



F O C U S H U M A N R I G H T S
1 8 M A G G I O 2 0 2 2

Fine vita tra riforme legislative
straniere e la proposta referendaria
italiana: un confronto tra modelli

di Salvatore Aceto di Capriglia

Professore associato di Diritto privato comparato
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Fine vita tra riforme legislative straniere e la proposta referendaria italiana: un confronto tra modelli*

di Salvatore Aceto di Capriglia

Professore associato di Diritto privato comparato
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Abstract [It]: L'evoluzione della scienza medica ha posto con tragica urgenza la problematica questione del c.d. "fine vita", e del diritto ad una morte dignitosa. Il saggio si propone, dopo aver chiarito alcune questioni definitorie, di esaminare il caleidoscopio delle esperienze straniere, continentali e di common law, al fine di trarre preziose indicazioni de iure condendo anche per il diritto interno, oggi sempre più in fervore a causa delle pendenti proposte di legge e di consultazione popolare. Il thelos è pur sempre un adeguato bilanciamento di diritti che sia realmente rispettoso della persona umana.

Title: End of life between foreign legislative reforms and the Italian referendum proposal: a comparison of models

Abstract [En]: The evolution of medical science has raised the problematic issue of the so-called "end of life", and of the right to a dignified death. The essay proposes, after having clarified some definitional issues, to examine the kaleidoscope of foreign, continental and common law experiences, in order to draw valuable information de iure condendo also for domestic law, today increasingly in fervor due to pending bills and popular consultation proposals. The aim is still an adequate balance of rights that is truly respectful of the human person.

Parole chiave: Eutanasia, diritto a morire, aiuto al suicidio, referendum art. 579 c.p. italiano

Keywords: Euthanasia, right to die, suicide aid, referendum art. 579 Italian penal code

Sommario: 1. Inizio e fine dell'esistenza umana. Le problematiche questioni del fine vita. Le ragioni un confronto tra modelli. 2. Eutanasia attiva e passiva: *discrimen* e criticità. 3. La giurisprudenza della Corte EDU. Il diritto al rispetto della vita privata come baluardo dell'autodeterminazione personale. 4. Le tradizioni della *common law*. Diritto alla *privacy* e *right to die*. Responsabilità dei sanitari e condizioni di liceità dell'eutanasia attiva. 5. L'esperienza giuridica tedesca. L'esenzione dalla responsabilità penale. La coraggiosa pronuncia della Corte costituzionale del 2020. 6. L'ammissibilità dell'eutanasia attiva e passiva in Olanda e, a seguito della recente riforma, in Spagna. Il ruolo delle Commissioni di controllo e garanzia. 7. La disciplina cantonale. Le Direttive dell'ASSM e la non punibilità dell'aiuto al suicidio. 8. Il vivace *discussant* sull'eutanasia in Francia. La legge Leonetti del 2016. 9. Evoluzione degli orientamenti pretori in Italia prima delle Disposizioni Anticipate di Trattamento "D.A.T.": dalla indisponibilità del bene vita alla tutela della dignità umana. 10. La legge italiana n. 219/2017. Rilevanza della volontà del paziente e modalità di accertamento. La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale: una esimente "circoscritta" e una prima apertura all'aiuto al suicidio. 11. Il pendente disegno di legge italiano in materia di fine vita e la proposta di *referendum* abrogativo parziale dell'art. 579 c.p. dichiarato inammissibile. 12. L'adozione di strumenti di *bioequity* al fine di contemperare la rigidità normativa. Proposte *de iure condendo*.

* Articolo sottoposto a referendum.

1. Inizio e fine dell'esistenza umana. Le problematiche questioni del fine vita: le ragioni di un confronto tra modelli

Si considera persona umana vivente il soggetto capace di vita autonoma rispetto all'organismo materno. La qualità di uomo, più precisamente, non si acquista con la nascita, ma dal momento anteriore in cui ha inizio il distacco del feto dall'utero della madre¹. Al momento del *partus editum*, piuttosto, si acquista la capacità giuridica (art. 1 c.c.), qualità astratta a priori, che coincide con la soggettività². Tale prospetto, sostanzialmente indiscusso in ambito gius-privatistico, è tuttavia oggetto di profonde riflessioni dottrinali nel momento in cui viene esaminato sotto profili squisitamente gius publicistici e di "biodiritto", per non tacere di quelli etico-religiosi, per i quali lo *status* di persona si acquisirebbe ben prima della nascita, bensì già nello stato embrionale³. Anche la giurisprudenza costituzionale ha posto l'accento sulla dignità dell'embrione «quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale «riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.⁴»

Conversamente, la individuazione del momento terminativo della morte è risultata questione più complessa. Si consideri che, sul versante medico-legale, si distinguono tre concetti di morte, quella respiratoria, quella cardiaca e quella cerebrale, tale ultima segnata dalla cessazione dell'attività propria del sistema nervoso centrale. Il legislatore, per quella cerebrale, fa ricorso al dettato dell'art. 1 della l. 29 dicembre 1993, n. 578 (recante norme per l'accertamento e la certificazione di morte) definendola come

¹ Cfr. Cass., 10 aprile 1979, in *CED*, 142535, che ha ritenuto consumato il delitto di omicidio colposo allorché sopraggiunga la morte del feto tra il distacco dall'utero e la sua espulsione definitiva. A fronte di una così precisa definizione, l'individuazione precisa del momento in cui avverrebbe tale distacco risulta tutt'affatto agevole. Parte della dottrina a fatto riferimento al momento della rottura delle acque, talaltra all'inizio delle contrazioni. La questione è tutt'altro che irrilevante, posto che dalla relativa soluzione conseguono importanti implicazioni quanto alla discriminazione tra l'omicidio e fattispecie quali l'interruzione di gravidanza ed il feticidio o l'infanticidio. Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. II, Roma, 2017, p. 354.

² Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 121. In argomento vedasi anche G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, Milano, 2013, p. 1 ss., P. STANZIONE, *Capacità*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. 5, p. 5 ss. Sulla centralità della persona nel nostro ordinamento si veda: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 140 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, passim; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, passim; L. PALAZZINI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, 1996, pp. 16-25 e passim; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, passim; ID., voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 6 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, p. 52 e p. 79 ss.; M. BESSONE - G. FERRANDO, voce *Persona fisica, a) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 196 ss.; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, ivi, p. 335 ss.; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 100 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La tutela della persona umana e il cosiddetto diritto alla personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1958, p. 458 ss.; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, passim; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, passim.

³ Cfr., senza pretesa di esaustività in un campo che è anche ed essenzialmente laico, *Catechismo della Chiesa Cattolica*, n. 2274 «L'embrione, poiché fin dal concepimento deve essere trattato come una persona, dovrà essere difeso nella sua integrità, curato e guarito, per quanto è possibile, come ogni altro essere umano». In tema di biodiritto si rinvia a C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2012, p. 90 ss.; S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 27 dicembre 2017*, n. 219 in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 55 ss.

⁴ Corte cost. sent. 229/2015.

la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo⁵. Supera così l'insufficienza dei criteri diagnostici legati alla terminazione dell'attività respiratoria e cardiocircolatoria. Le modalità tecniche di accertamento sono state, saggiamente, rimesse ai più agili Decreti del Ministero della Salute al fine di risultare sempre aggiornati con le innovazioni tecniche in campo medico⁶.

Se l'evoluzione legislativa ha ormai reso chiari tali punti fermi con particolare riguardo all'assegnazione e all'estinzione della capacità giuridica, la scienza medica e l'evoluzione delle tecnologie hanno finito ben presto per creare delle zone grigie, “a cavallo” tra *bios* e *thanatòs*. L'invenzione dei ventilatori polmonari, dei sondini nasogastrici, e di altri simili ritrovati hanno reso possibile l'allontanamento, in modo del tutto artificiale, del momento della morte. Individui che non sono più in grado di sopravvivere autonomamente possono oggi permanere in vita (magari addirittura in stato vegetativo) anche per lassi di tempo indeterminati. Da tale situazione di fatto sono discese a cascata numerose problematiche e questioni di bioetica, ma anche religiose e morali. È sorta così la domanda se l'individuo che versi in tali condizioni e che non sia più in grado di intendere e di volere, possa considerarsi realmente “in vita”, e se e a quali condizioni possa ritenersi legittima l'interruzione dell'alimentazione vitale artificiale⁷. Questioni, queste, che sottendono un delicato bilanciamento tra il diritto alla vita, alla libertà e alla autodeterminazione personale (oltreché alla propria dignità) e che attraversano anche il diritto alla salute e della libera disposizione del proprio corpo (art. 5 c.c.).

⁵ Una prima definizione di “morte cerebrale” intesa in senso scientifico e utile soprattutto in un'epoca nella quale si assisteva ai primi trapianti di organo fu fornita da una commissione *ad hoc* dell'Università di Harvard nel 1968, cfr. H.K. BEECHER, *A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee at Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, in *Journal of the American Medical Association*, 1968, 205, pp. 85-88. In Italia l'ingresso normativo al concetto di “morte cerebrale” risale al 1975 con la legge n. 644, in tema appunto di espanto di organi, nella quale ci si riferisce come indice di avvenuto decesso legale ad un “elettrocardiogramma piatto per almeno 20 minuti”. Il riferimento cardiaco deriva dall'ovvia considerazione che un encefalo non irrorato di sangue e ossigeno inevitabilmente muore. Diversamente da quanto stabilito dalla legge del 1975 sul prelievo e trapianto degli organi (n. 644/1975), che prevedeva l'impiego dei criteri neurologici soltanto in caso di determinazione del decesso di un potenziale donatore di organi, la legge sull'accertamento e certificazione di morte (n. 578/1993) introdusse una definizione di morte valida per tutti i pazienti e separò formalmente la disciplina dell'accertamento del decesso da quella relativa al prelievo di organi a scopo di trapianto.

⁶ L'ultimo in ordine di tempo è il Decreto 11 aprile del 2008, in GU 136 del 12 giugno 2008.

⁷ Per un'analisi dei criteri somatici e dei fenomeni abiotici vedasi: C. PUCCINI, *Istituzioni Medicina Legale*, Ambrosiana ed, Bologna, 2008; L. MACCHIARELLI, *Compendio di Medicina Legale*, Minerva Medica, 2002; L. PALMIERI, F. DE FERRARI, *Manuale di Medicina Legale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013. Molto netta al riguardo la posizione della Chiesa Cattolica, contraria ad ogni accanimento terapeutico e sostenitrice del ricorso alle cure palliative. La chiusura verso ogni possibilità di scelta eutanasica è stata ribadita, di recente, dallo stesso Pontefice nella sua Udienza generale del 9 febbraio 2022 (reperibile sul sito www.vatican.va): la morte non può essere evitata da cui l'immoralità di un insensato accanimento terapeutico; la necessità di «accompagnare alla morte, ma non provocare la morte o aiutare qualsiasi forma di suicidio.... [privilegiando] il diritto alla cura per tutti, affinché i più deboli, in particolare gli anziani e i malati, non siano mai scartati. La vita è un diritto, non la morte, la quale va accolta, non somministrata».

Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, si sono posti con drammaticità casi di cronaca che hanno investito soprattutto il campo penale, e in particolare le fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e di istigazione e aiuto al suicidio (art. 580 c.p.)⁸.

Ai fini della presente indagine, risulta fondamentale anche l'esame degli ordinamenti allogeni, e delle fonti sovranazionali, per trarre indicazioni utili per un bilanciamento tra diritto alla vita e diritto alla dignità e alla autodeterminazione, che possa ritenersi davvero rispettoso della persona umana⁹. Allo scopo si ritiene utile indagare sullo sviluppo del biodiritto allorché questo «interviene in relazione alle scienze della vita e alla cura della salute del genere umano al fine di sgomberare da equivoci e attribuire certezza al rapporto giuridico»¹⁰. Ma non soltanto: si osserverà come strumenti che sono stati definiti di *bio-equity*, sorgono al fine di contemperare posizioni giuridiche che non trovano ristoro nel diritto positivo. Tali «vuoti normativi» si registrano nei diversi orditi in particolar modo con riguardo al fine-vita. Considerazioni di tipo medico-scientifico, giuridico, morale e religioso sono spesso antinomiche: la scienza progredisce a velocità vorticoso e trova consenso all'interno di essa, grazie ai principi della verifica da parte della comunità internazionale e della ripetibilità del fenomeno. Assolutamente diversi risultano i tempi del diritto. Quest'ultimo rappresenta una emanazione di una coscienza comune che va oltre la mera maggioranza parlamentare, che richiede un più ampio consenso nel tessuto civile e di conseguenza, tempi molto maggiori per l'elaborazione di normative e riforme. Ben può verificarsi, inoltre, che un provvedimento normativo appaia del tutto ragionevole in un sistema giuridico e completamente inaccettabile in un altro; tale aporia difficilmente si ripropone con riguardo alle scoperte scientifiche che beneficino di una velocità di trasmissione assai elevata. Da queste considerazioni emerge con sempre maggiore chiarezza la necessità di operare un confronto tra modelli. Da tale analisi sistematica si potrà

⁸ Su cui, già da tempo, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 670 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, *passim*. In tema v. T. PASQUINO, *Il bene "vita" e l'integrità del corpo: note a margine dell'art. 5 c.c.*, in *Le decisioni di fine vita*, a cura di M. BIANCA, in *Quaderni della "Rivista del Notariato"*, Milano, 2011, p. 55 ss.; G. CAMPANELLI, *Linee giurisprudenziali della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, Torino, 2009, *passim*; G. ANZANI, *Identità personale e atti di disposizione della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 207 ss.; G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, *passim*; D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1999, p. 10 ss.; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere?*, a cura di L. STORTONI, Trento, 1992, p. 34 ss.; ID., *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 565 ss.; C. DONISI, *Analisi di casi emblematici in materia di etica di fine vita* in : M. COLTORTI (a cura di) *Medicina ed etica di fine vita*, Napoli, 2002.

⁹ In tema di dignità, F. D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1071 ss.; M. MELI, *Dignità della persona e diritto all'autodeterminazione: l'incidenza del diritto sovranazionale sul diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 10 ss.; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo*, Napoli-Roma, 2012, p. 161; C.M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, trad. it. di E. Greblo, Bologna, 2002, *passim*; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, *passim*; F.P. CASAVOLA, *I diritti umani*, Padova, 1997, *passim*; F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, *passim*; G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, II, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, a cura di G. ZANGARI, Milano, 1974, 1089 ss.

¹⁰ Testualmente, T. BORTOLU, *Fine vita tra biodiritto e bio-equity. Modelli a confronto*, in *Comp. dir. civ.*, 2/2021, p. 524.

chiaramente osservare che si riscontrano ordinamenti giuridici i quali hanno seguito una strada che la dottrina ha definito “permissiva”. In tali orditi, numericamente esigui, è ammessa l’eutanasia c.d. “attiva”, la quale, come meglio si chiarirà, comporta un ruolo diretto del personale sanitario nell’aiutare il paziente a porre fine alla sua esistenza, con i presupposti e nei modi che verranno illustrati. Il riferimento è ovviamente a Paesi come l’Olanda, il Belgio, il Lussemburgo, il Canada e, di recente, la Spagna. La maggior parte degli orditi normativi invece non si spinge fino al punto di consentire pratiche eutanasiche attive, anzi sanziona le fattispecie dell’omicidio del consenziente e dell’aiuto al suicidio a livello penale. Tali modelli consentono ai singoli il diritto di autodeterminarsi fino al punto di disporre il rifiuto di trattamenti e terapie di sostegno vitale, ponendo sempre come limite a tale facoltà determinati trattamenti o accertamenti considerati obbligatori dall’ordinamento, di regola imposti per legge, a rispetto e tutela dei diritti ritenuti fondamentali dell’individuo. In altri termini questi paesi contemplano un “diritto al rifiuto”, ma non un diritto “a morire”¹¹ anche in ossequio all’art. 9 della Convenzione di Oviedo¹² in virtù del quale devono essere presi in considerazione i desideri precedentemente espressi da un paziente riguardo un intervento medico anche se al momento dell’intervento quest’ultimo non è più in grado di manifestarli. Da ciò traggono fondamento le disposizioni con le quali l’ammalato statuisce (anche in tempi precedenti il manifestarsi dello stato patologico) a quali trattamenti medico sanitari vorrà essere, e soprattutto non essere, sottoposto.

La posizione del nostro paese è stata definita¹³ “a tendenza” impositiva-restrittiva e non impositiva *tout court*. La ragione di tale qualificazione è stata ravvisata nella circostanza che l’individuo in Italia è titolare di un diritto costituzionale al rifiuto di ogni terapia, anche di sostegno vitale, a norma dell’art. 32 Cost., il quale se al primo comma esprime il valore individuale e collettivo del diritto alla salute, al comma 2 prevede la ben nota disposizione a mente della quale «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge»¹⁴. Tali orientamenti hanno trovato recepimento in Italia attraverso la legge 219 del 2017, entrata in vigore il 31 gennaio 2018, recante «Norme in materia

¹¹ Parte della dottrina consiglia, ai fini di un sereno dialogo su una tematica così delicata, di non parlare di «diritto a morire», ma preferire espressioni del tipo «diritto di autodeterminazione terapeutica o clinica» anche al fine di non collidere con coloro i quali ritengano, a seguito di convinzioni etiche, religiose e ideologiche, che «diritto a morire» sia un ossimoro, cfr. A. NAPPI, *Bilanciamenti di interessi e dinamiche ermeneutiche del bene giuridico tutelato nel biodiritto di fine vita*, in *Comp. dir. civ.*, 3/2020, p. 1094. Si veda anche ID., *Diritto penale e malattia irreversibile: dal ‘dovere di vivere’ al diritto di autodeterminazione*, Napoli, 2019, p. 124 e L. D’AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L’opportunità e i limiti dell’intervento del diritto*, Torino, 2018, p. 12 ss.

¹² La “Convenzione sui diritti umani e la biomedicina” o “Convenzione di Oviedo” è il primo trattato internazionale sulla bioetica, firmato ad Oviedo il 4 aprile 1997.

¹³ T. BORTOLU, *op. cit.*, p. 542.

¹⁴ La questione è divenuta di scottante attualità nel corso della massiccia campagna vaccinale contro il Covid-19 la quale ha suscitato, a fronte di una diffusissima adesione da parte della stragrande maggioranza della popolazione che ha ordinatamente affollato gli hub vaccinali allestiti a tal scopo, alcune perplessità sul carattere “obbligatorio” della stessa. Sul tema (obbligatorietà delle vaccinazioni) però si era già espressa in tempi risalenti la Corte costituzionale con la sentenza 307 del 1990 in *Resp. civ. prev.*, 1991, p. 73 ss.

di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento». Sebbene possa sembrare che la prefata normativa non abbia fatto altro che recepire un principio costituzionale già in essere e consolidato a livello di *law in action*, non mancano le osservazioni di coloro che esprimono soddisfazione per l'introduzione e il riconoscimento legale del c.d. testamento biologico, soprattutto a vantaggio di quelle persone le quali, a causa di uno stato di incapacità naturale sopravvenuta, si ritrovino nell'impossibilità di esercitare quel diritto all'autodeterminazione di costituzionale natura. Assume importanza centrale il consenso liberamente rilasciato dal paziente a seguito di informazioni che ha diritto a ricevere sul suo stato di salute e i probabili scenari terapeutici consequenziali. Tale diritto consolida sempre più quel concetto di virtuosa "alleanza terapeutica" tra medico e paziente (art. 1 co. 2). Un diritto all'autodeterminazione che, tuttavia, non si spinge fino al punto da consentire atti di disposizione del proprio corpo (vietati *ex art.* 5 c.c.) o addirittura il diritto a morire. In ogni caso restano proibiti gli atti di "accanimento terapeutico" ad opera del medico il quale nei casi estremi può e deve ricorrere alle terapie palliative e analgesiche.

Il confronto fra modelli giuridici e l'analisi degli stessi, al fine di operare quel corretto bilanciamento tra diritto all'autodeterminazione e tutela del bene "vita", appare quanto mai inevitabile stante l'emergere di bisogni comuni materiali e della comune influenza dell'innovazione scientifica e tecnologica. Al di fuori di ogni presa di posizione di tipo etico o metafisico, difatti, l'ordito normativo si pone come *telos* la tutela piena ed effettiva dei soggetti di diritto, dal momento della nascita sino a quello della morte, sia che questa avvenga naturalmente o con l'ausilio delle moderne tecnologie e a seguito di inenarrabili sofferenze¹⁵.

