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, p. 1708.

<sup>261</sup> S. SPINSANTI, *Documenti di deontologia e etica medica*, Ed. Paoline, 1985, p. 19.

<sup>262</sup> M. BARBAGLI, op. cit., p. 57.

<sup>263</sup> Fu Agostino, che nel V secolo d.C., gettò le basi dell'attuale etica cristiana sul suicidio. La sofferenza era stata fino ad allora considerata come un'assurda negazione dell'uomo, un limite e un ostacolo che, al di sopra di una certa soglia, rendevano la vita impossibile. Agostino attribuì invece un senso al dolore, lo considerò un mezzo per raggiungere un fine, perché permetteva all'uomo di affermarsi nella sua essenza, come creatura che soffre per la gioia

<sup>264</sup> E. SGREGGIA e M. L. DI PIETRO, op. cit., p. 20.

La dottrina cristiana accordava piena dignità alla vita di qualunque fedele, indipendentemente dalle sue condizioni fisiche e mentali, scardinando, conseguentemente, l'aspetto socio-economico precedentemente attribuito allo stesso bene vita<sup>265</sup>.

Secondo l'insegnamento della Chiesa, il cristiano non avrebbe mai dovuto soccombere alla disperazione, dubitando del potere e della misericordia del Signore: *“egli poteva sempre sperare in un miracolo, nell'intervento di un santo o della Madonna che lo avrebbe fatto uscire dalla situazione in cui si trovava”*<sup>266</sup>.

Tommaso d'Aquino considera il suicidio un atto moralmente illecito, sia nell'ottica della legge morale naturale, sia in quella della legge divina positiva. Nella sua *Summa Theologiae* scrive: *“il suicidio è assolutamente illecito per tre motivi. Primo, perché per natura ogni essere ama se stesso, e ciò implica la tendenza innata a conservare se stessi e a resistere, per quanto è possibile, a quanto potrebbe distruggerci. Secondo, perché la parte è essenzialmente qualcosa del tutto, ora, ciascun uomo è parte della società e quindi è essenzialmente della collettività. Perciò uccidendosi fa un torto alla società, come insegna il Filosofo. Terzo, la vita è un dono divino, che rimane in potere di colui il quale fa vivere e fa morire. Perciò chi priva se stesso dalla vita pecca contro Dio. Infatti a Dio soltanto appartiene il giudizio di vita e di morte, secondo le parole della Scrittura “Sono io a far vivere e a far morire”*<sup>267</sup>. Egli, pur ammettendo il libero arbitrio, sosteneva che solo Dio potesse decidere sul passaggio dalla vita terrena a quella ultraterrena<sup>268</sup>.

La Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede, riconoscendo il problema “morale” sorto a causa del progresso tecnologico, ottenuto dalla scienza nel settore medico, emise, nel 1980, un documento intitolato *“Dichiarazione sull'Eutanasia”*. Tale documento, oltre a dare una definizione dell'eutanasia, considerata come *“un'azione o un'omissione, che di natura sua, o nelle intenzioni, procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore”*, ribadì il carattere sacro della vita umana, al di là delle possibili differenze, filosofiche o ideologiche, di ogni uomo, ed espresse il rifiuto per le pratiche eutanasiche, poste in essere a detrimento di qualunque essere umano innocente, sia esso feto, uomo o anziano, affetto da patologie incurabili e perciò versante in una condizione di agonia<sup>269</sup>.

Questa stessa dottrina ammette delle aperture con riferimento all'accanimento terapeutico. Questo, viene definito come *“il ricorso ad un trattamento di comprovata inefficacia, che aumenta le sofferenze e che comunque è sproporzionato in quanto a costi umani rispetto ai benefici ottenibili”*<sup>270</sup>. La religione cattolica ammette l'interruzione della somministrazione delle cure quando queste siano deludenti rispetto alle speranze riposte in esse, approvando la decisione, nell'imminenza della morte, della rinuncia a trattamenti che procurerebbero un prolungamento precario e penoso della vita.

Anche la religione ebraica scongiura con veemenza l'affermazione delle pratiche eutanasiche. Il rabbino Riccardo Di Segni dice che *“la Bibbia prescrive di non uccidere e impone a chiunque il sacro rispetto della vita umana. La tradizione rabbinica sviluppa questo principio affermando che nessuno è padrone di decidere liberamente non solo della vita altrui, ma anche della propria. E ciò anche quando si tratta di un malato terminale o gravemente sofferente”*<sup>271</sup>. Ma, così come è

---

<sup>265</sup> T. SPASARI, *Eutanasia. Profili Giuridici e Medico-Legali*, Ed. Aracne, 2003, p. 158.

<sup>266</sup> M. BARBAGLI, op. cit., p. 73.

<sup>267</sup> A. PORCARELLI, op. cit.

<sup>268</sup> M. BARBAGLI, op. cit., p.63.

<sup>269</sup> In questo documento venne precisata anche l'interpretazione da dare all'affermazione fatta da Papa Pio XII, nel 1957, durante un colloquio con alcuni medici. In quella circostanza, il Sommo Pontefice, riconobbe l'utilità delle terapie analgesico-narcotiche somministrate ai malati terminali, anche qualora ci fosse una riduzione dell'aspettativa di vita del paziente. Nel 1980 si precisò che l'affermazione fatta non costituiva in nessun modo un'apertura nei confronti dell'eutanasia passiva, l'attuale Papa Benedetto XVI, che all'epoca era prefetto della Congregazione, affermò che *“in questo caso, infatti, la morte non è voluta o ricercata in alcun modo, benché se ne corra il rischio per una ragionevole causa: si intende semplicemente lenire il dolore in maniera efficace, usando a quello scopo quegli analgesici di cui la medicina dispone”*. U. VERONESI, op. cit., p. 32.

<sup>270</sup> E SGREGGIA e M. L. DI PIETRO, op. cit., p. 42.

<sup>271</sup> U. VERONESI, op. cit., p. 33.

proibito accelerare la morte di un uomo, l'ebraismo vieta il suo ritardo attraverso mezzi artificiali. Anche nella religione ebraica, perciò, possiamo ritrovare quello che comunemente viene definito il divieto di accanimento terapeutico.

La stessa "affermazione-negazione" viene riscontrata anche nella cultura islamica, una delle più conservatrici, impregnata di principi religiosi, anche negli aspetti più laici della sua civiltà. Fondato sulle parole di Allah: "*chiunque uccida una persona è come se avesse ucciso tutta l'umanità, e chiunque salvi una persona è come se avesse salvato tutta l'umanità*", il Codice islamico di etica medica stabilisce che "*l'eutanasia, come il suicidio, non ha supporti se non in una visione atea della vita, la quale ritiene che la vita sulla terra sia seguita dal nulla. L'Islam rifiuta la pretesa di poter sopprimere un essere umano anche nel caso di una malattia incurabile particolarmente dolorosa, poiché non vi è dolore umano che non possa essere trattato dalla medicina palliativa o dalla neuro-chirurgia*". Allo stesso modo afferma che il medico non deve cercare di superare i suoi limiti, "*se è scientemente accertato che le funzioni vitali non possono essere restaurate, in quel caso è inutile mantenere diligentemente il paziente in uno stato vegetativo grazie all'uso di macchinari, o attraverso l'ibernazione o altri metodi artificiali. Il medico mira a mantenere il processo della vita, non quello della morte*"<sup>272</sup>.

L'unica eccezione, riscontrata a tutt'oggi, sul basilare diniego dell'eutanasia da parte delle confessioni religiose, risulta essere la posizione assunta, a partire dal 1972, della Chiesa Riformata olandese. Essa, sostenuta da diverse associazioni laiche, ha preso posizione sostenendo l'eutanasia passiva e manifestando una certa acquiescenza verso quella attiva<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> U. VERONESI, op. cit., p. 36.

<sup>273</sup> T. SPASARI, op. cit., p.161.

## L'EUTANASIA NELL'ETA' MODERNA

Il termine eutanasia venne coniato nel 1605 dal filosofo inglese Francis Bacon, che, nel suo saggio, *“Of the Proficiency and Advancement of Learning”* (Progresso della conoscenza), invitava i medici a non abbandonare i malati inguaribili nel percorso che li conduceva alla morte, alleviando il più possibile le loro sofferenze. Egli scrisse: *“dirò inoltre, insistendo su questo argomento, che il compito del medico non è quello di ristabilire la salute, ma anche quello di calmare i dolori e le sofferenze legate alle malattie. E questo non solo perché questo alleviamento del dolore, considerato un sintomo pericoloso, contribuisce alla guarigione e conduce alla convalescenza, ma inoltre per poter procurare al malato, quando non c'è più speranza, una morte dolce e tranquilla. Questa eutanasia è una parte non trascurabile della felicità. Ma nel nostro tempo sembra che i medici ritengano loro dovere abbandonare i malati al momento della fine, contrariamente alla mia opinione, se essi fossero zelanti nell'adempiere il proprio dovere e di conseguenza rispettassero i propri doveri nonché le esigenze della propria professione, non risparmierebbero nessuna cura per aiutare gli agonizzanti ad uscire da questo mondo con maggior dolcezza e facilità. Ora, questa ricerca la qualifichiamo eutanasia esteriore, che distinguiamo da quell'altra eutanasia che si riferisce alla preparazione dell'anima e che poniamo fra le nostre raccomandazioni”*. Dobbiamo sottolineare come Bacon attribuisse al termine “eutanasia” il significato di “buona morte”, non ancora identificabile con il concetto di “dare la morte”. La “buona morte”, per il filosofo inglese, era la morte non dolorosa, ma sopraggiunta comunque naturalmente. Egli, infatti, scrisse queste parole criticando l'opera *“Vita temperata”*, scritta da Luigi Cornaro cinquant'anni prima, dove l'autore sosteneva che ogni persona è dotata di una certa dose di sostanza vitale, se questa viene utilizzata con moderazione nel corso della vita, la morte sarà naturale e benigna, mentre, se si consuma il proprio principio animatore con un'attività innaturale e disordinata o con la malattia, la morte sarà angosciosa<sup>274</sup>.

Nel corso della storia le tendenze sull'eutanasia furono sempre contrastanti. Da Tommaso Moro, che nella sua opera, *“Utopia”*, descrisse il primo sistema organizzato di eutanasia, in cui un comitato di sacerdoti e magistrati consigliava ai pazienti, affetti da malattie dolorose e senza speranze, di ricorrere ad una morte rapida, suicidandosi o facendo intervenire le autorità, a Bentham, per il quale la sofferenza era da rifiutare con ogni mezzo, ed ancora a Hume, secondo il quale, dato che all'uomo era stato riconosciuto il diritto di allungare la vita doveva essere riconosciuto anche quello di abbreviarla, fino ad arrivare alle opinioni contrastanti di John Locke, che diffidando da una possibile rinuncia arbitraria dei doni concessi da Dio, non trovava alcuna giustificazione ad una presunta libertà di morire<sup>275</sup>.

Una battuta d'arresto, al dibattito sull'eutanasia, avvenne dopo la devastante esperienza nazista. Nel 1920, in Germania, venne pubblicato il libro, ad opera di due medici, militanti nelle file del nazionalsocialismo, dal titolo *“L'autorizzazione all'eliminazione delle vite non più degne di essere vissute”*. In questo saggio si auspicava la soppressione di tutte quelle vite che, secondo gli autori, davano luogo a sofferenze ai parenti ed erano un danno economico per lo Stato. Il programma eugenetico nazista iniziò a prendere corpo con l'emanazione di due leggi: la prima, del 1933, che riguardava la prevenzione delle nascite di persone affette da malattie ereditarie, mentre la seconda, emanata due anni dopo, era intitolata *“La salvaguardia della salute ereditaria del popolo tedesco”*, con la quale si legittimava l'aborto nel caso in cui, uno dei genitori fosse portatore di malattie ereditarie. Contemporaneamente venne innescata un'importante campagna pubblicitaria che mirava a convincere il popolo tedesco dell'opportunità sociale e dell'intrinseca bontà delle pratiche eugenetiche.

<sup>274</sup> E. SGREGGIA e M. L. DI PIETRO, op. cit., p. 21.

<sup>275</sup> E. SGREGGIA e M. L. DI PIETRO, op. cit., p. 23.

Il primo vero provvedimento eutanasi venne emanato alla fine del 1939. Tramite questo documento, venne data copertura giuridica allo sterminio di tutti i soggetti ritenuti malati gravi e minorati psichici.<sup>276</sup>

Solo negli ultimi anni, il dibattito sull'eutanasia ha ripreso vigore. Ma con l'evoluzione storico-sociale, il concetto di eutanasia è mutato, identificando attualmente l'istituto al quale ricorrono pazienti affetti da grave malattie incurabili, o ai quali sono state diagnosticate patologie caratterizzate da una sintomatologia particolarmente dolorosa, per la quale non sussistono speranze di recupero.

Attualmente, non possiamo dire di aver stabilito una nozione che identifichi unanimemente il concetto di eutanasia, si tratta di un principio troppo generico, idoneo ad abbracciare fenomeni molto diversi tra loro. La definizione abbracciata dalla dottrina maggioritaria, vede l'eutanasia come *“un comportamento attivo od omissivo da parte di un soggetto, il quale può essere un familiare, un medico o un infermiere, e finalizzato a una morte indolore di un altro soggetto, il paziente, assecondandone la sua volontà espressa e consapevole, data contestualmente o anticipatamente, per liberarlo a seguito di grave malattia irreversibile, senza presenza di guarigione, da insopportabili sofferenze o per aiutarlo a porre fine a una vita ritenuta non più dignitosa”*<sup>277</sup>.

Per mezzo di tale definizione potremmo escludere, dal novero degli atti riconducibili a questo concetto, le varie tipologie dell'eutanasia così detta collettivistica, che numerosi autori continuano a far rientrare nella concezione generale di eutanasia. La definizione, di cui sopra, si riferisce, più propriamente, alle sole ipotesi riguardanti la cosiddetta eutanasia individualistica.

Prima di stabilire quali siano i parametri entro i quali vengano identificate le varie tipologie di eutanasia, è necessario eliminare tutte le ipotesi in cui tale concetto non può essere applicato. Ci si riferisce, in particolar modo, ai casi di morte cerebrale.

L'art. 1 della Legge, 29 dicembre 1993, n° 578, recante *“Norme per l'accertamento e la dichiarazione di morte”*, stabilisce che la morte cerebrale *“si identifica con la cessazione irrevocabile di tutte le funzioni dell'encefalo”*<sup>278</sup>.

L'uccisione indolore, posta in essere per un sentimento di compassione, a causa del particolare stato in cui versa la vittima, ovvero, la cosiddetta eutanasia pietosa, abbraccia, secondo l'opinione maggioritaria, tre tipologie di condotte che portano all'evento morte: quella attiva, quella passiva e quella indiretta<sup>279</sup>.

In base alle conclusioni, riportate da Alberto Giusti, consigliere della Corte di Cassazione, nella sua relazione sull'incontro di studio di bioetica del Consiglio Superiore della Magistratura, svoltosi a Roma nel maggio 2008, l'eutanasia attiva *“ricomprende le ipotesi di soppressione della vita di una persona attraverso una condotta commisiva, posta in essere da famigliari o conoscenti, oppure dal medico che ha in cura il paziente”*<sup>280</sup>. I presupposti attraverso i quali la condotta del terzo viene fatta ricadere all'interno di questa ipotesi sono: la necessaria condizione di sofferenza del malato, che normalmente avviene nelle fasi terminali della malattia, e le motivazioni che hanno portato alla commissione dell'omicidio, ovvero, la pietà nei confronti del soggetto malato.

---

<sup>276</sup> A. PORCARELLI, op. cit. Il programma, denominato “Aktion T 4”, venne abbandonato ufficialmente, ma non ufficialmente, nel 1941 a causa di una forte opposizione interna.

<sup>277</sup> L. A'AVACK, *Eutanasia, Il Diritto, Enc. Giur.*, Il Sole 24 ore, 2007, p. 264.

<sup>278</sup> Più in particolare, la presenza della morte è accertata quando si riscontra la presenza contemporanea delle seguenti condizioni: 1) stato di incoscienza, 2) assenza di riflessi del tronco encefalico e di respiro spontaneo, 3) silenzio elettrico cerebrale documentato dall'encefalogramma, 4) in particolari circostanze, è richiesto di verificare la presenza di flusso ematico cerebrale. Per encefalo si intende l'insieme degli emisferi cerebrali e del tronco encefalico, i primi sono fattori determinanti nel determinare lo stato di coscienza, il secondo controlla le funzioni vegetative. In altre parole, la morte cerebrale viene accertata quando scompaiono i segni dell'encefalo nel suo complesso.

<sup>279</sup> C. TRIPODINA, *Il Diritto nell'Età della Tecnica, il caso dell'eutanasia*, Ed. Novene, 2004, p. 28.

<sup>280</sup> Incontro di studio *“Biomedicina, etica e tutela civile”*, maggio 2008, relatore A. Giusti, p. 4.



Ci si riferisce, invece, attraverso il concetto di eutanasia passiva, alla rinuncia, da parte del paziente, a intraprendere un trattamento sanitario salvifico, o all'eventuale sospensione di un trattamento terapeutico già in atto<sup>281</sup>.

Mentre, per ciò che riguarda l'eutanasia indiretta, essa viene identificata con la cosiddetta terapia del dolore. In questa ipotesi, l'esito mortale è la conseguenza secondaria della somministrazione di medicine o l'attivazione di misure terapeutiche orientate a lenire la sofferenza<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> Incontro di studio, p. 5.

<sup>282</sup> Incontro di studio, p. 12.

## EUTANASIA ATTIVA E PASSIVA A CONFRONTO

Tra gli studiosi di bioetica, la differenza, almeno dal punto di vista etico, tra condotta omissiva e commissiva, si assottiglia notevolmente. Non si riscontra nessuna differenza morale tra l'agire e l'omettere, tra somministrare la dose letale e non attivare, o interrompere, misure di sostegno vitale. Entrambe le condotte, infatti, portano alla morte del soggetto<sup>283</sup>. Anche la dottrina, per lungo tempo, non si è curata di distinguere la natura della condotta posta in essere dal sanitario. L'individuazione di tale differenza era ritenuta inutile. Il medico era ritenuto garante della salvezza dell'ammalato e, pertanto, avrebbe dovuto rispondere di omicidio, quale che fosse la condotta e il momento in cui si verificava l'interruzione dell'intervento diretto a porre in salvo il bene minacciato<sup>284</sup>.

La distinzione permane, ed è importantissima, a livello giuridico. La differenza tra eutanasia attiva e passiva incontra un diverso giudizio sia a livello sociale, che in un eventuale giudizio di liceità. La separazione, dal punto di vista giuridico, tra condotta commissiva e omissiva, venne inizialmente sviluppata dai giuristi tedeschi, i quali evidenziavano una diversa qualificazione, non solo giuridica, ma anche morale della condotta del medico, relativa al differente apporto causale nella produzione dell'evento<sup>285</sup>. Sulla base di queste considerazioni si ritiene che, la morte, nell'eutanasia attiva, sia la diretta conseguenza della condotta del medico, mentre, in quella passiva, sia l'esito infausto della malattia di cui il medico non ha impedito l'evolversi.

Nella corso della storia, la distinzione tra "uccidere" e "lasciar morire" è stata, da un punto di vista tecnico, di facile accertamento, data la povertà dei mezzi con cui i sanitari potevano contrastare il processo mortale. Con il sopraggiungere della tecnologia la linea di demarcazione, tra eutanasia attiva e passiva, è andata mano a mano assottigliandosi, portando alla luce casi di difficile interpretazione, dove *"il lasciar accadere altro non è che una forma del fare: si tratta, cioè, di un modo diverso di ottenere certi effetti utilizzando il corso naturale, conosciuto, invece dell'intervento umano"*<sup>286</sup>. Si può osservare come, nella moderna pratica medica, nella quale si riscontra uno sviluppo progressivo dell'ospedalizzazione e dei trattamenti artificiali, volti a prolungare la fase finale della vita, il semplice astenersi dal fare, che in questo particolare caso si sostanzia nel "non curare", richiede molto spesso un quid pluris, ovvero, che l'agente faccia qualcosa, compia un'azione<sup>287</sup>.

Fu la dottrina tedesca, che per prima, equiparò tali azioni ad un'omissione, elaborando la categoria della "Unterlassung durch Tun", ovvero "omissione mediante azione", dove la condotta è ritenuta omissiva nel senso che l'omissione è realizzata mediante un'azione<sup>288</sup>.

Ma questa dottrina non ci permette di identificare la tipologia di condotta di alcuni atti, posti in essere dal sanitario, come l'astensione o la disattivazione di un sostegno vitale, che pur presupponendo un'omissione, e rientrando, perciò, nella generale definizione di eutanasia passiva, si sostanziano in un'azione; ad esempio, il distacco dal respiratore artificiale, nel caso Welby, o dal sondino nasogastrico, che permetteva l'alimentazione e l'idratazione artificiale, nel caso Englaro<sup>289</sup>. Parte della dottrina ha sostenuto come le difficoltà, nello stabilire la natura della condotta del sanitario, risieda, anche, nella circostanza che il paziente, con la sua domanda incessante di aiuto, richiede al medico, non solo l'omissione di un comportamento, ma anche la contestuale attivazione di una terapia di analogo-sedazione che configura, necessariamente, una condotta commissiva<sup>290</sup>. L'identificazione risulta, però, essere molto importante per l'individuazione del diverso regime giuridico a cui può essere sottoposta la condotta del medico.

<sup>283</sup> L. D'AVACK, op. cit.

<sup>284</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 573.

<sup>285</sup> M. B. MAGRO, op. cit., p. 134.

<sup>286</sup> M. MORI, *L'etica della Qualità della Vita e la Natura Bioetica*, in Riv. Fil., 2001.

<sup>287</sup> C. CUPELLI, *La Disattivazione di un Sostegno Artificiale tra Agire ed Omettere*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2009.

<sup>288</sup> M. B. MAGRO, op. cit., p.153.

<sup>289</sup> C. TRIPODINA, op. cit., p. 37.

<sup>290</sup> L. D'AVACK, op. cit.

Infatti, l'eutanasia attiva, facilmente identificabile, è unanimemente ritenuta contraria ai principi del nostro ordinamento, in quanto contrastante *“con i principi di salvaguardia della vita e del consenso e altresì con i principi della dignità umana e della pari dignità dei soggetti umani, portatori tutti di un diritto alla propria morte e cioè ad essere rispettati nel vivere il proprio morire”*<sup>291</sup> e, perciò, vietata e generalmente punita sulla base degli artt. 579 c.p. e 580 c.p., rispettivamente rubricati *“omicidio del consenziente”* e *“istigazione o aiuto al suicidio”*<sup>292</sup>, di cui parleremo ampiamente nei paragrafi seguenti. L'eutanasia passiva è, invece, secondo l'opinione maggioritaria, ritenuta lecita. La responsabilità penale del sanitario viene esclusa sulla base del riconoscimento del diritto a rifiutare il trattamento medico, con riferimento anche ai trattamenti di sostegno vitale<sup>293</sup>. Si ricorda, in proposito, come il diritto alla salute non possa essere oggetto di alcuna imposizione autoritativo-coattiva<sup>294</sup>.

Le difficoltà sussistenti nella determinazione della tipologia di condotta assunta dal sanitario, nei casi di interruzione di un trattamento sanitario salvifico, può ingenerare l'erroneo convincimento di trovarsi dinanzi ad un caso di eutanasia attiva, anziché la più corretta assimilazione, dell'atto di sospensione delle cure, alla categoria dei reati omissivi.

La stessa giurisprudenza è più volte caduta in errore, escludendo, nel caso di distacco dal respiratore artificiale, che il medico si limitasse *“a non proseguire la terapia in ottemperanza della volontà espressa dal paziente, ponendo in essere una condotta semplicemente omissiva”*. Anzi, ravvisa nell'atto del distacco del respiratore *“una innegabile condotta interventista, che non può essere assimilata, e non solo dal punto di vista naturalistico, alla condotta, essa sì, omissiva del medico che si limita a non iniziare una terapia non voluta dal paziente”*<sup>295</sup>. Questa stessa giurisprudenza ritiene che, la natura commissiva della condotta, possa essere riscontrata dal nesso di causalità sussistente tra azione ed evento. E', infatti, innegabile che il decesso del paziente, in quel giorno e a quell'ora, non si sarebbe verificato se non fosse intervenuta l'azione del sanitario<sup>296</sup>. Si è giustamente osservato come, la sospensione di un trattamento sanitario in itinere, possa essere qualificato come *“omissione dell'ulteriore trattamento”*. Inoltre, la prevalenza per la natura normativa della condotta farebbe propendere per l'assimilazione dell'interruzione di un trattamento sanitario, alla condotta omissiva. Conclusione avvalorata anche da recenti letture, per le quali avrebbe natura commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio, poi effettivamente concretizzatosi, mentre, avrebbe natura omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente. Nel caso specifico, l'evento mortale, sopravvenuto a causa della sospensione di un trattamento sanitario, risalirebbe ad un fattore di rischio già presente nel quadro clinico del paziente e, perciò, la sua condotta sarebbe ascrivibile alla categoria delle omissioni.

---

<sup>291</sup> A. GUARNERI, op. cit., p. 1708.

<sup>292</sup> In base a un'ulteriore suddivisione dell'eutanasia attiva, in consensuale e non consensuale, una parte della dottrina ritiene configurabile, per quest'ultima ipotesi, la fattispecie dell'omicidio volontario, ex art. 575 c.p.

<sup>293</sup> Si ricorda come una parte minoritaria della dottrina ritenga come il diritto fondamentale del soggetto a rifiutare il trattamento medico trovi un limite nelle superiori esigenze di salvaguardia della vita umana, concepita come il valore supremo del nostro ordinamento, e per ciò, ritenga configurabile, in queste ipotesi, i delitti di cui agli artt. 579 c.p. e 580 c.p.

<sup>294</sup> V. MAGNINI, *Stato Vegetativo Permanente e Interruzione dell'Alimentazione Artificiale: Profili Penalistici*, in *Cass. Pen.*, 2006.

<sup>295</sup> Trib. Roma, ord. 7 giugno 2007.

<sup>296</sup> Questa è una delle argomentazioni che il Gip, del caso Welby, ha portato a sostegno della sua decisione di incriminare coattivamente il Dot. Riccio per il reato di omicidio del consenziente, ex art. 579 c.p.

## LA CONDOTTA OMISSIVA DEL SANITARIO

Una volta assimilata la condotta del sanitario all'interno della categoria delle omissioni, è facilmente inquadrabile all'interno della sottocategoria dei reati omissivi impropri. Infatti, mentre il reato omissivo proprio consiste nel mancato compimento di un'azione che la legge penale comanda di realizzare, il reato omissivo improprio si sostanzia nella violazione dell'obbligo di impedire il verificarsi di un evento<sup>297</sup>

La figura del reato omissivo improprio nasce alla fine del 1800. Inizialmente, una risoluta spinta all'estensione dei reati omissivi avviene con l'avvento dei regimi totalitari, i quali moltiplicano i doveri di obbedienza del cittadino verso lo Stato e la comunità<sup>298</sup>. In seguito, tale ampliamento si deve allo stimolo delle nuove tendenze solidaristiche, di cui lo stesso Stato si fa carico mediante l'assunzione di funzioni interventistiche. L'affermazione del principio solidaristico comporta, non più solamente l'astensione dal compiere azioni lesive, ma l'obbligo di intervenire attivandosi per la salvaguardia di beni altrui posti in pericolo. Tali obblighi, in capo a soggetti che rivestivano un ruolo particolare nell'attività socio-economica, erano sanzionati penalmente<sup>299</sup>.

Il reato omissivo improprio contravviene all'obbligo di impedire un evento lesivo. Il codice penale italiano, evitando di tipicizzare queste fattispecie d'illecito, si limita a disciplinare questa particolare figura di reato nella parte generale, tramite la previsione di una cosiddetta "clausola di equivalenza", disciplinata dall'art. 40, 2° comma c.p., il quale recita "*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*".

L'accresciuta rilevanza nella prassi, del reato omissivo, ha stimolato il progressivo distacco dai vecchi paradigmi a base essenzialmente naturalistica. Storicamente, lo studio del reato omissivo era plasmato su quello del reato commissivo. Con il riconoscimento della natura normativa dell'omissione sono stati rigettati gli sforzi, compiuti in passato dalla dottrina, per l'individuazione di una definizione unitaria di azione, la quale comprendesse sia la condotta commissiva, che quella omissiva.

Attualmente la dottrina è unanime nel ritenere che l'innesto della norma, di cui all'art. 40, 2° comma, c.p., su quelle di parte speciale, che prevedono una fattispecie commissiva, dia luogo ad un'autonoma fattispecie di reato, la quale, incriminando l'inosservanza dell'obbligo di impedire l'evento, deve necessariamente basarsi su di una norma di comando<sup>300</sup>.

Nella trattazione di questa tesi, abbiamo già avuto modo di prendere in considerazione l'art. 40 c.p., è qui però necessario analizzarlo ulteriormente, per poter capire, in quali casi, la clausola di equivalenza, espressa per l'appunto dal suddetto articolo, possa essere applicata.

La dottrina tradizionale ritiene la norma in esame applicabile ai soli reati di evento. Tale considerazione è frutto di un'attenta analisi sulla scelta, compiuta dal legislatore, di inserire l'art. 40 c.p. nella rubrica del "*rapporto di causalità*". Conseguentemente, la dottrina ha identificato, la scelta operata dal legislatore, alla stregua di una specifica delimitazione dell'ambito di operatività della norma, la quale, trova il suo campo d'azione nei casi in cui affiora il problema del nesso causale tra condotta ed evento lesivo. E' necessaria un'ulteriore delimitazione, ovvero, non è possibile applicare la clausola di equivalenza ai reati di evento caratterizzati da elementi strutturali che possono accedere soltanto ad una condotta positiva. A fronte di ciò, l'ambito di applicazione che residua è quello dei reati causali puri, ovvero, di quei reati la cui carica di disvalore si concentra tutta nella produzione del risultato lesivo. In altre parole, l'assimilazione tra agire ed omettere si verificherebbe solo nelle ipotesi in cui la fattispecie incriminatrice è causalmente orientata<sup>301</sup>, ovvero, nelle uniche ipotesi in cui l'azione positiva è descritta mediante il solo riferimento della sua

<sup>297</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., pp. 541-542.

<sup>298</sup> I. LEONCINI, *Reato Omissivo*, in *Il Diritto, Enc. Giur.*, vol. 13, Ed. Il sole 24 ore, 2007, p. 33

<sup>299</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 538.

<sup>300</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 547.

<sup>301</sup> I. LEONCINI, op. cit., p. 36.

portata causale verso un evento naturalistico<sup>302</sup>. Secondo la dottrina maggioritaria, i reati omissivi impropri riguarderebbero unicamente le fattispecie penali finalizzate alla protezione della persona umana sia come singola, sia come membro di una collettività, contro le aggressioni ai beni della vita e dell'integrità fisica<sup>303</sup>.

Per poter attribuire all'omittente la responsabilità per l'evento è necessario, oltre all'individuazione in astratto della condotta omissiva tipica, dimostrare che esiste una connessione tra l'evento stesso e la condotta omissiva. La dottrina dominante ha giustamente sottolineato come non possa essere riscontrato il medesimo rapporto di causalità esistente nei reati commissivi. Difatti, non è possibile, nei reati omissivi impropri, stabilire un nesso di derivazione tra dati reali, ovvero, tra l'azione, intesa come dispiegamento di energia, e il risultato finale, come avviene, per l'appunto, nei reati commissivi.

Nelle fattispecie omissive è necessario emettere un giudizio sulla base del modello della sussunzione sotto leggi. Ci si basa su termini probabilistici, sulla miglior scienza ed esperienza<sup>304</sup>, per verificare se, e in che modo, l'eventuale compimento di un'azione dovuta avrebbe inciso sul corso degli accadimenti e, in particolare, se sarebbe valsa ad evitare la verifica dell'evento lesivo<sup>305</sup>. Nel processo prognostico del giudice, l'omissione risulta essere la condicio sine qua non l'evento non si sarebbe verificato, ovvero, l'omissione è causa dell'evento quando non può essere mentalmente sostituita dall'azione doverosa, senza che l'evento venga meno<sup>306</sup>.

Oltre al nesso causale tra l'omissione e l'evento, è necessario, per l'accertamento di una fattispecie omissiva impropria, che l'omissione consista nella violazione di un obbligo giuridico di impedire l'evento. Secondo la teoria formale, di stampo liberale classico, sarebbe sufficiente, per giustificare la responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, la previsione dell'obbligo di agire da parte di un atto dotato del carattere della giuridicità formale, in altre parole, le situazioni d'obbligo in capo a determinati soggetti devono risultare da fonti formalmente qualificate, quali la legge, il contratto oppure, come viene espressamente riconosciuto in Spagna, da un'attività pericolosa precedente<sup>307</sup>. La contrapposta concezione di stampo sostanzialistico, cosiddetta teoria funzionale, muove dalla considerazione che, per riscontrare una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, sia necessario che l'ordinamento abbia deciso di munire determinati beni giuridici di una tutela, per così dire, rafforzata. In altre parole, l'applicazione del principio di equivalenza, tra omissione non impeditiva e azione causale, presuppone una posizione di garanzia nei confronti del bene protetto<sup>308</sup>. Tale posizione si sostanzia in uno speciale ruolo attribuito a taluni soggetti, diversi

---

<sup>302</sup> A. CADOPPI e M. ZANOTTI, *Il Reato Omissivo*, in *Introduzione al Sistema Penale*, vol. II, Ed. Giappichelli, p. 82.

<sup>303</sup> In questo senso G. FIANDACA, il quale esclude l'applicabilità dell'art. 40 c.p. ai reati patrimoniali. Egli porta ad esempio il reato di truffa, ex art. 640 c.p., nel quale l'evento costitutivo del reato è rappresentato dall'induzione in errore che deve avvenire mediante artifici o raggiri, ovvero secondo modalità comportamentali che presuppongono un effettivo attivarsi diretto ad ingannare la vittima, respingendo l'orientamento giurisprudenziale secondo cui anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze, da chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere, costituisce raggio ai fini della configurabilità del reato di truffa. Op. cit., p. 550. In senso contrario, ovvero a favore della realizzabilità omissiva dei reati di stampo patrimoniale, A. CADOPPI e M. ZANOTTI, i quali, ritenendo sensata l'equiparazione tra agire ed omettere solo nelle ipotesi in cui l'evento naturalistico entra all'interno del tipo, identificano il dominio naturale di azione dell'art. 40 c.p. nei reati ad evento naturalistico, i cosiddetti reati materiali. Op. cit., p. 80.

<sup>304</sup> A. CADOPPI e M. ZANOTTI, op. cit., p. 83.

<sup>305</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 554.

<sup>306</sup> Per molti anni la giurisprudenza ha utilizzato, per determinare la responsabilità penale del sanitario, dei criteri statistico-probabilistici molto rigidi, accertando la causalità omissiva anche nelle ipotesi in cui le probabilità di riuscita di un intervento fossero molto basse (sotto il 30 %).

<sup>307</sup> A. CADOPPI e M. ZANOTTI, op. cit., p. 83. La tesi formale è stata fortemente criticata. Si sottolinea l'incapacità di questa ricostruzione di individuare dei reali obblighi impeditivi, col conseguente rischio di far derivare una responsabilità per l'omesso impedimento dell'evento da qualsiasi obbligo sancito dalla legge penale, nonché l'automatica conversione della responsabilità extrapenale in penale, senza per altro giustificare, in modo soddisfacente, tale equiparazione. Ulteriori critiche sono state mosse sull'incapacità di rinvenire soluzioni appaganti nelle ipotesi di obblighi derivanti da contratto, qualora questo fosse invalido o venisse riscontrato l'inadempimento dell'obbligazione. I. LEONCINI, op. cit., pp. 37-38.

<sup>308</sup> I. LEONCINI, op. cit., p. 38.

dai titolari del bene da proteggere, ritenuti incapaci, dall'ordinamento giuridico, di apprestare un'adeguata tutela ai beni in considerazione<sup>309</sup>.

Il particolare vincolo fattuale di dipendenza, sussistente tra il garante e il bene affidatogli, renderebbe l'omissione causale rispetto all'evento, giustificando così l'equivalenza normativa tra agire ed omettere.

Il soggetto garante è titolare di un complesso di poteri impeditivi, di vigilanza e d'intervento sulla situazione di pericolo per il bene tutelato. Tale potere non consiste, però, nella sola possibilità di impedire l'evento lesivo, infatti, non è sufficiente che il soggetto garante sia nella possibilità materiale di impedire l'evento, intervenendo sul decorso causale instaurato da forze naturali o dalla condotta di terzi. E' necessario, per giustificare l'equivalenza normativa tra una condotta commissiva e una omissiva, che il potere d'impedimento abbia natura giuridica.

E' indubbio, com'è stato inizialmente sottolineato, come la condotta del sanitario, il quale interrompe un trattamento sanitario, sia ascrivibile alla categoria dei reati omissivi impropri.

La dottrina tedesca sottolinea come *“allo stesso modo in cui il medico omette quando interrompe le misure di rianimazione iniziate con movimenti di massaggio, così si ha solo omissione allorquando egli interrompe, su di un piano tecnologicamente più elevato, il lavoro di una macchina”*<sup>310</sup>.

E' nota la tendenziale preferenza che la giurisprudenza italiana ha dimostrato per la concezione formale dell'obbligo di garanzia. Muovendo dal principio per cui una responsabilità penale è configurabile solo in quanto possa rintracciarsi, nell'ordinamento giuridico, una specifica disposizione normativa che qualifichi un dato soggetto come garante dell'evento da scongiurare<sup>311</sup>.

Una recente lettura della dottrina più moderna, si fonda sulla valorizzazione del profilo normativo della condotta, incentrato sul senso sociale dell'interruzione o della sospensione. E cioè: a fronte di una condotta che si sostanzia nel distacco, da parte del medico, del macchinario che prolunga artificialmente la vita del paziente, naturalisticamente considerata attiva, il significato normativo del comportamento del sanitario, da rapportare al diritto costituzionalmente riconosciuto all'art. 32 Cost. di rifiutare trattamenti medici indesiderati, va ricostruito non già in riferimento al singolo atto di disattivazione, quanto più al processo in cui si inquadra e che ad esso dà significato<sup>312</sup>. Dal punto di vista bioetico, si può dire che il medico, interrompendo le terapie, disattivando il sostegno vitale, non cagiona positivamente la morte del soggetto, ma cessa di opporsi al processo patologico che conduce il paziente alla naturale conclusione della vita.

Come abbiamo già avuto modo di constatare, la responsabilità per omesso impedimento dell'evento, deve basarsi sull'individuazione di una posizione di garanzia, ovvero, di un obbligo giuridico di attivarsi, rilevante ex art. 40, 2° comma, c.p., ma abbiamo già sottolineato come le affermazioni della dottrina cattolica<sup>313</sup>, la quale riconosce un potere di signoria del medico sul paziente, investendolo del potere di attivarsi, imponendo trattamenti sanitari salvifici anche esplicitamente rifiutati dal paziente, non possano essere accolte. Non trova più riscontro, infatti, l'affermazione per cui il medico è tenuto ad adempiere *“al dovere non solo morale, ma anche giuridico di praticare, sempre e comunque, tutte le cure necessarie per salvaguardare la vita del paziente”*<sup>314</sup>.

Abbiamo già evidenziato come, negli ultimi anni, l'evoluzione dottrinale prima, e giurisprudenziale poi, è approdata alla conclusione che, il dovere del sanitario di prolungare la vita del paziente non

<sup>309</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 564.

<sup>310</sup> ESER, *Possibilità e Limiti dell'Eutanasia dal Punto di Vista Giuridico*, in *Vivere:Diritto o Dovere?*, a cura di Stortoni, Ed. L'editore, 1992, p.82.

<sup>311</sup> F. GIUNTA, *Responsabilità Penale del Medico*, in *Il Diritto, Enc. Giur.*, vol. 9, Ed. Il sole 24 ore, 2007, p. 531.

<sup>312</sup> C. CUPELLI, op. cit.

<sup>313</sup> Dottrina avvalorata dalla giurisprudenza degli anni '90, la quale riteneva sussistente la responsabilità penale del medico, a titolo di omicidio, anche quando, pur verificandosi l'evento morte, la condotta del sanitario, che *“dolosamente avesse impedito il verificarsi dell'evento”* (Cass. pen., 26 settembre 1990), avesse determinato l'anticipazione dell'evento letale. Anche sulla base di queste conclusioni era derivato il mantenimento della scelta di natura interventiva da parte dei medici, improntata sul *“fare tutto ciò che è possibile per il paziente”*.

<sup>314</sup> F. VIGANO', *Dovere di Cura e Rispetto per la Morte*, 2008.

sia illimitato, ma al contrario, debba essere circoscritto dalla volontà cosciente e consapevole del paziente che rifiuta la somministrazione di cure.

La contraria volontà del paziente alla terapia è l'espressione della compiuta autodeterminazione nelle scelte mediche. Tale dissenso rappresenta una barriera, un limite, al dovere di cura del medico. Con ciò, è necessario precisare che la posizione di garanzia del sanitario non si estinguerebbe a seguito del rifiuto di cure, ma verrebbe modificata incisivamente nel suo contenuto. Il sanitario non sarebbe più solamente garante della salute del paziente, ma si innalzerebbe a garante della libertà morale del soggetto malato. In capo al medico verrebbe riscontrato un dovere di assecondare la volontà del paziente<sup>315</sup>; egli, dopo aver esperito i necessari tentativi di persuasione, informato accuratamente il soggetto delle conseguenze della sua decisione e avergli assicurato sostegno morale, psicologico e cure in senso lato, dovrebbe adottare le procedure più idonee all'interruzione del trattamento sanitario indesiderato<sup>316</sup>.

Se il fondamento dell'omissione, penalmente rilevante, risiede nell'esistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento, ex art. 40, 2° comma, c.p., il rifiuto consapevole e volontario da parte del paziente, capace d'intendere e volere, delle terapie di sostegno vitale, costituendo espressione del diritto costituzionalmente garantito, dagli artt. 13 Cost. e 32, 2° comma, Cost., di lasciarsi morire, fa venir meno l'obbligo di agire del medico e, quindi, il suo obbligo di garanzia di proseguire quei trattamenti finalizzati ad impedirne la morte, con conseguente liceità dell'interruzione delle cure<sup>317</sup>. Accogliendo questa nuova visione della posizione di garanzia rivestita dal medico, si eliderebbe la stessa tipicità del fatto, escludendo, in tal modo, la punibilità nelle ipotesi di omissione impeditiva dell'evento. L'interruzione, o la sospensione, di trattamenti sanitari non più voluti dal paziente rientrerebbe, perciò, tra i doveri del medico, nella nuova dimensione assunta dalla sua posizione di garanzia.

Accettando questa nuova soluzione, per la quale il consenso del paziente agisce già a livello di tipicità della fattispecie di reato e, conseguentemente, considerando il medico non responsabile penalmente per la disattivazione di un trattamento salvifico, in quanto la sua condotta risulterebbe atipica, potrebbero essere superate le obiezioni mosse dalla dottrina riguardanti la causa di giustificazione dell'adempimento del dovere.

Infatti, è stato giustamente osservato che non sussiste nessuna norma giuridica che ponga, in capo al medico, il dovere di intervenire per interrompere il trattamento sanitario non più consentito. In questo modo, risulterebbe dubbia l'applicazione dell'art. 51 c.p., il quale prevede esplicitamente che la punibilità è esclusa qualora l'adempimento del dovere derivi da *“una norma giuridica o da un ordine legittimo della Pubblica Autorità”*. Inoltre, verrebbe sgravato da un compito disagevole, il giudice che, trovandosi nella condizione di doversi pronunciare sulla responsabilità del sanitario per la sua condotta omissiva, fosse costretto, per l'applicazione della suddetta scriminante, ad operare un giudizio di bilanciamento tra interessi configgenti e costituzionalmente tutelati<sup>318</sup>.

In ultima istanza, è necessario sottolineare come, il reale problema dell'accertamento della responsabilità penale per omissione, debba ricadere sull'abbandono di cure dovute.

Come abbiamo più volte ribadito, l'omissione penalmente rilevante è il non fare qualcosa che si è tenuti a fare, che si è obbligati a fare. Il confine tra accanimento terapeutico e abbandono di cure dovute è molto labile. L'accanimento è stato definito come tutto ciò che consiste nella prestazione di cure che sicuramente non hanno più nessuna efficacia in ordine alla sopravvivenza del soggetto, sono trattamenti medici che il paziente non è tenuto ad accettare, nemmeno a livello morale, e che conseguentemente, il medico non è tenuto a prestare. Ciò non toglie, che sussistano una serie di atti

---

<sup>315</sup> F. GIUNTA, op. cit.

<sup>316</sup> C. CUPELLI, op. cit.

<sup>317</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale, I Delitti contro la Persona*, vol. II, Ed. Zanichelli, 2007, p. 38.

<sup>318</sup> C. CUPELLI, *Il Diritto del Paziente (di rifiutare) e il Dovere del Medico (di non perseverare)*, nota a Uff. Indagini Preliminari, Roma sez. V, 17/10/2007, n. 2049.

medici, cure minime, che il sanitario ha il dovere di eseguire<sup>319</sup>. Lo scopo della medicina, non è solo quello di guarire o di procrastinare il più possibile la morte, ma anche di alleviare le sofferenze del malato, di aiutarlo “nel morire”<sup>320</sup>. In questo senso, l’attività medica è tesa a rendere tollerabile la vita residua del malato.

L’abbandono di tale sostentamento è frutto di una scelta volontaria del sanitario. Solo in questo caso può essere, e deve essere, riscontrata un’omissione penalmente rilevante.

---

<sup>319</sup> F. GUSTAPANE, *Eutanasia e Diritto Penale*, in *Eutanasia e Diritto alla Vita*, a cura di A. Tarantino e M. L. Tarantino, Ed. Del Grifo, 1994, p. 140.

<sup>320</sup> M. BARNI, *Diritti-Doveri, Responsabilità del Medico, dalla bioetica al biodiritto*, Ed. Giuffrè, 1999, p. 210.



## L'EUTANASIA E' UN REATO?

Il nostro complesso di disposizioni, leggi e regolamenti, non contempla un illecito, sia esso di natura penale, civile o amministrativo, che prevede l'eutanasia. Nessuna legge la definisce, ovvero, prende in considerazione espressamente il fenomeno, tenendo conto delle circostanze e dei moventi, né prevede delle sanzioni per la sua commissione. Solo il Legislatore ha la competenza necessaria alla regolamentazione del fenomeno. Il giurista deve limitarsi alla possibile segnalazione dei settori d'intervento.

Nelle tematiche eutanasiche, il diritto penale si trova direttamente a contatto con le scelte, effettuate dall'ordinamento, in merito alla tutela della vita. *“Poiché il problema dell'eutanasia pietosa è il problema di un possibile limite alla tutela della vita, è chiaro che al diritto penale spetta la funzione di una presa d'atto delle scelte effettuate al riguardo, che può variare per incisività, ma che non può essere del tutto autonoma. Ne consegue che al sapere specifico del penalista si può attingere soprattutto per configurare possibili modelli differenziati di tutela della vita”*<sup>321</sup>.

Dato che, nel nostro ordinamento, la tutela della vita è assicurata da un articolato insieme di norme che prevedono varie fattispecie di omicidio, si suole condannare, e conseguentemente punire, la condotta, se così si può dire, eutanastica del sanitario, o del terzo, attraverso la rubricazione omicidiaria del reato<sup>322</sup>. Non potrebbe essere altrimenti, considerando l'indiscusso insegnamento della nostra dottrina, per la quale il reato di omicidio presuppone solo la vita della vittima, non, invece, la sua attitudine a vivere<sup>323</sup>.

Come abbiamo già avuto modo di sottolineare precedentemente, l'eutanasia passiva è unanimemente ammessa e, conseguentemente, ritenuta lecita. Per ciò che concerne, invece, l'eutanasia attiva, essa viene normalmente distinta tra non consensuale e consensuale. La prima viene, correttamente, fatta rientrare nella fattispecie di omicidio volontario, ex art. 575 c.p., mentre, le condotte eutanasiche, basate su una precedente richiesta o un precedente consenso del soggetto, sono comunemente individuate all'interno delle fattispecie di reato di cui agli artt. 579 c.p. e 580 c.p., rispettivamente rubricate “omicidio del consenziente” e “istigazione o aiuto al suicidio”. Qui di seguito, non mi soffermerò sull'analisi del reato di omicidio volontario, a cui, in ogni caso, verrà fatto più volte riferimento, ma, limiterò il mio studio, alle condotte rilevanti per gli artt. 579 c.p. e 580 c.p., ovvero ai reati che comunemente vengono presi in considerazione nelle ipotesi in cui ci si trovi dinanzi ad una vera e propria condotta eutanastica, la condotta di chi pone fine alle sofferenze del soggetto dietro sua richiesta.

---

<sup>321</sup> F. GIUNTA, op. cit.

<sup>322</sup> Quest'affermazione è avvalorata da autorevole dottrina e giurisprudenza, le quali negano l'applicabilità della circostanza attenuante, di cui all'art. 62, n°1, c.p., dell'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale, argomentando sull'insufficienza della generale apprezzabilità e positiva valutabilità, sia da un punto di vista etico che morale, delle motivazioni che hanno spinto il soggetto a compiere il reato. I motivi considerati dall'art. 62, n°1, c.p., devono corrispondere a finalità, principi e criteri che ricevono l'incondizionata approvazione della società in quel determinato momento storico, tanto da sminuire l'antisocialità dell'azione criminale e riscuotere il generale consenso della collettività. M. BARNI, op. cit., p.211.

<sup>323</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, a cura di L. Conti, vol. I, Ed. Giuffrè, 1994, p. 43.

## ART. 579 C.P., OMICIDIO DEL CONSENZIENTE

L'assetto legislativo disegnato dal codice Zanardelli, in merito alla tutela della vita, era segnato da una eccessiva severità. Si assisteva, difatti, ad una totale riconduzione, nell'ambito di un'unica e indifferenziata fattispecie, di tutte le ipotesi di omicidio doloso.

Durante la vigenza di questo codice, autorevole dottrina, sull'onda del dibattito riguardante la difesa del bene vita, sostenne la sua opinione favorevole alla disponibilità di detto bene. In particolare, alcuni autori sostenevano la non punibilità dell'omicidio, cosiddetto consensuale, ravvisandovi il fondamento nella mancanza di movente antisociale. Questa dottrina sosteneva che, chi uccide altri a seguito di una sua domanda, è animato da motivi legittimi e sociali, e non può essere né giuridicamente, né moralmente responsabile per mancanza degli estremi del reato, per la sussistenza del quale occorre l'*animus delinquendi aut nefandi*. Altra teoria, invece, assimilava l'omicidio del consenziente all'istigazione al suicidio, sul rilievo che, la mano estranea, non sarebbe altro che un'arma, di cui la vittima si è servita, dal momento in cui è la sua volontà quella determinante il fatto<sup>324</sup>. Proprio sulla base di queste affermazioni hanno cominciato a formarsi alcuni orientamenti giurisprudenziali, i quali tendevano a dare un'interpretazione sostanzialmente distorta della fattispecie di omicidio. Qualora vi fosse stato il consenso del soggetto passivo, non si sarebbe raggiunta nessuna incriminazione, ovvero, vi sarebbe stata un'assoluzione.

L'art. 579 c.p., introdotto nel codice Rocco, pur comprendendo la necessità di prevedere una fattispecie attenuata di omicidio, subordinata al requisito del valido consenso prestato dalla vittima, mirava a ripristinare la piena effettività della tutela della vita<sup>325</sup>. L'attuale disciplina, se da un lato riafferma con forza il principio d'indisponibilità della vita, dall'altro prende atto dell'influenza, esercitata dal consenso della vittima, sull'apprezzamento del dolo e della personalità dell'agente. Con tale previsione, il nostro Legislatore, ha voluto effettuare una specificazione qualitativa del delitto di omicidio, corrispondente alle diverse connotazioni che assume il disvalore del fatto nella coscienza sociale, la quale reagisce meno sfavorevolmente, collegando la lesività ad un'azione che è fuori da una logica puramente criminale<sup>326</sup>, ovvero, nella quale manca, a differenza dell'omicidio comune, la nota dell'ingiusta aggressione alla libertà altrui<sup>327</sup>.

La fattispecie in esame non corrisponde allo schema dell'uccisione commessa per senso di pietà, già affermata agli inizi del '900, su persona sofferente, o affetta da malattia incurabile, che ne abbia fatto richiesta, poiché prescinde sia dallo stato di malattia della vittima, sia dal movente dell'autore<sup>328</sup>. Il codice Rocco manifesta, con ciò, un atteggiamento di totale chiusura nei confronti della regolamentazione dell'eutanasia pietosa. Tale atteggiamento è dimostrato non solo dai numerosi commenti intervenuti durante i lavori preparatori, nonché successivamente all'entrata in vigore della norma<sup>329</sup>, ma soprattutto dalla considerazione che "*rispetto alla fattispecie generale di omicidio, l'unico elemento specializzante della fattispecie attenuata è costituito dal dato oggettivo del consenso della vittima*"<sup>330</sup>. Le motivazioni altruistiche che hanno portato alla commissione del reato vengono, invece, rilegate, deliberatamente, al livello di mero elemento circostanziale.

---

<sup>324</sup> *Commentario breve al Codice Penale*, a cura di Crespi, Forti, Baccalà, Ed. Cedam, p. 2710.

<sup>325</sup> F. GIUNTA, op. cit.

<sup>326</sup> *Commentario breve al Codice Penale*, op. cit., p. 2711.

<sup>327</sup> *Codice Penale Commentato*, a cura di S. Ardizzone e B. Romano, Ed. Utet, p. 1988.

<sup>328</sup> *Codice Penale Commentato*, op. cit., p. 1988.

<sup>329</sup> L'assoluta indisponibilità del bene vita si riscontra da numerosi commenti intervenuti durante i lavori preparatori al codice, come ad esempio "l'esistenza umana appartiene a Dio, alla Patria, allo Stato, alla società, alla famiglia: a tutti questi ordinamenti superindividuali, non all'individuo", oppure, "nel numero è la forza materiale, economica e morale di un popolo. Ecco la ragion d'essere della norma contenuta nell'art. 579 c.p., opportunissima norma, ma fuori posto nell'ordine sistematico del codice, collocata com'è sotto la rubrica dei delitti contro la persona, piuttosto che tra i delitti contro l'integrità della stirpe"

<sup>330</sup> F. GIUNTA, op. cit.

Le questioni riguardanti il consenso, ovvero, quelle che creano maggiori problemi per l'applicazione della fattispecie all'eutanasia, verranno trattate tra breve, prima, è necessario analizzare globalmente il dato testuale.

L'art. 579 c.p. recita: *“Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni.*

*Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61.*

*Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:*

*1) contro una persona minore degli anni diciotto;*

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

*3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.”*

Il reato in esame, appartenendo al novero dei reati comuni, è commissibile da chiunque. Per cui, nessun problema sorge in riferimento al soggetto attivo del reato. Il Legislatore non richiede, con riferimento all'autore del fatto, né la presenza di requisiti positivi speciali di capacità, né l'assenza di requisiti negativi speciali<sup>331</sup>. Per ciò che riguarda il soggetto passivo del reato è necessario, invece, che egli sia in condizione di rendersi conto delle conseguenze del suo atto e di volere, liberamente, il verificarsi di dette conseguenze<sup>332</sup>. Il Legislatore prevede, come circostanza essenziale, che la vittima sia nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, capace di intendere e volere e in grado di manifestare liberamente la sua volontà<sup>333</sup>.