2. Eutanasia attiva e passiva: *discrimen* e criticità

Preliminarmente, è necessario chiarire in senso etimologico il significato del termine 'eutanasia'. Su tale aspetto definitorio, propedeutico ad un'analisi giuridica, non si è raggiunto alcun apprezzabile grado di consenso. *Ex adverso*, l'analisi dei contributi, soprattutto di quelli più risalenti, rivela un'accesa *querelle* incentrata esattamente sul profilo terminologico¹⁶. Nell'antichità classica la buona morte poteva essere quella serena e spontanea, quella onorevole sul campo di battaglia o anche quella del moribondo che rinuncia alla vita. Nelle sue prime apparizioni, l'eutanasia nulla aveva a che vedere con il provocare attivamente il termine della vita, men che mai da parte del medico¹⁷. Il primo a introdurre il lemma in

¹⁵ In questo senso anche M. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984, *passim*.

¹⁶ Si vedano, fra gli altri, M. ROMANO, *L'eutanasia*, in *Giur. merito*, 1996, p. 245 ss., U. BOMPIANI, *Eutanasia e diritto alla vita*, in *Eutanasia e diritto alla vita*, a cura di A. TARANTINO, Lecce, 1994, p. 109 ss., il quale evidenzia come il significato etimologico della parola sia assai equivoco e relativo alla prospettiva assunta.

¹⁷ Si rammenta, al riguardo, il passo del giuramento di Ippocrate il quale nella sua forma antica recitava: "Non somministrerò ad alcuno, neppure se richiesto, un farmaco mortale, né suggerirò un tale consiglio"; inciso che, differentemente da quello immediatamente seguente in tema di farmaco abortivo, è stato conservato nella versione

relazione all'assistenza sanitaria, ai fini altruistici e all'uso di mezzi analgesici, fu il filosofo Francesco Bacone¹⁸. Una ricostruzione diacronicamente precisa del contenuto del termine sarebbe, oltre che ardua, fuorviante¹⁹. Il passo definitivo verso il concetto odierno di eutanasia fu fatto dal giornalista *Lionel Tollemache*, che associò il termine eutanasia a situazioni di malattia inguaribile e dolorosa in cui sarebbe permesso ai medici, con il consenso del paziente, somministrare un anestetico potente al punto da cagionare il decesso²⁰.

Questi precedenti contengono *in nuce* molti degli elementi che d'allora in poi caratterizzeranno il contenuto dell'espressione, così da definire la pratica come una sorta di assistenza al suicidio posta in essere da un medico con atti o omissioni. Nell'epoca moderna, l'espressione indica una modalità attraverso la quale si realizza un trattamento medico, nel momento in cui si insinua il convincimento dell'inadeguatezza delle cure. Si distanzia così di molto, per finalità, modalità e contenuti, dalle situazioni empiriche che caratterizzavano il passato. All'idea di pietà e di filantropia, intesi come spontanei comportamenti in favore altrui, si sostituisce la pretesa di poter «dominare» la propria morte, così come la vita. Sono diverse le spinte motivazionali, diversi i contesti, del tutto nuovi i mezzi con cui si produce la morte. Tuttavia, anche se è pacifica, sotto il profilo sostanziale, la «nuova» identità dell'eutanasia, la letteratura giuridica più recente si è mostrata restia ad utilizzare l'espressione, carica di significati simbolici e di spettri del passato²¹, preferendosi un linguaggio più neutrale, privo di quest'alone semantico che sembra includere una componente maggiore di volontà nel processo che conduce alla morte di un uomo.

moderna del giuramento, ancora oggi prestato dai neo laureati in medicina, con le parole “giuro... di non compiere mai atti idonei a provocare deliberatamente la morte di una persona”.

¹⁸ Il termine eutanasia fu coniato nel XVII secolo dal filosofo inglese Bacone, nel suo *De Dignitate et eugmentis scientiarum*, nel passo nel quale descrive la morte dell'imperatore Augusto secondo Svetonio. Bacone volle attribuire un significato positivo al termine eutanasia, collegandolo per la prima volta all'attività del medico il quale avrebbe il compito, oltre che di curare, di alleviare le sofferenze del proprio paziente non solo quando questo sollievo può condurre alla guarigione, ma anche quando può servire a procurare una morte dolce e serena. La preoccupazione per questa «*eutanasia exterior*» (terminare la vita senza dolori), da distinguere dall'*eutanasia interior* o *ars moriendi* (intesa come educazione e preparazione spirituale alla morte), è secondo Bacone, uno dei compiti specifici del medico, quando la malattia risulta inguaribile.

¹⁹ Il concetto di morte dolce con finalità altruistiche è relativamente moderno. Infatti, sebbene presso i popoli primitivi l'uccisione dei deformi, vecchi, invalidi, feriti di guerra, fosse praticata, essa non era in verità suggerita da motivazioni altruistiche. La storia ci ricorda che l'eutanasia è stata socialmente giustificata nell'antichità classica greco-romana, in relazione al fatto che in tale contesto socio-politico le esigenze e i diritti della *polis* avevano il primato su quelle dei singoli cittadini, per cui anche la vita dei singoli aveva significato in quanto utile alla vita della *polis*. In proposito, E. VOLTERRA, *Esposizione dei nati. Diritto greco e romano*, in *Noviss. dig. It.*, VI, Torino, 1957, p. 878 ss.

²⁰ L. TOLLEMACHE, *The cure for incurables*, in *Fortnightly Review* 13, 1873, p. 218. Successivamente Weissmann nel 1882 riteneva che la morte dell'anziano e perfino della donna fossero prive di importanza; altrettanto Osler nel 1905 e il biologo Haeckel, sulla scia di queste concezioni, da cui prende le mosse il programma nazista suggerivano l'idea della soppressione delle persone inutili, così A. FIORI, *La medicina e le fasi finali della vita*, in *Bioetica*, 1997, vol. 7, n. 1., p. 38-39. Ma già T. MORO, nella sua *Utopia*, Bari, 1982, pp.97-98, aveva suggerito l'idea di una congrega di sacerdoti e magistrati che esortano e consigliano pazienti affetti da malattia incurabile ad abbandonare la vita mediante il suicidio o l'opera dei medici.

²¹ Nei paesi d'oltralpe, pur essendo noto il termine di origine greca, la tematica è ricondotta sotto il termine *Sterbehilfe*, la cui traduzione in italiano è «aiuto a o nel morire». La preferenza si giustifica per il fatto che il termine eutanasia ricorda il programma attuato da Hitler durante il nazionalsocialismo nei confronti dei malati di mente. Ma allora si trattava

La nuova connotazione dell'eutanasia, nel dibattito attuale, concerne il momento conclusivo della relazione terapeutica in rapporto all'esistenza di condizioni oggettive da scongiurare o da interrompere, connesse con la morte del paziente, e la possibilità di ricorrere a rimedi che interferiscono con la causazione della morte, le cui finalità sono però benefiche per il paziente. Si discute pertanto se, venuta meno la prospettiva di cura, nell'accezione terminologica debba essere incluso solo l'accompagnamento alla morte o anche l'affrettare o al limite il procurare la morte (diritto alla morte o diritto ad una morte adeguata).

L'attuale discorso sull'eutanasia lascia spazio, dunque, alle rivendicazioni di un «diritto alla morte» o di un «diritto ad una propria morte» o, infine, alla richiesta di un diritto «ad una morte naturale»²².

In tal modo la qualificazione di eutanasia riguarda una serie di complesse e varie situazioni: interferisce con la sospensione terapeutica come risposta ad una prosecuzione ostinata di terapie oggettivamente inidonee a ripristinare uno stato di salute soddisfacente. Essa si intreccia, per contro, con la definizione giuridica dell'evento morte; abbraccia l'ipotesi di sua mancata prevenzione a fronte di cause naturali insorgenti nel corso di malattie terminali. Include altresì l'applicazione di procedimenti curativi mediante prodotti analgesici nei confronti di moribondi, che nessun effetto terapeutico sortiscono sulla patologia, ma che hanno essenzialmente la finalità di mitigare le sofferenze legate a processi morbosi in atto che conducono alla morte, anche quando comportino l'effetto collaterale, probabile o certo, in relazione a dosi sempre più massicce e allo stato di debilitazione del paziente, di contribuire con certezza o con elevata probabilità all'accelerarsi dell'evento letale²³.

In questa prospettiva di ricerca, nell'analisi della fenomenologia riconducibile all'espressione eutanasia viene in rilievo la distinzione, assai diffusa negli ambienti giuridici, tra forma attiva e passiva, il cui fondamento risiede nella differenza che sussiste, sul piano naturalistico, morale e giuridico, tra l'agire e l'omettere, tra “*kill*ing” e “*letting die*”²⁴. La distinzione tra forme attive ed omissive venne sviluppata, sul

dell'annullamento di vite ritenute senza valore, non degne di essere vissute (in proposito K. BINDING - A. HOCHÉ, *Die Freigabe der vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Mass und ihre Form*, Leipzig, 1922, *passim*).

²² In questa direzione si pongono anche la legge 15 marzo 2010, n. 38, recante disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore, e la legge 8 febbraio 2001, n. 12, recante norme per agevolare l'impiego dei farmaci analgesici-oppiacei nella terapia del dolore. Il provvedimento si rese necessario in quanto i medici non prescrivevano con facilità gli analgesici stupefacenti, stante la eccessiva rigidità di compilazione della ricetta e la previsione di sanzioni, anche penali, in caso di errori nella prescrizione.

²³ Cfr. R.M. BELLINO, voce “*Accanimento terapeutico*”, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, Vol. I, pag. 110. Infine al problema dell'eutanasia è connesso quello del divieto di sperimentazione umana e di trattamenti futili su soggetti che rivestono ormai un puro interesse scientifico, in proposito A. MANNA, *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir.*, IV aggiornam., Milano, 2000, p. 1120 ss.

²⁴ Questa ricostruzione fattuale delle situazioni di eutanasia in relazione al tipo di condotta posta in essere dal sanitario, corrisponde, in modo speculare, all'altra differenziazione che tiene in conto dei possibili contenuti della volontà del paziente: al diritto ad essere lasciati morire corrisponde una condotta omissiva, al diritto a morire, in linea di massima, una condotta commissiva del medico. Cfr. P. BRINGEWAT, *Diskussion Bericht I: Terminologische und typologische Probleme bei der Erfassung von Suizid und Euthanasie*, in *Suizid und Euthanasie als human - und wissenschaftliches Problem*, a cura di A. Eser, Berlin, 1976, p. 9 ss.

piano tecnico giuridico, nei paesi di lingua tedesca, poiché in quell'area fu elaborata una particolare figura giuridica che consente più agevolmente di escludere le responsabilità penali per la condotta omissiva del medico, a differenza di quella attiva. Il distinguo fenomenologico tra atti ed omissioni, che spesso sul piano naturalistico può sembrare carente ed opinabile, mira ad evidenziare una diversa qualificazione morale e giuridica della condotta del medico, relativa al differente apporto causale nella produzione dell'evento. È sul terreno della causalità che si coglie la differenziazione tra eutanasia attiva e passiva. Mentre nell'eutanasia passiva l'omissione del medico si inserisce in un processo eziologico già attivatosi autonomamente che conduce alla morte; nell'eutanasia attiva la condotta umana è il fattore causale unico, o concorrente con altri, dell'evento letale. La distinzione tra lasciar morire (eutanasia passiva) ed uccidere (eutanasia attiva) dovrebbe riflettere principalmente una differenza sul piano descrittivo, naturalistico-causale: nel primo caso la morte è la conseguenza di una malattia di cui il medico non ha impedito l'evolversi, nel secondo è la conseguenza della sua azione. Si comprende allora il minore disvalore morale dell'omissione, che consiste nel non aver impedito un evento, la cui causa, in senso naturalistico e cinetico, non è costituita da una condotta umana.

Il *discrimen* tra eutanasia attiva e passiva, proprio del dibattito contemporaneo, è finalizzato a distinguere modalità di trattamento sanitario del tutto lecite, per le quali è addirittura improprio e fuorviante il riferimento all'eutanasia (eutanasia senza efficienza causale, che non abbrevia la vita o il distacco da macchine di sostentamento artificiale in vita di pazienti ormai irreversibilmente e totalmente cerebrolesi, giuridicamente ormai morti). Si configurano poi forme di eutanasia per le quali si profilano soluzioni di liceità (eutanasia attiva indiretta, relativa alla somministrazione di analgesici che concorrono ad accelerare la morte, ma solo al fine di alleviare il dolore). Casi di eutanasia passiva sottratte ad ogni rilevanza penale (eutanasia passiva mediante omissione in accordo o per volontà del paziente, riconducibili al rifiuto di trattamento sanitari). Forme di eutanasia attiva assimilate a queste ultime al fine di estenderne la liceità (eutanasia passiva mediante azione con o in assenza di una determinazione del paziente, in relazione all'interruzione di tecniche di sostentamento artificiale in vita²⁵) ed infine forme di aiuto assolutamente illecite (eutanasia attiva diretta). Queste differenziazioni, tuttavia, se registrano una forte «tenuta» sul piano giuridico, poiché fondano diversi presupposti di accertamento della responsabilità penale, invece sul

²⁵ È bene ricordare che il rifiuto delle cure (attuale, oppure anticipato o pianificato: cfr. artt. 1, 4 e 5 l. n. 219/2017- come pure v. Corte cost., sent. n. 242/2019, Cass., sez. I civ., sent. n. 21748/2007, Cons. St., sez. III, sent. n. 4460/2014, l. n. 219/2017) è escluso costituisca forma di "eutanasia". Cfr. in tal senso la Dichiarazione della *World Medical Association* in tema di *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide*, in occasione della 70.ma Assemblea Generale, svoltasi a Tbilisi nel mese di ottobre dell'anno 2019 «Separately, the physician who respects the basic right of the patient to decline medical treatment does not act unethically in forgoing or withholding unwanted care, even if respecting such a wish results in the death of the patient».

piano descrittivo-naturalistico, e persino etico, rischiano di sfumarsi e di perdere di senso²⁶. In verità, da un punto di vista più pragmatico, il diverso significato causale e morale tra lasciare morire (eutanasia passiva) ed uccidere (eutanasia attiva), si fa più evidente in relazione a situazioni storiche diverse, legate ad una scarsità di strumenti di contrasto e di intervento dal punto di vista tecnico di fronte ad una morte imminente del paziente. Attualmente, tale differenza sul piano causale non è così chiara come allora. La complessità dei trattamenti, specie quelli ad alta tecnologia applicati alla fase finale della vita, ha reso sempre più difficile tracciare una netta linea divisoria corrispondente all'agire e l'omettere: in un'epoca in cui il medico può sempre effettuare una prestazione sanitaria, e in cui anche il semplice astenersi dal fare, richiede che si faccia (distaccare dai respiratori artificiali, togliere il sondino nasogastrico e l'alimentazione e idratazione artificiali), la distinzione tra agire ed omettere sembra fondata su un parametro di valutazione diverso da quello della pura causalità o del poter o non poter fare qualcosa, introducendo un elemento di contraddizione nelle teorie deontologiche²⁷.

Ed infatti numerose sono le critiche rivolte al tentativo di fondare una legittimazione morale alla distinzione tra cagionare e lasciar morire che, in quanto incentrata su parametri sostanziali e qualitativi di valutazione, sarebbe più coerente all'interno dell'utilitarismo consequenzialista che riconosce decisivo rilievo etico alla valutazione delle conseguenze degli atti, piuttosto che alla valutazione morale delle azioni e motivazioni dell'agente. Nell'ottica utilitaristica della qualità, a nulla rileva che si tratti di agire attivo o omissivo, cui corrisponde una diversa efficienza causale a seconda che si attivi un processo eziologico o si astenga dall'impedire che tale *iter* conduca alla produzione dell'evento nefasto. E ciò dal momento che lo stesso, identico in entrambe le situazioni, dovrebbe costituire l'esclusivo elemento di valutazione, anche quando è provocato da atti di segno diverso²⁸.

3. La giurisprudenza della Corte EDU. Il diritto al rispetto della vita privata come baluardo dell'autodeterminazione personale

La giurisprudenza di Strasburgo in materia di fine vita segnala una graduale apertura verso il riconoscimento del diritto a morire con dignità. Un primo ordine di considerazioni riguarda l'inquadramento delle questioni sollevate dai ricorrenti nell'ambito dei diritti garantiti dalla Convenzione.

²⁶ Per una critica alla tradizionale distinzione tra eutanasia attiva e passiva, evidenziando l'identità di risultato, J. RACHELS, *Uccidere, Lasciar morire e il valore della vita*, in *Bioetica*, 1993, p. 271 ss., che non soltanto nega questa differenziazione, ma afferma anche che, se valutata sotto il profilo delle conseguenze per il paziente, è più umana l'eutanasia cagionata attivamente che quella mediante una condotta omissiva.

²⁷ Cfr. H. KUHSE, *The Sanctity of Life Doctrine in Medicine: A Critique*, Oxford, 1987, *passim*.

²⁸ Si veda, sul tema, A. ROCCO VITALE, *L'eutanasia come problema biogiuridico*, Franco Angeli, Milano, 2017, p. 76 ss.; D. NERI, *Eutanasia: le ragioni del sì*, in AA.VV., *Eutanasia ed etica del morire*, Vol. II, Catanzaro, 2001, pp. 57 ss.; S. AMATO, *Eutanasia. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Giappichelli, Torino, 2011; H. DEREK, *Liberi di morire. Le ragioni dell'eutanasia*, Eleuthera, Milano, 2007, pag. 126; S. MEZZAGLIA, *Eutanasia. Diritto a vivere e a morire*, Edizioni Universitarie Romane, Roma, 2011.

La Corte esclude che l' "ultimo diritto", ovverosia quello di morire dignitosamente, possa essere invocato sulla base degli art. 2 e 3, ma riconosce che le scelte di fine vita possano rientrare nell'autonomia personale coperta dal diritto di cui all'art. 8 CEDU. L'art. 2 CEDU, infatti, intende limitare il più possibile l'uso della forza letale da parte di agenti statali: ne sono una chiara conferma le eccezioni indicate al comma 2 che peraltro impone allo Stato, allorché utilizzi la forza letale per uno scopo legittimo, di mantenerla entro i limiti di ciò che è assolutamente necessario. Inoltre, l'interpretazione che è stata data all'art. 2 CEDU dalla Corte va certamente nella direzione di ampliare la portata degli obblighi di tutela rispetto ad azioni che attentino alla vita. La Corte, dunque, ritiene che la norma dell'art. 2 CEDU contempli la vita come "oggetto di un diritto e non di una libertà fondamentale" e quindi non sia "volta a sancire la libertà né di scelta in merito alle modalità secondo le quali vivere (...) né della stessa scelta di non vivere". Insomma, la Corte sembra abbracciare, in termini piuttosto rigidi, il principio dell'indisponibilità della vita che trova riconoscimento più o meno esplicito in alcuni ordinamenti interni, incluso il nostro²⁹. Sulla stessa scia si pone il ragionamento che la Corte compie in merito alla possibile applicazione dell'art. 3 CEDU. È importante ricordare che la stessa ha in effetti riconosciuto che il patimento subito da persone gravemente malate possa rientrare nell'accezione dell'art. 3 CEDU, ma solo allorché esso sia o possa essere esacerbato da misure (per esempio condizioni di detenzione) che siano attribuibili alle autorità.