L'omicidio del consenziente, come abbiamo già sottolineato, costituisce un'ipotesi particolare di omicidio doloso. Per cui, per ciò che attiene alla condotta, al nesso causale e all'evento naturalistico dobbiamo, necessariamente, rifarci a ciò che la dottrina stabilisce per la fattispecie generale di omicidio, ex art. 575 c.p.

Durante la trattazione di questa tesi abbiamo già avuto modo di incontrare la definizione di morte cerebrale, quello che qui ci interessa, o meglio, ciò che interessa all'ordinamento, per l'applicazione delle fattispecie relative all'omicidio, e che l'evento “morte di un uomo” avvenga indipendentemente dalle condizioni fisiche, o giuridiche, del soggetto e della sua capacità di vita<sup>334</sup>. Passiamo, ora, all'analisi del fatto tipico. Viene descritto secondo il modello causale, cosiddetto, a forma libera. Per l'art. 575 c.p., il fatto punibile consiste nel *“cagionare la morte di un uomo”*. Una volta che l'evento si è realizzato, non assumono alcuna rilevanza le modalità, commissive od omissive, di realizzazione dell'evento medesimo<sup>335</sup>.

Parte della dottrina si è chiesta se, le modalità della condotta omicidiaria, dovessero essere precedentemente concordate tra soggetto attivo e passivo del reato. Normalmente, si ritiene che le modalità, come la condotta, siano coperte dal consenso prestato dalla vittima del reato. Ma è pur vero che, il consenso, potrebbe essere condizionato, in altre parole, prestato a seguito dell'indicazione minuziosa delle modalità della condotta da tenere. In questo caso, basandosi sull'espressa esclusione dell'applicabilità dell'art. 61 c.p., parte della dottrina ha ritenuto che, le modalità della condotta, di per se, non abbiano nessun rilievo penale<sup>336</sup>. Autorevole dottrina, sulla base dell'invalidità del consenso, qualora questo fosse condizionato da specifiche modalità di

<sup>331</sup> *Omicidio del Consenziente*, in *Digesto delle Discipline Penali*, vol. VIII, Ed. Utet, p. 524.

<sup>332</sup> E. DOLCINI e G. MARINUCCI, op. cit., p. 3827.

<sup>333</sup> In passato sono sorti problemi sull'individuazione del soggetto passivo, in quanto si aderiva a quell'autorevole insegnamento per il quale, nell'art. 579 c.p., viene negata titolarità dell'interesse alla vita al soggetto destinatario della condotta omicidiaria, mentre tale titolarità risulterebbe in capo alla collettività. E', invece, da preferire, l'attuale orientamento dottrinario, il quale riconosce piena titolarità dell'interesse alla vita al destinatario della condotta omicidiaria e, conseguentemente, lo riconosce quale unico e solo soggetto passivo del reato.

<sup>334</sup> *Omicidio*, in *Digesto delle Discipline Penali*, vol. VIII, Ed. Utet, p. 501.

<sup>335</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 7.

<sup>336</sup> *Omicidio del Consenziente*, op. cit., p. 525.

esecuzione, afferma che, qualora l'autore adoperi, nel cagionare la morte, mezzi e modalità diversi da quelli consentiti, non ricorre più delitto di omicidio del consenziente, ma bensì, il più grave delitto di omicidio volontario<sup>337</sup>.

Per ciò che attiene al nesso causale, esso viene normalmente rilevato secondo i criteri generali della sussunzione sotto leggi scientifiche. Ricordiamo che, la condotta posta in essere dell'agente, deve ritenersi causa dell'evento letale di un uomo. Il nesso causale viene accertato ogni qualvolta la condotta sia stata presente nel complesso dei fattori, preesistenti, concomitanti o sopravvenuti, tradottisi concretamente nell'attivazione, o nella conclusione, dell'iter causale portante all'evento<sup>338</sup>. Autorevole dottrina ha puntualizzato come, perché sia applicabile la fattispecie di omicidio, sia sufficiente che la morte, del soggetto passivo anticipi anche di poco tempo un evento letale in ogni caso destinato a verificarsi, a causa delle particolari condizioni in cui versa la vittima, a compiersi in un momento successivo<sup>339</sup>.

L'elemento specializzante del reato ex art. 579 c.p., come abbiamo più sopra sottolineato, è il consenso della vittima.

Secondo la Cassazione, il consenso deve essere non solo serio, ma anche esplicito e non equivoco<sup>340</sup>. Sono invece considerate prive di rilevanza giuridica le forme e le modalità di manifestazione del consenso. In altre parole, non ha importanza che esso si esprima come richiesta, ovvero, come accettazione, impetrazione, permesso o comando<sup>341</sup>. Si sottolinea come, per parte della dottrina, le espressioni di sconforto, da parte di una persona gravemente inferma, non siano suscettibili di essere considerate alla stregua di consensi, o richieste di morte, ai fini della configurazione della fattispecie in esame.

E' necessario che il consenso sia attuale<sup>342</sup> e deve sussistere al momento della commissione dell'atto omicidiario. E', in ogni caso, revocabile ad nutum. In questo caso, sorge il problema in ordine alla revoca intervenuta durante il decorso causale. La dottrina maggioritaria ritiene, correttamente, rilevante ed efficace la revoca intervenuta fino al momento in cui l'autore abbia il dominio causale del fatto, argomentando che *“nei delitti causalmente orientati, la condotta va valutata come un'unità sostanziale fino al momento della perdita di controllo causale, nell'intreccio delle dimensioni attiva e omissiva, onde non può astrattamente separarsi un “prima” consentito e un “dopo” irrilevante”*<sup>343</sup>.

Alcuni problemi possono sorgere con riferimento all'errore che cade sull'esistenza del consenso, per cui si ritiene consenziente colui che in realtà non lo è. Parte della dottrina ritiene applicabile, anche a questa ipotesi, l'art. 579 c.p., basandosi sull'estensione analogica del principio dettato dall'ultimo comma dell'art. 59 c.p. che, in relazione all'erronea supposizione delle cause di giustificazione, stabilisce che queste siano sempre valutate in favore del reo. Altra autorevole dottrina, più correttamente, non ritiene applicabile l'art. 59 c.p., in quanto, non sussisterebbe l'*eadem ratio* che giustificerebbe l'applicazione analogica, tra il consenso previsto dall'art. 579 c.p., il quale, essendo elemento specializzante, inciderebbe sulla tipicità e, conseguentemente, influirebbe sulla gravità dell'illecito, facendo propendere per l'applicazione dell'omicidio volontario, e quello previsto dalla scriminante ex art. 50 c.p., che si limiterebbe ad escludere l'antigiuridicità del fatto<sup>344</sup>.

<sup>337</sup> E. DOLCINI e G. MARINUCCI, *C. p. Commentato, II ed., Art. 579, Omicidio del Consenziente*, Ed. Ipsoa, 2006, p.3828.

<sup>338</sup> *Omicidio*, op. cit., p. 499.

<sup>339</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 7.

<sup>340</sup> Cass. 27.06.1991, Vornetti.

<sup>341</sup> E. DOLCINI e G. MARINUCCI, op. cit., p. 3827. Si sottolinea come, per parte della dottrina, le espressioni di sconforto di persona gravemente inferma non siano suscettibili di essere considerate come consensi o richieste di morte ai fini della configurazione della fattispecie in esame.

<sup>342</sup> L'agente non può presumere che il consenso, antecedentemente prestato, persista allorché egli, a distanza di tempo, dia corso all'omicidio, attesa la possibilità che il consenso stesso sia venuto meno. In questo senso

<sup>343</sup> *Codice Penale Commentato*, op. cit., p. 2715.

<sup>344</sup> *Commentario breve al Codice Penale*, op. cit., p. 1990.

Il Legislatore ha previsto espressamente, al terzo comma della norma in esame, ulteriori ipotesi in cui si ritiene, la prestazione del consenso, invalida e, conseguentemente, devono essere applicate le norme relative all'omicidio volontario.

Nessun problema sussiste in relazione alla definizione "di fatto" commesso contro una persona minore degli anni diciotto, o contro una persona il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia, inganno o suggestione, tutti fattori che inciderebbero irrimediabilmente sulla spontaneità della manifestazione.

Alcune questioni sorgono, invece, in considerazione della previsione fatta al numero 2 del terzo comma.

Il consenso risulta essere invalido se prestato da una persona inferma di mente o in stato di deficienza psichica causata da altra infermità. Per ciò che riguarda il concetto di infermità mentale, si può dire che, a differenza di quanto è previsto per il vizio di mente quale causa di inimputabilità ex artt. 88 c.p. e 89 c.p., in questo caso non rileva il grado dell'accertata infermità, *"con la conseguenza che un'alterazione anche lieve delle capacità mentali del soggetto passivo è sufficiente ad invalidarne il consenso, e a far ricadere l'omicidio del consenziente nella più severa cornice dell'art. 575 c.p."*<sup>345</sup>.

Ma la questione interpretativa più delicata si riconnette alle condizioni di deficienza psichica. Concetto che, ricorrendo più volte all'interno delle fattispecie penali<sup>346</sup>, ha favorito l'elaborazione di una definizione unitaria di tale "patologia". La dottrina maggioritaria ritiene che l'espressione "deficienza psichica" stia ad indicare *"tutte le forme, anche non morbose o clinicamente non definite, di abbassamento intellettuale, di menomazione del potere di critica, di indebolimento della funzione volitiva o affettiva, che rendono facile la suggestionabilità e diminuiscono la capacità di difesa contro l'altrui opera di coazione psicologica o suggestione"*<sup>347</sup>.

Quest'ultima considerazione rende problematica l'applicazione della fattispecie in esame ai casi di eutanasia. Si ritiene che lo stato di salute psicofisico, particolarmente compromesso nel malato terminale, renda spesso possibile dubitare dell'esistenza di un valido consenso<sup>348</sup>. Inoltre, anche qualora la malattia non determini, nel soggetto passivo, uno stato di infermità mentale, sarà, comunque, difficile non ravvisare una situazione di deficienza psichica, nei casi in cui la richiesta omicidiaria venga effettuata dal soggetto in preda a dolori lancinanti e sotto l'effetto di analgesici e narcotici<sup>349</sup>.

In conclusione, sottolineiamo come il delitto in questione è punito a titolo di dolo. Non essendo richiesto, dal Legislatore, uno specifico carattere dell'elemento soggettivo, deve ritenersi sufficiente qualsiasi specie di dolo<sup>350</sup>. In altre parole, occorre, semplicemente, che *"l'agente voglia provocare la morte del soggetto passivo, con la consapevolezza di aderire ad una richiesta di quest'ultimo"*<sup>351</sup>.

---

<sup>345</sup> F. GIUNTA, op. cit.

<sup>346</sup> Il concetto di deficienza psichica si trova anche negli artt. 112, 580, 643 e 689 c.p.

<sup>347</sup> F. GIUNTA, op. cit.

<sup>348</sup> E. DOLCINI e G. MARINUCCI, op. cit., p. 3830.

<sup>349</sup> F. GIUNTA, op. cit.

<sup>350</sup> *Omicidio del Consenziente*, op. cit., p. 527.

<sup>351</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 38.

## ART. 580 C.P., ISTIGAZIONE O AIUTO AL SUICIDIO

Nel corso della storia abbiamo incontrato vari approcci filosofici al suicidio, alcuni favorevoli, altri che lo ritenevano illecito. Ai primi abbiamo già accennato. Per ciò che concerne i secondi, consistenti nelle valutazioni morali che vedevano nel suicidio un gravissimo delitto, secondo Emile Durkheim, illustre filosofo francese, nonché padre fondatore della sociologia, le norme sociali riguardanti il suicidio, che lo condannavano e tramite le quali le pene divennero sempre più severe, attraversarono sostanzialmente due fasi. La prima riguardava il periodo greco-latino, nel quale il singolo individuo non poteva uccidersi di sua iniziativa, ma solo dopo aver ottenuto l'autorizzazione dallo Stato. Nella seconda fase, caratterizzata dal culto della sacralità dell'uomo di derivazione cristiana, il suicidio era condannato senza eccezioni. *“La facoltà di disporre di una vita umana, quando la morte non sia punizione di un delitto, è sottratta non solo all'individuo, ma anche alla società. Il diritto è ormai sottratto all'arbitrio collettivo quanto a quello privato, e il suicidio è ritenuto immorale in se e per se quali ne siano i partecipanti”*<sup>352</sup>. Lattanzio, oltre a sostenere che il suicidio doveva essere valutato alla stregua dell'uccisione di altri, affermò che doveva essere considerato ancora più repressibile, in quanto contrastava con il dovere di autoconservazione imposto da Dio<sup>353</sup>. La riprovevolezza della commissione dell'uccisione di se era, all'epoca, dimostrata, soprattutto, dall'eccezione al principio *crimen estinguitur mortalitate*. Secondo questo assunto, la morte del reo estingueva il reato e la corrispondente sanzione, ma già nell'epoca Medioevale ciò non avveniva per il suicida. In molte società europee, il morto suicida veniva processato alla stregua di un criminale vivente. Le condanne prevedevano la disumanizzazione e la degradazione del reo. Il suo cadavere veniva infangato, martoriato, esposto nelle piazze, anche per molte ore dopo l'esecuzione della condanna, in questo modo poteva ricevere il disprezzo della popolazione. Non solo, il suicidio era considerato un atto talmente indegno, che le punizioni non venivano inflitte solamente al corpo, ma anche alle proprietà del suicida. Si provvedeva, infatti, a confiscare, devastare e saccheggiare tutti i beni che egli aveva posseduto in vita. Infine, vi era la sepoltura disonorevole. Al suicida venivano tolti gli onori funebri, il suo cadavere veniva seppellito lontano dalla città, lontano dai luoghi sacri, in terre aride e desolate.<sup>354</sup> A partire dalla fine del seicento viene a formarsi una nuova etica della morte volontaria. In seguito a importanti mutamenti, che coinvolsero gli aspetti economici e politici delle società europee, emerse una nuova concezione della vita: ciascun uomo era titolare del diritto inalienabile alla vita, alla libertà e alla proprietà. Si susseguirono, in questo periodo, numerosi trattati sulla liceità del suicidio, i quali sostenevano che il desiderio di morte fosse innato nella natura umana. Jhon Donne, in un trattato del 1624, confutò l'idea secondo la quale l'omicidio di sé violasse la legge divina. Egli sosteneva che, pur essendo, il comandamento “non uccidere”, alla base dell'insegnamento cristiano, vi erano molte eccezioni: il giudice poteva condannare a morte un criminale, anche l'omicidio del nemico, nella Guerra Santa, non era considerato peccato, allora perché non considerare il suicidio un'ulteriore eccezione?<sup>355</sup> Hume nel suo *“Saggio sul Suicidio”*, sottolinea come all'uomo sia stato donato il potere di modificare il corso della natura. Anche il suicidio rientra in tale potere, l'uomo che modifica la sua vita, ponendole fine, non deve essere biasimato<sup>356</sup>. Anche Cesare Beccaria, nel 1764, nel suo trattato *“Dei delitti e delle pene”*, considera la legge di incriminazione del suicidio inutile e ingiusta. Egli sosteneva che punire il suicidio *“è punire la*

<sup>352</sup> M. BARBAGLI, op. cit., p. 42.

<sup>353</sup> S. BOK, *Il Suicidio*, in *Eutanasia e suicidio assistito, pro e contro*, a cura di G. Dworkin, R. G. Frey e S. Bok, Ed. di Comunità, 1998, p. 123.

<sup>354</sup> M. BARBAGLI, op. cit., pp. 46 ss.

<sup>355</sup> Donne, nel suo trattato, fa riferimento a Sansone, il quale, dopo essere stato catturato dai Filistei, nel tentativo di liberare Israele dai suoi nemici, decide di darsi la morte insieme ai suoi nemici. *Libro dei Giudici*, 16.

<sup>356</sup> S. BOK, op. cit., p. 128.

*volontà degli uomini e non le azioni; egli è un comandare all'intenzione, parte liberissima dell'uomo dall'impero delle umane leggi*<sup>357</sup>. In altre parole, affermava che, anche se l'uccisione di sé fosse un reato davanti a Dio, solo Lui potrebbe arrogarsi il diritto di punirlo, conseguentemente, il suicidio, non poteva costituire una fattispecie di reato per le leggi della società. Inoltre, Beccaria sottolinea come, l'eventuale sanzione, *“non può cadere che o su gl'innocenti, o su di un corpo freddo e insensibile”*<sup>358</sup>. E', infatti, sulla base della inopportunità pratica di punire, a causa della inverosimile inefficacia della punizione, che, la dottrina, tradizionalmente, individua le ragioni della non punibilità del suicidio, non solo portato a compimento, ma anche tentato<sup>359</sup>. E' stato giustamente sottolineato, difatti, come il suicidio è un gesto a carattere personalissimo, la sua prevenzione non può avvenire attraverso la minaccia di una pena, ma solo attraverso strumenti culturali e di sostegno<sup>360</sup>.

A partire dalla fine del settecento, il reato di suicidio scompare progressivamente dagli ordinamenti penali occidentali<sup>361</sup>. Contestualmente alla depenalizzazione dell'omicidio di se, cominciarono a comparire fattispecie che incriminavano la condotta di aiuto, di sostegno e di istigazione al suicidio. Incriminazione che, offrendo una forma di tutela anticipata rispetto al tentativo, risponde all'esigenza di tutelare il bene fondamentale della vita contro condotte che, in qualunque modo, ne favorissero la distruzione<sup>362</sup>.

La prima norma che incriminava l'istigazione e la partecipazione del suicidio risale all'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794. Solo a partire dalla seconda metà dell'ottocento, molti Legislatori europei, aggiunsero questa nuova fattispecie di reato al catalogo degli illeciti previsti dall'ordinamento penale<sup>363</sup>.

Per ciò che riguarda il nostro Paese, il Codice Albertino, del 1839, decise di mantenere in vita, con l'art. 585, quella tradizione giuridica, rigorosa ed ostile, che reprimeva il suicidio, sia che fosse consumato, sia che si limitasse a rimanere un tentativo<sup>364</sup>.

Ma anche in Italia, sul finire del secolo, approdarono le teorie di liberalizzazione del suicidio. L'azione suicida diventa un atto attraverso il quale l'individuo esercita un diritto sulla propria persona.

Già con il Codice Zanardelli del 1889, il suicidio scomparve dalle fattispecie di reato previste dall'ordinamento. Ma le idee, di matrice liberale, relative alla libertà di scelta tra il vivere e il morire, ovvero, ad un'assoluta libertà di scelta di suicidio, apparvero eccessivamente permissive. Il principio della intangibilità e della indisponibilità della vita umana non poteva essere derogato di fronte a condotte che favorissero il suicidio altrui. Fu proprio con il Codice Zanardelli che venne introdotta per la prima volta, all'art. 370, la fattispecie di reato di istigazione o aiuto al suicidio. Norma che venne poi ripresa nell'attuale codice penale, il Codice Rocco del 1930, che prevede la fattispecie all'art. 580<sup>365</sup>. Tale articolo, nella concezione politico-criminale dell'epoca, assolse alla funzione di completamento della tutela del bene vita. Se, infatti, l'ordinamento riteneva non punibile il soggetto che si toglie la vita, contestualmente, riteneva punibile qualsiasi terzo che,

<sup>357</sup> C. BECCARIA, *Dei Delitti e Delle Pene*, Ed. Feltrinelli, p. 95.

<sup>358</sup> C. BECCARIA, op. cit., p. 93.

<sup>359</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 40.

<sup>360</sup> L. EUSEBI, op. cit.

<sup>361</sup> L'effettiva espulsione del suicidio dal catalogo degli illeciti penali avviene solamente nel 1961 con l'emissione, in Inghilterra, del Suicide Act.

<sup>362</sup> *Digesto delle Discipline Penali*, vol. XIV, p. 114.

<sup>363</sup> Non tutti gli ordinamenti fecero propria questa fattispecie. Ad Esempio, il Legislatore tedesco, ha ritenuto che l'incriminazione della condotta di istigazione o aiuto al suicidio fosse logicamente incompatibile con la liberalizzazione del suicidio. Anche altri Paesi non si sono dotati di questa fattispecie di reato, come il Belgio, il Lussemburgo e la Finlandia. Altri Stati, inizialmente privi di una tale disposizione, hanno, invece, recentemente previsto all'interno dell'ordinamento delle fattispecie di reato che punissero l'istigazione o l'aiuto al suicidio, come ad esempio il Michigan, che nel 1992, si è dotato di una figura criminosa di tal genere nell'intento di prevenire e limitare le condotte mediche di aiuto al suicidio che si stavano diffondendo.

<sup>364</sup> M. B. MAGRO, op. cit., 182.

<sup>365</sup> M. B. MAGRO, op. cit., pp. 185-186.

realizzando condotte volte a promuovere la scelta suicidaria, o ad agevolare l'esecuzione, contribuiscono a cagionare la distruzione del bene vita. Le ragioni che presiedono quest'orientamento possono essere ricondotte ad una prospettiva paternalistica. Si muove dal presupposto che la salvaguardia della vita sia un valore meritevole di essere affermato, in ogni caso, anche a dispetto del punto di vista del soggetto che non vorrebbe continuare a vivere<sup>366</sup>. Concezione sostenuta da autorevole dottrina che, sottolineando la non punibilità del suicidio per mere ragioni politico-criminali, sostiene la riconducibilità dell'illiceità del suicidio agli artt. 5 c.c. e 2 Cost. Abbiamo già esaurientemente esposto quali siano gli orientamenti interpretativi su queste norme, è qui il caso di ricordare, come, queste due norme non possano trovarsi alla base delle argomentazioni di sostegno dell'illiceità del suicidio. Non è possibile, infatti, un'interpretazione estensiva dell'art. 5 c.c. che includa, tra gli atti di disposizione del proprio corpo vietati, anche quelli che offendono il bene vita, in quanto logico presupposto dell'integrità fisica. La norma, difatti, non può essere invocata per vietare comportamenti che non vengono compiuti a vantaggio di terzi<sup>367</sup>. Per ciò che concerne il principio solidaristico ricavabile dall'art. 2 Cost., si ricorda come questo debba essere letto alla luce di altri principi costituzionali, in particolare gli artt. 13 e 32 Cost., i quali valorizzano la libera autodeterminazione dell'essere umano. Ovviamente, i principi che garantiscono la libertà di autodeterminazione si troveranno in contrasto con i principi solidaristici, ma da ciò, non può ricavarsi l'assoluta illiceità del suicidio<sup>368</sup>.

L'art. 580 c.p. recita: *“chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio.”*

Una premessa è d'obbligo. Secondo la Cassazione, la linea di confine tra omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio, si rinviene nel cosiddetto “dominio sull'azione esecutiva”. In altre parole, mentre nella fattispecie ex art. 579 c.p. è il soggetto attivo a disporre di tale dominio, nella fattispecie rilevante ai sensi dell'art. 580 c.p., il soggetto che pone in essere la condotta istigativa non deve mai prendere parte all'azione esecutiva, la successione causale deve essere nel pieno dominio della vittima<sup>369</sup>.

Sottolineato questo aspetto, passiamo ora all'analisi della fattispecie di reato di istigazione o aiuto al suicidio.

Pur non trattandosi di una vera e propria forma di concorso criminoso, il fatto tipico, della fattispecie in esame è incentrato su forme di condotta partecipative<sup>370</sup>, che andrebbero unitariamente intese come condotte che svolgono un'influenza sulla volontà dell'aspirante suicida<sup>371</sup>.

---

<sup>366</sup> A. GUARNERI, op. cit., p. 1714.

<sup>367</sup> F. GIUNTA, op. cit.

<sup>368</sup> F. GIUNTA, op. cit. Parte della più moderna dottrina laica è arrivata ad affermare l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sulla base dell'art. 2 Cost. Quest'ultimo garantirebbe il suicidio come diritto inviolabile dell'uomo, conseguentemente sarebbe illegittimo sanzionare le condotte agevolatrici del suicidio. In questo senso, D. SIMEOLI, *Il Rifiuto di Cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, nota a Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n° 21748.

<sup>369</sup> Cass. pen., 6 febbraio 1998, in *Foro It.*, 1998.

<sup>370</sup> La dottrina prevalente definisce la fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio come una fattispecie plurisoggettiva necessaria impropria. In essa sarebbe configurabile un concorso necessario di persone, ma uno dei soggetti risulta non punibile, nonostante la sua condotta debba ritenersi tipica in quanto descritta dalla norma.

<sup>371</sup> *Digesto*, p. 117.



La dottrina maggioritaria ritiene che, la partecipazione all'azione suicidaria, possa essere sia morale che materiale.

La norma si riferisce alla partecipazione morale, o psichica, con i termini di “determinazione”, “rafforzamento”, “istigazione” ed “eccitazione”. Essa può estrinsecarsi in ogni tipo di condotta, dal suggerimento all'esortazione, dalla preghiera al comando<sup>372</sup>. E' necessario che ad essa *“possa attribuirsi, in base ad un giudizio ex post, un effettivo influsso causale sull'evento, sì che possa affermarsi che eliminando mentalmente la condotta dell'imputato, il suicidio non si sarebbe verificato in quel momento e in quelle modalità”*<sup>373</sup>.

La partecipazione materiale, invece, a cui si riferiscono i termini di “agevolazione” e “aiuto”, prescinde dalla volontà dell'agente di rafforzare il proposito suicida della vittima. Perché possa essere ravvisata una partecipazione materiale è, infatti, sufficiente *“che l'agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio”*<sup>374</sup>. Possono rientrare in questa categoria sia la prestazione del mezzo, sia il consiglio tecnico. La dottrina ritiene che anche la forma eutanasi del suicidio assistito, dove il paziente assume, consapevolmente, dei medicinali prescritti dal sanitario, che ne accelerino la morte, rientri tra le condotte di partecipazione materiale. Sotto questo aspetto, è stato correttamente sottolineato, come non sussista una necessaria corrispondenza tra suicidio e rifiuto di cure. Il paziente, di fatti, non è tenuto, giuridicamente, a motivare le ragioni del suo rifiuto. LA richiesta di non attuazione, o sospensione, delle cure non necessariamente corrisponde ad una volontà suicida. *“Ne consegue che appare ingiustificato, in chiave sia etica che giuridica, assimilare aprioristicamente ad un aiuto al suicidio l'intervento di altri soggetti esclusivamente finalizzato ad attuare il rifiuto delle cure voluto dal paziente in modo consapevole ed informato”*<sup>375</sup>. Si discute, invece, su una possibile partecipazione materiale in forma omissiva. Perché tale condotta possa essere imputata all'agente, è necessario che in capo ad esso sia rinvenibile un dovere giuridico ex art. 40, 2° comma, c.p. Infatti, come abbiamo, a suo tempo, avuto modo di precisare, la mancanza di particolari obblighi giuridici di custodia, o assistenza, impedisce l'applicazione della clausola di equivalenza<sup>376</sup>.

Ma perché la fattispecie ex art. 580 c.p. possa dirsi integrata non è sufficiente la sola realizzazione della condotta partecipativa, è altresì necessario che si verifichi l'evento previsto dal Legislatore, ovvero che il suicidio sia compiuto, oppure che dal tentativo di suicidio derivino delle lesioni gravi o gravissime. In altre parole, la condotta istigatoria, nel reato in esame non è sanzionata in se e per se, ma, la prevalente dottrina, considera l'evento un elemento costitutivo del fatto, basandosi sulla considerazione che, proprio il verificarsi dell'evento determina il disvalore penale del fatto. La condotta istigativa assumerà, perciò, rilievo penale solo nella misura in cui si tradurrà in un contributo causale alla realizzazione dell'altrui intento suicida<sup>377</sup>.