Dunque, per i giudici di Strasburgo, le questioni di fine vita possono più correttamente essere inquadrare nell'alveo dell'art. 8 CEDU che garantisce l'individuo nel godimento di diritti legati all'autonomia personale da interferenze statali, che non siano previste per legge, perseguano uno scopo legittimo e siano necessarie in una società democratica³⁰. La portata delle sfere dell'autonomia coperte dalla disposizione citata va ricostruita alla luce dei criteri ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU, e, in particolare, dei principi della nozione autonoma e dell'interpretazione del testo convenzionale quale *living instrument*. Non solo, infatti, la definizione di vita privata (come quella di vita familiare, domicilio e corrispondenza) prescinde dalle definizioni proprie dei singoli ordinamenti³¹, ma essa dipende ampiamente da un'interpretazione che tenga conto delle condizioni attuali e dell'evoluzione delle norme di diritto nazionale e internazionale nelle materie di cui la Corte è chiamata ad occuparsi, al fine di rendere effettiva e non meramente teorica ed illusoria la protezione dei diritti. È certamente un'interpretazione evolutiva che ha determinato il progressivo ampliamento della portata della previsione dell'art. 8 CEDU,

²⁹ Cfr. F. BESTAGNO, *Articolo 2*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 117 ss.

³⁰ Sulla clausola di limitazione, C. PITEA, *Articolo 8*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *cit.*, p. 303-311;

³¹ Sull'interpretazione della Convenzione: F. SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Bruxelles, 1998. Sulla nozione autonoma: E. KASTANAS, *Unité et Diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996; G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2004 p. 279-305.

in linea con una graduale, ma sempre più ampia affermazione del diritto di vivere nel modo più corrispondente alle proprie inclinazioni.

Poiché la libertà di scegliere come e quando porre fine alla propria vita rientra nell'art. 8 CEDU, ogni ingerenza nel suo esercizio da parte dello Stato, ai sensi del paragrafo 2, non solo dovrà essere prevista per legge e perseguire uno scopo legittimo tra quelli indicati nella norma, ma dovrà altresì essere “necessaria in una società democratica”. L'interferenza dovrà cioè essere sorretta da motivi pertinenti e sufficienti ed essere proporzionale alla finalità perseguita, ovvero garantire un corretto equilibrio tra l'interesse del singolo e l'interesse generale, in un contesto - “la società democratica” - caratterizzato da pluralismo, tolleranza e spirito di apertura³².

Nel valutare la giustificazione dell'ingerenza statuale nel godimento di un diritto, poi, la Corte muove sempre dal riconoscere un margine di apprezzamento agli Stati, ovvero uno spazio di discrezionalità nel dare attuazione ai diritti previsti dalla Convenzione europea negli ordinamenti interni. Questo spazio ha confini mobili poiché la sua ampiezza varia a seconda del livello di omogeneità degli ordinamenti europei in una determinata materia, della natura particolarmente controversa dal punto di vista etico della questione sottoposta e dell'aspetto specifico del diritto che si lamenta violato. In particolare, il margine di apprezzamento è “inversamente proporzionale” al *consensus* europeo, ed è particolarmente ampio ogni qual volta la questione verta su un tema controverso dal punto di vista etico³³, ma risulta ristretto se il caso portato all'attenzione della Corte tocchi un aspetto essenziale del diritto garantito³⁴.

Nei casi relativi a questioni di fine vita portati alla sua attenzione, la Corte EDU ha rilevato l'assenza di consenso tra i vari ordinamenti. Si tratta di un dato innegabile: è vero che in materia di fine vita esiste in Europa una sensibile differenza di vedute³⁵. Vi sono Stati, come il nostro, in cui si è arrivati ad una regolamentazione sul testamento biologico solo di recente³⁶, altri in cui si pratica il suicidio assistito da diversi anni³⁷, altri ancora in cui è possibile l'eutanasia sui minori³⁸, seppur in condizioni molto ben circostanziate. Se dunque, sotto questo punto di vista, la Corte avrebbe ragione a riconoscere un margine

³² Cfr. C. PITEA, *cit.*

³³ In questi casi la Corte considera che siano le autorità nazionali nella posizione migliore a rispondere in modo opportuno ai bisogni della società di cui sono espressione. La Corte adotta dunque un atteggiamento di *self-restraint*, dichiaratamente rispettoso delle profonde implicazioni sociali e culturali di questioni molto controverse.

³⁴ Diritto garantito con riferimento all'art. 8 CEDU, allorché sia in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo; cfr. Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, sentenza 24 febbraio 1983; *Mennesson v. Francia*, ricorso n. 65192/11, sentenza 26 luglio 2014, par. 77-81; Grande Camera, *A.B.C. v. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, sentenza 16 dicembre 2010, par. 229-238. Tutte le pronunce sono disponibili su <https://hudoc.echr.coe.int/>.

³⁵ Nel mondo gli altri Stati che hanno depenalizzato le pratiche eutanasiche sono il Canada, la Colombia (grazie ad interventi giudiziari) e la Nova Zelanda.

³⁶ Legge 22 dicembre 2017, n. 219, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, G.U. Serie Generale n. 12 del 16-01-2018.

³⁷ Svizzera, Olanda, Belgio e Lussemburgo e, a partire dal mese di giugno del 2022, anche la Spagna.

³⁸ Belgio e Olanda.

di apprezzamento ampio, è anche vero che la definizione dello spazio di discrezionalità a disposizione degli Stati non può essere fatta prescindendo da un'analisi della centralità della questione del fine vita rispetto al diritto considerato.

Un primo ordine di decisioni adottate dalla Corte EDU riguarda il suicidio assistito o, più in generale, le condizioni per l'accesso ai farmaci letali. Il caso *Pretty v. Regno Unito*³⁹ era stato portato all'attenzione dei giudici di Strasburgo da una donna affetta da una malattia neurodegenerativa molto grave che l'avrebbe destinata ad una morte estremamente dolorosa. La signora Pretty desiderava porre fine ai suoi giorni e necessitava dell'aiuto del marito, il quale però avrebbe rischiato di essere sottoposto a procedimento penale per violazione del *Suicide Act* del 1961. La donna aveva pertanto richiesto alle autorità di assicurare preventivamente l'impunità al coniuge per l'aiuto che le avrebbe offerto. Lamentava innanzi alla Corte EDU che il rifiuto delle autorità di prestare tali assicurazioni costituisse una violazione degli artt. 2, 3, 8, 9 e 14 CEDU. La Corte non riconosceva la violazione dell'articolo 2, ritenendo che il diritto alla vita non potesse essere interpretato nel senso di garantire un diritto alla morte, né dell'art. 3 della Convenzione, negando che gli obblighi positivi che derivano da tale disposizione possano interpretarsi nel senso di imporre allo Stato di prevedere azioni volte a porre fine alla vita. Quanto all'art. 8, la Corte riconosceva che l'ingerenza nel godimento del diritto alla vita privata della ricorrente fosse da considerarsi giustificata ai sensi del paragrafo 2 di tale disposizione, poiché il divieto di suicidio assistito mirava a garantire in particolare categorie di soggetti vulnerabili non in grado di prendere decisioni informate in materia di fine vita. La Corte riteneva, inoltre, di escludere la violazione della libertà di pensiero, coscienza e religione, considerando che le istanze della sig.ra Pretty non potessero qualificarsi quali manifestazione di un credo o religione ai sensi dell'art. 9. Escludeva, infine, anche la sussistenza della violazione dell'art. 14 sollevata dalla ricorrente, la quale aveva argomentato che il divieto di suicidio assistito imponeva una limitazione al godimento del diritto alla vita privata in modo discriminatorio per le persone che, gravando in condizione di grave disabilità, non potessero togliersi la vita senza l'assistenza di qualcuno. Per la Corte, tuttavia, la previsione di una deroga che consenta l'accesso al suicidio assistito a chi non possa agire autonomamente «*would seriously undermine the protection of life which the 1961 Act was intended to safeguard and greatly increase the risk of abuse*»⁴⁰, dal momento che sarebbe, nella maggior parte delle ipotesi, difficile

³⁹ Corte EDU, *Pretty v. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, sentenza 29 aprile 2002. Sulla sentenza: B. BARBISAN, *Sentenza 29 aprile 2002; Pres. Pellonpää; Pretty v. Regno Unito*, in *Il Foro Italiano*, 2003, 126, p. 57/58-71/72; G. FRANCOLINI, *Il dibattito sull'eutanasia tra Corte europea e giurisprudenza interna*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2002, 4, p. 813-823; C. BYK, *Euthanasia and the Right to Life: the Pretty Case*, in AA.VV., *Euthanasia*, vol. 1, Council of Europe Publishing, 2003, p. 109 ss. Per una più ampia riflessione anche su profili metagiuridici: S. ANTAL, *Paternalism and Euthanasia: The Case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2010, 10, p. 19 ss.; S. B. CHETWYND, *Right to Life, Right to Die and Assisted Suicide*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2004, 21, p. 173 ss.

⁴⁰ Corte EDU, *Petty v. Regno Unito*, par. 88.

distinguere con precisione tra chi sia in grado e chi invece non sia nelle condizioni di potersi suicidare senza aiuto di terzi.

La Corte si è espressa anche in materia di sospensione di idratazione e alimentazione artificiale, con un'importante sentenza della Grande Camera nel caso *Lambert* ed altri *v.* Francia⁴¹. La questione le era già stata posta nel caso *Ada Rossi* ed altri *v.* Italia⁴², in cui alcuni ricorrenti (sei cittadini, tutori di persone in stato vegetativo, e sette associazioni italiane) avevano lamentato una serie di violazioni⁴³ che ritenevano potessero derivare a loro danno dalla decisione della Corte di appello di Milano che, mettendo fine ad una lunga vicenda legale (e umana), aveva consentito l'interruzione dell'idratazione e alimentazione di Eluana Englaro. In continuità con una consolidata giurisprudenza, tuttavia, i giudici di Strasburgo avevano dichiarato irricevibile tale ricorso, ritenendo che i ricorrenti non potessero considerarsi "vittime" ai sensi dell'art. 34 CEDU. In particolare, essi non solo non erano vittime dirette (poiché la decisione della Corte di appello di Milano riguardava solo le parti costituite in giudizio e i fatti oggetto di questo), ma non rientravano neppure nella categoria di vittime potenziali, non avendo prodotto prove ragionevoli e convincenti circa la probabilità che dalle decisioni interne - adottate con specifico riferimento alla vicenda di Eluana Englaro - derivassero violazioni di propri diritti.

Nel *case law* *Lambert* ed altri *v.* Francia, invece, la Corte si è espressa sulla compatibilità con la Convenzione del provvedimento del Consiglio di Stato francese che confermava la decisione - assunta dal medico competente e convalidata, come previsto dalla normativa francese, da un *panel* di tre colleghi - di interrompere la nutrizione e idratazione artificiali del sig. Lambert, in stato vegetativo permanente a

⁴¹ Corte EDU, Grande Camera, *Lambert e altri v. Francia*, ricorso n. 46043/14, sentenza 5 giugno 2015. Sulla sentenza: B. BARBISAN, *The case of Vincent Lambert: who will be able to unravel the knot?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, p. 10 ss.; C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso "Lambert" fra necessità e rischi*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 9, 2, p. 489-501; S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Pourquoi l'affaire Lambert n'en finit pas*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2015, 3, p. 5 ss.; G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2015, 3, p. 20 ss.; V. ZAMBRANO, *La questione del "fine vita" e il ruolo del giudice europeo: riflessioni a margine del caso Lambert c. Francia*, in *Federalismi FOCUS - Human rights*, n. 1, 2016.

⁴² Corte EDU, *Ada Rossi e altri v. Italia*, ricorsi n. 55185/08 et al., decisione sull'irricevibilità 16 dicembre 2008. Sulla sentenza di Cassazione, tra gli altri, C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 3, p. 545-575; sulla decisione della Corte EDU: R. SAPIENZA, *Il caso Englaro e la Convenzione europea dei diritti umani*, in DUDI, 2009, 2, p. 345-355, L. NIVARRA, *Il caso Englaro e i paradossi dell'autonomia*, in DUDI, 2009, 2, p. 356-369; A. D'ALOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita: un punto di vista costituzionale sul caso "Englaro"*, in DUDI, 2009, 2, p. 370-395; I. ANRÒ, *Il caso Englaro di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un confronto con la Corte di giustizia delle Comunità europee circa la legittimazione ad agire delle associazioni a difesa dei diritti dell'uomo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 maggio 2009, disponibile all'indirizzo: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0002_anro.pdf (ultimo accesso 30 dicembre 2021).

⁴³ In particolare, i ricorrenti invocavano gli art. 2 e 3 ritenendo che l'esecuzione della decisione della Corte di appello di Milano del 25 giugno 2008 (diventa definitiva a seguito della sentenza di inammissibilità del ricorso del PM emessa dalla Corte di Cassazione l'11 novembre 2008) avrebbe rappresentato un pericoloso precedente giurisprudenziale, determinante un pericolo reale per le persone affette da gravi lesioni cerebrali, che sarebbero state lasciate prive di tutela, nella mani di terzi che avrebbero potuto decidere discrezionalmente della loro vita. Lamentavano, poi, una violazione dell'art. 6.1 CEDU con riferimento al procedimento nazionale avviato da Beppino Englaro.

seguito di un grave incidente stradale. Il ricorso era stato presentato dai genitori e dai fratelli del sig. Lambert, che lamentavano, in particolare, la violazione dell'art. 2 CEDU. Dopo aver negato che i ricorrenti potessero agire in nome di Vincent Lambert, la Corte riconosceva agli stessi lo *status* di vittime indirette, ma escludeva la sussistenza della violazione lamentata. La maggioranza dei giudici, infatti, pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento in materia di sospensione dell'alimentazione e idratazione artificiali, anche alla luce della varietà delle normative nazionali in materia, ribadiva che fosse in ogni caso riconoscibile un *consensus* tra gli ordinamenti europei «*as to the paramount importance of the patient's wishes in the decision-making process, however those wishes are expressed*»⁴⁴. Inoltre, riteneva che la legislazione francese costituisse un quadro giuridico sufficientemente chiaro per disciplinare con precisione le decisioni prese dai medici in situazioni come quelle del caso di specie e che il processo decisionale sulla situazione di Vincent Lambert fosse stato condotto in modo meticoloso. Concludeva, quindi, che lo Stato avesse correttamente adempiuto agli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 CEDU.

Nonostante le contraddizioni in cui la Corte sembra essere talvolta caduta, vi sono importanti elementi negli arresti citati che consentono di immaginare una possibile evoluzione giurisprudenziale nel senso di un più chiaro accoglimento del diritto di scegliere di morire con dignità. Innanzitutto, se è vero che la Corte abbraccia una ricostruzione dell'art. 2 CEDU ispirata al principio dell'indisponibilità della vita, è anche vero che essa non porta a compimento questo ragionamento. Così, anche se il diritto alla vita non può essere letto come diritto alla morte, gli ordinamenti che consentono il suicidio assistito non sono *ipso facto* in violazione⁴⁵ dell'art. 2. Inoltre, il diritto ad autodeterminarsi su questioni di fine vita è pacificamente considerato un aspetto della vita privata tutelata dall'art. 8. Questo significa che esiste una norma che tutela il diritto di scegliere di morire con dignità e che ogni limitazione da parte degli Stati deve rispettare regole precise.

In tempi non troppo risalenti, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa con la risoluzione⁴⁶ n. 1859 del 25 gennaio 2012 si è dichiarata fermamente a favore del testamento biologico, ma del tutto contraria all'eutanasia e al suicidio assistito. Nel testo della disposizione si arriva a fornire una definizione di eutanasia intesa come «*l'uccisione intenzionale di un essere umano, per il suo presunto beneficio, mediante azione od omissione*». Con tale deliberazione, l'Assemblea sottolinea la necessità che tutti gli Stati membri si dotino di una legislazione in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento, ma sbarrando la strada alla possibilità di mettere in atto «azioni od omissioni che permettano di provocare la morte di una persona». Inoltre, in caso di dubbio sulle volontà del paziente, la decisione deve sempre essere tesa a «preservare e prolungare

⁴⁴ Corte EDU, *Lambert c. Francia*, par. 147.

⁴⁵ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 41.

⁴⁶ Cfr. la risoluzione *Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients* Reperibile su <http://www.europeanrights.eu>.

la vita» (*pro-life and prolongation of life*). Nel corpo della risoluzione viene inoltre richiesto agli Stati, che non lo avessero ancora fatto⁴⁷, di ratificare e applicare in ogni sua parte la Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, nota come Convenzione di Oviedo. Vengono richiamati i principi etici di ippocratica memoria cui i medici sono chiamati a rispettare,

4. Le tradizioni della *common law*. Diritto alla *privacy* e *right to die*. Responsabilità dei sanitari e condizioni di liceità dell'eutanasia attiva

Il dibattito sull'eutanasia ha indiscutibilmente avuto origine e maggiore sviluppo nei paesi anglosassoni. In essi, vi è la consolidata tendenza a risolvere le questioni politiche e morali in questioni giudiziarie. La peculiarità dell'esperienza americana è dunque quella di essere segnata da famosi casi giudiziari di cui si sono occupate la Corte suprema federale e le Corti statuali. È prevalente, in quel sistema giuridico, un modello di soluzione giudiziaria, poiché la giurisprudenza per prima intuisce e diviene portavoce dei nuovi movimenti di opinione pubblica. In tal modo il sistema giuridico statunitense si presenta in un rapporto di costante sincronia con i mutamenti di valutazioni etiche, che si traducono in questioni giudiziarie, ben presto trasfuse in strumenti ufficiali legislativi⁴⁸.

Dunque, la pratica dell'eutanasia nella cultura statunitense e nella prassi ospedaliera è da tempo radicata, anche se il primo caso giudiziario risale al 1976 (caso *Karen Quinlan*) a proposito della rimozione del respiratore artificiale che consente una prosecuzione della sopravvivenza⁴⁹. La Corte Suprema di

⁴⁷ Tra questi, compare l'Italia che ha però firmato la Convenzione. In realtà con la l. 145/2001 il Parlamento italiano ha autorizzato la ratifica del trattato ma, ad oggi, non è mai stato depositato lo strumento di ratifica in seno al Consiglio d'Europa. Ne consegue che, formalmente, ai sensi degli artt. 11 e 16 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il procedimento di assunzione dell'obbligo di adempimento della Convenzione di Oviedo non si sia concluso per lo Stato italiano e, dunque, essa non lo vincoli. Per di più la stessa Corte Costituzionale italiana, nell'ord. 282/1983 e nella sent. 379/2004, ha sottolineato che in caso di mancato deposito dello strumento di ratifica, la legge italiana di esecuzione è inefficace. Ancorché sia necessaria questa ricostruzione formale ai fini soprattutto della non configurabilità della responsabilità internazionale dello Stato italiano nel caso di eventuale violazione della Convenzione di Oviedo, è innegabile che, principi analoghi a quelli contenuti dalla Convenzione sono riscontrabili nell'ordinamento italiano: tanto nella l. 219/2017 quanto più nella Costituzione repubblicana. Dunque, pur essendo auspicabile il completamento del procedimento di attuazione della Convenzione di Oviedo nell'ordinamento italiano con il deposito dello strumento di ratifica, si può affermare che i principi contenuti in essa vincolino già il personale medico-sanitario.

⁴⁸ A seguito di alcuni casi giudiziari prende il via un'ampia produzione di iniziative legislative, alcune delle quali tradotte in leggi, e di pronunce giudiziarie. Risale al 1976 la promulgazione nello Stato della California, del *Natural Death Act* che riconosce la possibilità di disporre per il non impiego o l'interruzione delle terapie di sostentamento vitale nel caso in cui il paziente versi all'estremo delle sue condizioni di salute. Nel 1991 è stato approvato il *Patient Self Determination Act* che ha imposto a livello federale, alle strutture sanitarie che partecipano ai programmi *Medicare* e *Medicaid* di dare ai pazienti informazioni sulla possibilità di formulare direttive anticipate. Il *Self Determination Act* del 1991 è una legge federale che impone di dare ai malati che entrano in istituzioni di cura che ricevono finanziamenti pubblici, informazioni scritte sui diritti dei pazienti di partecipare alla decisione medica e di formulare direttive anticipate.