E' necessario sottolineare come, la condotta autolesionista del suicida deve essere consapevolmente diretta all'evento autolesionista. Deve essere frutto di una decisione libera. In caso contrario, ovvero, quando la condotta non sia più istigativa, ma coattiva, come nel caso di chi si uccide sotto la minaccia altrui, non è più applicabile la fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio, ma dovranno applicarsi le norme relative all'omicidio volontario<sup>378</sup>.

Un altro caso, esplicitamente previsto dal Legislatore, in cui deve applicarsi la normativa ex art. 575 c.p., è quello dell'istigazione o dell'aiuto al suicidio nei confronti di un soggetto minore degli anni quattordici. Mentre, qualora l'istigazione sia rivolta nei confronti di soggetti minori di anni diciotto,

<sup>372</sup> A. GUARNERI, op. cit., p. 1714.

<sup>373</sup> E. DOLCINI e G. MARINUCCI, op. cit., p. 3833.

<sup>374</sup> E. DOLCINI e G. MARINUCCI, op. cit., p. 3834.

<sup>375</sup> L. D'AVACK, op. cit.

<sup>376</sup> *Digesto*, p. 117.

<sup>377</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 42.

<sup>378</sup> E. DOLCINI e G. MARINUCCI, op. cit., p. 3835.

ovvero, infermi di mente o in condizioni di deficienza psichica causata da altra infermità, il Legislatore, prevede la sola applicazione di circostanze aggravanti<sup>379</sup>. Per ciò che concerne l'elemento psicologico, è necessario che sussista, nel soggetto, la volontà di cooperare al fatto medesimo. In altre parole, è sufficiente la presenza del dolo generico, integrato dalla volontà di compiere atti d'istigazione o di aiuto al suicidio, accompagnato dalla rappresentazione dell'obbiettivo perseguito dal reo<sup>380</sup>.

---

<sup>379</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 43.

<sup>380</sup> *Digesto*, p. 119.

## LA LEGISLAZIONE EUROPEA E INTERNAZIONALE IN MATERIA EUTANASICA

Diamo ora uno sguardo alle soluzioni legislative e giurisprudenziali, adottate da vari Paesi, in materia eutanasi.

### *Olanda*

Questo Paese è stato il primo al Mondo a dotarsi di una legge di regolamentazione dell'eutanasia attiva, diretta e volontaria, nonché dell'aiuto al suicidio. La normativa è entrata in vigore il 1° aprile 2002.

La pratica eutanasi era, anche precedentemente all'emanazione di questa normativa, accettata. Difatti, anche se gli artt. 293 e 294, del codice penale olandese, sanzionavano l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio, la giurisprudenza di questo Paese aveva, fin dall'inizio degli anni settanta, interpretato tali norme alla luce dell'art. 40 del medesimo codice, il quale prevedeva la non punibilità per i soggetti che commettevano un reato in una situazione di forza maggiore. La giurisprudenza riteneva operante questa causa di giustificazione in tutti i casi nei quali, l'unico modo a disposizione del medico per adempiere al proprio dovere professionale, lenendo le sofferenze del paziente, fosse quello di porre fine alla vita dello stesso<sup>381</sup>

L'attuale normativa prevede, all'art. 2, che l'atto eutanasi non sia punibile se compiuto da un medico che, oltre ad averlo dichiarato, lo esegue seguendo le regole, cosiddette, di precauzione. In altre parole, il medico deve essere convinto del carattere volontario e mediato della richiesta del malato, dell'insostenibilità e dell'assenza di prospettive di riduzione della sofferenza del malato stesso. A seguito di ciò, il sanitario deve procedere all'informazione del paziente sulla sua condizione clinica e sulle possibili prospettive. Deve approdare, insieme al paziente, alla conclusione che non esista alcuna altra ragionevole alternativa. Deve consultare un medico indipendente, il quale, dopo aver visitato il malato, deve pervenire alle stesse conclusioni. Infine, deve adottare tutte le precauzioni necessarie nel praticare l'eutanasia<sup>382</sup>.

### *Belgio*

Nel 2002, a distanza di un paio di mesi dall'entrata in vigore della disciplina olandese, è stata approvata, anche in Belgio, la legge che disciplina l'eutanasia. Questa normativa, seguita ad un dibattito molto vivace, nasce dalla consapevolezza del Legislatore belga di dover definire un quadro, all'interno del quale i cittadini avrebbero potuto essere liberi nella loro scelta di morire "*il meno male possibile*"<sup>383</sup>.

La legge, entrata in vigore il 16 maggio 2002, prevede alcune condizioni di legittimità per la pratica dell'eutanasia. E' necessario, anzitutto, che il soggetto, il quale pone in essere la condotta eutanasi, sia un medico. Egli è in grado di accertare la presenza di alcuni requisiti: la richiesta deve pervenire da un soggetto maggiorenne, o da un minorenne emancipato. Il paziente deve essere cosciente, capace di intendere e volere. La richiesta deve essere frutto della volontà del malato, deve essere riflessuta e reiterata, ma, soprattutto, non deve essere frutto di pressioni esterne. Il paziente, infine, deve trovarsi in condizioni di malattia grave e incurabile, non necessariamente in fase terminale, ma

---

<sup>381</sup> C. TRIPODINA, op. cit., p. 311.

<sup>382</sup> J. J. M. VAN DELDEN, *Olanda, l'Eutanasia come ultimo Rimedio*, in *L'eutanasia, diritto e prassi in Italia, Europa e Stati Uniti*, a cura di G. Gambino, Ed. Multimediali, 2005, p. 86.

<sup>383</sup> Y. ENGLERT, *Belgio, l'evoluzione del dibattito*, in *L'eutanasia, diritto e prassi in Italia, Europa e Stati Uniti*, a cura di G. Gambino, Ed. Multimediali, 2005, p. 39.

la sua condizione deve provocargli una sofferenza fisica o psichica costante e intollerabile, che non possa essere attenuata<sup>384</sup>.

Il sanitario, una volta accertata la sussistenza di questi requisiti, ha l'obbligo di seguire una procedura, attraverso la quale, deve fornire al malato tutte le informazioni necessarie. Deve procedere alla consultazione di un secondo medico esterno e ad un colloquio con lo staff curante, nonché, con eventuali terzi, se richiesto del malato<sup>385</sup>.

### *Svizzera*

In questo Paese, a causa delle peculiarità della sua legislazione, dove si intersecano normative di vario livello, confederale e cantonale, assistiamo ad una situazione in cui la prassi applicativa si discosta notevolmente dalla materia positivamente regolata.

Innanzitutto, ricordiamo come anche il codice penale svizzero, risalente al 1937, punisca il soggetto che pone fine alle sofferenze di un altro uomo sulla base degli artt. 111, 113 e 114 c.p., i quali prevedono, rispettivamente, le fattispecie di omicidio intenzionale, passionale, determinato da una violenta commozione d'animo e su richiesta della vittima<sup>386</sup>.

Nel 1976, l'Accademia svizzera delle scienze mediche, organismo molto influente, emise, per la prima volta, direttive favorevoli all'eutanasia<sup>387</sup>.

L'Accademia affermò, in più circostanze che, nei casi in cui ci si trovi dinanzi a soggetti che attraversano la fase terminale della malattia, i quali, per diverse ragioni, si trovano a vivere in uno stato vegetativo cronico, il medico ha la facoltà di utilizzare mezzi idonei ad alleviarne le sofferenze, anche se, implicano il rischio di abbreviare notevolmente la vita del paziente.

Infine, si sottolinea che, a differenza della legislazione italiana, il codice penale svizzero, all'art. 115, punisce l'aiuto al suicidio solo ove questo sia dovuto a motivi egoistici. Conseguentemente, si considera lecito l'aiuto al suicidio per motivi altruistici. In altre parole, non è punito il soggetto che, dietro richiesta della persona interessata, aiuta a morire quest'ultima, quando si trovi in un grave e irreversibile stato della malattia, con dolori insopportabili.

Questa normativa permette l'operato di diverse organizzazioni, le più importanti sono "Exit-Association pour le droit de mourir dans dignité" e "Dignitas"<sup>388</sup>. Queste associazioni aiutano i loro membri a porre fine alla propria vita, attraverso la fornitura di dosi letali di farmaci, nel momento in cui le loro condizioni fisiche risultassero disperate.

### *Stati Uniti*

Il quadro normativo di riferimento è, in tutti gli ordinamenti statunitensi, in buona parte sovrapponibile a quello italiano. Costituisce reato, tuttora, cagionare la morte di un uomo, ancorché con il suo consenso. Non solo, sono tuttora in vigore norme che incriminano l'istigazione e l'assistenza al suicidio.

Ma dalla prima metà degli anni settanta, le giurisprudenze statali, e in seguito la stessa Corte Suprema Federale, hanno riconosciuto un diritto fondamentale, di rango costituzionale. Si afferma il diritto per ogni uomo di rifiutare il trattamento medico, riconoscendo la regolare prevalenza di tale diritto rispetto alle istanze di tutela della vita umana, alla quale è, in ogni caso, riconosciuto un

<sup>384</sup> C. TRIPODINA, op. cit., p. 266.

<sup>385</sup> Y. ENGLERT, op. cit., p. 47.

<sup>386</sup> C. TRIPODINA, op. cit., p. 344.

<sup>387</sup> A. BONDOLFI, *Svizzera, l'accompagnamento alla morte*, in *L'eutanasia, diritto e prassi in Italia, Europa e Stati Uniti*, a cura di G. Gambino, Ed. Multimediali, 2005, p. 103.

<sup>388</sup> Queste associazioni accettano le richieste dei soggetti indipendentemente dalla nazionalità del malato.

connotato di sacralità. Per questa via, sono legittimate le condotte strumentali all'esercizio di tale diritto da parte del paziente e, in particolare, l'interruzione di trattamenti medici di sostegno vitale. Questo sviluppo giurisprudenziale è dovuto alla valorizzazione del diritto alla privacy. Diritto inespreso dalla Carta Costituzionale americana, ma elaborato dalla Corte Suprema Federale, la quale, afferma il diritto di ciascuno ad essere lasciato solo nelle decisioni che più intimamente concernono la propria esistenza e a non subire, conseguentemente, intrusioni da parte della collettività in questa sfera personale. Tale diritto comprende, secondo la Corte, le decisioni concernenti la propria vita sessuale, l'educazione dei figli, la scelta di portare avanti una gravidanza e, infine, la decisione se sottoporsi o meno ad un trattamento medico<sup>389</sup>. La stessa Corte Suprema sottolinea che, tale diritto fondamentale, è tutelabile dalla giurisprudenza a prescindere da ogni mediazione legislativa ed anzi, resistente, a qualsiasi eventuale scelta, di segno contrario, compiuta dal Legislatore.

### *Inghilterra*

In presenza di una Costituzione prevalentemente non scritta e di riferimenti normativi analoghi ad Italia e Stati Uniti, le Corti inglesi, non hanno avuto dubbi nell'affermare l'inapplicabilità della norma che punisce l'aiuto o l'assistenza al suicidio, nei casi in cui il medico si limiti ad aderire alla richiesta del paziente di omettere, o interrompere, un trattamento sanitario indesiderato. Secondo le regole di common law, ogni trattamento medico, costituisce un'invasione del corpo del soggetto ed integra, come tale, l'elemento oggettivo e soggettivo del reato di *battery*, descritto dalla legge inglese come "*the intentional or negligent application of physical force, or to the offensive contact with, someone without consent*". Conseguentemente, si afferma la necessità di una specifica ragione giustificativa per considerare lecito un trattamento. Tale ragione può essere identificata solo in un obbligo previsto dalla legge, o nel consenso informato del paziente<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> F. VIGANO', *Decisioni Mediche di Fine Vita e Attivismo Giudiziale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2008.

<sup>390</sup> F. VIGANO', op. cit.

## CAPITOLO IV I CASI GIUDIZIARI

Nell'ultimo capitolo della mia tesi ho scelto di analizzare i maggiori casi giudiziari italiani relativi all'eutanasia passiva, ovvero alla disattivazione di un trattamento terapeutico salvifico. Si tratta, precisamente, del caso di Piergiorgio Welby, Giovanni Nuvoli e, infine, quello di Eluana Englaro.

### PIERGIORGIO WELBY

Era il 1963, Piergiorgio Welby aveva solo 18 anni quando, in seguito ad accertamenti, il suo medico curante gli comunica la diagnosi di distrofia fascio-scapolo omerale.

Questa patologia viene descritta dai neurologi come una *“malattia degenerativa dei muscoli scheletrici, progressiva ed ereditaria; lentamente progressiva che interessa, in particolare, i muscoli della faccia e delle spalle. Le funzioni intellettive sono normali. L'insufficienza respiratoria è presente nella maggior parte delle forme distrofiche. Non vi sono terapie specifiche: il medico è costretto ad assistere impotente alla progressione inesorabile della perdita di forze e della atrofia”*<sup>391</sup>. In altre parole, la distrofia muscolare progressiva è una malattia ad esito infausto, le terapie somministrabili risultano essere di mero supporto fisico-riabilitativo e di contenimento dei sintomi. Nel migliore dei casi possono rallentare l'evoluzione della malattia e lenire le sue manifestazioni più eclatanti.

Lo stesso Welby, nel suo libro, *“Lasciatemi morire”*, definisce la sua malattia come una delle *“patologie più crudeli perché, mentre lascia intatte le facoltà intellettive, costringe il malato a confrontarsi con tutti gli handicap conosciuti, da claudicante a paraplegico, da paraplegico a tetraplegico, poi arriva l'insufficienza respiratoria e la tracheotomia”*<sup>392</sup>.

Nel corso degli anni si susseguono vari aggravamenti. Il primo nel '97: a seguito di un'insufficienza respiratoria, Piergiorgio Welby entra in coma. Appena recuperati i sensi, viene sottoposto, con il suo consenso, ad un intervento di tracheostomizzazione, che gli permette di respirare attraverso l'ausilio di un ventilatore polmonare.

Un'ulteriore peggioramento delle condizioni cliniche si verifica a cavallo tra il 2001 e il 2002. La muscolatura, in particolare quella del collo, cedeva progressivamente. Welby, non era più in grado di staccarsi dal respiratore artificiale<sup>393</sup>, inoltre, non era neanche in grado di alimentarsi autonomamente.

Nel 2005, infine, iniziarono le continue infezioni batteriche, le difficoltà respiratorie crebbero progressivamente. Welby era sopraffatto da una continua e costante sensazione di soffocamento. Egli descrisse la sua condizione come di colui che *“ha un buco in pancia (gastrostomia) per poterlo alimentare, un foro nel collo (tracheotomia) per permettergli di respirare, un tubicino nell'uretra (catetere vescicolare) per consentirgli di urinare, con un'infermiera che gli svuota giornalmente l'intestino, con somministrazioni di forti terapie antibiotiche per contenere le infezioni causate dai tubi e dalla presenza di decubiti, piaghe dolorose che corrodono la carne fino all'osso”*<sup>394</sup>.

---

<sup>391</sup> ADAM e VICTOR, *Principi di Neurologia*, 2002.

<sup>392</sup> P. WELBY, *Lasciatemi Morire*, 2006.

<sup>393</sup> Fino a questo momento, Piergiorgio Welby, per quanto costretto a non allontanarsi mai per molto tempo dal ventilatore artificiale, manteneva dei brevi lassi temporali di autonomia respiratoria.

<sup>394</sup> P. WELBY, op. cit.

Fu proprio in questo periodo, a causa della situazione degenerativa in cui versava, che iniziò a maturare la volontà di porre fine alle sue sofferenze attraverso la disattivazione del sostegno vitale. Egli chiese, espressamente, che gli venisse praticata l'eutanasia.

Si rivolse a diversi medici, dai quali, però, ottenne solamente dei rifiuti. Si rivolse, per ciò, all'associazione "Luca Coscioni", della quale, era membro e vicepresidente, per ottenere una lista di medici anestesisti a cui potersi rivolgere, disposti ad aiutarlo nel cammino che intendeva intraprendere.

L'associazione gli fornì il nominativo del dott. Giuseppe Casale. Dopo numerosi colloqui intervenuti fra i due, il sanitario, a seguito dell'esplicita richiesta di somministrazione di un'anestesia terminale che, a seguito del distacco dal respiratore sarebbe stata necessaria per non provare alcun dolore, comunicò a Welby l'impossibilità di accogliere della sua richiesta. Il dott. Casale motivò il suo rifiuto adducendo che, anche se sulla base della sua volontà avrebbe potuto staccarlo dal ventilatore e contestualmente sedarlo, una volta che fosse divenuto incosciente, se si fosse presentato un rischio per la sua vita, sarebbe scattato l'obbligo di rianimazione<sup>395</sup>.

A seguito dell'ennesimo rifiuto, nell'impossibilità di vedere riconosciuta la sua volontà, Piergiorgio Welby, presentava al Giudice civile la richiesta di emissione di un provvedimento d'urgenza, ex art. 700 c.p.c., che obbligasse i medici ad ottemperare al suo rifiuto di proseguire la terapia di assistenza respiratoria. Il 16 dicembre 2006, il Giudice, depositava l'ordinanza nella quale dichiarava il ricorso integralmente inammissibile. Pur riconoscendo l'esistenza di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito di poter richiedere l'interruzione della terapia medica, tale diritto risultava privo di tutela giuridica in assenza di una specifica normativa di carattere secondario, la quale, al momento, sulla base agli articoli 5 c.c., 575, 576, 577, n°3, 579 e 580 c.p., rispondeva al principio di indisponibilità della vita<sup>396</sup>. Nella motivazione si legge: *"anche se si deve dare atto che l'accanimento terapeutico è un principio solidamente basato sui principi costituzionali di tutela della persona, esso tuttavia sul piano dell'attuazione pratica lascia il posto all'interpretazione soggettiva ed alla discrezionalità nella definizione dei concetti, sì, di altissimo contenuto morale e di civiltà, ma che sono indeterminati ed appartengono ad un campo non ancora regolato dal diritto e non suscettibile di essere riempito dall'intervento del Giudice, nemmeno utilizzando criteri interpretativi che consentono il ricorso all'analogia o ai principi generali dell'ordinamento"*<sup>397</sup>.

Venne subito proposto reclamo avverso quest'ordinanza, in quanto si considerava affetta da una palese contraddizione. Secondo il Pm, non poteva ammettersi l'esistenza di un diritto a pretendere l'interruzione di un trattamento terapeutico non voluto e, successivamente, concludere per l'insuscettibilità della tutela. Infatti, il diritto riconosciuto è tutelato costituzionalmente, conseguentemente, *"si sarebbe potuto incorrere in una palese violazione dei principi che presiedono alla disciplina della gerarchia delle fonti, in quanto non è consentito disattendere l'applicazione di una norma costituzionale sulla scorta dell'esistenza di norme contrastanti di valore formale inferiore"*. La giurisprudenza avrebbe potuto percorrere due strade: o veniva privilegiata l'interpretazione che faceva salvo il principio costituzionale e, conseguentemente, si dava immediata applicazione a quest'ultimo, oppure, in caso di insuperabile conflitto, doveva essere necessariamente sollevata questione di legittimità costituzionale, altrimenti si sarebbe incorsi in un'inammissibile *non liquet*, con l'effetto di lasciare senza risposta una pretesa giuridicamente riconosciuta<sup>398</sup>.

Contestualmente all'azione giudiziaria, era stato fornito a Welby, sempre dall'associazione "Luca Coscioni", un'ulteriore nominativo. Il primo incontro, tra Piergiorgio Welby e il dottor Mario Riccio, avvenne il 18 dicembre 2006. In quell'occasione, dopo un breve resoconto della sua situazione clinica, Welby manifestò espressamente, per l'ennesima volta, la sua volontà di essere sedato per poter essere distaccato dal ventilatore artificiale. Durante lo stesso incontro, Welby,

<sup>395</sup> Uff. indagini preliminari Roma, sez V, sent. 17 ottobre 2007, n°2049.

<sup>396</sup> Loc. cit.

<sup>397</sup> Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2006.

<sup>398</sup> Loc. cit.

ignorando le richieste di molte persone che lo avevano affiancato nell'ultimo periodo della malattia, di attendere fino alla fine delle festività natalizie, chiese espressamente che la sospensione del trattamento sanitario, a cui era costretto da quasi dieci anni, avvenisse due giorni dopo, nella sera del 20 dicembre 2006.

Il dott. Riccio, presentatosi nell'abitazione di Welby, nella data e nell'ora da quest'ultimo decise, dopo aver accertato la piena capacità di intendere e volere del paziente, nonché dopo aver preso piena coscienza della sua volontà di interrompere il trattamento sanitario<sup>399</sup>, procede alla sedazione e al contestuale distacco dalla macchina di ventilazione<sup>400</sup>.

Il decesso avviene alle ore 23:40, per arresto cardio-respiratorio secondario a grave insufficienza respiratoria.

In seguito, l'accertamento medico-legale, disposto dal Pm, sulla salma della vittima, fornì ulteriori riscontri e conferme alle dichiarazioni effettuate, sia dal dott. Riccio, sia dalle persone presenti la sera del 20 dicembre. In particolare nella relazione tecnica stilata dal medico patologo, si afferma che *“le concentrazioni di farmaci somministrati sono risultate tali da non poter loro attribuire un qualsivoglia ruolo causale o concausale di rilevanza penale nel determinismo del decesso”*, per cui il decesso della vittima, avvenuto per un'irreversibile insufficienza respiratoria *“sia da attribuire unicamente all'impossibilità dell'uomo di ventilare meccanicamente in maniera spontanea a causa della gravissima distrofia muscolare da cui lui stesso era affetto”*.

A seguito degli atti raccolti, nonché sulla base delle dichiarazioni dei testimoni, acquisite dalla Polizia Giudiziaria, il Pm incaricato formulava la richiesta di archiviazione nei confronti del dott. Riccio, in quanto egli aveva agito in ossequio alla richiesta di interruzione della terapia formulata dal paziente, che a sua volta, aveva esercitato un suo diritto, riconosciuto e tutelato pienamente dall'ordinamento. Il Gip a cui era pervenuta la richiesta di archiviazione, di avviso contrario relativamente all'impunità del dott. Riccio, dopo aver fissato un'udienza camerale, ex art. 409 c.p.p., nella quale acquisiva le spontanee dichiarazioni dell'indagato, imponeva al Pm la formulazione dell'imputazione per omicidio del consenziente, ex art. 579 c.p., nei confronti dello stesso dott. Riccio. Il Gip, infatti, pur riconoscendo l'esistenza e la necessaria tutelabilità del diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, sottolineando che, l'attuazione di tale diritto, deve essere data anche in assenza di una normativa specifica, afferma che, tale attuazione, deve essere limitata dagli altri principi costituzionalmente garantiti, tra i quali deve essere compreso il diritto alla vita.

In particolare, il Gip sostiene: *“il diritto alla vita nella sua sacralità, inviolabilità e indisponibilità costituisca il limite per tutti gli altri diritti, che, come quello affermato dall'art. 32 Cost., siano posti a tutela della dignità umana”*<sup>401</sup>.

Il Giudice per l'udienza preliminare, Dr. Secchi, investito della questione, emise, il 23 luglio 2007, la sentenza n° 2049, con la quale si decretò il non luogo a procedere nei confronti del dott. Riccio. Il Gup, dopo aver proceduto all'accertamento che l'attività del sanitario, indagato per il reato di cui all'art. 579 c.p., per la disattivazione del sostegno vitale a Piergiorgio Welby, era stata posta in essere solo dopo che, lo stesso medico, si fosse assicurato dell'esistenza e della sussistenza di una richiesta consapevole ed informata, relativa alla sospensione dal respiratore artificiale ha accertato l'insussistenza di qualsiasi tipo di discrezionalità da parte del sanitario, il quale, si sottolinea, *“se avesse effettivamente riservato a sé un autonomo spazio decisionale in assenza o addirittura in contrasto con la volontà del paziente”* sarebbe dovuto essere, più correttamente, incriminato per omicidio volontario, anziché per omicidio del consenziente. Secondo il Gup, l'imputazione coatta ex art. 579 c.p., dimostra che lo stesso Gip riconosceva che *“in ogni caso, la condotta del medico non era stata mossa da una scelta discrezionale, bensì essa si era strettamente attenuta alla volontà*

---

<sup>399</sup> Nel diario clinico redatto dal dott. Riccio è sottoscritto che la volontà di Piergiorgio Welby è stata manifestata espressamente. “Quest'ultimo, se si avvicinava il proprio orecchio alla sua bocca, era, infatti, in grado di pronunciare brevi frasi ben comprensibili”.

<sup>400</sup> Questura di Roma, verbali di Pg, 21 dicembre 2006.

<sup>401</sup> Loc. cit.



*del paziente*<sup>402</sup>. In seguito, il Gup, ha analizzato una serie di interventi effettuati dalla giurisprudenza in questa particolare materia, giungendo alla conclusione che *“il quadro normativo delineato dalla Corte Costituzionale nel corso degli anni non lascia dubbi all’interprete, in quanto da esso discende con chiarezza che l’individuo può rifiutare trattamenti medici e la sua volontà consapevole deve essere rispettata anche quando il rifiuto riguardi terapie salvavita e tutto ciò vale non solo nel rapporto tra Stato e cittadini, ma anche tra privati ovvero tra paziente ed il suo medico, che dovrà attenersi alla volontà del malato come regola generale”*<sup>403</sup>.

Conseguentemente, come è stato già più sopra specificato, alla luce dell’interpretazione della giurisprudenza, non solo costituzionale, ma anche di legittimità, in merito all’art. 32, 2° comma Cost., non può essere negato, né disatteso, il diritto di autodeterminazione della persona relativo ai trattamenti sanitari; nasce già perfetto, sostanziandosi nella pretesa di astensione dall’attivazione di un nuovo trattamento, ma anche di intervento, qualora ciò che venisse richiesto è la sospensione di un trattamento già in itinere.

L’ambito entro il quale può essere esercitato il diritto all’autodeterminazione è stabilito dallo stesso Legislatore all’art. 32, 2° comma Cost., quando precisa che *“nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario”*. Il riferimento al trattamento sanitario, permette di precisare che l’adesione o il rifiuto del soggetto deve riguardare, necessariamente, condotte che hanno come contenuto, competenze di carattere medico, che possono essere poste in essere esclusivamente da un soggetto professionalmente qualificato.

Detto ciò, il Gup, ha riscontrato nella condotta del dott. Riccio sia l’elemento oggettivo, che quello soggettivo, del reato di omicidio del consenziente. Il primo elemento è dato sia dall’accertata sussistenza del consenso della vittima, sia dal fatto che all’azione dell’imputato, consistita nel distacco del ventilatore artificiale, corrispondeva come evento, naturalisticamente e giuridicamente conseguente, il decesso del paziente. L’elemento soggettivo sussiste, in quanto, l’aver adempiuto alla volontà del paziente non esclude di per sé la volontarietà dell’azione. Il sanitario era perfettamente consapevole delle conseguenze dell’interruzione della terapia.

Il Gup sottolinea come, pur esistendo tutti gli elementi costitutivi del reato, nel caso concreto sussistesse anche la scriminante dell’adempimento di un dovere, ex art. 51 c.p.<sup>404</sup>.

Alla luce di tutte le considerazioni fatte, le conclusioni del Gup sono favorevoli al dott. Riccio. Si afferma, infatti, che il sanitario *“ha agito alla presenza di un dovere giuridico che ne scrimina l’illiceità della condotta causativa della morte altrui e si può affermare che egli ha posto in essere tale condotta dopo aver verificato la presenza di tutte quelle condizioni che hanno legittimato l’esercizio del diritto da parte della vittima di sottrarsi ad un trattamento sanitario non voluto”*.

Il dott. Riccio, con la sentenza n° 2049, del 23 luglio 2007, viene prosciolto dall’accusa per il reato di omicidio del consenziente, ex art. 579 c.p., perché non punibile in ragione della sussistenza della scriminante di cui all’art. 51 c.p.

In altre parole, non può rispondere del reato di omicidio del consenziente, il medico che sospende un trattamento sanitario, dietro la richiesta consapevole del paziente, per aver agito nell’adempimento di un dovere.

La sentenza sul caso Welby è particolarmente rilevante, si tratta di una sentenza innovativa, la prima pronuncia assolutoria del giudice penale italiano, che valorizza la causa di giustificazione ex art. 51 c.p.<sup>405</sup>, e specifica, in più occasioni, che l’unico soggetto legittimato all’interruzione di cure è il medico, ovvero, un *“soggetto professionalmente qualificato”*, e non anche un qualsiasi terzo, *“sia esso anche uno stretto congiunto del paziente”*.

E’, infine, necessario sottolineare, come ha già fatto il Gup, nelle motivazioni conclusive della sua sentenza, che la vicenda relativa a Piergiorgio Welby non ha nulla a che vedere con l’eutanasia.

---

<sup>402</sup> Loc. cit.

<sup>403</sup> Loc. cit.

<sup>404</sup> Loc. cit.

<sup>405</sup> A. GUARNERI, op cit., p. 1722.

Questa riguarda esclusivamente le ipotesi di accelerazione del percorso biologico naturale per la persona capace di intendere e volere, che, affetta da sofferenze insopportabili e senza prospettive di miglioramento, chiede che le venga praticata un'iniezione con un farmaco mortale, se non in grado di somministrarselo, ovvero di fornirglielo in modo che possa assumerlo. La vicenda di Welby rientra nel diritto, già compiutamente ed esaurientemente tutelato, dagli artt. 2, 13 32, 2° comma, Cost., di autodeterminazione della persona al rispetto del percorso biologico naturale. Anche la Chiesa, attraverso Monsignore Carlo Maria Martini, ha precisato come sia di *“grandissima importanza”*, nel contesto sociale venutosi a formare a seguito della vicenda Welby, distinguere tra eutanasia e astensione dall'accanimento terapeutico, termini spesso confusi. Infatti, mentre l'eutanasia è un gesto attraverso il quale si intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, l'accanimento terapeutico consiste nella rinuncia all'utilizzo di procedure mediche sproporzionate e senza ragionevole speranza di esito positivo<sup>406</sup>. *“Evitando l'accanimento terapeutico non si vuole procurare la morte: si accetta di non poterla impedire”*<sup>407</sup>, assumendo così i limiti propri della condizione umana mortale.

---

<sup>406</sup> C. M. MARTINI, *Io, Welby e la Morte*, in *Il Sole 24 ore*, 21.1.07.

<sup>407</sup> *Catechismo della Chiesa Cattolica*, n° 2278.

## IL CASO NUVOLI

Il caso di Giovanni Nuvoli cattura l'attenzione dell'opinione pubblica nell'aprile del 2007.

E' lui stesso ad indire una conferenza stampa, nella quale annuncia di avere l'intenzione di porre fine alle sue sofferenze, nonché di aver contattato un medico disposto ad aiutarlo nel suo ultimo cammino.

La malattia di Nuvoli, arbitro di fama nazionale, viene diagnosticata nel 2000. All'età di 46 anni, scopre di essere affetto dalla sclerosi laterale amiotrofica, patologia che porta all'annullamento totale della funzione motoria e fonatoria. Nel giro di pochi anni, all'epoca della conferenza stampa, l'uomo dal fisico atletico, che conoscevano le cronache sportive, non esisteva più. Nuvoli era arrivato a pesare solo una ventina di chili, era costretto a letto dalla ventilazione artificiale, ma era ancora in grado di manifestare lucidamente la propria volontà tramite un sintetizzatore vocale, attraverso il quale riusciva, grazie al movimento delle palpebre, a riportare i suoi pensieri su un computer<sup>408</sup>.

Come nel caso Welby, Nuvoli era inizialmente ricorso alla Procura della Repubblica di Sassari, denunciando il rifiuto dei sanitari di ottemperare alla sua volontà, staccando il respiratore artificiale, e richiedendo, che fosse la stessa Procura, a dare l'ordine attraverso il quale il suo diritto si sarebbe concretizzato.

Specularmente a quanto avvenuto pochi anni prima a Roma, anche in questo caso la risposta da parte dell'Autorità giudiziaria non fu né tempestiva, né univoca.

L'epilogo della triste vicenda arriva il 23 luglio 2007, con la morte di Giovanni Nuvoli, dovuta ad un'insufficienza multiorgano, peggiorata in una fibrillazione ventricolare terminale. Da circa una decina di giorni, infatti, l'ex arbitro aveva deciso di non alimentarsi più, né di assumere alcun liquido ad eccezione della terapia sedativa e antidolorifica.

A differenza della vicenda Welby, dove la morte è intervenuta, sì per cause naturali riconducibili alla malattia di cui era affetto il paziente, ma pur sempre come conseguenza naturalistica del distacco, da parte del sanitario, dal ventilatore artificiale, in questo caso, al paziente non viene sospeso il trattamento sanitario salvifico. Il sanitario si limita a lasciar morire il paziente, il quale decede, come abbiamo già sottolineato, per un'insufficienza multiorgano dovuto alla mancata somministrazione di liquidi e nutrizione. In altre parole: *“la persona malata assurge a dominus del suo destino e il sanitario non compie una scelta etica in favore della morte, ma rimane a guardare, lasciando che l'uomo nella solitudine del male decida da sé”*<sup>409</sup>.

Il reato astrattamente configurabile nella condotta del sanitario, che aveva in cura Nuvoli, sarebbe l'omicidio del consenziente in forma omissiva, per essersi astenuto dal compiere trattamenti clinici, rifiutati precedentemente dal paziente, e aver praticato esclusivamente la terapia sedativa e antalgica.

Il Gip di Sassari ha accolto la richiesta di archiviazione della Procura della Repubblica, presentata il 23 gennaio 2008, sostenendo la tesi della mancanza di tipicità del fatto per assenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, dato dal rifiuto, ritenuto valido, in quanto, volontario e consapevole, del paziente. In particolare, il Pm, ritiene che *“non integra il reato di omicidio del consenziente il comportamento del medico che lascia morire di inedia un paziente affetto da grave patologia invalidante, senza imporgli quella nutrizione ed idratazione da questi consapevolmente rifiutate; tale rifiuto è giuridicamente efficace, perché rientrante nell'art. 32, comma 2°, Cost., per il quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non nei casi previsti dalla legge. Pertanto, quando viene opposto un rifiuto ad un trattamento sanitario, la relativa omissione del medico non è tipica e non è penalmente rilevante: viene infatti meno l'obbligo giuridico ex art.*

---

<sup>408</sup> A. FERRATO, *Il Rifiuto alle Cure e la Responsabilità del Sanitario: il caso Nuvoli*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009.

<sup>409</sup> A. FERRATO, *op. cit.*

*40, comma 2°, c.p., anzi scatta per il medico il precipuo dovere di rispettare la volontà del paziente*<sup>410</sup>.

Tale tesi è in linea con l'orientamento giurisprudenziale, affermatosi negli ultimi anni, secondo il quale deve considerarsi responsabile del delitto di violenza privata, ex art. 610 c.p., il sanitario che protrae l'intervento terapeutico malgrado il rifiuto espresso del malato. In base a tale concezione non può essere chiamato a rispondere penalmente il medico che aiuta il paziente a compiere la sua scelta, dal momento in cui si ritiene insuperabile l'eventuale espresso, libero e consapevole rifiuto manifestato dal paziente<sup>411</sup>.

---

<sup>410</sup> Proc. Rep. Sassari, richiesta di archiviazione, 23 gennaio 2008, in *Dir. & Giust.*, 2008.

<sup>411</sup> A. FERRATO, op. cit.

## ELUANA ENGLARO, IL PRIMO CASO ITALIANO DI DISATTIVAZIONE DEL SOSTEGNO VITALE SU PAZIENTE INCOSCIENTE

Alla fine di questa tesi ho scelto di trattare il recentissimo caso Englaro. E' una vicenda che ha permesso di portare alla luce quella che, da molti, è considerata una vastissima lacuna dell'ordinamento italiano: la mancanza di tutela del cittadino in stato di incoscienza.

Grazie al caso Englaro la politica si è attivata alla ricerca di una soluzione al problema. Attualmente la legge per la regolamentazione delle direttive anticipate, ovvero, per la legalizzazione del testamento biologico è ancora in fase di discussione.

Ma partiamo dal principio, perché solo analizzando la vicenda di questa ragazza siamo in grado di capire le sorprendenti evoluzioni sociali, politiche, dottrinali e giurisprudenziali che si sono verificate negli ultimi anni.

La triste vicenda di Eluana Englaro ha inizio il 18 gennaio 1992, quando a causa di gravissime lesioni, riportate a seguito di un incidente stradale, entra in coma.

I medici stabiliscono, immediatamente, che la giovane donna ha riportato lesioni alla corteccia cerebrale e alle aree sottostanti, nonché alla sostanza bianca, ai centri sottocorticali e a livello del midollo cerebrale. Le lesioni riscontrate sono talmente gravi da aver interrotto il collegamento tra corpo e cervello, annullando qualsiasi capacità recettiva agli stimoli della corteccia cerebrale. Restano attive, però, alcune aree sottocorticali: il sistema nervoso neurovegetativo, responsabile del mantenimento del controllo e del funzionamento delle funzioni vitali involontarie (come ad esempio il controllo della pressione arteriosa, l'equilibrio ormonale, la temperatura corporea e il respiro)<sup>412</sup>.

Tutto questo permette di mantenere una reattività agli stimoli esterni, un'attività riflessa, automatica, non modificata dall'apprendimento. Anche il midollo spinale è rimasto fortemente danneggiato a causa della rottura dell'epistrofeo, la seconda vertebra cervicale. Infine, il tronco encefalico, anche se fortemente traumatizzato, continua ad assolvere al suo compito di regolatore delle funzioni vegetative, specificatamente per ciò che riguarda la respirazione spontanea e il livello di pressione nel sangue<sup>413</sup>. Eluana Englaro a causa delle gravissime lesioni appena descritte, pur uscendo dal coma, circa un mese dopo l'incidente, non fu in grado di riprendere coscienza. Non era riscontrabile alcun segno di collegamento col mondo esterno.

A questo punto, la condizione clinica di Eluana Englaro era quella che i medici definiscono di stato vegetativo persistente<sup>414</sup>, ovvero, una condizione di stato vegetativo che si protrae da più di un mese. *“Cominciò l'assistenza quotidiana con le terapie necessarie per mantenerla in vita: la nutrizione e idratazione artificiale, un presidio medico in grado di nutrire il paziente impossibilitato a farlo da sé, i farmaci contro l'epilessia, le vitamine e un insieme di cure riabilitative atte a impedire la formazione di piaghe da decubito e l'atrofizzazione degli arti”*<sup>415</sup>. Anche la ventilazione artificiale venne mantenuta per un lungo periodo, prima che la respirazione diventasse nuovamente autonoma.

Da questo momento i medici fissarono un arco temporale di osservazione clinica. Considerata anche la giovane età della paziente, venne stabilito un periodo di osservazione di due anni, nei quali, si sarebbe potuto capire se ci fosse la possibilità di una eventuale ripresa della funzionalità del cervello, oppure, la irrimediabile irreversibilità dello stato in cui si trovava.

---

<sup>412</sup> E' l'integrità di questa parte del sistema nervoso, in assenza di stimoli ad origine corticale, che conferisce a questa condizione la denominazione di stato vegetativo.

<sup>413</sup> B. ENGLARO e E. NAVE, *Eluana, la Libertà e la Vita*, Ed. Rizzoli, 2008, p. 18.

<sup>414</sup> A differenza dello stato vegetativo permanente, lo stato vegetativo persistente è contrassegnato dall'indeterminatezza degli esiti. La situazione del paziente, pur manifestando i sintomi propri dello stato vegetativo permanente, può ancora evolversi, vi possono essere, infatti, progressi sia cognitivi che motori grazie ad una riabilitazione intensiva.

<sup>415</sup> B. ENGLARO e E. NAVE, op. cit., p. 19.

Nel reparto di luogodegenza dell'ospedale di Sondrio, Eluana "fu stimolata in tutti i modi possibili: dalle pratiche fisiatriche dirette a combattere l'atrofizzazione degli arti alle tecniche di risveglio sensoriali-cognitive, dall'osservazione clinica pronta a cogliere qualsiasi tipo di ripresa percettivo-cognitiva alle procedure con cui si spronavano i familiari e le amiche a stimolarla con la propria voce, il contatto umano, il calore"<sup>416</sup>. Al termine di questo periodo di osservazioni, la diagnosi definitiva fu l'irreversibilità dello stato vegetativo.

Ma di cosa si tratta? Cos'è lo stato vegetativo permanente? Qual è la definizione di questa patologia?

Lo stato vegetativo permanente viene descritto per la prima volta, nel 1940, dallo psichiatra tedesco Ernst Kretschmer come uno stato post-coma, in cui il paziente, apparentemente vigile, non è cosciente. In seguito, nel 1972, il neurochirurgo Bryan Jennet e il neurologo Fred Plum, studiarono questa nuova patologia. Questa, sembrava manifestarsi grazie alla possibilità, data dalla medicina moderna, di mantenere in vita i corpi dei pazienti dopo aver subito gravi lesioni encefaliche. Questo studio, sottolineò come non fosse necessaria una lesione estesa della corteccia per dare vita a questa sindrome e che, anzi, la corteccia poteva essere totalmente disattivata senza, per questo, essere distrutta. Lo studio effettuato porta Jennet e Plum alla convinzione che ciò che caratterizza lo stato vegetativo permanente è la "mancanza di ogni risposta adattiva all'ambiente esterno, l'assenza di ogni segno di una mente che riceve e proietta informazioni, in un paziente che mostra prolungati periodi di veglia"<sup>417</sup>.

Soltanto nel 1994, grazie al lavoro effettuato dalla Multi-Society Task Force on PVS, vengono stabiliti i criteri per diagnosticare lo stato vegetativo permanente<sup>418</sup>. Tali criteri sottolineano la dissociazione delle funzioni dell'organismo umano tradizionalmente concepite come un tutt'uno: in questa condizione, le funzioni vegetative, indispensabili alla sopravvivenza dell'organismo, come la respirazione, la circolazione sanguigna, il controllo omeostatico della temperatura e della produzione ormonale, vengono ripristinate e mantenute, mentre vengono irreversibilmente perse sia le capacità motorie e di coordinazione dei comportamenti sia la funzionalità cognitiva, la consapevolezza di sé e dell'ambiente circostante, come lo stato di coscienza<sup>419</sup>.

In base a quanto emerso da questo Consensus Statement, si accetta l'irreversibilità della condizione patologica se, a distanza di un anno dall'evento traumatico, non vi è stato alcun recupero dell'attività psichica e cognitiva

Con la diagnosi di stato vegetativo permanente si dichiara, sostanzialmente, l'incapacità di recupero cognitivo, l'impossibilità, per il paziente, di tornare a uno stato di coscienza.

E' corretto sottolineare come tale diagnosi non sia incontrovertibile. E' stato, infatti, notato, da autorevole dottrina scientifica, come non sia possibile certificare un'assoluta mancanza di coscienza del soggetto. Esiste, però, l'evidenza clinica dei danni cerebrali che seguono alla caduta nello stato vegetativo permanente, danni diffusi e gravi all'encefalo, i quali possono offrire un elevato grado di certezza sull'irreversibilità della condizione<sup>420</sup>.

---

<sup>416</sup> B. ENGLARO e E. NAVE, op. cit., p. 37.

<sup>417</sup> B. JENNETT e F. PLUM, *Persistent Vegetative State after brain damage. A syndrome in search of a name*, 1972.

<sup>418</sup> I criteri vengono così sintetizzati: nessuna consapevolezza di sé e dell'ambiente circostante, incapacità di interagire con gli altri, nessuna evidenza di comportamenti sostenuti, riproducibili, finalizzati o volontari in risposta a stimoli uditivi, tattili o dolorosi, nessun segno di comprensione o espressione verbale, uno stato di intermittente vigilanza compatibile con il ritmo di sonno-veglia, il parziale mantenimento delle funzioni autonome del tronco e dell'ipotalamo, sufficienti a garantire la sopravvivenza in presenza di cure mediche o infermieristiche, incontinenza urinaria e fecale, variabile conservazione delle risposte riflesse dei nervi cranici (riflessi della pupilla, oculocefalici, corneali, vestibolo-oculari e suzione) e di quelli spinali. MULTY-SOCIETY TASK FORCE ON PVS, *Consensus Statement on the Medical Aspects of the Persistent Vegetative State: Second of two parts*, in *New England Journal of Medicine*, 1994.

<sup>419</sup> MULTY-SOCIETY TASK FORCE ON PVS, op. cit, 1994.

<sup>420</sup> C. A. DEFANTI, *Vivo o Morto? La Storia della Morte nella Medicina Moderna*, 1999.

Si vuole ancora sottolineare come questa condizione non esiste in natura, ma è il “*prodotto collaterale, non voluto né auspicato, di un difficile intervento sanitario*”<sup>421</sup>.

Precisato in che cosa consisteva la condizione in cui versava Eluana Englaro, ripercorriamo le tappe giudiziarie fondamentali di questa dolorosa vicenda, culminata nella sentenza della Corte di Cassazione del 16 ottobre 2007, n° 21748.

I genitori della ragazza, conoscevano molto bene le sue idee e i suoi desideri, che furono espressi chiaramente in più occasioni, tra cui la visita avvenuta ad un caro amico entrato in coma dopo un incidente in moto. In quella circostanza Eluana, rivolgendosi ai suoi genitori, disse espressamente “*se dovesse accadere una cosa del genere a me, voi dovete intervenire, dovete farlo di corsa. Se non posso essere quello che sono adesso, preferisco essere lasciata morire. Io non voglio per nessuna ragione rimanere in una condizione del genere*”<sup>422</sup>.

Il 19 dicembre 1996, Beppino Englaro, padre di Eluana, ricorse al Tribunale di Lecco, consapevole che questo era l’unico modo per poter concretizzare le volontà della figlia, richiedendo di essere nominato tutore legale della figlia, ottenendo, in questo modo, il diritto-dovere di curarne i migliori interessi, rappresentarla negli atti civili e amministrare i beni ai sensi dell’art. 357 c.c.,.

La prima richiesta, per la sospensione del presidio sanitario, fu fatta l’8 maggio 1997. Con una lettera inviata al primario della Casa di Cura di Lecco, struttura presso la quale era stata nel frattempo trasferita Eluana, venne chiesta formalmente la sospensione della nutrizione e idratazione artificiale, nonché la sospensione di tutti i medicinali che sostenevano la paziente esclusivamente dal punto di vista fisico<sup>423</sup>.

Dopo innumerevoli rifiuti, Beppino Englaro decise di percorrere la strada giudiziaria, precedentemente battuta da Piergiorgio Welby e da Giovanni Nuvoli.

L’iter giudiziario inizia il 19 gennaio 1999 dinanzi al Tribunale di Lecco. La prima richiesta da parte del tutore, ex art. 732 c.p.c. fù quella di essere autorizzato alla sospensione del trattamento sanitario, consistente nella nutrizione artificiale, attivato su Eluana. L’istanza di autorizzazione sottolineò come l’imposizione di un trattamento sanitario vitale ad un soggetto incapace, contro la sua volontà precedentemente espressa, avrebbe implicato gravi risvolti incostituzionali. Qualora, infatti, non fosse stata data al tutore la possibilità di rappresentare gli interessi della paziente, si sarebbe incorso nell’imposizione di trattamenti sanitari privando, conseguentemente, il soggetto incapace della tutela costituzionale fornita dall’art. 32, 2° comma, “*con l’aberrante effetto di porre quest’ultimo in una condizione diversa rispetto ad un soggetto capace e come tale libero di accettare o rifiutare i trattamenti sanitari; ciò in palese violazione dell’art. 3 Cost.*”<sup>424</sup>.

Il 1° marzo 1999 il Tribunale si pronuncia dichiarando il ricorso inammissibile. Le richieste del tutore, circa il valore da attribuire alle volontà precedentemente espresse dalla paziente e il ruolo da assegnare a lui stesso nella coltivazione del miglior interesse per la sua assistita, non vennero discusse, il Tribunale si limitò ad analizzare la questione esclusivamente con riferimento all’eutanasia e al diritto alla vita. Il Tribunale, difatti, affermò “*il profondo contrasto della richiesta, con i principi fondamentali dell’ordinamento vigente, rispetto ai quali ogni forma di eutanasia appare non altro che un inaccettabile tentativo di giustificazione della tendenza della comunità, incapace di sostenere adeguatamente i singoli costretti a una misura di estrema dedizione nei confronti dei malati nella speranza di guarigione, a trascurare i diritti dei suoi membri più deboli e in particolare di quelli che non siano più nelle condizioni di condurre una vita cosciente, attiva e produttiva*”<sup>425</sup>.

Il 14 marzo 1999 il tutore fece reclamo davanti alla Corte d’Appello di Milano, ai sensi dell’art. 739 c.p.c., la quale, pur dichiarando ammissibile il ricorso, ritenendo che il tutore avesse la piena cura della persona, “*con la conseguenza che nell’interesse del soggetto è legittimato ad esprimere o*

<sup>421</sup> L. ORSI, *Lo Stato Vegetativo Permanente e la Questione del Limite Terapeutico*, in *Bioetica*, 2001.

<sup>422</sup> B. ENGLARO e E. NAVE, op. cit. p. 28.

<sup>423</sup> B. ENGLARO e E. NAVE, op. cit., p. 49.

<sup>424</sup> Istanza di autorizzazione ex art. 732 c.p.c., 18 gennaio 1999.

<sup>425</sup> B. ENGLARO e E. NAVE, op. cit., p. 54.

rifiutare il consenso al trattamento terapeutico<sup>426</sup>, lo rigetta, il 31 dicembre dello stesso anno, precisando che il tutore era legittimato a richiedere la sospensione della nutrizione e idratazione artificiale solo se quest'ultima veniva considerata una terapia medica, *“tale da sottostare alla pratica del consenso, e tale per cui il suo perpetrarsi nel tempo avrebbe potuto configurare, agli occhi del tutore, una forma di accanimento terapeutico verso la sua assistita”*<sup>427</sup>.

Le affermazioni fatte dalla Corte, in merito alle quali si riteneva lecita la disattivazione dell'alimentazione artificiale, qualora questa fosse stata ritenuta un trattamento medico, spinsero, l'allora Ministro della Salute, Umberto Veronesi, a istituire, con decreto ministeriale del 20 ottobre 2000, una commissione tecnica, chiamata in seguito commissione Oleari, la quale era finalizzata all'indagine sulla questione dell'alimentazione e idratazione artificiale per i pazienti in irreversibile perdita di coscienza. Il documento finale affermò la liceità dell'interruzione del trattamento sanitario *“già allo stato attuale della legislazione”*, si sostenne, inoltre, che a seguito dell'accertamento dello stato vegetativo permanente, *“il tutore può convincersi che certi trattamenti sanitari, o comunque posti in essere dai medici, siano, data la loro palese inutilità, contrari alla dignità della persona e chiedere quindi, nell'interesse dell'interdetto, di essere autorizzato ad interromperli”*<sup>428</sup>.

Il 26 febbraio 2002, Beppino Englaro, presentò un nuovo ricorso dinanzi al Tribunale di Lecco.

Il quale, con la sentenza del 20 luglio 2002, dichiarò il ricorso ammissibile, ma lo rigettò.

Il Tribunale, in quella occasione, riconosce il pieno diritto del tutore di fare ricorso, ma afferma che *“è convinzione del Collegio che la nozione di cura del soggetto incapace implichi un quid di positivo volto alla conservazione della vita del soggetto stesso e non certo, invece, alla sua soppressione”*<sup>429</sup>. I Giudici continuano la loro argomentazione sottolineando come *“il nostro ordinamento giuridico conferisce una tutela piena al bene vita fino al momento della sua fine. E in questa piena tutela non è dato riscontrare eccezioni per i casi di esistenza costellati da sofferenze fisiche, da deformazioni somatiche, da stati di incoscienza del mondo esterno, fino a comprendere l'ipotesi dello stato vegetativo permanente”*<sup>430</sup>.

La sentenza viene immediatamente impugnata davanti alla Corte d'Appello di Milano, la quale rigettò il ricorso il 17 ottobre 2003. Secondo la Corte era fondamentale risolvere il conflitto sussistente tra il rispetto del diritto alla vita e il diritto all'autodeterminazione del paziente.

Di fatti, l'unico modo, per il paziente in stato vegetativo permanente, di esercitare il proprio diritto di autodeterminazione nelle cure era attraverso il testamento biologico, che la Corte definisce come *“un'espressione di volontà motivata da una serie di interessi degni della massima considerazione, che il soggetto sovraneamente ritiene prevalenti rispetto alla prosecuzione della propria esistenza biologica, sono riferiti proprio al momento futuro in cui il soggetto dovesse trovarsi in una condizione di assenza di coscienza”*<sup>431</sup>. Anche se riconosceva valore alle volontà precedentemente espresse, le quali dovevano ritenersi rigorose e incontrovertibili, la Corte, pur ammettendo la gravità della mancanza di regolamentazione in un caso simile, si ritenne *“perplessa sull'opportunità-legittimità di un'interpretazione integrativa, che sarebbe preter legem, non già contra legem”*<sup>432</sup>.

A seguito dell'ennesimo rifiuto, da parte della giurisdizione italiana, di eseguire il volere della figlia, Beppino Englaro, promosse ricorso alla Corte di Cassazione di Roma, ex art. 111 Cost. La Corte rispose con l'ordinanza n°8291 del 20 aprile 2005, con la quale si dichiarò inammissibile il ricorso, presentato dal tutore, a causa della mancanza di un curatore speciale, ex art. 78 c.p.c., il

<sup>426</sup> Corte d'Appello di Milano, decreto, 26 novembre 1999.

<sup>427</sup> Loc. cit.

<sup>428</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, Direzione generale degli studi, della documentazione sanitaria e della comunicazione ai cittadini, *Relazione Tecnica, Gruppo di Lavoro su Nutrizione e Idratazione nei Soggetti in Stato di Irreversibile perdita della Coscienza*, in *Bioetica*, 2002.

<sup>429</sup> Tribunale di Lecco, sent. 15 luglio 2002.

<sup>430</sup> Loc. cit.

<sup>431</sup> Loc. cit.

<sup>432</sup> Loc. cit.



quale avrebbe dovuto indagare se la volontà di Eluana, soggetto tutelato, corrispondesse effettivamente alle dichiarazioni effettuate fino a quel momento dal tutore.

Il curatore speciale, Franca Alessio, nominato dal Tribunale di Lecco il 21 novembre 2005, dopo aver attentamente analizzato il caso di Eluana, affermò che il trattamento che la sua assistita era costretta a subire la privava di ogni dignità e che, pertanto, non doveva essere prestato, a meno che non risultasse una volontà contraria dell'interessata, espressa precedentemente. In altre parole, secondo il curatore speciale, l'applicazione dell'alimentazione e idratazione artificiale non era da considerarsi alla stregua di un trattamento sanitario obbligatorio, al quale solo la volontà del paziente poteva opporsi, *“ma la sopravvivenza in stato vegetativo permanente, che la nutrizione e idratazione artificiale permetteva, era tale da dover di per sé giustificare la sospensione del trattamento di sostegno vitale, a meno che non ci fosse stata la precisa volontà dell'interessato di opporvisi, richiedendone la prosecuzione ad oltranza”*<sup>433</sup>.

Con il sostegno del curatore speciale, il tutore di Eluana Englaro, presentò un nuovo ricorso davanti al Tribunale di Lecco alla fine del 2005. Tale ricorso fu dichiarato inammissibile il 2 febbraio 2006. Così i Giudici motivarono la loro decisione: *“l'interruzione di un trattamento necessario a conservare la vita dell'interessato è atto personalissimo”*<sup>434</sup> *che non può essere demandato ad altro soggetto. Sulla natura strettamente personale di tale atto non sussistono dubbi”*<sup>435</sup>. Secondo il Tribunale, il trattamento sanitario a cui era sottoposta Eluana, ovvero l'alimentazione e idratazione artificiale, non era semplicemente lecito, ma risultava addirittura doveroso in base al principio solidaristico espresso dal nostro ordinamento, il quale era finalizzato alla tutela della persona e alla conservazione della sua vita.