⁴⁹ Il caso venne posto dai genitori di una giovane donna che un anno prima, per cause non chiarite, aveva subito gravi danni al cervello, e giaceva in un «persistente stato vegetativo cronico», a causa del quale la donna non possedeva più alcuna funzione cognitiva. Dopo un certo periodo i genitori si rivolsero al Tribunale e alla Suprema Corte di *Morristown*, affinché potessero ricevere l'autorizzazione ad interrompere questi mezzi straordinari di mantenimento in vita. Cfr. in

Morristown fu dell'idea che l'interesse individuale alla rimozione del respiratore fosse superiore all'interesse dello Stato alla conservazione della vita in condizioni puramente vegetative, senza alcuna ragionevole probabilità di miglioramento futuro, ed affermò, attraverso un'interpretazione evolutiva del diritto alla *privacy*, il *right to die* nella manifestazione relativa al rifiuto di terapie. Venne pertanto autorizzata la sospensione di un mezzo terapeutico, quale il respiratore, considerato straordinario, ma venne negata l'interruzione dell'alimentazione artificiale, considerata mezzo ordinario di sopravvivenza. Karen rimase in vita in quello stato per altri dieci anni, grazie all'uso di una sonda con cui veniva nutrita, finché morì di polmonite acuta, per curare la quale non si fece ricorso agli antibiotici necessari.

La sentenza segnava una tappa fondamentale sul tema del diritto a morire perché escludeva qualsiasi responsabilità civile e penale in capo ai sanitari che materialmente distaccarono il respiratore di fronte all'esercizio del diritto alla *privacy* della paziente. Ma fu di assoluto rilievo anche perché, trattandosi di soggetto incapace, la Corte dovette affrontare il problema della ricostruzione ipotetica e presunta della volontà della signora Quinlan, in assenza di una precedente dichiarazione o qualsivoglia manifestazione di volontà circa la prosecuzione di terapie di sostentamento artificiale in vita. La Corte ritenne che si poteva ragionevolmente presumere che l'avente diritto avrebbe consentito all'interruzione delle cure, se avesse potuto decidere in proposito. *Ergo*, si giunse al riconoscimento del diritto a rifiutare i trattamenti anche qualora si trattasse di pazienti incapaci, e non solo quando tale volontà fosse documentata per iscritto in un *living will* o comunque dimostrata a mezzo testimonianza, ma anche nei casi dubbi, in assenza di una prova certa acquisita anteriormente al sopraggiungere dello stato di incapacità, in sede giudiziaria ed in via ipotetica, attraverso il riconoscimento di una legittimazione decisoria o sostitutiva di un familiare che si mette «nei panni mentali» del malato. Fu quindi autorizzato il distacco dei macchinari che consentivano la sopravvivenza del paziente⁵⁰.

In Gran Bretagna il dibattito sull'eutanasia fa la sua comparsa agli inizi del '900. Risalgono al 1936 e al 1950 le prime proposte di legge presentate alla *House of Lords* in cui sono indicate le condizioni in base alle quali è possibile praticare l'eutanasia volontaria, affidando un potere di controllo sull'esistenza di esse ad un funzionario incaricato dal Ministro della Sanità⁵¹. In caso di esito positivo, l'*iter* del procedimento

proposito J. RACHELS, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Torino, 1989, p. 109; R. BARCARO, *Eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Milano, 1998, p. 61.

⁵⁰ I principi su enunciati hanno trovato applicazione anche nei successivi casi giudiziari *Conroy* del 1985 e *Jobes* del 1987. Così anche Corte Suprema del New Jersey, 24 giugno 1987, in *Foro it.*, 1988, c. 291, con nota di G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*. Attualmente negli Stati Uniti non pochi sono gli Stati che hanno accolto nell'ordito normativo la liceità del *assisted suicide*. Al riguardo si vedano *Wash. Rev. Code* §70.245 (2016); *Vt. Stat. Ann. Tit. 18* §5281 (2016); *Cal. Health & Safety Code* §443.22 (2016); *Colo. Rev. Stat.* §25-48-101 (2017); *Washington D.C. Code* §7-661 (2017); *N.J. Rev. Stat.* §26:16-1 (2019); *Haw. Rev. Stat.* §327-L (2018); *Maine Rev. Stat.* §1.22.418 (2019); *N.M. Stat. Ann.* 1978 24-7C-1-8 (2021)].

⁵¹ Il diritto inglese, per tradizione ha sempre considerato sfavorevolmente e con severità l'intenzione e gli atti diretti a togliersi la vita, sia propria che attraverso l'azione di altri. La vita è sempre stata un bene indisponibile e venivano, infatti,

si sarebbe concluso con un nulla osta. Nel maggio del 1990 la proposta del 1936 venne riscritta e presentata alla *House of Commons*, ma venne respinta anche in questo caso, con motivazioni relative all'affermazione della santità della vita umana⁵². Nel Regno Unito venne affrontato un caso simile dalla giurisprudenza nel 1989 (caso *Tony Bland*). Si trattava della richiesta di interruzione della l'alimentazione artificiale e della terapia antibiotica di un giovane diciassettenne in stato vegetativo permanente a seguito di incidente di cui fu vittima nel corso di una partita di Football. In quel caso la *House of Lords*, decise nel 1993 escludendo la responsabilità del medico. Le argomentazioni della Suprema corte inglese però divergono profondamente da quelle proprie della giurisprudenza statunitense. Il criterio cardine adottato infatti non è quello della volontà del diretto interessato (ricostruita attraverso testimonianze ricorrendo ad un giudizio sostitutivo) ma una valutazione medica nel merito circa lo stato vegetativo permanente e le possibilità di trattamento terapeutico. In sostanza i medici orientano la decisione sulla base dei *best interests* del paziente⁵³.

Nell'ordinamento inglese, anche se viene riconosciuto il diritto al paziente di rifiutare un trattamento medico, si sottolinea comunque che una persona (all'occorrenza un medico) addetta all'altrui salute è ritenuta responsabile (civilmente e penalmente) tanto delle sue azioni che delle sue omissioni. E nonostante che, in generale, nel diritto inglese non sia prevista una responsabilità per omissione, quest'ultima sussiste quando vi sia un obbligo giuridico di agire. I medici, avendo l'obbligo di operare nel migliore interesse dei loro pazienti, saranno considerati colpevoli di omicidio nel caso in cui omettano deliberatamente di salvare il loro paziente dal soffocamento col proposito di lasciarlo morire, come se li avessero strangolati con il medesimo intento. Inoltre saranno puniti per lo stesso reato nel caso in cui uccidano intenzionalmente il loro paziente, indipendentemente dalla malattia o dal grado di sofferenza, o dalla richiesta di essere ucciso. L'unica eccezione è il riconoscimento del principio del "*double effect*" che consente ai medici di somministrare farmaci palliativi o di interrompere un trattamento inutile o

previste sanzioni per il suicida e per il tentato suicida: il primo non poteva avere successori, in quanto i beni venivano confiscati dal Re, e il suo corpo non sarebbe stato accolto da terra consacrata, mentre contro il secondo si poteva formalmente procedere come contro un criminale. La confisca dei beni venne abolita nel 1870 col "*Forfeiture Act*" e poco dopo venne meno anche la sanzione della sepoltura ignominiosa (*Intermits Act*) che la Chiesa Anglicana aveva già da tempo abbandonato. A lungo, invece, rimase perseguibile il reato di tentato suicidio, formalmente caduto solo con il "*Suicide Act*" del 1961, nonostante l'atteggiamento degli organi di polizia avesse da tempo determinato un'applicazione flessibile della vecchia norma. Nel "*Suicide Act*" il suicidio cessò di avere conseguenze sanzionatorie e venne abolita la sua qualifica di *felony*, mentre il mancato suicida non venne più considerato colpevole di *misdeemeanour*. Rimase il reato di aiutare, consigliare, agevolare o istigare altri al suicidio (art. 2, 1° comma del *Suicide Act*), condotte che dovevano essere accertate tramite l'inchiesta del *Coroner*.

⁵² Cfr. T. HELME, *The Voluntary Euthanasia (Legislation) Bill (1936) revised*, in *Journal of Medical Ethics*, 1991, p. 25.

⁵³ Nella decisione ha giocato un forte ruolo il documento del comitato etico della *British Medical Association* del 1992 che prevede la possibilità di sospendere l'alimentazione quando il coma persista da oltre un anno. J. KEWON, *Commento alla sentenza sul caso Tony Bland. Uscire dalla «via mediana»: la depenalizzazione giudiziaria dell'eutanasia passiva non volontaria*, in *Bioetica*, 1997, n. 3, p. 313. Cfr. A. ARLIDGE, *The Trial of Dr David Moor*, in *The Criminal Law Review*, 2000, p. 31; J.C. SMITH, *A Comment on Moor's Case*, in *The Criminal Law Review*, 2000, p. 41.

eccessivamente gravoso, anche qualora il medico preveda, come effetto collaterale, che la morte del paziente sopraggiungerà prima di quanto altrimenti non avverrebbe⁵⁴. Quindi, il paziente ha il diritto di esprimere il suo consenso o meno ad una cura, ma questo non comporta la legalità dell'atto eutanasi perché, come si è visto, in ogni caso il medico sarebbe punito per omicidio. Bisogna verificare se le volontà espresse dal paziente riusciranno a garantire la liceità della richiesta di sospensione o soppressione di un trattamento. Questo è l'oggetto del caso *Ms. B v. An NHS Hospital Trust*⁵⁵. Una donna, indicata come Ms. B nella sentenza, fu colpita il 26 agosto 1999 da un'emorragia del midollo cervicale. Il 4 settembre del 1999 compilò un *living will* nel quale, con lucidità e determinazione, scrisse che in caso di peggioramento, recidive, grave invalidità fisica, sopravvenuta incapacità mentale, doveva essere fermato ogni trattamento terapeutico straordinario. Ms. B convenne i medici e la Direzione dell'ospedale davanti all'Alta Corte di Giustizia affinché venisse riconosciuta la persistente validità del *living will* e la sua libera decisione di essere lasciata morire. Il nodo gordiano era costituito dal fatto che non vi erano dubbi sulla capacità mentale di Ms. B alla data del 4 settembre 1999 (*living will*) ma erano controversi i pareri sulla capacità (*competency*) dal febbraio del 2001 in poi, portando a dubitare sul se fosse ancora valida o meno la decisione presa il 4 settembre 1999. La Corte, infatti, ritenne di dover fondare il suo giudizio unicamente sulla valutazione del se Ms. B fosse in grado di prendere decisioni autonomamente, e in particolare se fosse capace di assumere la decisione fondamentale di accettare o rifiutare trattamenti medici necessari per la sua permanenza in vita.

La decisione si concludeva con l'individuazione puntuale di una specie di codice di comportamento che il personale ospedaliero avrebbe dovuto seguire, da lì in poi, per affrontare casi simili⁵⁶.

In tempi più recenti la cronaca ha presentato all'opinione pubblica britannica (ma non solo) il caso del piccolo Alfie Evans: a dispetto della ferma volontà dei genitori di proseguire nella ventilazione assistita che teneva in vita il bambino e di portarlo in altri istituti dove poter essere sottoposto a cure di tipo sperimentale, la *High Court* britannica⁵⁷, su ricorso dell'ospedale dove era ricoverato, autorizzò la struttura a sospendere la ventilazione assistita. La sentenza presenta passaggi molto perentori che non possono non suscitare una certa perplessità⁵⁸. La battaglia legale dei genitori proseguì in appello, ma senza gli esiti

⁵⁴ Cfr. J. KEWON, *op. cit.*

⁵⁵ *Ms. B v An NHS Hospital Trust* [2002] EWHC 429 (Fam), con nota di P. SWAZARSKI, *Classis cases revisited: Allowing to die and the case of Ms. B.*, in *Journal of the Intensive Care Society*, 2013, vol. 14, n. 1, p. 20 ss.

⁵⁶ In proposito cfr. F. INTRONA, *Il diritto di morire innanzi a due Corti di Giustizia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, vol. XXIV, p. 1245 ss., P. BORSELLINO, *Decisioni di fine via a confronto: i casi di Miss B e di Diane Pretty*, in *Bioetica*, 2004, vol. XII, p. 200 ss.

⁵⁷ Cfr. *Supreme Court of United Kingdom*, 20 aprile 2018, § 2: «Alfie cannot breathe, or eat, or drink without sophisticated medical treatment. It also means that there is no hope of his ever getting better».

⁵⁸ Nel tenore narrativo della sentenza, si veda il § 6, dove la Corte sostiene, con riguardo al diritto dei genitori di custodire il proprio figlio «... that right has been circumscribed in modern times in the interests of the welfare of the child»); cfr. inoltre il § 9, «The parents have no right to direct Alfie's future medical treatment (...) they cannot take Alfie away from

da questi ultimi auspicati. La ventilazione fu interrotta e il bambino, cinque giorni dopo, morì. Ci si può legittimamente domandare se tale pronuncia sia stata *umana*: a conti fatti, si è impedito a genitori – cittadini europei, con pieno godimento dei diritti civili e politici – di ottenere le cure per il proprio figlio, sebbene, come tanti malati, «*senza speranza di miglioramento*», e di portarlo altrove. Anche la stessa Corte di Strasburgo, nel rigettare i ricorsi dei genitori di Alfie, ritenendo che, nella loro vicenda, non vi fosse alcuna violazione di *diritti dell'uomo* fa riflettere; pur nella ferma condanna di ogni forma di accanimento terapeutico, la nostra sensibilità non può non risaltarne turbata.

5. L'esperienza giuridica tedesca. L'esenzione dalla responsabilità penale. La coraggiosa pronuncia della Corte costituzionale del 2020

Un progetto di puntuale regolamentazione delle diverse fattispecie di eutanasia attiva e passiva, per la verità non andato in porto, giunge dall'esperienza giuridica tedesca. Il dibattito all'interno della scienza giuridica alemanna si è assestato, infatti, sulla conclusione di non ritenere opportuna una modifica legislativa, ritenendosi sufficiente ed adeguata una definizione in via giudiziaria, attraverso gli strumenti normativi esistenti che fanno perno sulle esimenti o sulle scusanti, ovvero facendo ampio ricorso all'istituto della rinuncia della pena. I principi cardine del progetto alternativo del 1986 erano quelli di fornire una chiara e completa disciplina di tutte le situazioni di eutanasia, apprestando una «nuova» tutela della vita umana a prescindere dal concetto di «valore». Pertanto, si affermava l'ammissibilità delle terapie del dolore; dell'interruzione di misure terapeutiche di mantenimento artificiale in vita; il primato dell'aiuto nel morire sull'aiuto a morire; il rispetto dell'autodeterminazione del paziente e anche della libera volontà suicida attraverso una definizione dei limiti al dovere di prestare soccorso; l'ammissibilità dell'aiuto a morire passivo, la punibilità dell'omicidio su richiesta, salvo la previsione di eccezioni esenti da pena. Successivamente a quell'incontro del 1986 è del tutto tramontata la prospettiva di una soluzione legislativa, ma la conflittualità sul tema *Sterbehilfe* si è trasferita nelle aule giudiziarie, aprendo la strada ad un modello di soluzione di tipo pretorio⁵⁹.

Alder Hey for the purpose of transporting him at some risk to other hospitals which can do him no good». Cfr. anche il § 15: «The hospital must be free to do what has been determined to be in Alfie's best interests. That is the law in this country. No application to the European Court of Human Rights in Strasbourg can or should change that». Suscita notevole sorpresa, fra l'altro, anche quest'ultima perentoria affermazione, che indirettamente esprime una certa impermeabilità giuridica rispetto ad eventuali pronunce conseguenti ad un ricorso a Strasburgo. Una Corte poco dialogante, si direbbe, e per certi versi contraddittoria, perché altrove afferma che «the best interests of the child are the "gold standard" which is not only adopted by our law but also reflects the international standard to which this country is committed». Perché, allora, in altri ospedali del panorama internazionale, pronti ad accogliere il bambino, non si sarebbe potuto fare nulla di buono? Cfr. G. RAZZANO, *Il diritto di morire come diritto umano? Brevi riflessioni sul potere di individuazione del best interest, sull'aiuto alla dignità di chi ha deciso di uccidersi e sulle discriminazioni nell'ottenere la morte*, in *Archivio Penale*, 3, set-dic 2018 (web).

⁵⁹ Cfr. S. BENZLER, J. PERELS, *Justiz und Staatverbrechen. Über den juristischen Umgang mit der NS Euthanasie*, in *NS Euthanasie von Gericht*, 1996, p. 16.

Nel caso *Hackethal*, la giurisprudenza tedesca ha escluso la punibilità del medico *ex par.* 216 StGB per aver fornito un aiuto ad una sua paziente affinché, dopo aver subito ben tredici interventi chirurgici, potesse morire. Il medico, convinto della determinazione della donna, le aveva procurato una dose letale di veleno, che ella poi bevve da sola. In assenza di una fattispecie incriminatrice dell'ausilio al suicidio, l'OLG di Monaco negò la punibilità del medico, escludendo *ab origine* l'incardinarsi di una posizione di garanzia, stante l'espresso rifiuto della paziente di sottoporsi ad ulteriori interventi⁶⁰.

Più recentemente, in questa direzione, assume maggiore rilievo la sentenza del BGH del 1996 sul cd. caso *Kempton*, con cui viene per la prima volta apertamente e indirettamente affermata l'ammissibilità dell'eutanasia passiva, qualora si ravvisino alcuni presupposti di fatto, indicati dall'Ordine dei medici (*Bundesärztekammer*), relativi all'instaurarsi di un processo patologico che conduce alla morte, allo stato terminale del paziente, alla manifestazione di una volontà espressa e chiara del malato di rifiuto delle terapie di mantenimento in vita⁶¹. Il caso si definisce con una sentenza di condanna, a causa dell'assenza dei requisiti richiesti dall'ordine professionale, ma si può desumere *a contrario* che, in presenza di tutte le suddette circostanze, l'interruzione delle terapie a cui consegue la morte del paziente non avrebbe realizzato una violazione dei doveri deontologici del medico⁶². Il caso concerne la richiesta dell'interruzione dell'alimentazione artificiale (mezzo ordinario di sopravvivenza) da parte di un parente della paziente, che si fa interprete delle sue volontà non dichiarate per iscritto, di essere lasciata morire⁶³. Gli spunti di riflessione che offre la sentenza del BGH non concernono solo l'implicita affermazione della liceità dell'eutanasia passiva in presenza di determinate circostanze di fatto (di rilievo è la considerazione della natura terapeutica, e quindi rifiutabile, dell'alimentazione artificiale). L'ulteriore elemento di novità si individua in relazione all'applicazione analogica del § 1904 BGB che prevede il ricorso al giudice tutelare affinché si autorizzi giudizialmente la somministrazione di terapie nei casi di incapacità del paziente e di impossibilità a ricostruire le sue volontà sufficientemente. Il BGH ha infatti ritenuto la competenza del giudice a decidere, essendo medesimi gli obiettivi e la *ratio*, non solo nel caso della somministrazione di terapie urgenti, ma anche in quello inverso dell'interruzione di terapie salvavita, purché verifichi l'esistenza di quelle condizioni fattuali che, secondo le direttive indicate dall'ordine professionale dei medici, consentono l'interruzione di terapie di sostentamento artificiale in vita⁶⁴. Il

⁶⁰ OLG München, 31.07.1987 - 1 Ws 23/87, in DeJure.org.

⁶¹ BGH, 15.11.1996 - I ZR 12/96, in DeJure.org.

⁶² Cfr. T. VERREL, *Der BGH legt nach: Zulässigkeit der indirekten Sterbehilfe. Anmerkung zur Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 15.11.1996*, in *Medizin und Recht* 1997, 248.

⁶³ Il caso riguarda un'anziana signora da tempo ricoverata presso una casa di cura a Kempton, e la battaglia portata avanti dal figlio per ottenere l'autorizzazione alla sospensione dell'alimentazione artificiale.

⁶⁴ Il par. 1904 BGB dispone che, qualora debbano essere effettuati interventi terapeutici nei confronti di pazienti che non sono in grado di prestare il consenso, il consenso del legale rappresentante abbisogna dell'autorizzazione, a seguito di istanza, del tribunale tutelare quando sussiste il fondato pericolo che il paziente, a causa delle terapie, possa morire o subire un grave danno. Senza tale autorizzazione la somministrazione di terapie sulla base del solo consenso del legale

ricorso ad un provvedimento giudiziale di autorizzazione sembra avviare la Germania verso un modello di soluzione giudiziaria, che prescinde da una riformulazione delle fattispecie penali.

Con sentenza del 26 febbraio 2020, la Corte costituzionale federale tedesca ha dichiarato illegittima, per contrasto con alcuni principi della Legge Fondamentale, la norma del codice penale tedesco che punisce – così la rubrica – la “agevolazione commerciale del suicidio”⁶⁵. Norma censurata davanti alla Corte costituzionale tedesca è il § 217 StGB. La disposizione, introdotta nel 2015, si inseriva in un sistema in cui, tradizionalmente, convivevano la punibilità dell’omicidio del consenziente e la generale liceità dell’aiuto al suicidio (in questo caso, a prescindere dalla natura egoistica o altruistica dei motivi dell’agente). In questo scenario, la preoccupazione per il diffuso sfruttamento da parte di privati, in forma organizzata e a scopo di lucro, delle crescenti richieste di aiuto al suicidio aveva portato il legislatore – non senza controversie – all’approvazione del § 217, con cui si intendeva appunto reprimere tale fenomeno⁶⁶. In estrema sintesi, le ragioni alla base della invalidità della norma consistono nella limitazione sproporzionata che la sanzione penale pone, anche se circoscritta ad alcune specifiche forme di aiuto al suicidio, al pieno ed effettivo esercizio del diritto della persona ad autodeterminarsi alla morte. La motivazione si articola essenzialmente in due parti: la prima è diretta a ricostruire i contenuti di tale diritto, di cui viene valorizzato lo stretto collegamento con il “cuore” dei supremi valori costituzionali di libertà e di dignità per giustificarne la massima latitudine. La seconda consiste in un’analisi dei requisiti che la legge deve soddisfare per poter legittimamente comprimere tale diritto, e in particolare del rapporto tra le finalità perseguite dalla norma e le ricadute concrete di una scelta di incriminazione del genere di quella vigente, ritenuta infine una negazione sproporzionata di quella stessa libertà che mirerebbe a proteggere. Secondo la Corte, il “diritto di autodeterminarsi alla morte” trova diretto fondamento sostanziale nel più ampio “diritto generale della personalità”, figura di elaborazione pretoria che risulta dalla combinazione del principio della intangibile dignità umana e del diritto al libero sviluppo della personalità, entrambi sanciti dalla Costituzione (art. 1, comma 1, e 2, comma 1 rispettivamente) ed entrambi appartenenti ai principi fondamentali dell’ordinamento. Il rispetto della personalità individuale e il conseguente diritto a conservare la propria “identità e integrità” implicano, in termini generali, che il soggetto – in ipotesi capace di autodeterminarsi responsabilmente – non debba subire condizionamenti esterni nelle proprie

rappresentante solo nel caso di imminente pericolo di vita. Si è ritenuto applicabile analogicamente il par. 1904 anche qualora si tratti della interruzione o della rinuncia ad intraprendere una terapia. In tal caso il giudice procede ad una ricostruzione giudiziale della volontà presunta del paziente, secondo par. 1901 BGB, in modo che non venga violato il bene obiettivo del paziente, interrompendo o rinunciando ad una misura che prolunga la vita. Ma il giudice può anche giustificare una nuova terapia e obbligare il medico a somministrarla, qualora ritenga che ciò corrisponda più esattamente alla presunta volontà del paziente.

⁶⁵ Cfr. BVferG, 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, in DeJure.org.

⁶⁶ Cfr. F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma “commerciale”*, in *Sistema penale*, 28 febbraio 2020.

scelte esistenziali e, in particolare, che non possa essere costretto a scelte che risultino inconciliabili con i propri convincimenti e con l'idea che ha di sé. Ciò è soprattutto vero per la scelta di porre fine alla propria vita, che naturalmente rispecchia più di altre una particolare concezione morale e filosofica, presupponendo una valutazione circa il significato dell'esistenza in cui nessuno può sostituirsi al singolo: «la decisione di suicidarsi si ricollega a domande fondamentali dell'esistenza umana e come nessun'altra chiama in causa l'identità e l'individualità della persona». Dal diritto ad autodeterminarsi deriva quindi un «diritto a una morte auto-determinata»⁶⁷ sulla base di una decisione libera e consapevole, che non comprende solo il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale ma si estende alla scelta di togliersi la vita con una condotta attiva. Su questi presupposti – afferma la Corte – a tale diritto deve riconoscersi la più ampia portata possibile, senza che possa essere circoscritto a una certa condizione di salute (una malattia incurabile o anche solo grave), a una certa fase della vita e nemmeno alla verifica dell'accettabilità dei motivi che stanno alla base di un simile gesto. Subordinare la tutela del diritto al ricorrere di specifiche cause o situazioni significherebbe sostituirsi ai singoli in valutazioni loro totalmente riservate, che si fondano sulla possibilità per ciascuno di definire qual è una «qualità di vita» accettabile e cos'è una «vita dotata di senso» in termini eminentemente soggettivi, al di là di «valori generali», «norme sociali» e «giudizi di razionalità oggettiva». D'altra parte, il riconoscimento di un diritto a suicidarsi non trova un ostacolo nel richiamo alla dignità umana: darsi la morte non andrebbe a negare, eliminandone il presupposto, la stessa autodeterminazione personale, ma rappresenta pur sempre manifestazione diretta (sebbene definitiva) di tale autonomia⁶⁸. Infine, il diritto in esame richiede di essere garantito anche nella sua proiezione verso l'esterno, in una dimensione intersoggettiva: esso comprende la «libertà di cercare e, se offerto, di avvalersi dell'aiuto prestato da terzi». Si tratta infatti – precisa la Corte – «di una situazione peculiare, in cui l'esercizio di un diritto fondamentale è condizionato alla collaborazione di altri soggetti e in cui pertanto la tutela del diritto passa necessariamente per il superamento delle prescrizioni che vietano tali condotte strumentali». Alla luce di queste considerazioni, la norma punitiva di cui al § 217 StGB costituisce una restrizione del diritto fondamentale di riferimento – il «diritto a una morte auto-determinata», a sua volta espressione del «diritto generale di personalità» – sebbene rivolta a destinatari diversi dal relativo titolare: una interferenza indiretta che, tuttavia, risulta «equivalente per oggetto e per effetto» ad una interferenza diretta, limitando di fatto la libertà di commettere il suicidio.

Conclusivamente, dunque, è possibile affermare che l'eutanasia passiva è attualmente tollerata in Germania, mentre quella attiva resta vietata attraverso la previsione di disposizioni penali. Tuttavia, ferve

⁶⁷ Cfr., per i passi virgolettati, testualmente sent. cit.

⁶⁸ Cfr. anche M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017, p. 17-18.

un vivace dibattito parlamentare volto a rivedere le norme esistenti a seguito della menzionata pronuncia della Corte costituzionale.

6. L'ammissibilità dell'eutanasia attiva e passiva in Olanda e, a seguito della recente riforma, in Spagna

La discussione sull'eutanasia, da decenni ancora dibattuta in molti paesi a livello teorico, in Olanda ha prodotto una pratica diffusa già da parecchi anni, da tempo risalente confluita nell'approvazione di una proposta di legge da parte del Parlamento. Quest'ultima ha previsto l'introduzione (nel 2002) nel codice penale olandese di una causa di esclusione della punibilità qualora l'eutanasia e il suicidio assistito vengano realizzati dal medico in osservanza dei requisiti indicati dalla stessa legge e purché abbia redatto un referto sulle cause di morte del paziente indicando le condizioni del suo operato, in conformità alle disposizioni della legge mortuaria⁶⁹.

In verità, la pratica eutanassica in Olanda ha sempre incontrato un largo favore sia nell'opinione pubblica che negli ambienti medici, tanto che la stessa giurisprudenza da numerosi anni si era mostrata clemente, ricorrendo alla clausola della forza maggiore, prevista dall'art. 40 del codice penale olandese, allorché il medico si fosse trovato nella situazione di decidere tra dar seguito al dovere di alleviare insopportabili dolori al suo paziente e dovere di preservargli la vita⁷⁰. Da tempo è quindi diffusa una certa sensibilità sul tema, attestata da una letteratura giuridica impegnata nella costruzione, in ambito normativo, di categorie ordinamentali al fine di giungere alla non punibilità, e dall'approvazione, fin dal 1991, di diverse leggi che hanno recepito le indicazioni indicate dall'ordine dei medici e codificato i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di suicidio assistito.

In Olanda la prassi dell'eutanasia era radicata da anni, continuamente monitorata, controllata dalle Istituzioni con indagini empiriche e sondaggi, resa ammissibile già dal 1991 attraverso delle modifiche apportate al regolamento di polizia mortuaria che riconoscevano al medico la possibilità di mettere in pratica una decisione di fine vita del paziente terminale, qualora vi fossero i requisiti richiesti

⁶⁹ In particolare, la legge n. 133 del 1991 sulla consegna dei cadaveri, con la quale venivano apportate modifiche all'art. 10 della legge sulla sepoltura delle salme, successivamente la legge n. 643 del 1993, ed infine la legge entrata in vigore il 1° giugno 1994, approvata con decreto ministeriale del 17 dicembre 1993, n. 688, impongono al medico che ha praticato una delle procedure volte ad accelerare il momento della morte del paziente, di redigere una relazione informativa che descriva dettagliatamente la storia clinica del paziente e nella quale risultino indicati i requisiti richiesti per effettuare la pratica. In proposito, M. GUGLIELMI, *Eutanasia attiva e passiva: aspetti di diritto comparato*, in *Giur. merito*, 1999, p. 920.

⁷⁰ La prima apertura giurisprudenziale a favore dell'eutanasia risale al 1973, allorché la Corte regionale di *Leeuwarden* sospese l'esecuzione della pena inflitta ad un medico che aveva somministrato alla propria madre su richiesta di lei. Per un'analisi della casistica in Olanda precedente alla riforma, cfr. S. VINCIGUERRA, A. RICCI ASCOLI, *Il diritto giurisprudenziale olandese in tema di eutanasia attiva e di suicidio assistito*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, p. 85; B. MAGLIONA, *Aiuto punibile o normale atto medico? Breve panoramica internazionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 1266; J. KEWON, *The Law and the practice of the Eutanasie in Holland (La legge e la pratica dell'eutanasia in Olanda)*, in *The Law Quarterly Review*, 1992, p. 51.

dall'associazione medica (consulto di più medici, stato di sofferenza, richiesta seria e ponderata, completa informazione sul decorso del morbo, assenza di alternative praticabili, condizioni di malattia terminale), e sia stato fatto un rapporto sulle cause di morte del paziente⁷¹. Attraverso questa disciplina amministrativa la soluzione di liceità veniva realizzata in virtù della decisione del P.M. di astenersi dal promuovere un'azione penale, qualora il medico avesse adempiuto all'obbligo di segnalazione al medico necroscopo comunale e si fosse attenuto alle indicazioni della classe medica recepite dal Governo⁷². La discrezionalità dell'azione penale faceva sì che il medico, indicando nel formulario con esattezza le condizioni di fatto in cui ha operato, potesse ragionevolmente confidare sull'impunità, senza che vengano minimamente intaccate le norme penali poste a tutela della vita umana.

La legge approvata nel 2001 dal Parlamento olandese si spinge oltre rispetto questa disciplina, prevedendo espressamente la non punibilità del medico che abbia agito in conformità alla legge stessa attraverso una modifica delle norme del codice penale. Secondo tale normativa il referto del medico verrà sottoposto ad un giudizio da parte di una delle cinque Commissioni regionali di Controllo, le quali detengono un potere di veto maggiormente vincolante sulla decisione del P.M. di promuovere l'azione penale⁷³. Qualora la Commissione decida che l'estinzione della vita del paziente abbia soddisfatto i criteri di diligenza posti a carico del medico, infatti, il caso viene immediatamente archiviato, senza che il parere venga rimesso alla valutazione del P.M., salvo che quest'ultimo riscontri irregolarità nella procedura. In tal caso il P.M. mantiene la facoltà di aprire le indagini, ma dovrà consultare il Ministro della Giustizia. Se invece la Commissione di controllo valuta negativamente l'operato del medico, non avendo questi operato secondo i parametri di diligenza, il rapporto viene inviato al P.M., il quale avvia l'azione penale. In tal caso, sarà poi compito del giudice valutare se nel singolo caso sussistano gli estremi della forza maggiore. In sostanza, attualmente la non punibilità della condotta dipende in prima istanza dal parere vincolante della Commissione di controllo, e in caso di esito negativo, dal giudizio emesso dal magistrato inquirente al quale viene inviato il rapporto, il quale può applicare la norma sullo stato di necessità o forza maggiore,

⁷¹ Già dal 1973 l'associazione medica reale olandese (KNMG) aveva individuato i criteri in base ai quali il medico avrebbe potuto invocare l'esimente prevista dall'art. 40 c.p. olandese. In particolare si stabilì: 1) deve sussistere la libera volontà del paziente, consultato ed interpellato più volte; 2) il medico deve aver illustrato al paziente le sue condizioni dal punto di vista clinico; 3) la richiesta non deve essere espressione di una momentanea depressione; 4) lo stato di sofferenza del paziente deve essere persistente, insopportabile, senza speranza, determinato da tre cause: il dolore, una condizione fisica deteriorata senza dolore, una sofferenza che non sia fisica ma dovuta a fattori sociali o a una sindrome psichiatrica; 5) L'assenza di alternative ad una pratica eutanasia. La prossimità alla morte non è un requisito imprescindibile, purché le sofferenze siano insopportabili. La decisione del medico presuppone una consultazione con un altro collega che ha seguito il paziente, e poi con un collega esterno.

⁷² Nel 1994 le linee-guida formulate dall'ordine professionale sono state incorporate in un regolamento ministeriale, una sorta di Direttiva generale Amministrativa, che vincola il PM nell'esercizio dell'azione penale, obbligandolo ad astenersi dal promuovere l'azione qualora ricorrano i requisiti in essa descritti.

⁷³ Nel 1998 furono costituite cinque Commissioni regionali di controllo, composte da un medico, un giurista ed un esperto in etica, direttamente nominate dal ministro di giustizia e dal ministro della sanità.

qualora ravvisi un conflitto di doveri tale da far prevalere il dovere deontologico di alleviare le sofferenze del paziente sul divieto di cagionare la morte.

La legge, approvata in via definitiva dal Parlamento olandese il 10 aprile 2001, consente al medico di praticare, con la rigorosa osservanza delle modalità stabilite, l'eutanasia su un malato terminale che gliene faccia richiesta e di prestare assistenza ad un malato nelle stesse condizioni che decide di togliersi la vita. Sono due i presupposti di un tale intervento medico: deve essere stata praticata, senza risultati, ogni possibile terapia; e deve esservi una pressante e inequivocabile richiesta del malato di porre fine alla propria vita, espressa nei modi e nelle forme previste dalla legge in rapporto allo stato e all'età dell'assistito. Una Commissione regionale composta di esperti qualificati vigila sui comportamenti dei medici nei casi concreti che le devono essere obbligatoriamente denunciati dagli stessi sanitari.

L'Olanda è, dunque, uno dei pochi paesi europei ove è concessa tanto l'eutanasia attiva che quella passiva. Al paese fiammingo si è aggiunta di recente la Spagna la quale con l'approvazione definitiva, il 18 marzo dell'anno 2021, della *Ley organica de regulaciòn de la eutanasia* ha provveduto a legalizzare la c.d. eutanasia attiva⁷⁴ e ha depenalizzato la pratica del suicidio medicalmente assistito qualora compiuto nell'ambito delle fattispecie previste dalla legge⁷⁵. La disciplina spagnola si caratterizza per la celerità del procedimento e l'adozione di un processo di autorizzazione da parte di apposite Commissioni di garanzia.

La richiesta deve essere formulata dal paziente il quale, cittadino spagnolo o stabilmente residente nello Stato da almeno 12 mesi, deve versare in un contesto eutanasi, deve essere cosciente ed in mancanza di tale ultima condizione deve aver precedentemente formulato il proprio *Testamento vital* (l'equivalente dell'italiano "testamento biologico") contenente le disposizioni anticipate di trattamento. La domanda non potrà essere formulata dal minore di età e non prevede alcuna forma di interferenza da parte del nucleo familiare. La richiesta deve essere formulata al medico responsabile, due volte e ad intervallo non minore di 15 giorni, e deve essere ribadita una successiva volta a seguito dell'acquisizione di parere favorevole da parte di apposite Commissioni di garanzia⁷⁶. Ovviamente la volontà espressa sarà in ogni

⁷⁴ Sul dibattito dottrinale in lingua spagnola si veda M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, S. BARBER BURUSCO, "Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España", in *Revista Nuevo Foro Penal*, Universidad EAFIT, Medellín vol. 8, n. 79 julio-diciembre, 2012. Orientato per la legalizzazione dell'eutanasia attiva oltre che passiva era anche, in Portogallo, il Decreto 109/XIV, 12.2.2021. Approvato dalla Assembleia da Republica, il decreto è stato però subito rinviato dal Capo dello Stato al Tribunal Constitucional per un controllo preventivo di costituzionalità. Detta Corte, con la sent. 123/2021 (15.3.2021), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerose disposizioni del decreto a causa del mancato rispetto dello standard di determinatezza richiesto per le leggi penali. Da ultimo, il 29.5.2021, la Assembleia da Republica, tornando sui suoi passi, ha respinto quattro progetti di legge intesi a legalizzare sia il suicidio assistito che l'eutanasia.

⁷⁵ Cfr. il rinnovato art. 143 del codice penale spagnolo.

⁷⁶ In via preliminare, per valutare la legittimità della richiesta sottopostagli, la commissione deve nominare due periti (art. 10,1.), di cui uno deve essere un giurista, i quali sono chiamati a decidere sul caso. Se entrambi i periti esprimono un giudizio positivo, il processo andrà avanti. In caso contrario, la decisione spetterà alla commissione. In tal caso, se la commissione reputa la richiesta giustificata, essa informa il medico responsabile affinché possa procedere nella pratica eutanasi. Occorre rilevare che se in qualsiasi fase della procedura la richiesta di eutanasia viene negata da qualcuno dei

momento revocabile. È prevista la possibilità per il personale sanitario dell'esercizio dell'obiezione di coscienza, sempre garantendo il rispetto della volontà del paziente. Ovviamente non sono mancate le discussioni e i dibattiti che hanno portato al varo finale della legge. Bisogna tuttavia riconoscere allo Stato spagnolo che «ha fatto in sei mesi ciò che il Parlamento italiano non è riuscito a fare in oltre 7 anni: avviare la discussione in Commissione parlamentare e arrivare all'approvazione di una legge»⁷⁷.

7. La disciplina cantonale. Le Direttive dell'ASSM e la non punibilità dell'aiuto al suicidio

La disciplina svizzera in tema di eutanasia presenta caratteristiche del tutto peculiari; l'intersecarsi di normative a vario livello, confederale e cantonale, e di varia natura, pubblica e privata, contribuisce a creare un sistema la cui prassi applicativa si discosta notevolmente dalle fattispecie positivamente regolate⁷⁸. Innanzitutto, la legislazione penale svizzera interviene circoscrivendo in modo limitato gli atti eutanasi vietati, consentendo indirettamente tutti gli altri. Il codice penale svizzero, infatti, punisce l'omicidio intenzionale allo scopo di porre fine alle sofferenze insopportabili di una persona, e quindi indirettamente l'eutanasia attiva diretta, a seconda dei casi, come omicidio intenzionale (art. 111 c.p.), omicidio su richiesta della vittima (art. 114 c.p.), od omicidio passionale (art. 113 c.p.)⁷⁹. L'omicidio su richiesta della vittima è oggetto di un trattamento privilegiato rispetto all'omicidio intenzionale, in quanto la pena comminata (detenzione massima di tre anni o con una pena pecuniaria) tiene conto del fatto che la morte della persona è cagionata da una sua seria e insistente richiesta e che l'autore dell'atto abbia agito per motivi onorevoli, segnatamente per pietà. Nel caso specifico, oltre a tale privilegio, si potrà tener conto anche di una possibile impunità qualora l'autore sia colpito dalle conseguenze del suo atto (art. 66 *bis* c.p.)⁸⁰. Si configura, invece, omicidio passionale (punito con la detenzione sino a dieci anni) nel caso in cui il colpevole abbia agito cedendo ad una violenta commozione dell'animo scusabile per le circostanze o in stato di profonda prostrazione. Ultima fattispecie di cui il codice penale si occupa è quella dell'aiuto al suicidio o "suicidio assistito" (art. 115 c.p.) sancendo la punibilità con la detenzione sino a 5 anni o con una pena pecuniaria, a seguito di istigazione o assistenza al suicidio compiute per motivi egoistici, così disponendo al contrario la liceità di un tale comportamento, sia esso tenuto da un medico

soggetti coinvolti, l'interessato può presentare un reclamo alla commissione e, in caso di ulteriore rigetto, può rivolgersi al giudice amministrativo competente per territorio. La normativa prevede altresì un controllo a posteriori da parte della commissione sulla regolarità della procedura.