Come era accaduto nei precedenti procedimenti giudiziari, il tutore ricorse alla Corte d'Appello di Milano. Riprendendo il tema del conflitto di interessi tra tutela della vita e autodeterminazione, la Corte affermò: *“quando la persona non può esprimere alcuna volontà non vi è alcun profilo di autodeterminazione o di libertà da dover tutelare; l'assenza di una volontà dell'interessato impone di ritenere non sussistente il conflitto tra i sopraindicati valori costituzionali”*<sup>436</sup>. La richiesta del tutore viene ritenuta inammissibile il 20 dicembre 2006. La Corte, allineandosi al pensiero espresso dal Comitato Nazionale per la Bioetica, secondo il quale, la nutrizione e idratazione erano trattamenti considerati eticamente dovuti e la loro sospensione da valutare *“non come la doverosa interruzione di accanimento terapeutico ma piuttosto come una forma, da un punto di vista umano e simbolico particolarmente crudele, di abbandono del malato”*<sup>437</sup>, afferma che *“Eluana Englaro è in vita e la forma di vita in cui versa non è meno degna di quella di ogni altra persona né la stessa è lesiva della sua intima essenza di individuo”*<sup>438</sup>.

Indignato dalla sostanziale imposizione della vita artificiale nei confronti della figlia incapace, sostenuta dai Tribunali italiani interpellati fino a quel momento, Beppino Englaro si rivolse nuovamente alla Corte di Cassazione di Roma il 6 marzo 2007. La Corte si pronunciò a favore del ricorrente con la sentenza n°21748 del 16 ottobre 2007. I Giudici della Suprema Corte posero delle condizioni che, se verificate, permettevano al padre di Eluana Englaro di sospendere l'alimentazione e l'idratazione artificiale che la mantenevano in vita da ormai quindici anni. Analizziamo nel dettaglio questa sentenza innovativa, che sovverte la tradizione giurisprudenziale in materia di diritto alla vita.

Innanzitutto è bene ricordare quali fossero le argomentazioni del tutore, portate a sostegno delle sue richieste. Egli, infatti, identifica, in perfetto accordo con la tradizione giuridica, il bene vita come un bene indisponibile, il quale risulta essere il presupposto di qualsiasi libertà dell'uomo. A differenza

<sup>433</sup> B. ENGLARO e E. NAVE, op. cit., p. 111.

<sup>434</sup> La dottrina ha sempre definito come “atti personalissimi” tutti gli atti che non tollerano una sostituzione in quanto inscindibilmente legati alla manifestazione di volontà dell'interessato.

<sup>435</sup> B. ENGLARO e E. NAVE, op. cit., p. 112.

<sup>436</sup> Corte d'Appello di Milano, decreto, 16 dicembre 2006.

<sup>437</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'Alimentazione e l'Idratazione di Pazienti in Stato Vegetativo Persistente*, 30 settembre 2005.

<sup>438</sup> Loc. cit.

della giurisprudenza espressasi sull'argomento fino a questo momento, egli ritiene, però, che sarebbe errato costruire l'indisponibilità della vita in ossequio ad un interesse altrui, pubblico o collettivo, sopraordinato e distinto da quello della persona che vive, ed anzi, sottolinea, come il diritto alla vita, proprio perché irrinunciabile e indisponibile, non spetti che al suo titolare e non possa essere trasferito ad altri, che lo costringano a vivere come essi vorrebbero.

Beppino Englaro afferma, nel suo ricorso, come *“per chi sia cosciente e capace di volere, la prima garanzia del suo diritto alla vita risiede nella libertà di autodeterminazione rispetto all'ingerenza altrui”*<sup>439</sup>, e come *“lo stesso tipo di garanzia non è sostenibile per chi sia in stato di incapacità”*<sup>440</sup>. Secondo il tutore *“quando, come nel caso di Eluana Englaro, l'autodeterminazione non è più possibile, perché la persona ha perso irreversibilmente coscienza e volontà, bisogna perlomeno assicurarsi che ciò che resta dell'individualità umana, in cui si ripone la dignità di cui discorrono gli artt. 2, 13 e 32 Cost., non vada perduta. E tale individualità andrebbe perduta qualora un'altra persona*<sup>441</sup>, *diversa da quella che deve vivere, potesse illimitatamente ingerirsi nella sfera personale dell'incapace per manipolarla fin nell'intimo, fino al punto di imporre il mantenimento di funzioni vitali altrimenti perdute”*<sup>442</sup>.

La Cassazione, affrontando preliminarmente la questione del consenso informato all'atto medico, afferma che tale consenso *“ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”*<sup>443</sup>.

Tale rifiuto, sottolinea la Corte, non deve, in nessun modo, essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, esprimendo, al contrario, la scelta del malato di seguire il corso naturale della malattia. I Giudici ribadiscono, inoltre, come l'obbligo di praticare o continuare le cure da parte del sanitario cessa dinanzi al rifiuto delle stesse da parte del paziente.

Una volta affermato che il consenso informato costituisce la legittimazione del trattamento sanitario, la Corte osserva come il quadro dei valori descritto, *“fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e volere, si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificatamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza”*<sup>444</sup>.

Considerata la grave lacuna legislativa, del nostro ordinamento, in una materia così delicata, e considerato il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti, i Giudici della Suprema Corte, operano una ricostruzione della regola di giudizio basandosi su numerose norme, sia interne sia internazionali.

Si fa riferimento, innanzi tutto, all'art. 4 del d. lgs. 24 giugno 2003<sup>445</sup>, nel quale si ammette la possibilità di effettuare sperimentazioni cliniche su adulti incapaci a condizione di aver ottenuto il consenso del legale rappresentante, deve *“rappresentare la presunta volontà del soggetto”*<sup>446</sup>. Ed ancora, sempre a livello nazionale, si rinviene un riferimento espresso al consenso del tutore nella

---

<sup>439</sup> Corte di Cassazione, sentenza n° 21748, 16 ottobre 2007.

<sup>440</sup> Loc cit.

<sup>441</sup> Ci si riferisce in questo caso all'opera del sanitario che contravvenendo all'art. 16 del Codice di Deontologia Medica, il quale afferma espressamente che il medico deve astenersi dall'ostinazione di trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita, persista nell'attivazione di trattamenti sanitari al solo scopo di prolungare artificialmente la vita del soggetto non più in grado di autodeterminarsi.

<sup>442</sup> Loc cit.

<sup>443</sup> Loc. cit.

<sup>444</sup> Loc. cit.

<sup>445</sup> Attuazione della direttiva 2001/20/CE, relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico.

<sup>446</sup> D. lgs. 24 giugno 2003, art. 4.

legge 22 maggio 1978, n°194, sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza. All'art. 13, infatti, prevede espressamente la possibilità, per il tutore, di richiedere l'interruzione di gravidanza della donna interdetta e che, qualora la richiesta pervenisse da quest'ultima, prima di procedere, il sanitario ha l'obbligo di sentire il parere del suo legale rappresentante.

Infine, per ciò che concerne la normativa sopranazionale, la Corte fa riferimento alla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997. L'art. 6 della Convenzione, intitolato "*Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso*", afferma espressamente che "*un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha la capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa*", ed al punto 3 specifica che "*allorquando, per la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge*"<sup>447</sup>.

Detto ciò, la Corte, affermando come il pluralismo dei valori sia una delle scelte fondamentali della nostra Carta Costituzionale, sostiene che debba essere rispettato anche il volere di chi "*legando indissolubilmente la propria dignità alla vita alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno*"<sup>448</sup>. Tale convincimento deve essere manifestato attraverso il legale rappresentante, il quale, nel consentire o nel dissentire la prosecuzione di un trattamento sanitario ha il dovere di agire nell'interesse dell'incapace, ricostruendone la volontà sulla base dei desideri espressi prima della perdita di coscienza, nonché facendo riferimento alla sua personalità, al suo stile di vita, alle sue inclinazioni, ai suoi valori e alle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.

La Corte, infine, non si sofferma particolarmente sulla questione dell'identificazione, alla stregua di un trattamento sanitario, dell'alimentazione e idratazione artificiale tramite sondino nasogastrico, dimostrando di ritenerlo integrante una cura, in quanto "*sottende un sapere scientifico, che è posto in essere dai medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche*"<sup>449</sup>. Tale affermazione, oltre ad essere sostenuta dalla comunità scientifica internazionale, è stata accolta anche dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ha ricompreso il semplice prelievo ematico tra le misure di restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria l'esecuzione coattiva perché la persona, sottoposta all'esame peritale, non acconsente spontaneamente al prelievo<sup>450</sup>.

In conclusione la Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n° 21748 del 16 ottobre 2007, afferma il principio di diritto secondo il quale "*ove il malato giaccia da moltissimi anni in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pur flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di*

<sup>447</sup> Convenzione di Oviedo, 4 aprile 1997, art. 6.

<sup>448</sup> Loc. cit.

<sup>449</sup> Loc. cit.

<sup>450</sup> Corte di Cassazione, sent. n° 238/96.

*incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa*<sup>451</sup>.

Una volta raggiunta, da parte dei Giudici della Corte di Cassazione, la conclusione, non senza molte critiche, che la richiesta di interruzione del trattamento attivato su Eluana era legittima, il tutore ha proposto, il 5 febbraio 2008, un nuovo ricorso alla Corte d'Appello di Milano, la quale doveva verificare la corrispondenza della richiesta fatta dal padre alla presunta volontà della figlia.

La Corte non ritenne di analizzare il carattere di irreversibilità dello stato clinico di Eluana.

A detta della Corte, l'accertamento della sussistenza di uno stato vegetativo permanente *“è stato effettuato già nella precorsa fase del procedimento, in via principale e non meramente incidentale, e appare ormai coperto da giudicato interno, o in ogni caso da un'equivalente preclusione endoprocessuale di stabilità/immodificabilità del tutto equiparabile al giudicato*<sup>452</sup>.

Il quadro clinico di Eluana era stato diagnosticato dal Professor Carlo Alberto Defanti, medico curante della giovane donna, neurologo di fama nazionale e primario del reparto di neurologia all'Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano, il quale, già a seguito della prima visita, avvenuta nel 1996, affermò nella sua relazione, che in seguito alle conclusioni tratte dalle *“indagini strumentali e sintomatologiche”* compiute, *“la paziente si trova in uno stato vegetativo permanente, cioè irreversibile. Nessun recupero della vita cognitiva è ormai possibile*<sup>453</sup>. In seguito, il Professor Defanti, stilò altre due relazioni, una nel 1999 e una nel 2002, nelle quali egli riconfermò l'invariabilità dello stato della sua paziente e l'impossibilità del recupero della vita cognitiva<sup>454</sup>.

Ad ogni modo, nel corso dei vari procedimenti, susseguitesì negli anni, era stata acquisita ulteriore documentazione finalizzata a dimostrare l'irreversibilità dello stato in cui versava Eluana sulla base dei più accreditati studi medici di carattere internazionale in materia. L'acquisizione di nuovo materiale, non solo non smentì, ma, anzi, sostenne, già secondo i Giudici chiamati a valutare il ricorso nel 2003, la superfluità di ulteriori consulenze tecniche, *“in quanto alla stregua delle risultanze processuali non sussistono dubbi sulla diagnosi, la prognosi e la condizione clinica attuale di Eluana, quale paziente in stato vegetativo permanente con il quadro prognostico di irreversibilità descritto nella letteratura scientifica*<sup>455</sup>. Su tali affermazioni ha concordato anche il Sostituto Procuratore Generale, il quale, pur se richiedendo il rigetto del reclamo, ha riconosciuto che *“in base alle conoscenze mediche Eluana si trova in condizione di Stato Vegetativo Permanente, non essendosi evoluto lo stato si coma derivato dalle lesioni riportate nel sinistro automobilistico da lei subito nel gennaio 1992*<sup>456</sup>.

Inoltre, è *“opportuno rimarcare che la sussistenza del giudicato interno è poi tanto più indiscutibile in quanto, alla luce della motivazione contenuta nella sentenza n° 21748/2007, la medesima Suprema Corte sembra aver dato atto, in sostanza, del prodursi di tale effetto, ed è principio giurisprudenziale ormai ricevuto che, quando l'interpretazione del giudicato interno possa considerarsi in tutto o in parte compiuta dalla stessa Corte di Cassazione (nella sentenza di cassazione con rinvio), essa vincoli e condizioni, in modo irreversibile, i poteri del Giudice di rinvio*<sup>457</sup>.

Ad avviso del Giudice del rinvio, l'unico punto del quale egli debba verificare la sussistenza è la presunta volontà di Eluana. La Corte di Cassazione aveva, difatti, esclusivamente sanzionato la

---

<sup>451</sup> Loc. cit.

<sup>452</sup> Corte d'Appello di Milano, decreto n° 88, 9 luglio 2008.

<sup>453</sup> Loc. cit.

<sup>454</sup> Le tre relazioni mediche a cui ci si riferisce sono quello che il tutore ha allegato ai vari procedimenti avviati nel corso degli anni.

<sup>455</sup> Loc. cit.

<sup>456</sup> Loc. cit.

<sup>457</sup> Loc. cit., il Giudice del rinvio fa riferimento alle affermazioni della Suprema Corte, nelle quali riconosce *“pacificamente dagli atti di causa”* lo stato clinico in cui versa Eluana Englaro.

circostanza per cui il Giudice del merito, dopo aver preso atto delle convinzioni e delle dichiarazioni espresse dalla tutelata, quando ancora era in grado di manifestare le proprie idee autonomamente, si è limitato a ritenerle inidonee a configurare delle direttive anticipate, ovvero, a valutare tali espressioni alla stregua di un testamento biologico<sup>458</sup>. La Corte d'Appello, chiamata a decidere sulla richiesta del tutore, ha l'onere di verificare se le dichiarazioni rese dallo stesso tutore e dalle amiche della ragazza, valgono a *“delineare, unitamente alle altre istanze dell'istruttoria, la personalità di Eluana e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona”*<sup>459</sup>.

I magistrati della Corte, sentite tutte le testimonianze<sup>460</sup>, le quali descrissero con accuratezza la personalità di Eluana, portando ad esempio anche numerosi episodi nei quali la giovane aveva espresso con fermezza la propria idea in merito ad una vita considerata puramente biologica, approdarono alla conclusione che, quella che veniva delineata era *“una ragazza dalla precoce ed acuta intelligenza e dalla vibrante sensibilità, responsabile, indipendente, estranea a qualunque compromesso o ipocrisia, piena di voglia di vivere con intensità la sua vita, franca ed aperta alle esperienze con gli altri, con la voglia di viaggiare e vedere il mondo”*<sup>461</sup>.

Anche le amiche ricordarono come Eluana, in più occasioni<sup>462</sup>, ribadì la sua ferma convinzione che vivere priva della capacità di muoversi, pensare, comunicare e rapportarsi con gli altri, non era una vita degna di essere vissuta.

Le testimonianze delinearono unanimemente uno spirito libero e indipendente, per il quale sarebbe stato *“inconcepibile che qualcun altro potesse disporre della sua vita contro la sua volontà e le sue scelte”*<sup>463</sup>.

Alla luce delle testimonianze rese e conformemente al principio di diritto sancito dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale, si badi bene, non ha ritenuto indispensabile la diretta ricostruzione di una sorta di testamento biologico effettuale di Eluana, contenente, seppur in modo non formale, le sue precise dichiarazioni anticipate di trattamento, ma dichiarando che fosse necessario, e sufficiente, l'accertamento che la richiesta di interruzione dell'alimentazione artificiale tramite sondino nasogastrico, formulata dal padre, in veste di tutore, fosse in linea con gli orientamenti di vita della giovane, la Corte d'Appello di Milano, Prima Sezione Civile, in qualità di Giudice del rinvio, con decreto n° 88 del 9 luglio 2008, conclude accogliendo l'istanza del tutore, condivisa dalla curatrice speciale, in merito alla disattivazione del sostegno artificiale, disponendo che tale interruzione, nonché *“la sospensione dell'erogazione di presidi medici collaterali (antibiotici e antinfiammatori, ecc.) o di altre procedure di assistenza strumentale, avvengano, in hospice o altro luogo di ricovero confacente, ed eventualmente –se ciò sia opportuno ed indicato in fatto dalla miglior pratica della scienza medica- con perdurante somministrazione di quei soli presidi già attualmente utilizzati atti a prevenire o eliminare reazioni neuromuscolari paradosse (come sedativi o antiepilettici) e nel solo dosaggio funzionale a tale scopo, comunque con modalità tali da*

---

<sup>458</sup> I Giudici della Corte d'Appello, nel decreto del dicembre 2006, benché ritenessero le testimonianze, portate a sostegno della richiesta di interruzione delle cure, “indubitabilmente attendibili”, affermarono, infatti, che “benché sia indicativo della personalità di Eluana, caratterizzata da un forte senso di indipendenza, intollerante delle regole e degli schemi, amante della libertà e della vita dinamica, molto ferma nelle sue convinzioni, non può essere tuttavia utilizzato al fine di evincere una volontà sicura della stessa contraria alla prosecuzione delle cure e dei trattamenti che attualmente la tengono in vita”.

<sup>459</sup> Loc. cit.

<sup>460</sup> Resero la loro testimonianza, oltre al tutore, anche le tre amiche d'infanzia di Eluana, Francesca Dall'Osso, Laura Portaluppi e Cristina Stucchi.

<sup>461</sup> Loc. cit.

<sup>462</sup> Ci si riferisce ai sinistri stradali in cui furono coinvolti tre amici di Eluana. Il primo, Alessandro, rimase in coma, prima di decedere, per diversi anni, mentre Filippo e Stefano morirono sul colpo. Le amiche testimoniarono come Eluana più volte affermò la fortuna degli ultimi due per essere periti nell'incidente e non aver dovuto subire l'umiliazione di una vita incosciente a cui, invece, era costretto il primo.

<sup>463</sup> Loc. cit.

*garantire un adeguato e dignitoso accudimento accompagnatorio della persona durante il periodo in cui la sua vita si prolungherà dopo la sospensione del trattamento*”<sup>464</sup>.

La decisione presa dalla Corte d’Appello di Milano non placò le polemiche sulla vicenda. Furono presentati due reclami, il primo proposto dal Senatore Francesco Cossiga, in cui veniva messa in discussione la sentenza della Suprema Corte n°21748/07. Camera dei Deputati e Senato votarono, in seguito, il conflitto di attribuzione tra potere legislativo e potere giudiziario in quanto *“la sentenza della Cassazione, da cui è derivato il pronunciamento della Corte d’Appello, si configura come atto sostanzialmente legislativo, innovativo dell’ordinamento normativo vigente, adottato per via giudiziaria dal giudice di legittimità, che dovrebbe viceversa esercitare la cosiddetta funzione nomofilattica, ovvero la verifica della corretta applicazione del diritto vigente da parte dei giudici del merito*”<sup>465</sup>.

Quasi contemporaneamente, sempre nel luglio del 2008, venne proposto reclamo da parte del Procuratore Generale presso la Corte d’Appello, nei confronti del decreto emesso il 9 luglio. La motivazione del ricorso fu la *“falsa applicazione di norme di legge, erronea applicazione del principio di diritto enunciato dalla sentenza di rinvio della Corte di Cassazione”*. Il Sostituto Procuratore, infatti, riteneva che non fosse stata verificata la prima condizione posta dalla Suprema Corte all’interruzione delle cure, ovvero, la condizione di irreversibilità dello stato clinico di Eluana. Entrambi i ricorsi furono considerati irricevibili.

Non ritengo di dovermi soffermare oltre sulle polemiche e le iniziative, intraprese da parte di numerosi cittadini, esponenti politici e associazioni religiose, susseguitesi nei mesi, nel tentativo di contrastare e impedire l’attuazione del decreto n° 88/08.

Ritengo, invece, opportuno affrontare gli accadimenti intercorsi nei giorni antecedenti alla morte di Eluana Englaro. Mi riferisco, in particolar modo, alle numerose denunce, pervenute ai Carabinieri di Udine, dove si affermava il compimento di un omicidio. Tali denunce hanno portato all’apertura di un’indagine, culminata con l’emissione del decreto di archiviazione dell’11 gennaio 2010.

Inoltre, furono fatte numerose insinuazioni in riferimento alla casa di cura “La Quiete”, in proposito all’inidoneità della struttura, a ricevere come paziente, nonché ad assistere nella fase terminale, Eluana Infine, al termine della vicenda, furono attivati, davanti all’Ordine dei Medici di Udine, dei procedimenti disciplinari nei confronti del Dottor Amato De Monte, medico anestesista e primario del reparto di terapia intensiva del Policlinico Universitario di Udine, il quale offrì la sua competenza professionale alla famiglia Englaro, aiutando quest’ultima ad attuare la volontà della figlia.

A seguito dell’autorizzazione giurisdizionale al distacco del sondino nasogastrico iniziò, per la famiglia Englaro, la ricerca della struttura più idonea all’esecuzione del decreto. Furono molti i rifiuti, in primis quello del direttore della Sanità lombarda, Carlo Lucchini, il quale sostenuto dal Presidente della Regione, Roberto Formigoni, escluse, nella maniera più assoluta, che la sospensione del sostegno vitale a Eluana, potesse avvenire in una delle strutture della regione. Anche la Toscana, dopo un’iniziale messa a disposizione delle sue strutture sanitarie, ritò immediatamente la sua candidatura.

A circa un paio di mesi dal decreto della Corte d’Appello, grazie all’intercessione del Presidente della Regione Friuli Venezia-Giulia, Renzo Tondo, Beppino Englaro entrò in contatto con il dott. De Monte, il quale, votato, per professione, alla cura dell’essere umano ha sempre sostenuto che *“il medico debba rimanere al servizio del paziente anche quando il volere da lui manifestato è diverso dal proprio, anche alla fine della vita, anche e soprattutto davanti ai fallimenti della medicina*”<sup>466</sup>. A seguito dell’incontro, il primario di terapia intensiva del nosocomio udinese offrì la sua totale collaborazione nell’esecuzione della volontà di Eluana.

---

<sup>464</sup> Loc. cit.

<sup>465</sup> MOZIONE COSSIGA-QUAGLIARELLO, *Legislatura 16 Atto di Sindacato Ispeetivo n° 1-00016, Seduta n° 37.*

<sup>466</sup> A. DE MONTE e C. GORI, *Gli ultimi giorni di Eluana*, a cura di E. Nave, Ed. Biblioteca dell’Immagine, 2010, p. 13.

Inizialmente fu la Casa di Cura Città di Udine a rendersi disponibile, quale struttura idonea, al ricevimento della paziente e alla conseguente disattivazione del sostegno artificiale. La sua disponibilità venne revocata poco dopo, a seguito della cosiddetta “direttiva Sacconi”, dell’allora Ministro del Welfare, il quale tentò di impedire l’attuazione del decreto della Corte d’Appello, attraverso la minaccia, effettuata nei confronti di tutte le strutture sanitarie pubbliche o convenzionate col servizio pubblico, di sospendere i finanziamenti pubblici.

Nel frattempo, l’attenzione dell’opinione pubblica sul caso Englaro era arrivata all’apice. Il dibattito pubblico sul caso di Eluana e sull’eutanasia era ormai acceso. Tutti i giornali ne parlavano, le trasmissioni televisive invitavano numerosi professionisti nei loro salotti con il proposito di informare i cittadini.

Ma che tipo di informazione è stata data? A mio avviso un’informazione distorta, a senso unico. Si tentava in ogni modo di impedire la disattivazione del trattamento terapeutico.

Molti professionisti, senza aver neanche visitato Eluana, e credo che sia una condizione che debba essere sottolineata, si sono arrogati il diritto di pronunciarsi in merito alla sua condizione clinica. Hanno affermato che la donna, era cosciente, era in grado di deglutire e che, conseguentemente, poteva essere alimentata naturalmente, ma non solo, era anche in grado di stare autonomamente seduta su una sedia. Questi specialisti prospettavano una lunga agonia, causata dalla morte per fame e per sete<sup>467</sup>. Il suo decesso è stato descritto, attraverso le pene più atroci, nell’unico tentativo di colpire la coscienza di persone, che come me, digiune di nozioni mediche e che di conseguenza si affidavano alla rinomata qualificazione ed esperienza di chi praticava la professione medica da molti anni. Se devo essere onesta, anch’io sono stata plagiata dalle molte dichiarazioni susseguites in quei giorni, non riesco a capire come la Suprema Corte di Cassazione avesse potuto stabilire un principio di diritto che avrebbe permesso la disattivazione di un sostegno vitale quando non si poteva avere certezza della condizione clinica in esame.

Fortunatamente, durante le ricerche effettuate per questa tesi, ho avuto la possibilità di entrare in contatto con numerosi professionisti del settore sanitario, tra cui proprio il dottor De Monte, il quale, con estrema pazienza, ha risposto a tutte le mie domande, spiegandomi, in termini a me comprensibili, quali sono le differenze tra morte cerebrale e stato vegetativo permanente, come viene diagnosticato quest’ultimo e in cosa effettivamente consiste, quali sono le prospettive della vita di un uomo in SVP e in cosa si sostanzia la tanto citata e demonizzata morte di fame e sete. Una cosa che è sfuggita all’opinione pubblica, forse perché non gli è stata data la dovuta attenzione o forse, più semplicemente, perché ci si rifiutava di darla, è che la morte di Eluana era una morte naturale, senza sofferenze, tra le più pacifiche.

*“La sete è un meccanismo di difesa e di autosalvaguardia dell’organismo che fa sì che insorga lo stimolo a bere al fine di mantenere un’adeguata osmolarità ematica, cioè per evitare che la concentrazione dei componenti del sangue diventi troppo elevata compromettendo le funzioni di vari organi. Se non c’è lo stimolo che parte dal cervello non compare la sensazione della sete, l’individuo non sente il bisogno di bere e non avverte alcuna sofferenza a causa della carenza di liquidi”<sup>468</sup>*, e come stabilito dalle certificazioni effettuate nel corso degli anni dal professor Defanti, le parti del cervello di Eluana che riguardavano le regioni che coinvolgono il meccanismo della sete, erano ormai irrimediabilmente danneggiate.

Anche il dottor Domenico Borasio, titolare della cattedra di Cure Palliative dell’Università di Monaco di Baviera, interpellato dal dott. De Monte per la stesura del protocollo assistenziale per Eluana, replicando alle insinuazioni fatte fino a quel momento, sottolineò come fosse compito del medico accompagnare il malato nella fase terminale, utilizzando tutte le risorse possibili per alleviare la sofferenza del paziente, e come le cure palliative disponessero di tutti gli strumenti necessari a tal fine.

---

<sup>467</sup> Roberto Formigoni in un’intervista alla Repubblica del 31 gennaio 2009 afferma che Eluana sarebbe deceduta a seguito di una lunghissima e dolorosissima agonia, “con dolori, crampi muscolari, generalizzati e dolorosi, le mucose si secceranno e ci saranno ulcere, il corpo subirà crisi convulsive generalizzate”.

<sup>468</sup> A. DE MONTE e C. GORI, op. cit., p. 84.

Ad ogni modo, nel gennaio 2009, si individuò un'altra struttura, qualificata confacente (su questo termine, molto dibattuto, si tornerà più avanti). Di fatti, la Casa di Cura "La Quietè" di Udine, ente benefico-assistenziale di proprietà del Comune di Udine, non soggetto all'atto di indirizzo del Ministro Sacconi, rivolto esclusivamente alle strutture sanitarie e non invece a quelle assistenziali, diede la propria disponibilità all'accoglimento di Eluana.

Contestualmente, come prima anticipato, iniziarono a pervenire a Polizia e Carabinieri denunce riguardanti la deliberata commissione di un omicidio nel capoluogo friulano.