⁷⁷ Dichiarazione di Marco Cappato, dell'Associazione Luca Coscioni rilasciata all'ANSA il giorno 18 marzo 2021 in occasione dell'approvazione della legge in Spagna, reperibile in <https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/2021/03/18/la-spagna-legalizza-leutanasia-settimo-paese-al-mondo>

⁷⁸ Cfr. S. SEMPLICI, *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, p. 151.

⁷⁹ C. TRIPODINA, *Profili comparatistici dell'eutanasia. Itinerari giuridici alla scoperta di un "diritto" in via di riconoscimento*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, vol. IV, p. 1714.

⁸⁰ DIPARTIMENTO FEDERALE DI GIUSTIZIA E POLIZIA, *Eutanasia e medicina palliativa. La confederazione deve legiferare*, 31 gennaio 2006, p. 7, estratto dal sito www.admin.ch.

o no, ispirato da motivi altruistici, tra cui senza dubbio possono essere annoverati quelli di chi agisce per mettere fine ad atroci sofferenze altrui. Per quanto riguarda il concetto di “aiuto”, questo è equiparato alla “complicità”, di cui all’art. 25 c.p.s., per cui l’aiuto può consistere non solo nel mettere a disposizione il mezzo letale, ma anche più semplicemente in un mero sostegno psicologico⁸¹. Fondamentale affinché si integri la fattispecie indicata è che l’atto sia compiuto direttamente dal paziente e che costui sia consapevole dell’esito letale della sua azione, altrimenti si tratterà di omicidio suscettibile di pena.

Il Parlamento Federale piuttosto che emanare norme di legge relative all’eutanasia ha scelto di fare rinvio alle Direttive dell’ASSM, nella convinzione che fosse compito di una struttura di esperti pronunciarsi su questa controversa materia, quasi a riprodurre l’affidarsi del giudice al perito nella valutazione di una determinata situazione, in ragione del possesso di scienza e coscienza. Quindi, assumono il valore di fonte di diritto in materia di eutanasia e suicidio assistito nei Cantoni di Basilea città, Basilea campagna, Lucerna, Nidvaldo, San Gallo; mentre in altri come nel Cantone di Zurigo, la violazione delle disposizioni contenute in quelle Direttive viene penalmente sanzionata. Le direttive medico-etiche dell’ASSM sull’assistenza medica a pazienti morenti e affetti da gravi lesioni cerebrali del 1995 sono state riviste nel 2004 e pubblicate nuovamente come direttive sull’assistenza a pazienti in fin di vita, al fine di illustrare i compiti, le possibilità e i limiti del supporto fornito a malati terminali. L’ASSM si prefigge in sostanza di lenire le sofferenze, di garantire al paziente la migliore qualità della vita possibile e di assistere i familiari. Nel considerare il processo che conduce alla morte, si considera necessario o giustificato rifiutare o sospendere le terapie di sostentamento vitale. Nel processo decisionale confluiscono criteri determinati quali la prognosi, il probabile esito del trattamento e lo *stress* causato dalla terapia proposta. Le stesse considerazioni valgono per neonati, lattanti e bambini piccoli, sebbene venga a cadere la possibilità di attenersi al presunto volere o di tener conto della loro personalità. L’impiego di misure invasive per mantenere le funzioni vitali va pertanto subordinato alla prognosi. Il 27 novembre del 2003 venne, infatti, approvata una direttiva dedicata esclusivamente ai pazienti non più capaci d’intendere e di volere: quelli in stato vegetativo persistente (coma vigile) che tende a divenire permanente; i malati affetti da patologie degenerative gravi in stato avanzato, per esempio l’Alzheimer; i pazienti che presentano danni cerebrali gravi e irreversibili dalla nascita o acquisiti durante l’infanzia. In questi casi, poiché criterio prioritario per decidere se interrompere le cure è sempre il rispetto della volontà del paziente, ci si dovrà attenere alle direttive anticipate, in quanto emanate dal paziente quando era inequivocabilmente capace d’intendere e di volere. In assenza di una manifestazione di volontà si cercherà di verificare la volontà presunta del paziente rivolgendosi alle persone a lui prossime e, in mancanza di queste, al medico di famiglia. Nel caso di presenza di un rappresentante mandatario, altrimenti detto terapeutico, le decisioni spetteranno a

⁸¹ Cfr. F. BOTTI, *L’eutanasia in Svizzera*, Bologna, 2007, p. 58.

questo, sempre che non vi sia un contrasto con un rappresentante legale: il conflitto sarà risolto dall'Autorità tutelare. La responsabilità ultima dell'intero processo decisionale spetta all' *équipe* curante, il quale dopo aver anche valutato le speranze di vita e la qualità di vita del paziente, deve inserire la decisione di interrompere le misure di mantenimento in un verbale, attraverso il quale siano ricostruibili le diverse fasi della decisione, anche successivamente. In situazioni di emergenza che non permettono di chiedere il parere del paziente, e in assenza di un rappresentante legale e di una persona di fiducia, il personale curante deve decidere nell'interesse ben inteso del paziente e secondo la sua presunta volontà.

In merito all'aiuto al suicidio, le direttive inizialmente specificano che il dovere del medico che ha in cura pazienti in fin di vita consiste nell'alleviare i sintomi e fornire assistenza. Tra tali doveri si iscrive anche quello di lenire, per quanto possibile, le sofferenze da cui possono scaturire eventuali intenti suicidi. Le direttive riconoscono tuttavia che, in situazioni limite, possono sorgere conflitti difficili da risolvere: da un lato, l'aiuto al suicidio non fa parte dell'attività medica, dall'altra però il medico deve sempre rispettare la volontà del paziente. In singoli casi e a determinate condizioni, il medico può quindi soddisfare una richiesta di aiuto al suicidio, avendo comunque il diritto di rifiutare. I superiori non possono chiedere ai loro collaboratori di praticare l'aiuto al suicidio o di prendervi parte, ma non possono nemmeno vietarlo del tutto. Entro questi limiti si tratta di una decisione personale di coscienza, che va inoltre documentata e deve adempiere le seguenti condizioni minime: la malattia del paziente lasci presupporre che la morte sia prossima; le possibilità d'aiuto alternative siano state vagliate e fornite se desiderate; il paziente sia capace di discernimento, il suo desiderio sia ponderato, sia maturato senza pressioni esterne e sia definito, tale condizione sia stata verificata da un terzo indipendente, che non deve essere per forza un medico. L'ultimo gesto dell'atto che cagiona la morte va in ogni caso compiuto dal paziente. A riguardo del trattamento e l'assistenza a persone anziane e bisognose di cura, le direttive e le raccomandazioni dell'ASSM specificano comunque che il personale di un istituto di lunga degenza non può in alcun momento partecipare al suicidio⁸².

È possibile concludere, dunque, che in Svizzera è possibile ricorrere alla eutanasia passiva, ma non è ancora stata legalizzata quella attiva diretta. Per quanto riguarda l'eutanasia attiva indiretta configurabile come impiego di mezzi (ad es. morfina) per alleviare le sofferenze, i quali possono tuttavia – come effetto secondario – abbreviare la vita accentuando la possibilità che essi possano abbreviare la vita, questo fenotipo non è regolato esplicitamente dal Codice penale vigente, esso è tuttavia consentito in linea di massima. Anche le direttive sull'eutanasia ASSM considerano ammissibile questo genere di eutanasia.

⁸² Cfr. F. BOTTI, *ult. op. cit.*

8. Il vivace *discussant* sull'eutanasia in Francia. La legge Leonetti del 2016

L'eutanasia in Francia è disciplinata principalmente da due leggi: la legge del 2002 sui diritti dei pazienti e la legge Claves-Léonetti del 2 febbraio 2016 sui diritti dei pazienti in fin di vita. L'idea generale è quella di promuovere le cure palliative, di vietare l'“eutanasia attiva” e di impedire al medico di praticare “l'irragionevole ostinazione” nella cura dei pazienti in fin di vita. Si cerca un equilibrio tra evitare la sofferenza ritenuta non necessaria per un paziente considerato condannato a morte e mantenerlo in vita. La legge del 2002 ha quindi portato alla riformulazione del Codice di deontologia medica, che ora prevede che il medico «deve astenersi da ogni irragionevole ostinazione nelle indagini o nella terapia e può rinunciare ad intraprendere o proseguire trattamenti che appaiano non necessari, sproporzionati o che non abbiano altro oggetto o effetto che il mantenimento artificiale della vita»⁸³. Il Codice della Sanità Pubblica (L1110-5) prevede anche la possibilità di ridurre la sofferenza: si prevede che i professionisti della salute utilizzino tutti i mezzi a loro disposizione per garantire a tutti una vita dignitosa fino alla morte. Se il medico ritiene di poter solo alleviare la sofferenza di una persona, in fase avanzata o terminale di una malattia grave ed incurabile, qualunque ne sia la causa, applicando un trattamento che possa avere l'effetto di abbreviarne la vita, deve informare il paziente della stessa, l'amministratore di sostegno, la famiglia o, in mancanza, uno dei parenti. La procedura seguita è registrata nella cartella clinica.

Tale quadro legislativo è il frutto di un lungo dibattito parlamentare nato a seguito del caso “Vincent Humbert”. Trattavasi di un vigile del fuoco di diciannove anni, vittima di un grave incidente stradale, a seguito del quale si risvegliò cieco, muto e tetraplegico. Tale soggetto rivendicò con forza il proprio diritto a morire, e successivamente tanto la madre che uno dei medici intervennero a provocare l'esito inesorabile. Entrambi furono condannati per somministrazione di sostanze tossiche e avvelenamento con premeditazione. La condanna suscitò critiche e forte dibattito mediatico, sino a giungere all'approvazione della legge sopra menzionata. Un nuovo caso si affacciò ben presto, sull'orizzonte della opinione pubblica, dopo l'approvazione della legge Leonetti. Il caso Chantal Sébire riguardava il caso di una donna sofferente di una rara forma di tumore, determinante la perdita del gusto, dell'olfatto e la vista, con sofferenze descritte come inenarrabili e lancinanti. Ella chiese dunque a piena voce il riconoscimento di un diritto a morire dignitosamente. La sua richiesta fu respinta il 17 marzo 2008 dal Tribunale di Grande Istanza di Digione: i giudici ebbero a motivare che la legge Leonetti consente l'interruzione delle cure nei momenti di fine vita, ma non anche la somministrazione di sostanze fatali che provochino attivamente la morte. In altre parole la legge, pur consentendo astrattamente un'accelerazione della morte, non ne fa un

⁸³ Cfr. Art. R-4127-37 codice della sanità pubblica (L1110-5).

obiettivo terapeutico. Due giorni dopo, il 19 marzo, Chantal si suicidò nella sua casa attraverso l'ingestione di una grossa dose di barbiturici⁸⁴.

Complessivamente, dunque, è possibile affermare quanto segue: nella maggioranza delle esperienze comparate, ivi compresi gli Stati Uniti, il Regno Unito, la Germania, la Francia, la Svizzera, è riconosciuto il diritto del malato a rifiutare le cure salva-vita in presenza di particolari presupposti. In particolare, si attribuisce grande rilevanza alla libertà di autodeterminazione dell'individuo, qualora sia capace di intendere e di volere. Qualora egli sia incapace, si punta sulla ricostruzione della volontà presunta del paziente, tanto attraverso le testimonianze di amici e familiari, che attraverso l'operato di persone di sostegno. Tale accadimento, nella maggioranza degli Stati, è riconosciuto in presenza di patologie fortemente degenerative, gravi, incurabili e irrimediabili, con sofferenze intense e inenarrabili, insopportabili e lesive della dignità. In questo modo, e attraverso una delicata opera di bilanciamento tra diritto alla vita e diritto a rifiutare i trattamenti terapeutici, si costruiscono clausole di esenzione dalla responsabilità penale volte a coprire sia i medici che i parenti del paziente, per le attività eutanasiche poste concretamente in essere. La esclusione della responsabilità penale determina, a valle, l'esenzione parimenti di quella civile, con l'impossibilità, per i parenti contrari all'esito eutanamico, di richiedere alcun risarcimento del danno (ad esempio, da perdita del rapporto parentale), posta l'assenza di un fatto illecito. È inoltre ammesso (in alcuni Stati federati negli USA, in Svizzera, Germania, Olanda, Belgio, Lussemburgo, Spagna e Canada) il suicidio medicalmente assistito a determinate condizioni attraverso la prescrizione e l'auto somministrazione del farmaco letale.

Di converso, è generalmente esclusa, l'eutanasia "attiva", intesa come "*mercy killing*" i.e. attraverso la somministrazione diretta del farmaco letale. Al fondo di questa scelta si pongono ancora concezioni etiche e morali, che rifiutano di equiparare l'uomo al divino, tale ultimo unico legittimato a decidere delle sorti della vita terrena. In sostanza, il comportamento attivo del medico o del familiare determinerebbe il perfezionamento della fattispecie di omicidio del consenziente, o di omicidio volontario in assenza del consenso dell'avente diritto⁸⁵. E ciò anche quando le sofferenze siano inenarrabili e gravi: si può

⁸⁴ Per una panoramica della dottrina francese in materia: R. HORN, *Le débat sur l'euthanasie et les pratiques en fin de vie en France et en Allemagne: une étude comparative*, in *theses.fr*, 2009, P. BATAILLE, *À la vie, à la mort. Euthanasie : le grand malentendu*, Paris, 2015, E. VOISIN, *Si l'euthanasie était légalisée en France, quel serait le positionnement des médecins généralistes exerçant en ville dans le département des Alpes-Maritimes?*, in *Médecine humaine et pathologie*, 2021, ffdumas-03376021f. Nel mese di ottobre del 2017 in Francia era stato presentato un disegno di legge a firma del deputato Olivier Falorni volto a consentire anche l'eutanasia attiva, ma non è andato in porto. Nel mese di aprile del 2021 la discussione in Assemblea Nazionale non è infatti giunta ad una votazione finale anche a seguito dell'enorme numero di emendamenti (circa 3000) depositati. Cfr M.C. BIAGIONI, *Francia: ddl su eutanasia, per mancanza di tempo salta il voto in Assemblea nazionale. Mons. d'Ornellas, "sarebbe una battuta d'arresto per nostra società"*, in *agensir.it*, 9 aprile 2021.

⁸⁵ In Italia, cfr. N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia?*, in *AIC*, 2011, 1, G. GUIZZI, *Riflessioni sull'eutanasia. A margine della sentenza della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p.*, in *Osservatorio diritto civile e commerciale*, 2019, 22, p. 387 ss., R. TOMMASINI, *L'eutanasia: prime riflessioni sulla legge olandese e considerazioni a margine*,

esclusivamente ricorrere alla eutanasia passiva, intesa come somministrazione di farmaci contro il dolore, e contemporanea sospensione dei trattamenti salva-vita (sondino naso-gastrico, respiratore artificiale).

9. Evoluzione degli orientamenti pretori in Italia prima delle Disposizioni Anticipate di Trattamento “D.A.T.”: dalla indisponibilità del bene vita alla tutela della dignità umana

Nell’ordinamento italiano, si è già visto che il diritto alla vita è protetto dalle disposizioni penali in materia di tutela della persona. In particolare, si è detto che le norme penali che vengono in rilievo sono sia l’omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), soprattutto per fattispecie di c.d. eutanasia attiva, che l’istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), per quelle di eutanasia passiva. Vale la pena richiamare, sotto questa prospettiva, due importanti pronunce della Corte costituzionale. Anzitutto, la sentenza n. 223 del 1996, nella quale⁸⁶ la Corte, dichiarando l’illegittimità costituzionale della normativa che non vietava in maniera assoluta l’estradizione dall’Italia verso Paesi che applicano la pena di morte – nel caso di specie gli Stati Uniti d’America – ha affermato che il divieto di tale pena, sancito dall’art. 27 Cost., rappresenta la «proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell’uomo riconosciuti dall’art. 2 della Costituzione». La sentenza n. 35 del 1997, scritta dalla penna di Giuliano Vassalli⁸⁷, seppur relativa al concepito, contiene, poi, un’affermazione che ha una portata più ampia rispetto alla fattispecie su cui si è pronunciata la Corte: in forza dell’art. 2 Cost., «il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata» è da iscriversi «tra quei diritti che occupano nell’ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l’espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – “all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”⁸⁸». Quest’ultimi «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale, neppure da leggi di revisione

Catanzaro, 2001, L. FORNI, *Eutanasia e donazione di organi. Alcune riflessioni etico-giuridiche su nuove emergenti criticità*, in *BioDiritto*, 2020, 1, p. 141 ss.

⁸⁶ Corte cost., sent. 27 giugno 1996, n. 223, in *Giur. cost.*, 1996, 1918 ss..

⁸⁷ Sent. 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, 281 ss., sulla quale v. A. LOIDOICE, *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita (ipotesi di riflessione)*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive, Atti del Convegno di studi tenutosi a Roma, nell’Accademia nazionale dei Lincei, il 31 gennaio 2005*, a cura di G. Razzano, Fasano, 2005, p. 308; P. PAPANTI-PELLETIER, *Il problema della qualificazione soggettiva del concepito*, *ibid.*, p. 231 ss.; A. BALDASSARRE, *Lo statuto costituzionale dell’embrione*, in AA.VV., *La tutela dell’embrione*, a cura di G. Biscontin - L. Ruggeri, Napoli, 2002, p. 35 ss.; F. TERESI, *Bioetica e diritto*, in *Aggiornamenti sociali*, 2000, p. 321 ss.; C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 281 ss.; M. OLIVETTI, *La Corte e l’aborto, fra conferme e spunti innovativi*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 312 ss.; A. D’ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, a cura di A. D’Aloia, Torino, 2005, XXV. In dottrina riconoscono che il diritto alla vita è preconditione per il godimento di qualsiasi altro diritto A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull’uomo (profili costituzionali)*, in *Dir. soc.*, 1978, ripubbl. in *Scritti giuridici*, vol. II, Napoli, 1990, p. 673; P. GROSSI, *Alcuni interrogativi sulle libertà civili nella formulazione della Carta di Nizza*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid, 2003, p. 291, nt. 59, il quale ricorda come l’osservazione che la vita costituisce “la condizione necessaria per il godimento di ogni altro bene” è già espressa da B. ALIMENA, *Dei delitti contro la persona*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, vol. IX, Milano, 1909, p. 380.

⁸⁸ Sent. 1146/1988 in G.U. 11/01/1989 n. 2.

costituzionale o da altre leggi costituzionali». A primo acchito, dunque, sembrerebbe che la introduzione della eutanasia cozzi con la tutela di tale fondamentale diritto.

Questi, infatti, come magistralmente ricordato, presentano «i caratteri della indisponibilità, della inalienabilità, della intrasmissibilità, della irrinunciabilità e della imprescrittibilità»⁸⁹. *Simpliciter*, per ciò che qui interessa, essi sono caratterizzati dall'impossibilità per il titolare di disporre "autoprivandosi" definitivamente del loro godimento. Si pensi alla normativa sui trapianti. Se qualcuno è in fin di vita e ha bisogno di un trapianto da vivente, la legge non lo consente, salvo l'ipotesi che si tratti della donazione di un organo che la persona possiede doppio o che è in grado di rigenerarsi; e che essa non comprometta il diritto alla vita e alla salute del donante. Sul rispetto di queste condizioni esiste un controllo operato non solamente da un collegio medico, ma anche dall'autorità giudiziaria⁹⁰.

Il *case law* più importante nella prospettiva dell'eutanasia, prima della legge sul c.d. testamento biologico, fu deciso dalla Corte di Cassazione⁹¹.