Com'è noto, a seguito della presa di conoscenza di una notizia criminis, l'autorità giudiziaria attraverso l'opera della polizia giudiziaria ha l'obbligo di intraprendere un'indagine. In particolare, per ciò che concerne la gestione delle indagini sul caso Englaro, il Procuratore della Repubblica demandò alla Polizia il compito di verificare le notizie criminis, pervenute a centinaia, e al Nucleo Investigativo dei Carabinieri, diretto dal Comandante Fabio Pasquariello, la verifica dell'osservanza del protocollo assistenziale, ovvero, della scrittura privata, elaborata dall'Avvocato Campeis congiuntamente con il padre-tutore, il sig. Englaro, e il dott. De Monte, firmata in seguito da tutta l'equipe formata per assistere Eluana nella fase terminale.

In particolare, il protocollo prevedeva, oltre all'assistenza infermieristica 24 ore su 24, con la presenza costante di un infermiere nella stanza adiacente a quella di Eluana, il mantenimento della nutrizione artificiale per i primi tre giorni dal ricovero e la sua sospensione totale dal quarto giorno, la sostituzione della somministrazione del farmaco contro gli attacchi epilettici attraverso il sondino nasogastrico con iniezioni intramuscolo, il divieto assoluto di introdurre nella stanza di Eluana apparecchi e telefonini in grado di effettuare fotografie e l'esecuzione dell'autopsia una volta avvenuto il decesso<sup>469</sup>.

Il Nucleo operativo di Udine ha riscontrato una prima violazione del protocollo nel punto in cui veniva vietata la raffigurazione dell'immagine di Eluana. Nel pomeriggio precedente la morte della donna, domenica 8 febbraio, con il consenso di Beppino e Armando Englaro, fratello del tutore e zio della paziente, fu ammessa nella stanza la giornalista, della sede Rai di Trieste, Marinella Chirico, la quale, accompagnata da un fotografo professionista, immortalò la stanza in cui si trovava Eluana. Inoltre, vennero scattate delle foto anche alla stessa Eluana. In questo caso, però, non fu opera del fotografo, ma dell'infermiera Cinzia Gori, la quale immortalò l'immagine di Eluana con la sua macchina fotografica privata. Tale materiale, acquisito con il consenso del tutore, poteva risultare necessario, secondo l'Avvocato Angiolini, per corredare la cartella clinica della giovane, non potendo escludere, a priori, un eventuale rientro nelle aule giudiziarie.

I carabinieri di Udine aprirono subito un'inchiesta a carico delle quattro persone presenti nella stanza nel momento in cui venivano scattate le fotografie. L'accusa fu di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, ex art. 650 c.p., dal momento in cui, quelle foto erano la prova di una evidente violazione del protocollo assistenziale. L'inchiesta si concluse in pochi giorni, quelle fotografie, infatti, non esistevano come conseguenza di una deliberata volontà di commercializzazione dell'immagine di Eluana dopo 17 anni di SVP, ma erano state prodotte su specifica indicazione dell'avvocato Angiolini e di Beppino Englaro. Su quelle foto, inoltre, fu apposto un rigoroso divieto di pubblicazione da parte dell'autorità giudiziaria di Trieste.

Per ciò che riguardò l'opera del dott. De Monte e della sua equipe durante i giorni di assistenza, i periti nominati dal Procuratore non ebbero niente da eccepire. Vennero svolti periodicamente i controlli necessari senza mai riscontrare nessuna violazione, negligenza o imperizia. Ciò è ulteriormente dimostrato dai risultati dell'autopsia sul corpo di Eluana. Un collegio di tre periti concluse che la morte della donna era da ricondurre ad *"un arresto cardiaco causato dalla disidratazione, dalla pneumopatia osteoplastica racemosa e dalla disreattività del controllo simpatico vaso-motore del tetraplegico"*<sup>470</sup>. Il quadro anatomo-patologico veniva descritto in questo modo: *"i polmoni sono caratterizzati da diffuse concentrazioni lapidee ramificate; ampie isole di osso trasecolare. Le concentrazioni lapidee macroscopiche corrispondenti alle neoformazioni ossee*

<sup>469</sup> A. DE MONTE e C. GORI, op. cit., pp. 81 ss.

<sup>470</sup> Richiesta di archiviazione, 26 novembre 2009.



*rilevate istologicamente si inquadrano in una pneumopatia osteoplastica racemosa; si tratta di patologia rara, di natura cronica, talora associata a tubercolosi o ad altri svariati quadri patologici, la cui eziopatogenesi è ancora incerta*<sup>471</sup>. Tradotto in parole comprensibili per chi, come me, non ha nessuna conoscenza della biologia e della medicina, i polmoni stavano diventando di pietra e osso. Dal momento che questa patologia comporta un maggiore sforzo del soggetto per l'espansione dei polmoni, i quali comunque avevano aumentato il loro volume a causa dell'impossibilità di far fuoriuscire tutta l'aria attraverso la tosse, come avviene, invece, in un soggetto sano, e dato che questo comportava, inoltre, un affossamento dello sterno, è stato spontaneo chiedermi: se effettivamente Eluana, come sostenevano in molti, era cosciente, quanta fatica e dolore doveva provare per un'azione semplice e spontanea come respirare?

L'attenzione del Nucleo Investigativo si concentrò, infine, sulla struttura che ospitava Eluana, la Casa di Cura "La Quiete". Erano stati insinuati molti dubbi sulla confacenza della struttura assistenziale. Venne verificata anche la procedura prevista per il ricovero, volendo scongiurare qualsiasi tipo di privilegio da parte della casa di cura nei confronti di Eluana Englaro.

In merito a ciò, nei colloqui intercorsi con l'attuale Direttore Amministrativo de "La Quiete", Dottor Salvatore Guarneri, e la dipendente amministrativa, Barbara Dulianic, ho avuto modo di apprendere che, per ciò che riguarda la presentazione della domanda di ricovero, è stato seguito l'iter procedimentale ordinario. In altre parole, come avviene per qualsiasi altro soggetto che presenti una domanda di ricovero presso una casa di cura pubblica, è stata presentata tutta la documentazione clinica in base alla quale la paziente è entrata in una graduatoria. E' necessario sottolineare come per legge, titolare della decisione sul ricovero è il distretto sanitario e non il consiglio amministrativo della casa di cura. Il tutto si è svolto nella maniera più trasparente possibile, per cui è impensabile che ci siano stati privilegi, o che dir si voglia, in merito all'accettazione della domanda di ricovero presentata dal tutore.

Per ciò che riguarda la dibattuta locuzione "struttura confacente", le polemiche sono stata placate a seguito di una certificazione del distretto sanitario, nonché dei NAS, nella quale si afferma la mancanza di rinvenimento di qualsiasi tipo di violazioni. La struttura era perfettamente idonea al ricevimento della paziente. Anche il Ministro Sacconi ha provveduto ad inviare, presso la struttura, un collegio di periti. Estremo tentativo di accertare una possibile violazione delle normative strutturali e procedere, in tal modo, al sequestro della casa di cura, impedendo, conseguentemente, l'attuazione del decreto n°88/08.

Come ho sottolineato poco sopra, la struttura era perfettamente idonea, abilitata sia strutturalmente che giuridicamente al ricevimento della paziente.

Infine, per ciò che riguarda la presunta locazione da parte dell'associazione "Per Eluana", fondata dai volontari che assistevano la donna, per dare corso all'attuazione del decreto, delle due stanze adibite all'accoglimento della paziente, la Direzione Amministrativa della Quiete, ha precisato che la paziente rinunciando all'opera del medico della struttura, ha semplicemente esercitato il suo diritto ad essere seguita dal suo medico curante, per l'appunto il dottor De Monte, vicepresidente dell'associazione. In questo modo veniva garantito anche il livello di assistenza, medica ed infermieristica, necessario ad un caso dalle caratteristiche così particolari.

La morte di Eluana Englaro avvenne alle 19.35 del 9 febbraio 2009.

Dopo aver constatato, alla luce degli atti, che la causa del decesso della donna non aveva natura né traumatica, né tossica, nonché l'inesistenza di elementi che potessero dar adito a dubbi relativi a ipotetiche inottemperanze nella condotta del personale che l'ha assistita negli ultimi giorni di vita, il Procuratore della Repubblica, Antonio Biancardi, chiese l'archiviazione del procedimento nei confronti di Beppino Englaro, Amato De Monte e dell'equipe di volontari che aveva assistito

---

<sup>471</sup> A. DE MONTE e C. GORI, op. cit., p. 198.

Eluana durante il periodo di degenza a Udine, per i reati di cui agli artt. 110, 112 n°1, 575 e 577 n°1<sup>472</sup>.

L'archiviazione veniva richiesta basandosi sull'osservazione che tutti gli indagati avevano agito nell'ambito della previsione legislativa di cui all'art. 51 c.p. Si è, infatti, osservato come i soggetti coinvolti nella vicenda *“nel causare (o concausare) la morte della Englaro, hanno diligentemente e particolareggiatamente osservato la procedura indicata dalla Corte d'Appello in tal modo legittimamente esercitando un diritto”*<sup>473</sup>.

La difesa degli indagati, diretta dall'Avvocato Campeis, ha, inoltre, sottolineato come il giudice penale doveva limitarsi a rispettare l'autorizzazione contenuta nella pronuncia della Corte d'Appello, in quanto valida ed efficace. Difatti, il giudice penale, trovandosi dinanzi ad un provvedimento giudiziale, non ha alcun potere di sindacato, dovendo limitare la sua verifica alla validità formale dell'atto stesso. In particolare, se tale provvedimento è costituito da una sentenza, il giudice non è abilitato a compiere alcuna valutazione, neppure incidentale, sulla legittimità di essa: le sentenze, a prescindere dalla loro definitività, hanno un valore erga omnes che può essere messo in discussione solo in via principale, con i rimedi previsti dall'ordinamento per gli errori giudiziari<sup>474</sup>.

In merito a ciò, il T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, con la sentenza n°214 del 26 gennaio 2009, ha osservato come *“le procedure camerali che si concludano con un procedimento di natura decisoria su contrapposte posizioni di diritto soggettivo, sono anch'esse suscettibili di acquistare autorità di giudicato. Al fine di sussumere in quest'ultima ipotesi anche il provvedimento camerale pronunciato nei confronti di Beppino Englaro, potrebbe richiamarsi il difetto di ulteriore impugnabilità nel merito, il fatto di aver ad oggetto una decisione su diritti soggettivi costituzionali e, soprattutto, la circostanza che il ricorso ex art. 111 Cost. è stato ritenuto ammissibile dalla Suprema Corte, tale ammissibilità potendo predicarsi solo in caso di impugnativa riguardante diritti, avverso una decisione atta a divenire definitiva (il che, come affermato dal Giudice del rinvio, implica che i presupposti accertamenti di fatto siano divenuti definitivi e immutabili)”*<sup>475</sup>.

In altre parole, il pronunciamento della Corte d'Appello di Milano del 9 luglio 2008, nonostante abbia forma di decreto, ha sostanza di sentenza, in quanto, da un lato si tratta di una decisione assunta nel contraddittorio di più parti, in particolare il P.M. e il curatore speciale, dall'altro, la decisione ha ad oggetto la tutela di diritti fondamentali, e più precisamente il diritto a non subire indebitamente trattamenti invasivi del corpo. Quest'ultimo punto è stato avvalorato dall'affermazione fatta dalla Corte di Cassazione, la quale, nella sentenza n°27145/08, ha dichiarato inammissibile il ricorso al suddetto decreto, parlando di una decisione in cui viene in rilievo un diritto personalissimo del soggetto, diritto di spessore costituzionale.

La difesa ha osservato, per l'appunto, che dal momento in cui il decreto n° 88/08 della Corte d'Appello era una decisione con sostanza di sentenza, con il ricorso proposto alla Suprema Corte, dal quale era derivata la sentenza n°27145/08, erano stati consumati tutti i mezzi d'impugnazione e, conseguentemente, il decreto n° 88 acquistava la stabilità caratteristica del giudicato.

Il Procuratore Biancardi, in riferimento alla medesima questione, ha sottolineato la perplessità suscitata dal comportamento di numerosi professionisti, i quali denunciando la consumazione di un grave reato, com'è, per l'appunto, quello di omicidio, al solo fine di impedire l'esecuzione del decreto n°88/08, abbiano trascurato gli effetti di un decreto esecutivo, *“volutamente dimenticando che, in uno Stato di diritto, le pronunce giurisdizionali definitive vanno rispettate”*<sup>476</sup>. Osservando,

---

<sup>472</sup> I soggetti erano infatti indagati per il reato di omicidio volontario, commesso in concorso con più di cinque persone. Inoltre Beppino Englaro si vedeva ulteriormente addossare l'aggravante di aver compiuto il delitto nei confronti di un discendente.

<sup>473</sup> Loc. cit.

<sup>474</sup> Ci si riferisce ai mezzi ordinari e straordinari d'impugnazione previsti dalla disciplina processuale.

<sup>475</sup> T.A.R. Lombardia-Milano, sent. n°214, 26 gennaio 2009.

<sup>476</sup> Loc. cit.

inoltre, come tutte le questioni sollevate dai numerosi esposti pervenuti alle forze di polizia fossero già state “oggetto di eccezionali approfondimenti da parte dei Giudici della Cassazione, della Corte d’Appello e del Tribunale Amministrativo per la Lombardia”<sup>477</sup>.

Il Giudice per le Indagini Preliminari, Paolo Milocco, dopo aver preso visione di tutti gli atti, ha disposto, in data 11 gennaio 2010, l’archiviazione del procedimento nei confronti di tutti gli indagati, osservando conclusivamente come “i procedimenti giurisdizionali (civili e penali, secondo le rispettive competenze) costituiscono la sede propria e imprescindibile in cui una società affronta e risolve le questioni di diritti che sorgono al proprio interno”<sup>478</sup> e, sottolineando, la necessaria riaffermazione del rispetto delle pronunce giudiziali, anche qualora possano suscitare critiche e obiezioni di coscienza.

In conclusione, reputo opportuno fare riferimento anche al procedimento disciplinare attivatosi nei confronti del Dottor Amato de Monte dinanzi all’Ordine dei Medici di Udine. Procedimento, preciso fin da ora, conclusosi con la piena assoluzione del medico da tutte le accuse.

Più precisamente il dott. De Monte è stato accusato, da numerosi colleghi, professionisti del settore sanitario, di aver tenuto una condotta contraria sia al Giuramento Professionale che a numerose norme del Codice Deontologico Medico.

Per ciò che riguarda le norme contenute nel C.d.m., al medico anestesista sono state imputate, tra le altre, le violazioni riguardanti i doveri del medico, contenuti nell’art. 3, ovvero, la difesa della vita, della salute psico-fisica dell’uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana. A questa accusa è stato correttamente ribattuto che il medico è obbligato a prendere atto e tenere in considerazione le espressioni delle sensazioni provate dal paziente. La sofferenza è un concetto che soggiace all’interpretazione del singolo individuo, nessun altro è in grado di poter dire quando questa diventa intollerabile e lede la dignità del singolo stesso. Si è inoltre insinuato che ci fosse una violazione dell’art 8: “obbligo di intervento”, il quale prescrive che il medico, indipendentemente dalla sua abituale attività, non può rifiutarsi di prestare soccorso o cure d’urgenza e deve tempestivamente attivarsi per assicurare assistenza, senza considerare che, nel caso di Eluana, non si poteva parlare di interventi d’urgenza, ciò a cui ci si opponeva, infatti, erano pratiche e terapie di supporto che perpetuavano uno stato patologico a cui lei stessa non voleva soggiacere in quanto non rispettose della propria dignità, libertà e autonomia. Altra contestazione, assai grave, riguarda l’art. 17 del Codice, il quale prescrive che anche su richiesta del paziente, il medico non deve effettuare o favorire trattamenti finalizzati a provocarne la morte. Come abbiamo a suo tempo osservato, ciò che l’ordinamento vieta è l’eutanasia attiva, ovvero, la pratica di colui che provoca intenzionalmente nel suo interesse la morte di un altro uomo il cui stato psico-fisico sia gravemente compromesso da una malattia. Nel caso Englaro non si può parlare di eutanasia, ciò che si è verificato è la legittima sospensione di un trattamento sanitario non voluto dal paziente, nel pieno rispetto, non solo delle norme deontologiche, ma, prima e soprattutto, delle norme costituzionali.

A mio avviso l’opera prestata dal dottor De Monte e dalla sua equipe è in perfetta sintonia con quanto espresso dal Codice Deontologico. Mi riferisco, in particolare, agli artt. 16, 18 e 20. I primi due<sup>479</sup> prevedono il divieto di accanimento terapeutico e di trattamenti che incidono sull’integrità psico-fisica del paziente. Abbiamo già avuto modo di constatare che la situazione clinica di Eluana, che versava in SVP da ormai 17 anni, non si era mai modificata, i trattamenti a cui era sottoposta non avevano sortito nessun miglioramento dello stato della donna, dettò ciò, è giusto presumere che il mantenimento dei trattamenti sanitari avrebbe potuto configurare un’ingiustificata violazione di

---

<sup>477</sup> Loc. cit.

<sup>478</sup> Decreto di archiviazione, 11 gennaio 2010.

<sup>479</sup> Art. 16: “Il medico, anche tenendo conte delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall’ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita”;

Art. 18: “I trattamenti che incidono sull’integrità e sulla resistenza psico-fisica possono essere attuati [...] solo al fine di procurare un concreto beneficio clinico al malato o di alleviarne le sofferenze”.

questi articoli. Infine, l'art. 20 obbliga il sanitario ad improntare la propria opera al rispetto dei diritti fondamentali della persona. Tali diritti sono sempre stati rispettati, l'autodeterminazione e conseguentemente il rifiuto di cure sono diritti tutelati costituzionalmente. La volontà di Eluana, di non sottoporsi oltre a terapie degradanti della sua dignità, è stata ricostruita e riconosciuta giudizialmente. A mio avviso, la mancata attuazione del decreto n° 88/08 avrebbe comportato una violazione dei suddetti diritti, non invece la sua messa in atto.

## RIFLESSIONI SULLE CONCLUSIONI INTERPRETATIVE DEL GIUDICE ITALIANO SUL CASI WELBY ED ENGLARO. CENNI SULL'APPROCCIO INTERNAZIONALE ALL'INTERRUZIONE DI TERAPIE SALVIFICHE IN PERSONE PRIVE DI COSCIENZA

In conclusione, per tirare le somme del discorso, voglio rispondere alle critiche che sono state mosse alle decisioni riguardanti i casi Welby ed Englaro.

Il G.u.p. di Roma e la Corte di Cassazione sono stati, sostanzialmente, accusati di aver violato l'art. 101 della Costituzione, il quale stabilisce la sottomissione del giudice alla legge, nonché, di aver creato una nuova disciplina, invece di limitarsi ad interpretare e applicare quella vigente, ignorando, deliberatamente, i dati normativi riguardanti la rilevanza penale delle condotte interruttrive di trattamenti di sostegno vitale.

Per quanto riguarda il caso Welby, la decisione del G.u.p. di Roma, ha rispecchiato, in modo cristallino, le linee guida stabilite dal nostro ordinamento. Non basta, infatti, per l'affermazione della responsabilità penale in capo ad un soggetto, la corrispondenza del fatto alla fattispecie penale astratta, ma è necessario che tale fatto risulti anche antiggiuridico. In altre parole, la condotta del sanitario non deve essere scriminata da una delle cause di giustificazione previste dal nostro Ordinamento.

Nella decisione sul caso di Piergiorgio Welby, il Giudice ha riconosciuto il diritto fondamentale, in capo ad ogni cittadino, discendente dall'art. 32, 2° comma, Cost., di rifiutare i trattamenti sanitari indesiderati. Per cui, in capo al medico si instaura, automaticamente, il dovere di disattivare tutti quei trattamenti a cui il paziente non vuole sottostare. Conseguentemente, anche se, da un punto di vista meramente astratto, la disattivazione delle cure salvifiche corrisponde alla fattispecie penale dell'omicidio del consenziente, ex art. 579 c.p., viene in rilievo la causa di giustificazione prevista all'art. 51 del nostro codice penale, adempimento del dovere. In base a questa scriminante, la condotta del medico non può essere ritenuta illecita, dal momento in cui l'azione, od omissione, posta in essere, dal sanitario, consiste nel far venir meno il trattamento medico espressamente rifiutato dal malato.

Per ciò che riguarda il caso Englaro, mi sento in dovere di sottolineare come, al contrario di quanto ritengono in molti, la risposta della Corte di Cassazione alla richiesta del padre/tutore Beppino Englaro, non è, in alcun modo, un'invasione della sfera di competenza propria della legislazione. La circostanza ha trovato un espresso riconoscimento nella sentenza della Corte Costituzionale n° 334 del 2008, la quale ha chiuso il conflitto di attribuzione sollevato dal Parlamento, affermando che la Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n° 21748/07, ha agito nell'esercizio delle sue competenze.

La Suprema Corte, nella sentenza Englaro ha individuato una soluzione coerente con il sistema nazionale, nonché in linea con analoghi precedenti di altre giurisprudenze straniere che si erano trovate ad affrontare il medesimo dilemma.

In particolare, i Giudici della Corte, prima ancora di valutare la legittimità di un'eventuale interruzione del trattamento sanitario, si sono posti il problema di accertare la legittimità del trattamento a cui era sottoposta la donna. Si è, infatti, stabilito come, al di fuori dei casi di urgenza terapeutica nei quali non c'è il tempo materiale per poter acquisire un eventuale consenso, dove il medico è legittimato ad agire nell'interesse del paziente, il trattamento sanitario può essere considerato lecito solo qualora venga acquisito il consenso del legale rappresentante, ovvero, del soggetto, individuato dalla legge, al fine di provvedere alla cura e agli interessi della persona incapace, ex artt. 357 e 424 c.c.

In particolare, per ciò che riguarda la decisione sul caso Englaro, i Giudici della Suprema Corte hanno stabilito che, dove sussista una valutazione medica di irreversibilità della condizione clinica, spetta al tutore ricostruire la presunta volontà del tutelato, in merito al desiderio di essere sottoposto o meno a trattamenti terapeutici che possano prolungare, in modo indefinito, esclusivamente la vita biologica.

Sarebbe stato contrario alle più elementari regole del diritto penale condannare il tutore, l'anestesista e l'intera equipe medica di assistenza, per il reato di omicidio, ex art. 575 c.p. Anche in questo caso, la condotta posta in essere dagli indagati, pur se astrattamente corrispondente al delitto in esame, consisteva nell'adempimento di un dovere derivante dal decreto n° 88/08, tramite il quale la Corte d'Appello di Milano, in veste di giudice del rinvio, dopo aver accertato la sussistenza di entrambi i presupposti previsti dal principio di diritto stabilito dalla Corte di Cassazione, ha autorizzato la disattivazione del trattamento terapeutico non voluto. Inoltre, la Corte di Cassazione, nello stabilire il principio di diritto, ha fatto riferimento anche a tre importanti sentenze straniere: il caso Quinlan negli Stati Uniti, il caso Bland in Inghilterra e una recente sentenza della Corte Federale Tedesca. Da notare come la Suprema Corte, rifacendosi alle sentenze dei giudici stranieri non ha creato una nuova normativa. Il nostro Ordinamento offriva già tutte le norme e i principi necessari alla risoluzione della questione proposta. Rifacendosi a pronunce straniere la Corte ha semplicemente riportato decisioni precedentemente assunte in Paesi nei quali vigevano principi e normative simili alla nostra.

In particolare, negli Stati Uniti, nel 1976 la Corte Suprema del New Jersey, con la pronuncia sul caso Quinlan, ha affermato che deve essere riconosciuto l'esercizio dei diritti dell'incapace attraverso il legale rappresentante, che ha istituzionalmente il compito di tutelare la globalità degli interessi del rappresentato. In particolare la Corte federale ha decretato che al legale rappresentante compete il giudizio sostitutivo della volontà dell'incapace.

Compito del giudice, a questo punto, è la verifica della correttezza dell'iter che ha condotto il legale rappresentante all'eventuale decisione di negare il consenso al trattamento sanitario salvifico, per assicurarsi, in particolare, che il rappresentante sia davvero pervenuto alla decisione calandosi nei panni del paziente, nel suo mondo di valori, nella sua personalità e nei suoi reali interessi, e non già sovrapponendo indebitamente a tutto ciò i propri personali convincimenti o peggio i propri interessi. Nel 1993, con il caso Bland, anche il giudice britannico si è trovato ad affrontare il tema del paziente incapace. La House of Lords, in questo caso, non ripercorre però la strada del giudice americano sul giudizio sostitutivo della volontà dell'incapace. Si deduce la mancata doverosità del trattamento di sostegno vitale, come l'idratazione e l'alimentazione artificiale, partendo dalla considerazione di futilità dell'atto stesso. I Giudici sostengono, infatti, l'inutilità di un siffatto trattamento terapeutico, nei confronti di un paziente ormai irreversibilmente incosciente, rispetto a qualsiasi scopo, terapeutico o palliativo, della medicina.

Nel 1994, il Tribunale Supremo Federale Tedesco, riprendendo entrambe le precedenti pronunce, ammise la liceità dell'interruzione dell'alimentazione ed idratazione artificiale in presenza sia di una diagnosi medica di irreversibilità, sia di un accertamento di volontà presunta del paziente. Il legale rappresentante avrebbe dovuto prestare il suo consenso tenendo conto di eventuali manifestazioni di volontà, espresse dal soggetto precedentemente alla perdita di coscienza, o qualora queste non fossero esistite, ricostruendo i presunti desideri che l'incapace avrebbe espresso se fosse stato nella condizione di poterlo fare.

## CONCLUSIONI

Nel corso dell'ultimo anno, nel quale ho compiuto le ricerche per la mia tesi, mi sono trovata a confrontare le mie personali idee non solo con le posizioni espresse da autorevole dottrina, ma anche con persone che, per la professione esercitata, si sono trovate a confrontarsi con le tematiche di cui mi sono occupata.

Non posso negare che durante la raccolta di informazioni e documentazione la mia visione del diritto alla vita sia mutata notevolmente. Con questo, non voglio dire di aver rinnegato gli insegnamenti che mi sono stati forniti negli anni trascorsi all'Università, ma ho avuto la possibilità di confrontare la mia formazione con opinioni diverse, dalle più tradizionali alle più innovative, in un periodo storico nel quale la materia di cui ho scelto di occuparmi è fonte di forti dibattiti, dai quali non è ancora derivata una precisa regolamentazione.

Ci tengo a precisare fin da ora che non intendo insinuare, al contrario di certa dottrina, una sostanziale lacuna giuridica. Ritengo che la mancanza, nel nostro Ordinamento, di una normativa ad hoc sia colmata dai principi presenti nella nostra Carta Costituzionale, come in altre norme dell'ordinamento, le quali permettono di regolamentare tali ipotesi in perfetto accordo con lo sviluppo, non solo sociale, ma anche giuridico degli ultimi anni.

Ciò che mi ha colpito durante le innumerevoli letture è stata la mancanza di una precisa definizione dei concetti utilizzati. O per meglio dire, mi ritengo assolutamente d'accordo con il Professor Marco Zanotti, che ha aperto il suo intervento alla Tavola Rotonda della Camera Penale Veneziana, dello scorso 11 luglio, dal titolo "Diritto alla Vita e Diritto Penale", affermando una generale imprecisione nella terminologia usata dagli autori nell'affrontare queste materie. Con ciò, non si intende, in nessun modo, insinuare una mancanza di preparazione o l'intenzionalità di un possibile sviamento del discorso da parte degli autori consultati.

Voglio solo sottolineare come ciò che mi è balzato agli occhi, durante le mie ricerche, è la tendenza a sovrapporre i vari concetti che vengono in rilievo in questa materia: il diritto alla vita, il diritto alla morte, il principio di autodeterminazione. Senza considerare l'uso, a mio avviso troppe volte scorretto, dei termini di eutanasia e accanimento terapeutico, che ha contribuito alla mancanza di delimitazione dei confini dei vari concetti che vengono in rilievo nella trattazione di queste tematiche.