Con riferimento all'aspetto principale della questione affrontata dalla Suprema Corte, quest'ultima, con una decisione che lasciò aperti numerosi dubbi e altri ne aggiunse, ha escluso che la facoltà di esprimere il consenso al trattamento terapeutico, nelle condizioni in cui versava Eluana, fosse da attribuire al tutore, stabilendo, di converso, che tale posizione potesse essere assunta solo da un tutore speciale nominato *ad hoc*.

Ad ulteriore sostegno della ipotesi interpretativa, la Suprema Corte evidenziava come dal contesto normativo emergesse che la facoltà del tutore di compiere atti c.d. personalissimi del rappresentato fosse da ricollegare a specifiche previsioni di legge e non, invece, ad un principio generale che discenderebbe dall'inciso previsto dall'art. 357 c.c. secondo cui il tutore ha la cura della persona dell'interdetto (artt. 119, 245, 264, 273 c.c.). Come già anticipato, la soluzione interpretativa sostenuta dai giudici di legittimità ha suscitato molte perplessità. In primo luogo, la decisione esaminata mostrava chiari elementi di contraddittorietà, laddove escludeva che certe decisioni potessero essere prese da un rappresentante (tutore) e, successivamente, individuava nel tutore speciale (che è pur sempre un rappresentante) il soggetto chiamato ad esprimerle, lasciando intendere che quest'ultimo assumesse una funzione diversa dal primo, ma non chiarendone il contenuto. In realtà, ad un'analisi più approfondita emerge come i

⁸⁹ A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 84 ss. Sulla "inalienabilità, indisponibilità, irrinunciabilità ed imprescrittibilità" quali caratteristiche proprie dei diritti di libertà v., per tutti, P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Torino, 1991, p. 286 ss.

⁹⁰ In particolare, gli artt. 2 e 3 della l. 26 giugno 1967, n. 458, per il trapianto di rene prevede, oltre alla valutazione medica sullo stato di salute del donatore, un'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria. Al riguardo v. F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 246 ss. Sul tema v. ora G. COLACINO, *Le donazioni d'organi c.d. "samaritane", tra esigenze allocative e difficoltà ricostruttive*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 791 ss., il quale evidenzia come la l. n. 458 del 1967 ha assunto una "valenza senz'altro paradigmatica ... in materia di trapianti d'organi da vivente".

⁹¹ Si fa riferimento al noto caso Englaro. Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza del 3 marzo-20 aprile 2005 n. 8291, in *Guida al diritto*, n.18 del 7 maggio 2005, p. 36 e ss.

giudici di legittimità avessero cercato di superare il conflitto di interessi insito nel rapporto di parentela tra il tutore e la rappresentata. Tuttavia, la soluzione interpretativa adottata non fu del tutto coerente con l'impianto normativo, e lasciò intravedere le numerose difficoltà incontrate dalla giurisprudenza nella trattazione di tematiche così complesse in assenza di parametri normativi.

Proprio la carenza di norme di riferimento evidenziava l'ulteriore punto di rottura dell'ordinanza *de qua*, in quanto la stessa mostrava di non affrontare direttamente il problema, lasciando aperto un nuovo interrogativo derivante dalle argomentazioni della Corte. Infatti, secondo il suo *iter* argomentativo, la nomina di un curatore speciale sembrava rappresentare la soluzione di ogni problema, in altre parole, è come se la Corte avesse lasciato intendere che fosse possibile, nel caso di specie (*et similia*), attraverso la nomina di un curatore speciale, ottenere l'autorizzazione per la cessazione del trattamento terapeutico della paziente in stato vegetativo irreversibile.

Dal punto di vista della tutela della vita, si segnala altra importante pronuncia, di poco successiva, del Tribunale di Roma del 2006.

Nel caso di specie è stato dichiarato il non luogo a procedere nei confronti del medico che ha interrotto il trattamento di sostegno vitale, in quanto non punibile del reato di omicidio del consenziente *ex art.* 579 c.p., nonostante l'esistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato, per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere *ex art.* 51 c.p. Il caso è ovviamente riferito alla nota vicenda di Piergiorgio Welby il quale aveva chiesto, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., l'emissione di un provvedimento d'urgenza che obbligasse i medici che lo curavano a interrompere la respirazione artificiale tramite ventilatore polmonare che lo teneva in vita contro la sua volontà, ottemperando così al suo rifiuto di proseguire la terapia di assistenza respiratoria.

Il Giudice civile dichiarò l'inammissibilità del ricorso presentato da Piergiorgio Welby *ex art.* 700 c.p.c, in quanto, pur riconoscendo l'esistenza di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito di poter richiedere l'interruzione della terapia medica, lo riteneva privo di tutela giuridica in assenza di specifica normativa di carattere secondario ed in considerazione del fatto che la legislazione positiva si orientava in senso contrario, rispondendo al principio della indisponibilità della vita umana. Il Gup contestò il giudizio in questione affermando che «quando si riconosce l'esistenza di un diritto di rango costituzionale, quale quello di “autodeterminazione individuale e consapevole” in materia di trattamento sanitario, non è, poi, consentito lasciarlo senza tutela, rilevandone, in assenza di una normativa secondaria di specifico riconoscimento, la sua concreta inattuabilità sulla scorta dell'esistenza di disposizioni normative di fonte gerarchica inferiore a contenuto contrario» in quanto «non è consentito disattendere l'applicazione di una norma costituzionale sulla scorta dell'esistenza di norme contrastanti di valore formale inferiore» e «non

si può lasciare inattuato un principio costituzionale e senza tutela giuridica il diritto soggettivo che da esso discende»⁹².

Dopo questo rifiuto, tramite l'associazione "Luca Coscioni", Piergiorgio Welby venne in contatto con un medico anestesista, che accettò di aiutarlo nella realizzazione della sua richiesta di interrompere la ventilazione artificiale in uno stato di sedazione profonda che gli permettesse di non vivere l'esperienza traumatica cui altrimenti sarebbe andato incontro, cioè la morte per soffocamento.

Il caso *de quo* prese avvio in seguito alla comunicazione presso la Procura della Repubblica di Roma della sua morte, avvenuta per «arresto cardiorespiratorio secondario a grave insufficienza respiratoria in portatore di distrofia scapolo-omerale progressiva dal 1962». Il Pubblico Ministero, dopo aver disposto una consulenza medico-legale e tossicologica per accertare le cause del decesso, formulò la richiesta di archiviazione nei confronti del medico. Il Gip, però, rigettò la richiesta di archiviazione e, dopo aver imposto al P.M. di formulare l'imputazione nei confronti del medico per omicidio del consenziente *ex art. 579 c.p.*, inviò al giudice dell'udienza preliminare la richiesta di rinvio a giudizio.

Nella sua motivazione il Gup prese le mosse da un dato fondamentale, rilevato anche dagli altri giudici, e cioè dal riconoscimento dell'esistenza di un diritto della persona a rifiutare o interrompere le terapie mediche, discendente dal principio enunciato dal secondo comma dell'art. 32 Cos., secondo il quale «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»⁹³. Questo principio che sancisce l'esclusione della coazione in tema di trattamenti sanitari e quindi la necessità del consenso del malato, ha come necessaria conseguenza il riconoscimento della facoltà di rifiutare le cure o di interromperle dal momento che non esiste a carico del soggetto malato un obbligo di curarsi. Infatti, la salute dei cittadini può essere oggetto di obbligo da parte dello Stato solo quando l'imposizione di un determinato trattamento sia determinata dalla legge nel caso di coesistenza della salvaguardia della salute collettiva con la tutela della salute individuale (es. vaccinazioni obbligatorie). Il giudice afferma poi che «il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari è ricompreso nei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.».

Tale assunto è confermato anche a livello internazionale dalla Convenzione di Oviedo del 1997 e a livello nazionale da numerose pronunce della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione.

Secondo il Gup era evidente che «alla luce del dettato lapalissiano dell'art. 32 comma 2 della Legge fondamentale, nonché alla luce dell'interpretazione che di esso è stata data dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non possano, in nessuna sede, essere disattesi il riconoscimento e la tutela

⁹² Trib. Roma, sez. I civile, 16 dicembre 2006, in *Pluris*.

⁹³ Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, in *Pluris*.

del diritto all'autodeterminazione dell'individuo in materia di trattamento sanitario, facoltà che contempla ovviamente anche il caso di rifiuto di nuova terapia e lo speculare caso di interruzione della terapia già iniziata». Infatti «il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanziandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione». Ovviamente in uno scenario giuridico nel quale manca una legge che regolamenti in modo specifico la materia «il diniego di sottoporsi a cure o la loro interruzione rappresenta una facoltà riconosciuta all'individuo che non può essere negata o ostacolata, sempre che sia stato preventivamente accertato che la volontà del soggetto sia stata espressa liberamente e con piena informazione». A conclusione del suo ragionamento, il giudice, dopo aver riconosciuto la legittimità della richiesta di un paziente di interrompere un trattamento di sostegno vitale, evidenzia una serie di requisiti che devono necessariamente accompagnare la manifestazione di volontà soprattutto nelle persone che si trovino in condizioni estreme come quelle di chi rifiuta un trattamento salvavita. Dopo aver individuato il perimetro assiologico all'interno del quale inserire il suo giudizio, il Giudice procedette con l'esame del quesito iniziale valutando se la condotta dell'imputato fosse penalmente rilevante o meno. Sicuramente, sottolineò il Gup, «all'azione dell'imputato, unitariamente consistita nell'atto di distacco del respiratore, corrispondeva come evento naturalisticamente e giuridicamente conseguente la morte del paziente» e quindi la condotta dell'imputato integrava, senza dubbio, tutti gli elementi costitutivi del reato di omicidio del consenziente, ma, nonostante ciò, nel caso concreto sussisteva anche la scriminante di cui all'art. 51 c.p., con conseguente liceità della condotta posta in essere dall'imputato e suo proscioglimento.

Questo perché da un lato il rifiuto di una terapia salvavita costituisce esercizio di un diritto soggettivo riconosciuto nella Costituzione e dall'altro perché l'imputato aveva agito in ottemperanza di un dovere giuridico che scriminava l'illiceità della sua condotta, causativa della morte di Piergiorgio Welby dopo aver verificato la presenza di tutte le condizioni che legittimavano il diritto del paziente a sottrarsi a un trattamento sanitario non voluto⁹⁴.

⁹⁴ Per approfondimenti, cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, fasc. 3, p. 902 ss., A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 2, p. 355 ss., A. VALLINI, *A proposito del "caso Welby". Linguaggi e principi tra la legge, la politica e i media*, in *Problemi dell'informazione*, 2007, 1, p. 25 ss., A. GUZZAROTTI, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 2, p. 357 ss., A. LAMORGESE, *Ancora sul caso Welby: ovvero, i ritardi della giurisprudenza nel riconoscimento dei diritti della persona*, in *Questione Giustizia*, 2007, 2, p. 10, F. VIGANÒ, *Esiste un 'diritto a essere lasciati morire in pace'? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto penale e processo*, 2007, vol. 13, fasc. 1, p. 5 ss.

10. La legge italiana n. 219/2017. Rilevanza della volontà del paziente e modalità di accertamento. La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale: una esimente “circoscritta” e una prima apertura all’aiuto al suicidio

Il 14 dicembre 2017 il Parlamento italiano ha approvato la legge sulle Disposizioni Anticipate di Trattamento⁹⁵. Il legislatore riserva una speciale attenzione alla situazione del malato presente a sé stesso che si proponga di rifiutare le cure, pretendendo che la sua volontà sia ferma e ribadita a più riprese, anche successivamente ad un infruttuoso tentativo di persuasione da parte del medico. Quello di cui all’art. 1 della novella legislativa, infatti, non è solo un consenso informato⁹⁶, è piuttosto una decisione granitica adottata dal malato e rispetto alla quale, ovviamente, l’esercente la professione sanitaria non può che adeguarsi. Questa fermezza, pretesa per il paziente cosciente e lucido, non può che assumere contorni più sfumati nel caso in cui, ad essere in stato di degenza, sia un minore, un incapace o un interdetto. È evidente che in queste ipotesi la decisione circa il rifiuto del trattamento sanitario non possa essere adottata esclusivamente dal malato, al quale l’ordinamento riconosce per definizione una capacità limitata, necessitandosi l’intervento, rispettivamente, di un genitore, di un tutore o di un amministratore di sostegno. L’art. 3 della novella, infatti, riconosce l’esercizio del diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari anche a chi versi in uno stato di incapacità, ma attribuisce un peso preponderante al consenso del rappresentante legale più che a quello del malato stesso, dalla cui volontà non si può certo prescindere *tout court*, ma che in qualche modo assume, data la peculiarità della situazione, un valore meno pregnante rispetto all’ipotesi di cui all’art. 1.

In altre parole, la volontà del minore o dell’incapace non è manifestata direttamente, ma solo riproposta: tra il malato ed il suo medico interviene una specie di filtro, quello del genitore o del tutore, appunto, il cui volere potrebbe finire per prevalere su quello del malato. Non può sfuggire ad un occhio attento, allora, come questa ipotesi sia ben distante da quella disciplinata dall’art. 1 della novella e come, soprattutto, rischi di prestare il fianco a gravi storture nella pratica⁹⁷.

⁹⁵ La legge n. 219 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 16 gennaio 2018, ed è entrata in vigore il giorno 31 gennaio 2018. In dottrina si vedano E. CALÒ (a cura di), *Consenso informato e disposizioni anticipate*, Napoli, 2019; M.G. DI PENTIMA, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento. Commento alla l. n. 219/2017*, Milano, 2019; S. CACACE - A. CONTI - P. DELBON, *La volontà e la scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, Torino, 2019; V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. fam.*, 2/2017.

⁹⁶ Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. Mediante il consenso informato il paziente può esprimere sia il consenso sia il rifiuto al trattamento sanitario, anche qualora si tratti di trattamenti sanitari necessari alla sua sopravvivenza. In tal caso il medico è tenuto a prospettare al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative, nonché a promuovere ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Resta ferma la possibilità per il paziente di modificare le proprie volontà.

⁹⁷ Cfr. F. SCARIATO, *Diritto penale e fine vita: la legge 219 tra sensatezze e illogicità*, in *Giustizia Penale*, 2019, fasc. 1bis, p. 1 ss.

Il legislatore, proprio in un'ottica di tutela del malato e della sua volontà, richiede all'art. 1, che la decisione circa l'interruzione delle cure sia adottata in modo consapevole ed informato, dovendo il medico sempre tentare di persuadere il paziente in senso contrario, anche prospettandogli quelle che saranno le conseguenze della sua determinazione. È palese, però, che, laddove quest'ultimo dimostri una certa convinzione nel rifiutare le cure, al sanitario non resterà che il dovere di attenersi alla volontà manifestata. Volontà che, allora, non può che essere persistente e ferma, oltre che in ogni momento revocabile. Si pretende, quindi, un consenso non manifestato una sola volta, ma reiterato, convinto, consapevole, risultato di un confronto con il medico e, laddove il paziente lo ritenga opportuno, anche con la sua famiglia. Appare del tutto logico, quindi, che, in un contesto normativo in cui si valorizzano in modo così importante la volontà e le decisioni del malato, l'esercente la professione sanitaria che si attenga alle stesse non possa considerarsi responsabile, né penalmente, né civilmente per il suo operato.

L'incisività di un consenso che sia non solo informato, ma soprattutto reiterato, poi, sparisce fino a diventare inesistente nell'ipotesi prevista dall'art. 4 della legge indagata, che riconosce la possibilità, per ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, di disporre anticipatamente in materia di trattamenti sanitari. La redazione di quello che viene dai più definito come 'testamento biologico' deve avvenire obbligatoriamente per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve poi essere annotata in un apposito registro.

Non v'è chi non veda, infatti, che la legge n. 219/2017 presenta questa contraddizione di fondo: per il malato lucido e presente a sé stesso si richiede un consenso attuale, convinto e reiterato, un tentativo di persuasione del medico e un intervento facoltativo persino della famiglia. Viceversa per le disposizioni anticipate di trattamento si prevede non solo la decontestualizzazione, essendo queste redatte da chi non necessita di alcun trattamento sanitario, ma anche la genericità, considerato che al momento della loro redazione il soggetto non può prevedere con precisione se, quando e quali terapie saranno eventualmente necessarie per la sua cura. E d'altra parte è lo stesso legislatore a riconoscere che il contenuto delle DAT, essendo ontologicamente non attuale, può eventualmente essere disatteso dal fiduciario o dal medico "qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita"⁹⁸.

⁹⁸ Per approfondimenti in materia vedasi F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, p. 41 ss., A. BENINI, *Eutanasia e testamento biologico in una società secolarizzata*, in *Iride*, 2009, 2, p. 271 ss., G. CORDINI, *Eutanasia y Testamento Biológico: Perfiles Jurídicos Comparados*, in *Verbo*, 2016, num. 543-544, p. 297 ss.

Proprio la scarsa attualità, allora, ha indotto parte della dottrina⁹⁹ a ritenere che esse non potessero considerarsi più di tanto vincolanti. E questo non solo perché è la legge stessa ad ammettere che non siano rispettate, ma anche perché, in fin dei conti, esse dipendono esclusivamente dalla mera coincidenza tra ciò che è stato previsto e ciò che poi davvero è accaduto, sempre poi tenendo presente che la previsione contenuta nelle stesse è estremamente generica. Non può allora che essere condivisa l'opinione di chi¹⁰⁰, proprio dando rilievo a questa contraddizione di fondo, ha sostenuto che la preoccupazione del legislatore di colmare tutti i vuoti, positivizzando ogni ipotesi possibile, ha finito per rendere i pazienti "auto-legislatori" ed i medici meri ed acritici esecutori¹⁰¹, facendo venir meno anche l'alleanza terapeutica tra sanitario e paziente. E, per converso, non convince la teorica di chi ritiene che il pericolo di un utilizzo improprio delle disposizioni in parola sia scongiurato dalla figura del giudice tutelare¹⁰², in quanto a quest'ultimo si perviene solo in caso di disaccordo tra fiduciario e medico. È forse questo l'unico punto debole di una legge assolutamente sensata oltre che necessaria: il legislatore sceglie di affidare la vita, che è il valore più prezioso per l'essere umano, ad una *ficlio*, basata su delle ipotesi e su una valutazione di verosimiglianza che non è detto coincida con la volontà reale del paziente. Non può, infatti, non tenersi conto del fatto che un conto è un giudizio prognostico ed estemporaneo su una situazione futura ed incerta, che potrebbe verificarsi, ma che potrebbe anche non accadere mai, un conto è, invece, trovarsi davvero di fronte alla possibilità di morire e decidere quindi se rifiutare qualsiasi trattamento o meno.

Appare sicuramente curioso che il nostro legislatore, in un'ottica di esaltazione della volontà del malato, abbia finito per dimenticare di abrogare, o quanto meno di rimodulare, le due disposizioni in qualche modo contigue alle ipotesi disciplinate nella novella legislativa: quella dell'omicidio del consenziente e quella dell'aiuto o dell'istigazione al suicidio. Sarebbe stata, questa, l'occasione ideale per affrontare quelle che sono due tra le fattispecie più ostiche dell'intero ordinamento, non a caso definite una sorta di rompicapo per gli interpreti, «non essendo agevole individuare una giustificazione convincente alle scelte tecniche e di politica criminale relative alla descrizione delle condotte incriminate»¹⁰³. La legge 219, infatti, da un lato, legittima la cd. eutanasia passiva, riconoscendo pacificamente il lasciarsi morire come un diritto del malato, ma dall'altro lascia in piedi l'eutanasia attiva consensuale, ancora vietata dall'ordinamento. Il

⁹⁹ M. ARAMINI, *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, Ancona, 2007, p. 25 ss., nonché A. D'ALOIA, *Autonomia individuale e situazioni critiche. Il problema giuridico delle direttive anticipate*, in *Medicina ed etica di fine vita*, a cura di COLTORTI-GIANNINI, 2004, p. 270 ss.

¹⁰⁰ Cfr. A. ESPOSITO, *Non solo 'biotestamento': la prima legge italiana sul fine vita, tra aperture coraggiose e prospettive temerarie in tema di fine vita*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 256 ss.