Solo attraverso la definizione di questi concetti, a mio avviso, sarà possibile trarre delle conclusioni. Innanzi tutto è necessaria una precisazione, come ho sottolineato poco sopra, nella vasta confusione terminologica molti autori affermano che come corrispondente libertà negativa del diritto alla vita si possa ipotizzare la sussistenza di un diritto di morire. A mio avviso, non si può affermare un vero e proprio diritto alla morte, come del resto, non trovo corretto parlare di non esercizio del proprio diritto alla vita, come ha invece sostenuto altra dottrina. Non si tratta, infatti, di una rinuncia.

L'art. 2 Cost., affermando il principio personalista, basa il nostro ordinamento sul principio generale del libero sviluppo della persona umana. Sancendo l'inviolabilità della vita, non si è voluto affermare la funzione strettamente sociale dell'individuo e, conseguentemente, imporgli la vita come un dovere, ma si è semplicemente prevista una tutela, di rango costituzionale, nei confronti di quella che è considerata la condizione basilare per il riconoscimento e la titolarità dei diritti fondamentali.

Il riconoscimento di tale tutela prescinde da qualsiasi condizione o qualità dell'individuo. Ciò significa che la libera espressione della propria personalità deve essere garantita in tutte le fasi della vita, anche, e soprattutto, nelle fasi più difficili, dove dobbiamo confrontarci con soggetti ritenuti più deboli dal nostro Ordinamento, come ad esempio il paziente nella fase terminale della malattia. Queste affermazioni sono sostenute anche dalla lettura combinata degli artt. 13 e 3 della Costituzione, i quali sanciscono l'inviolabilità della libertà personale e l'uguaglianza di ogni uomo. In particolare, l'articolo 3 stabilisce il dovere di rimuovere degli ostacoli che impediscono il pieno

sviluppo della persona umana. Ciò sta a significare che ogni individuo, in qualità di cittadino e prima ancora come essere umano, deve essere posto nella condizione di poter esprimere il proprio essere, liberamente, senza condizionamenti esterni.

Questi tre articoli sanciscono con forza il principio di autodeterminazione umana. Attraverso la proclamazione di questo principio ogni singolo soggetto ha la facoltà di esprimere la propria personalità, le proprie idee, la propria scala di valori. L'ordinamento, attraverso l'acquisizione indiscussa di questo valore, ci permette di essere ciò che vogliamo essere, fare ciò che vogliamo fare, credere in ciò in cui vogliamo credere, e tutto ciò indipendentemente da qualsiasi condizione fisica o mentale in cui versiamo.

Togliere questa possibilità al malato, il quale, versando nello stato terminale della malattia, decide consapevolmente di sospendere tutti i trattamenti terapeutici, tranne quelli analgesici, solo perché alla sua libera decisione conseguirà il decesso è incostituzionale.

E' vero che il diritto alla vita è inviolabile, ma tale diritto non è il diritto ad un corpo. Non possiamo identificare la vita esclusivamente sulla base di un concetto corporeo-materiale: la vita è l'espressione di noi stessi, per dirla in termini cattolici è l'essenza, l'anima. Il concetto di vita è un concetto strettamente personale, costruito giorno per giorno sulla base delle proprie esperienze, delle proprie idee, della propria indole. Impedire ad un malato terminale di porre in essere le proprie scelte e condurre la fase finale della sua vita in base al suo personale metro di giudizio, significa violare il diritto al pieno sviluppo della persona umana che l'invulnerabilità del diritto alla vita tutela. E' indiscusso come il nostro Ordinamento respinga qualsiasi tipo di coercizione e manipolazione della volontà altrui. Indice del fatto che l'invulnerabilità dei diritti fondamentali della persona è, a mio modesto parere, un'invulnerabilità esclusivamente nei confronti di terzi.

Questo è dimostrato anche dall'introduzione dell'art. 32 Cost. Il diritto alla salute stabilisce il diritto di ogni uomo a ricevere le cure più appropriate, ma il 2° comma stabilisce che nessun uomo può essere obbligato a sottoporsi a trattamenti terapeutici se non per disposizione di legge, ovvero la coercizione al trattamento sanitario può avvenire solo ove la mancata cura del soggetto comporti un rischio grave per la salute degli altri cittadini.

Sono d'accordo con il Professor Mauro Ronco, che nel suo intervento alla Tavola Rotonda della Camera Penale Veneziana, ha sottolineato come l'introduzione dell'art. 32 Cost. derivasse dalla recente esperienza, verificatasi durante la presa di potere in Germania del nazionalsocialismo, di eutanasia eugenetica. L'introduzione, a livello costituzionale, del diritto alla salute voleva evitare l'intromissione forzata, nei confronti della sfera corporea della persona, da parte di qualunque terzo, incluso lo Stato.

Non ritengo, però, di poter giungere alle medesime conclusioni del Professor Ronco. E' corretto affermare che da questo principio fondamentale non può essere ricavato il diritto di morire, ma come ho più sopra precisato, nella trattazione di questo argomento non viene in rilievo un ipotetico diritto di morire, quanto più ci dobbiamo confrontare esclusivamente con il diritto alla vita.

A mio avviso, l'introduzione dell'art. 32 Cost., sottolinea come il Costituente si sia preoccupato di evitare un'intromissione nella sfera corporea, esclusivamente da parte di terzi. In altre parole, affermare che a qualsiasi soggetto non può essere imposto un trattamento sanitario, a meno che egli non lo ritenga opportuno, significa conferirgli la libertà di scegliere, unicamente sulla base del proprio metro di valori, del proprio giudizio, rimuovendo quegli ostacoli, di cui parla l'art. 3 Cost, che possono impedire il libero sviluppo della persona umana.

La tutela corporea del bene vita viene in rilievo solo ove venga posta in essere una condotta aggressiva da parte di terzi nei confronti di tale bene. Ovvero, la tutela viene apprestata nelle ipotesi in cui il danno materiale prodotto dal terzo, sia esso un altro cittadino o lo Stato, comporta un grave danno alla libertà personale del titolare del bene. L'Ordinamento sanziona solamente l'attività del soggetto estraneo, il quale, senza il consenso del titolare del bene, aggredendo e procurando lesioni al corpo, preclude la libera espressione della persona.

A questo punto, la dottrina cattolica obietterà alle mie affermazioni basandosi sull'art. 5 c.c., il quale sembra porre come divieto qualsiasi atto lesivo sul proprio corpo. Dobbiamo ricordare, però,



come tale divieto sia stato introdotto in un'epoca caratterizzata da una visione paternalistica del soggetto. Il cittadino era al servizio dello Stato, la sua vita e la sua attività erano finalizzate a servire l'Ordinamento, per cui ogni lesione alla sua corporeità, sia essa posta in essere da un terzo sia che fosse auto inferta, era considerata un'aggressione nei confronti dello Stato. Inoltre, dobbiamo ricordare che l'art. 5 c.c. è stato introdotto antecedentemente all'entrata in vigore della Costituzione e, come tutte le altre norme del nostro ordinamento preesistenti, deve essere riletto alla luce dei nuovi principi sanciti dalla Carta Costituzionale.

Ritengo che la permanenza in vigore dell'art. 5 c.c. voglia contrastare l'eventualità che una libera disposizione del proprio corpo possa portare i soggetti a considerarlo alla stregua di un mero oggetto di godimento, rischiando, conseguentemente, di ridurre il corpo della persona alla stregua di una cosa oggetto di rapporti giuridici di natura esclusivamente patrimoniale.

Detto ciò, concordo con quanto affermato dal Professor Fausto Giunta, il quale ritiene che la norma di cui all'art. 5 c.c., non possa essere invocata per vietare comportamenti che possono essere lesivi della propria corporeità e che, inoltre, non vengono compiuti a vantaggio di terzi.

A questo punto, partendo dal presupposto che l'inviolabilità della vita, a mio avviso, è da riferire all'inviolabilità della libera espressione della persona in ogni condizione, fisica o mentale, in cui versi, è conseguenza logica che l'ingerenza da parte di terzi nella fase di malattia del soggetto, attraverso l'imposizione di trattamenti sanitari, deve considerarsi incostituzionale.

Nello stato della malattia, gli unici soggetti che vengono in rilievo nella definizione degli atti da porre in essere sono il malato e il suo medico. Attraverso l'informazione e il sostegno dovuti dal sanitario, il paziente è in grado di poter prendere delle decisioni consapevoli riguardanti il suo stato di salute, scegliere gli eventuali interventi da porre in essere e, più in generale, tutti i trattamenti terapeutici da attivarsi.

Il sanitario è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del malato, ma a differenza della dottrina cattolica, non ritengo che questa tutela sia funzionalizzata esclusivamente al concetto di vita materialmente inteso.

Dal momento che la libera espressione della persona umana si riscontra anche nella formazione del consenso informato, il paziente, dopo aver ricevuto le dovute informazioni da parte del professionista, pone in essere la sua scelta basandola, non esclusivamente sulle opportunità che la medicina gli offre, ma prendendo in considerazione anche il tipo di vita che questi trattamenti gli consentirebbero e valutando se questa rispecchia la dignità del suo essere.

Il medico, attraverso il consenso informato, non vedrà annullare la sua posizione di garanzia, ma la vedrà delimitarsi in funzione della volontà del paziente.

E', difatti, necessario precisare come il sanitario, essendo un professionista che opera pro vita, non dovrà semplicemente limitarsi ad eseguire la volontà del paziente, non attivando o sospendendo una cura, ma dovrà, in ogni caso, attivarsi per sostenere il paziente nella fase terminale della malattia, ponendo in essere tutti i trattamenti, autorizzati, che possono aiutare il soggetto, alleviandolo dal dolore.

Con il progresso tecnologico della scienza medica negli ultimi decenni, ci troviamo molto spesso dinanzi a situazioni dove il medico, per poter "lasciar morire" il paziente terminale, è costretto a porre in essere un'attività. In altre parole, molto spesso, il sanitario per poter attuare la volontà del malato, sospendendo un trattamento sanitario è costretto a compiere un'attività.

Su questo punto la dottrina si è scontrata molto in passato, ed è tuttora in corso un vivace dibattito, sull'individuazione della categoria in cui far ricadere tale condotta.

Rifacendomi alla teoria tedesca della "Unterlassung durch Tun", ritengo che l'attività del sanitario che si concretizza nella sospensione di un trattamento medico debba rientrare nella categoria delle omissioni mediante azione. La condotta del medico non deve essere valutata esclusivamente da un punto di vista naturalistico, anzi, identificando la sua condotta come l'omissione di un ulteriore trattamento viene in rilievo la natura squisitamente normativa della condotta, la quale permetterebbe la ricomprensione della condotta del medico nella categoria delle omissioni.

Anche se identificata come un'omissione, in ogni caso, la condotta del sanitario potrebbe essere sanzionata sulla base dell'art. 40 c.p., il quale prevede, per l'appunto, la clausola di equivalenza tra condotta attiva e omissiva. Tale clausola viene in rilievo ogni volta in cui l'Ordinamento ha instaurato, in capo ad un soggetto terzo, una posizione di garanzia, apprestando, in questo modo, una tutela rafforzata al bene in oggetto. Il Legislatore ha voluto, per l'appunto, prestare un'ulteriore difesa al bene vita, instaurando, proprio in capo al sanitario, una posizione di garanzia che gli permettesse di tutelare la vita del malato, il quale che versasse in una condizione nella quale vi fosse una sostanziale impossibilità di autodeterminazione.

Ma come ho già ricordato, tale posizione di garanzia è delimitata dalla volontà consapevole del paziente, il quale può legittimamente rifiutare qualsiasi trattamento terapeutico, anche salvifico, sulla base del combinato disposto degli articoli costituzionali che sanciscono il diritto alla salute e la libertà di autodeterminazione.

In questo modo sarebbe impossibile sanzionare la condotta del sanitario che sospende le cure, conseguentemente alla richiesta del paziente, per mancanza di tipicità del fatto.

In altre parole, ritengo che il rispetto della volontà del paziente, consistente anche nella disattivazione dei trattamenti sanitari, rientri tra i doveri del sanitario, derivanti proprio da quella posizione di garanzia, conferitagli dall'Ordinamento, posta a tutela del paziente.

Accogliendo questo punto di vista non sarebbe ipotizzabile un'incriminazione nei confronti del sanitario per i reati di omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio.

Prima di spiegare le ragioni che mi spingono a sostenere la mancanza di tipicità del fatto, è opportuno fare un'ulteriore precisazione terminologica.

Come ho sottolineato all'inizio, c'è una tendenziale confusione nell'utilizzazione di due concetti che ritengo fondamentali per l'individuazione della normativa penale applicabile alla condotta del sanitario. Mi riferisco all'accanimento terapeutico e all'eutanasia. Non è facile delimitarli, molto spesso vengono confusi, o comunque utilizzati per indicare la medesima situazione.

Ma mentre l'accanimento terapeutico è definito come qualsiasi cura posta in essere, dalla quale non possano più essere tratti dei benefici per il paziente, l'eutanasia attiva, invece, si sostanzia generalmente nella somministrazione di farmaci finalizzati a procurare la morte del paziente, ovvero, in qualsiasi tipo di attività, posta in essere dal sanitario, che abbia come scopo finale procurare anticipatamente il decesso del soggetto.

L'eutanasia attiva viene giustamente condannata all'unanimità, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza. Non sarebbe infatti ammissibile che il sanitario, professionista che opera pro vita, ponga in essere una condotta pro morte.

L'accanimento terapeutico è, al contrario, unanimemente condannato, sia giuridicamente che moralmente.

Ma chi può stabilire quando il soggetto si trova a subire un accanimento terapeutico? Molti sanitari rispondono a questa domanda asserendo che solo il soggetto può stabilire quando l'attività terapeutica non sia più produttiva di benefici, ma credo che questa risposta sia troppo semplicistica, una sorta di via di fuga dalla possibile assunzione di responsabilità.

Il sanitario, grazie alla sua preparazione e alla sua esperienza, può essere considerato l'unico soggetto in grado di rendersi conto se ci troviamo di fronte ad una situazione clinicamente irreversibile, in cui ogni ulteriore attività si concretizza in un inutile ingerenza sul corpo del malato, oppure, se al contrario, la situazione in cui versa il soggetto dia modo di sperare in un esito fausto, in un recupero, anche se parziale, ma pur sempre in grado di permettere al soggetto di condurre una vita dignitosa. In altre parole, solo il sanitario è in grado di stabilire se l'eventuale richiesta di sospensione dalle terapie sia sintomo esclusivo di un'eventuale crollo emotivo e psicologico dovuto da un senso di abbandono, a cui può far fronte un adeguato sostegno da parte della famiglia e del personale sanitario.

Alcuni operatori sanitari, in riferimento al dibattito sull'abbandono del malato, sostengono che una effettiva defezione nei confronti del paziente non ci sia. Anzi ritengo che sia una condizione assolutamente normale quella per cui con il trascorrere del tempo, l'iniziale scudo di persone

formatosi attorno al paziente, nel momento della diagnosi, vada piano piano scremandosi, rimanendo, accanto al paziente in fase terminale un piccolissimo nucleo di persone. Questo, a detta degli operatori sanitari, avviene a causa della sostanziale devastazione emotiva che una persona prova trovandosi continuamente e costantemente a confrontarsi con la morte e con il declino corporeo provocato dalla malattia.

Ad ogni modo, non ritengo di poter obiettare alle affermazioni fatte dal Professor Luciano Eusebi che, durante il confronto avvenuto tra illustri giuristi alla Tavola Rotonda della Camera Penale Veneziana del luglio scorso, ha sottolineato come troppo spesso la richiesta di eutanasia da parte del paziente sia sostanzialmente una richiesta di aiuto, da parte di quest'ultimo, il quale si trova ad affrontare la fase terminale della malattia da solo, senza nessun sostegno morale, e vede nell'accelerazione del processo mortale l'unica soluzione possibile.

Ritengo che solo attraverso la collaborazione dei due soggetti che vengono in rilievo nel rapporto terapeutico, ovvero, il paziente e il sanitario, sia possibile prendere una decisione che non trascuri in nessun modo le varie possibilità e opportunità che offre la tecnica medica, ma che allo stesso tempo rispetti la dignità e i desideri della persona.

Detto ciò, credo che dovrebbe essere considerato accanimento terapeutico, e conseguentemente punito, l'imposizione di un trattamento terapeutico, che, anche se salvifico, oltre ad essere contrario alla volontà del paziente, non apporta nessun beneficio alla sua condizione clinica.

Conseguentemente, ritengo punibile l'attività del sanitario che, non trovandosi in uno stato di necessità ed urgenza, attiva e mantiene delle cure espressamente rifiutate dal paziente, in quanto questa condotta configurerebbe oltre a delle lesioni, anche una violenza privata, punita dal nostro codice penale all'art. 610.

A mio avviso, il sanitario, che pone in essere una condotta finalizzata all'attuazione della volontà del paziente, non può essere incriminato per il reato previsto dall'art. 579 c.p., ovvero l'omicidio del consenziente, per mancanza di tipicità della fattispecie.

Il medico, difatti, disattivando il sostegno vitale, compie il suo dovere di garante, per cui non avrebbe più senso l'applicazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 c.p., la quale prevede espressamente che debba essere punito solo il soggetto che non impedisce il verificarsi di un evento che ha l'obbligo giuridico di impedire. In altre parole, se la posizione di garanzia che sta in capo al sanitario appresta una tutela rafforzata al bene vita, inteso come libertà morale, non è possibile configurare una violazione della norma, ex art. 40 c.p., dal momento in cui l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire non è necessariamente configurabile con la morte del soggetto. Anche se il decesso è una conseguenza inevitabile della scelta del soggetto di non attivare o di sospendere delle cure salvifiche, il medico ha, comunque, il dovere di rispettare le scelte del paziente.

Per quanto attiene, invece, alla seconda fattispecie delittuosa che normalmente viene presa in considerazione nella trattazione della sospensione dei trattamenti sanitari, ovvero, l'istigazione o l'aiuto al suicidio, ex art. 580 c.p., è necessario precisare, innanzitutto, che non è possibile rinvenire un'istigazione nella scelta consapevole del malato. La manipolazione psicologica di un soggetto per indurlo a togliersi la vita è correttamente punita, e il sanitario dovrebbe essere assolutamente punito qualora ponesse in essere una condotta simile. Ma nel caso del paziente in fase terminale che richiede la sospensione delle cure, credo sia identificabile una presa di coscienza dell'irreversibilità della sua condizione e della mancanza di benefici apportati dai vari trattamenti terapeutici.

La dottrina ha poi sostenuto la possibile partecipazione materiale, all'intento suicidario, da parte del sanitario che prescrive dei medicinali analgesici che possano in qualche modo influire sul processo mortale del paziente, accelerandolo. A mio avviso non è corretto assimilare l'aiuto al suicidio, sia esso materiale, oppure semplicemente psicologico, all'attività del sanitario, finalizzata all'attuazione del rifiuto di cure, il quale contestualmente somministra dei farmaci utili ad alleviare le sofferenze del malato nella dolorosa fase terminale.

Credo che l'impossibilità di applicazione dell'art. 580 c.p., debba essere rinvenuta, innanzitutto, nella mancanza di sussistenza di una volontà suicidarla. La consapevole richiesta di sospensione

delle cure da parte del malato non necessariamente equivale ad una richiesta di aiuto al suicidio. Inoltre, dal momento che nel mantenimento ad oltranza di trattamenti terapeutici non voluti dal soggetto, ritengo che si possa ravvisare una situazione di accanimento terapeutico, l'impossibilità di applicazione dell'art. 580 c.p. deriva dalla mancanza di tipicità della fattispecie.

In definitiva, ritengo che sarebbe incoerente da parte dell'Ordinamento tutelare la libera espressione dell'essere umano in qualsiasi condizione egli versi, affermare la libertà di autodeterminazione in campo medico e condannare la pratica dell'accanimento terapeutico, ma sanzionare, allo stesso tempo, la condotta del sanitario che attraverso la disattivazione del trattamento salvifico e la contestuale somministrazione di farmaci analgesici, per alleviare le sofferenze fisiche e psicologiche della fase terminale della malattia, attui la volontà del paziente.

In conclusione, non mi resta che affrontare il grave problema posto dal recentissimo caso Englaro. Ovvero, se all'interno del nostro Ordinamento, è possibile ravvisare dei principi attraverso i quali si possa procedere alla disattivazione di sostegni salvifici nei confronti di un soggetto che non sia più in grado di autodeterminarsi. La discussione è ancora aperta, e sono d'accordo con il Professor Zanotti, il quale, all'incontro della Camera Penale Veneziana sul Diritto alla Vita e Diritto Penale, ha affermato che la questione, purtroppo, rimarrà aperta fintanto che non ci sia una coraggiosa presa di posizione da parte del Legislatore.

Ad ogni modo, guardando alle norme già presenti nel nostro Ordinamento, vediamo come vengono in rilievo le norme che si riferiscono agli obblighi del tutore, ex art. 357 c.c. Quest'ultimo in particolare, ha il dovere di cura nei confronti del soggetto incapace, ciò sta a significare che deve tutelare i suoi diritti e i suoi interessi.

La sentenza della Suprema Corte di Cassazione, n° 217498 del 2007, ha stabilito, oltre alla legittimazione del tutore alla richiesta di sospensione del trattamento sanitario non voluto, come, a seguito di tale domanda, fosse necessaria la valutazione della irreversibilità della condizione clinica in cui versa il soggetto interdetto e la ricostruzione della sua personalità, si badi bene non della volontà, ma della sua personalità.

Pur considerando assolutamente innovativa la presa di posizione della Corte, non posso che essere un po' critica nei confronti di tale decisione.

Le mie perplessità riguardano esclusivamente la scelta di ricostruzione della personalità della donna, da cui, poi, si è presupposta la possibile scelta che lei stessa avrebbe effettuato se fosse stata in grado di esprimersi.

Tale ricostruzione è stata effettuata sulla base di testimonianze. Ma per quanto la prova testimoniale abbia piena validità all'interno del nostro ordinamento, è esposta a molte critiche. Innanzitutto si basa sul principio del libero convincimento del giudice, anche se a queste critiche si può obiettare che, in ogni caso, il giudice è tenuto a dare spiegazione, nelle motivazioni della sua sentenza, delle ragioni e dei criteri che sorreggono la sua valutazione. Inoltre, come correttamente è stato fatto notare dalla Scuola Positiva fin dall'inizio del secolo scorso, le capacità di percezione del soggetto sono limitate, per cui non sarebbe in grado di riferire tutto ciò che è stato osservato e, in ogni caso, il racconto del testimone è sempre influenzato dal suo inconscio. Con ciò non mi permetto, in nessun modo, di mettere in discussione la validità delle testimonianze che sono state rese davanti alla Corte d'Appello di Milano, in veste di giudice del rinvio, sulle quali non ci sono mai stati dubbi.

I vari testimoni, oltre a riportare vari episodi della vita di Eluana Englaro, da cui si potevano ricostruire i tratti salienti del suo carattere, hanno anche affermato l'esplicita richiesta, posta in essere in varie occasioni, da parte della donna stessa, di non essere mai sottoposta a trattamenti terapeutici che mantenessero in vita il suo corpo qualora non fosse stata più cosciente.

A mio avviso, per quanto rispetto possa nutrire nei confronti della prova testimoniale e per quanto, in questo caso, sia stata necessaria e fondamentale per permettere al padre/tutore di difendere i diritti e le volontà di Eluana, non posso esimermi dal confessare che nutro una certa diffidenza nei confronti di testimonianze, per quanto veritiere possano essere, sulla personalità di una donna che non è più in grado di ribattere.

Con ciò ribadisco che non mi permetterei mai di mettere in dubbio le parole del padre e delle amiche della giovane donna, che ritengo assolutamente affidabili.

Anche se ritengo che la furbizia della Corte sia stata proprio il voler ricostruire la personalità, e non la volontà, dalla quale poi si è desunta, con un certo grado di certezza, l'ipotetica scelta che la donna avrebbe posto in essere, a mio avviso sarebbe stato giuridicamente più corretto basare la decisione, riguardante l'autorizzazione al distacco del sondino naso-gastrico, sul principio di divieto di accanimento terapeutico.

Dal momento, infatti, in cui la situazione clinica in cui versava Eluana era irreversibile, e ciò è stato attestato dalle numerose perizie mediche susseguitesi negli anni e non è mai stato posto in dubbio nei vari procedimenti giudiziari, ritengo che la sottoposizione della donna al trattamento terapeutico dell'alimentazione e idratazione artificiale, il quale permetteva il mantenimento delle funzioni vitali del corpo, ma non apportava nessun tipo di beneficio alla condizione clinica, né lo aveva apportato nel corso di diciassette anni, configurava una condizione di accanimento terapeutico alla quale il tutore aveva piena legittimità di opporsi.

Non voglio in nessun modo rinnegare le affermazioni precedentemente fatte con riguardo all'assoluto dominio del principio di autodeterminazione dell'uomo, ma credo che, qualora non ci sia la possibilità di provare l'effettiva volontà del soggetto, di sottoporsi o meno ad un determinato trattamento terapeutico, sia necessario fare riferimento esclusivamente alla condizione clinica in cui il soggetto versa.

Per quante critiche possa aver ricevuto questa sentenza, ammiro i Giudici della Corte che hanno dimostrato molto coraggio. La loro presa di posizione, pur rimanendo fedele ai principi espressi dal nostro Ordinamento, è stata senza dubbio innovativa, ha segnato in modo indelebile la cultura sociale e giudiziaria italiana, dando nuova vita al dibattito sulla regolamentazione del testamento biologico.

In riferimento a ciò ritengo necessario, in conclusione della mia tesi, spendere alcune parole. Sono una sostenitrice della necessità di legittimare le direttive anticipate. Ritengo che sia fondamentale, per dare piena applicazione al principio di autodeterminazione umana, dare la possibilità al soggetto di scegliere a quali trattamenti terapeutici sottoporsi nel caso in cui versi in una condizione che gli impedisca la manifestazione della sua volontà attraverso il consenso informato. Ritengo assolutamente doveroso, da parte dell'Ordinamento e della società, rispettare la volontà di ogni altro singolo essere umano, anche se la riteniamo moralmente scorretta.

Il nostro Ordinamento ci ha sempre permesso di porre in essere le nostre scelte, possiamo decidere il nostro percorso di studi, la nostra formazione professionale, siamo liberi di praticare il nostro credo religioso, qualunque esso sia, di votare per il partito politico che rispecchia i nostri ideali e i nostri valori, ed ancora, siamo liberi di manifestare anche la nostra sessualità.

Viviamo in una società che tutela la libera espressione da qualsiasi condizionamento esterno.

E' necessario tutelare questa libera espressione anche qualora non sia più in grado di essere manifestata dal soggetto interessato. Ritengo doveroso, da parte dell'Ordinamento, eliminare tutti quegli ostacoli che potrebbero, in qualche modo, porsi dinanzi all'autodeterminazione.

Per questo sostengo l'assoluta necessità di una legge che regolamenti il testamento biologico e la libertà di autodeterminazione in campo sanitario, cosa che non è stata fatta dal recente disegno di legge, a cura dell'Onorevole Calabrò, presentato al Parlamento, nel quale non sussisteva nessun riferimento al principio di autodeterminazione e dove, inoltre, si imponeva l'alimentazione e l'idratazione del sondino naso gastrico quale trattamento base che non poteva essere in alcun modo sospeso. Questo disegno di legge non rispetta in alcun modo la libertà di espressione dell'essere umano, l'alimentazione e l'idratazione artificiale, infatti, sono un vero e proprio trattamento terapeutico, alla pari di una tracheostomia o di qualsiasi altro trattamento sanitario che imponga la sopravvivenza dell'uomo attaccato ad una macchina, e come tale, deve essere disattivato se contrario alla volontà del paziente.