¹⁰¹ In questo stesso senso A. D'ALOIA, *Autonomia individuale e situazioni critiche*, cit., p. 270 e p. 274.

¹⁰² Cfr. P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2018, p.17 ss.

¹⁰³ Cfr. M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 177.

soggetto, cioè, può liberamente darsi la morte da solo, ma non può farlo per mezzo di altri, nemmeno a fronte di una libera e consapevole determinazione in tal senso.

Problematica è la tenuta sistematica della norma che incrimina l'istigazione e l'aiuto al suicidio, di cui hanno avuto modo di dubitare i giudici milanesi che, di recente, occupandosi del 'caso Cappato', hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui sanziona indifferentemente l'istigazione e l'aiuto all'atto autolesionistico, prescindendo dal concreto contributo e dall'analisi dell'effettivo potere di determinazione del proposito del reo, e in quella in cui si definisce una cornice edittale uguale per tutte e tre le ipotesi disciplinate, in palese violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

La Corte costituzionale nel 2019 non accoglie¹⁰⁴ l'impostazione radicale sostenuta dal giudice *a quo*: l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, così come quella della istigazione, non è incompatibile, né con la Costituzione, né con la CEDU, ma è «funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio». In questa ottica, la incriminazione assolve così allo scopo, «di perdurare attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere». Cionondimeno, evidenzia la Corte, possono delinearsi situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, nelle quali l'incriminazione dell'aiuto al suicidio entra in contrasto con i principi costituzionali, in quanto limita la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, garantita dagli art. 2, 13, 32, secondo comma, della Costituzione.

Secondo la Corte, dunque, in casi quali quelli di DJ Fabo, le esigenze di tutela sottese alla incriminazione dell'aiuto al suicidio perdono di solidità e possono essere messe in discussione. Il percorso argomentativo della Corte si radica sulla disciplina legislativa di cui alla legge 219 del 2017, che diventa un punto di riferimento essenziale del ragionamento. «Se, infatti, il cardinale rilievo del valore della vita, non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da

¹⁰⁴ Corte Cost., sent. 242 del 2019 con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale». La incostituzionalità, infatti, della incriminazione dell'aiuto al suicidio, attiene solo ed esclusivamente a quei soggetti che potrebbero già legittimamente, in base alla legge 219, attuare la decisione di lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti necessari alla loro sopravvivenza. Solo con riferimento, dunque, a questa limitata categoria di soggetti, la tutela della autodeterminazione sembra essere prevalente rispetto alle esigenze di protezione dei soggetti vulnerabili, sottese, nell'ottica della Corte, alla permanenza nel nostro ordinamento dell'art. 580 c.p.

Pertanto il nodo gordiano del giudizio di incostituzionalità, più che sulla autodeterminazione, si incentra sul parametro della ragionevolezza¹⁰⁵. Non si possono nascondere le perplessità che suscita l'accostamento tra la astensione e/o la interruzione di terapie e la cooperazione al suicidio. Nel primo caso siamo in presenza di una manifestazione dell'*habeas corpus*, della espressione del rispetto della autodeterminazione terapeutica. Nel secondo caso siamo in presenza, certo, di qualcosa di diverso. Di tale scollamento è in effetti conscia la stessa Corte, nella misura in cui, affrontando pur rapidamente il tema della obiezione di coscienza del personale sanitario, precisa che la declaratoria di incostituzionalità si limita ad escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio e non prevede alcun obbligo per il medico, che quindi resta libero di scegliere se esaudire o meno la richiesta del malato.

Diversamente, tuttavia, la legge 217 del 2019 esplicitamente, al comma 6 dell'art. 1 statuisce che «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale». L'accostamento tra obbligo del medico di astenersi dai trattamenti sanitari e legittimazione di atti di cooperazione al suicidio avrebbe dovuto presupporre una presa di posizione di tipo assiologico in ordine alla riconducibilità di entrambe le situazioni ad un diritto dell'individuo di scegliere se, come e quando morire. La Corte, tuttavia, non giunge ad una tale presa di posizione. Si astiene dall'affrontare questioni quali la liceità o meno del suicidio

¹⁰⁵ Per un esame *funditus* della pronuncia si vedano R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, p. 104 ss.; ID., *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2645 ss.; N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli? Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum Costituzionale*, 25 ottobre 2018; C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'ordinanza Cappato*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, p. 1 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, 22 gennaio 2019.

e l'esistenza di un relativo diritto, ma anche di una libertà di suicidarsi; o ancora temi quali la disponibilità o indisponibilità del bene vita. Pur nella consapevolezza delle difficoltà che la materia presenta, e dei delicati equilibri che la stessa richiede, ci sentiamo di mettere in dubbio che la questione della legittimità costituzionale delle norme del codice penale che puniscono aiuto al suicidio (e omicidio del consenziente), possa davvero ridursi ed essere risolta con la introduzione (nei fatti) di una causa di non punibilità così limitata, quasi *ad personam*, lasciando tuttavia intoccata e nemmeno messa in discussione la disciplina nel suo complesso. Solo con riferimento all'art. 580 c.p. si pongono almeno quattro diverse questioni, evidenziate nei vari provvedimenti: in primo luogo l'individuazione di una chiave di legittimazione della incriminazione, alla stregua del nuovo contesto valoriale emergente dalla Costituzione e altresì dalle Convenzioni internazionali; in secondo luogo la ricostruzione della esatta portata della condotta tipica; in terzo luogo la delimitazione dell'ambito applicativo delle due diverse ipotesi della agevolazione e della determinazione e/o rafforzamento); infine la uniformità di trattamento sanzionatorio delle due fattispecie e in generale l'eccessivo rigore sanzionatorio della previsione. La maggior parte di questi profili rimane inesplorata¹⁰⁶. L'intervento normativo primario si rende fondamentale, in primo luogo, per rispondere all'esigenza della certezza e prevedibilità del diritto, ed in secondo luogo, in ossequio al principio della separazione dei poteri dello Stato di illuministica memoria. Infatti, è solo il Parlamento - l'organo rappresentativo del popolo a cui appartiene la sovranità dello Stato - il soggetto a cui la Costituzione affida l'esercizio del potere legislativo. Pertanto, la sostituzione della funzione del Parlamento da parte di altri organi dello Stato, oltre che violare il principio di cui sopra rappresenta altresì, se non una sconfitta, quantomeno un sintomo della crisi della democrazia a cui il legislatore non sembra offrire una efficace curatela¹⁰⁷. Il biennio appena trascorso sembra aver completamente impegnato il legislatore sul piano del contrasto alla pandemia da Covid-19. La tematica eutanasica invece appare matura nel tessuto connettivo sociale. Gli interventi in tal senso non sono più rinviabili, né tantomeno è possibile omertosamente delegarli alle Corti Supreme.

11. Il pendente disegno di legge italiano in materia di fine vita e la proposta di *referendum* abrogativo parziale dell'art. 579 c.p. dichiarato inammissibile

Il 13 dicembre 2021, per la prima volta nella storia, un disegno di legge sul fine vita è arrivato in Aula alla Camera per la discussione. In realtà, già la sentenza della Corte costituzionale menzionata aveva indicato i presupposti di liceità dell'aiuto al suicidio: erano però stati gli stessi giudici delle leggi a sollecitare un

¹⁰⁶ Cfr. S. TORDINI CAGLI, *Caso Cappato: la Corte costituzionale apre all'aiuto al suicidio*, in *Penale, Diritto e Procedura*, 4 aprile 2020.

¹⁰⁷ Cfr. P.Q. CARDINALI, *La legalizzazione dell'eutanasia in Spagna ed un confronto con la normativa sul "fine vita" in Italia*, in *Giur. pen. web*, 2021, 4.

intervento del Parlamento in *subjecta materia*. Secondo la Consulta, il paziente deve essere affetto da una patologia irreversibile e deve essere mantenuto artificialmente in vita tramite sostegni di tipo artificiale. La persona interessata deve esprimere, o deve aver espresso, una volontà attuale, concreta, libera e consapevole. Dovrebbero però essere sia la legge che le fonti di regolamentazione secondarie a stabilire gli *iter* leciti di terapia del dolore, e di procedura esecutiva della c.d. eutanasia. Da tale punto di vista, il disegno di legge presentato alla Camera dimostra di aver mutuato tanto le indicazioni poste dalla Corte costituzionale, che le esperienze straniere. È evidente, in tale testo, l'influenza che hanno esercitato altri sistemi giuridici, quali quello tedesco, spagnolo, olandese e svizzero¹⁰⁸.

Prima facie, il disegno di legge pone definitivamente fine alle questioni irrisolte in materia penale, con specifico riguardo all'art. 580 c.p., in questo ponendosi in totale sintonia con la pronuncia della Consulta. In verità, l'art. 8 del testo prevede una speciale causa di non punibilità che abbraccia anche la fattispecie di omissione di soccorso (art. 593 c.p.), e che riguarda specificamente i medici e il personale sanitario e amministrativo che abbiano azionato la procedura di morte volontaria medicalmente assistita, nonché tutti coloro che abbiano agevolato in qualsiasi modo la persona malata ad attivare, istruire e portare a termine la predetta procedura, qualora essa sia eseguita nel rispetto delle disposizioni della legge. Trattandosi di una causa speciale di non punibilità di tipo soggettivo, non risulterà estensibile ai concorrenti nel reato. Peculiare è però anche il secondo comma, ancorché secondo taluni reputato inutile posta la disciplina di cui all'art. 2, commi 2 e 4, del codice penale. In breve, è prevista una sorta di non punibilità "retroattiva" anche per coloro che siano già stati condannati con sentenza passata in giudicato. Senonché, anche in assenza di tale disposizione, in caso di c.d. *abolitio criminis* parziale, il comma 2 dell'art. 2 c.p. consente già che cessino gli effetti penali della condanna con superamento del limite del giudicato¹⁰⁹.

Maggiormente di rilievo risultano le disposizioni che si occupano di questioni definitorie. In particolare, l'art. 2 sancisce che si intende per morte volontaria medicalmente assistita, il decesso cagionato da un atto autonomo a mezzo del quale, in esito al percorso disciplinato dalle norme della presente legge, si pone fine alla propria vita in modo volontario, dignitoso e consapevole, con il supporto e sotto il controllo del Servizio Sanitario Nazionale. Si tratta di una definizione ampia che abbraccia sia la eutanasia c.d. passiva che quella attiva indiretta. L'art. 3 chiarisce presupposti e condizioni e si pone in allineamento coi *diktat* della Consulta, oltretutto della giurisprudenza italiana di legittimità. In particolare, il soggetto deve manifestare una volontà libera, attuale, consapevole, adeguatamente informata. Costui deve essere stato

¹⁰⁸ Cfr. Atto Camera n. 3101, Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita, reperibile al seguente indirizzo: <http://documenti.camera.it/pdf>.

¹⁰⁹ Cfr., di recente, M.M. SCOLETTA, *L'abolitio criminis "parziale" tra vincoli costituzionali e aporie processuali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. 3, a cura di G. BELLANTONI, D. VIGONI, Milano, 2010, p. 519 ss.

previamente coinvolto in un percorso palliativo di cure, al fine di alleviarne la sofferenza, e deve averle specificamente rifiutate. Deve trattarsi di persona affetta da patologia grave, invalidante, irreversibile, cagionante sofferenze fisiche e psichiche intollerabili. In presenza di tali condizioni il successivo art. 4 precisa che la richiesta di morte volontaria deve essere presentata al medico curante o alla struttura sanitaria, e deve pervenire in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, ma è possibile che sia presentata la videoregistrazione o altro strumento idoneo quando il soggetto non sia in grado di comunicare altrimenti¹¹⁰. Tuttavia, in tale ipotesi, vi deve essere la presenza di due testimoni che assistano alla manifestazione di volontà, la quale deve avere i connotati della inequivocabilità. In conformità con quanto previsto dagli ordinamenti olandese, britannico, svizzero, si chiarisce che al momento della ricezione della richiesta il medico deve prospettare al paziente e ai suoi familiari le conseguenze di quanto richiesto, oltreché i percorsi terapeutici alternativi alla morte. Chiaramente, l'art. 5 sancisce che la morte deve avvenire con modalità che rispettino la dignità della persona umana, senza provocare sofferenze o abusi. Come avviene negli ordinamenti stranieri menzionati, il medico deve stilare il referto di quanto accaduto. Il rapporto deve precisare se la persona è stata adeguatamente informata della propria condizione clinica e della prognosi, dei trattamenti sanitari ancora attuabili e di tutte le possibili alternative terapeutiche. Il rapporto deve indicare inoltre se la persona è a conoscenza del diritto di accedere alle cure palliative e specificare se è già in carico a tale rete di assistenza o se ha esplicitamente rifiutato tale percorso assistenziale. Nel rapporto il medico è tenuto a indicare qualsiasi informazione da cui possa emergere che la richiesta di morte medicalmente assistita non sia libera, consapevole e informata.

Maturata dall'esperienza olandese è anche l'istituzione dei Comitati per la valutazione clinica di cui all'art. 7, benché tale indicazione, sebbene in merito al tema dell'etica clinica nella sperimentazione, fosse già contemplata in un recente *dictum* della Corte costituzionale¹¹¹. Tali organismi devono essere multidisciplinari, autonomi e indipendenti, costituiti da medici specialisti, ivi compresi palliativisti, e da professionisti con competenze cliniche, psicologiche, giuridiche, sociali e bioetiche idonee a garantire il corretto ed efficace assolvimento dei compiti ad essi demandati (comma 2). I Comitati hanno per fine quello di garantire la dignità della persona umana, e di sostenere il personale sanitario nelle scelte etiche cui esso è chiamato. A essi spetterà, in ultima analisi, l'assenso definitivo circa la possibilità di accedere alla procedura di morte volontaria. Da ultimo merita considerazione l'art. 6, che consente al personale sanitario la obiezione di coscienza: tale ultima previsione si pone in contrasto tanto con la Consulta, la quale invece privilegia la volontà del paziente, che con quanto manifestatosi negli ordinamenti stranieri, ove generalmente tale possibilità è esclusa. Il disegno di legge rimanda poi alle fonti di regolazione

¹¹⁰ Sulle nuove forme testamentarie sia consentito il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Testamento elettronico: poche luci e molte ombre. L'esperienza pionieristica statunitense*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2/2021, Napoli.

¹¹¹ Cfr. Corte cost., sent. 242/2019.

secondaria per la previsione specifica di protocolli e modalità. Tristemente, la discussione in aula è andata deserta ed è stata dunque rimandata, allontanandosi in questo modo il traguardo dell'approvazione¹¹².

Nelle more, era stata anche presentata, nel corso del mese di Aprile del 2021, un'istanza di *referendum* abrogativo¹¹³. Tale ultimo non si incentrava sulle questioni affrontate già dal disegno di legge, bensì sulla parziale abrogazione dell'art. 579 c.p. (c.d. omicidio del consenziente). Sulla ammissibilità del quesito proposto si è pronunciata, nel mese di febbraio 2022, la Corte costituzionale dichiarandolo inammissibile¹¹⁴ in quanto incidente su una normativa costituzionalmente necessaria¹¹⁵. Come sostenuto dai promotori, qualora l'esito del referendum fosse stato positivo, sarebbero state scriminate altresì quelle condotte del medico suscettibili di inverarsi in una eutanasia di tipo attivo, in modo questa volta innovativo rispetto ai *diktat* della Corte costituzionale¹¹⁶. Essa si era pronunciata, difatti, solo sulla questione inerente all'aiuto al suicidio, e limitatamente alla c.d. eutanasia passiva. Se il *referendum* fosse stato approvato, il sistema ordinamentale italiano si sarebbe ritrovato al pari di quello olandese, peraltro in assenza di un adeguato quadro legislativo¹¹⁷.

¹¹² Vedi https://www.repubblica.it/politica/2021/12/13/news/fine_vita_329968799/

¹¹³ Il quesito del *referendum* abrogativo è stato pubblicato in G.U., Serie Generale, n. 95, del 21 aprile 2021. Il quesito era il seguente: "Volete voi che sia abrogato l'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente) approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, comma 1 limitatamente alle seguenti parole «la reclusione da sei a quindici anni.»; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole «Si applicano?»"

¹¹⁴ Sent. 50 del 2022 in www.cortecostituzionale.it

¹¹⁵ Cfr. Corte cost. sent. n. 49 del 2000 la quale ha puntualizzato che le leggi «costituzionalmente necessarie», poiché sono «dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento».

¹¹⁶ Il testo dell'art. 579 c.p. che sarebbe risultato dallo stralcio referendario sarebbe stato il seguente: "Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno". Solo per tre tali categorie di soggetti sarebbe rimasta la punibilità per c.d. eutanasia attiva, oltretutto per omicidio del consenziente vero e proprio.

¹¹⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il Referendum per l'eutanasia legale*, in *Forum di Giustizia insieme* (Intervista di Roberto Conti), 29.9.2021; ID., *Referendum sull'eutanasia, altro che "quesito sbagliato": gli errori di Flick sul fine vita*, in *Il riformista*, 24.8.2021; M. AINIS, *Scuotere la politica in stallo sui temi etici* (Intervista di Gigi Di Fiore), in *Il Mattino*, 19.6.2021; G.M. FLICK, *Eutanasia, un referendum ambiguo* (Intervista di Marco Iasevoli), in *L'Avvenire*, 21.8.2021; *Eutanasia, si rischia la deriva* (Intervista di Angelo Picariello), in *L'Avvenire* 3.12.2021; T. PADOVANI, *Nel quesito sull'eutanasia legale un principio di libertà e rispetto*, in *Guida al diritto*, 25.9.2021; *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.* (Relazione introduttiva al Seminario di Amicus Curiae, 26.11.2021); V. ZAGREBELSKI, *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, in *La Stampa*, 27.6.2021; R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Diritto Penale.it*, 22.11.2021; D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Dirittopenale.it*, 19.10.2021; M. DONINI, *Referendum sull'eutanasia, ecco perché la Consulta non lo può bocciare*, in *Il Riformista*, 13.11.2021; ID., *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Dirittopenale.it*, 30.11.2021; G. SILVESTRI, *Introduzione (Relazione al Convegno "Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale")*, 15.12.2021; in corso di stampa).

Di contro, i rilievi della Consulta in merito al quesito sottolineano che la risultante del “taglio” da quest’ultimo operato avrebbe finito col sancire «all’inverso di quanto attualmente avviene, la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo. L’effetto di liceizzazione dell’omicidio del consenziente oggettivamente conseguente alla vittoria del sì non risulterebbe affatto circoscritto alla causazione, con il suo consenso, della morte di una persona affetta da malattie gravi e irreversibili». In pratica chiunque, anche solo per il fatto di essere affetto dal *taedium vitae* avrebbe potuto chiedere di essere ucciso e l’autore avrebbe beneficiato della scriminante. Inoltre sarebbero escluse ipotesi nelle quali l’agente poteva non essere un esercente la professione sanitaria e in nessun caso sarebbe stato vincolato all’uso di farmaci indolori, ma sarebbe stata lecita ogni forma di arma e modalità. Tutto questo senza tacere dell’eventualità di un consenso «prestato per errore spontaneo e non indotto da suggestione»¹¹⁸. In effetti così come formulato il quesito non avrebbe avuto alcuna attinenza con il tema eutanasico, risultando in una generale depenalizzazione di una fattispecie.

12. L’adozione di strumenti di *bioequity* al fine di temperare la rigidità normativa. Proposte *de iure condendo*

Il radicale interrogativo che il dibattito sull’eutanasia propone è il seguente: può il formante legislativo invertire il principio della indisponibilità del bene vita? La legislazione oggi in vigore non consente, comunque, al medico di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni terminali trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte liberatoria. Eliminando i lemmi che la proposta di referendum si proponeva di abrogare, invece, l’art. 579 c.p. si sarebbe posto agli antipodi ritrovandosi a sancire il principio di disponibilità del diritto alla vita. Il giurista chiamato ad esprimere il proprio parere rispetto all’importanza delle questioni trattate ed alle implicazioni che derivano dalla scelta per una (piuttosto che per un’altra) opzione legislativa non può che soffrire un senso - tutto umano - di umiltà ed incertezza.

La domanda, infatti, è radicale ed investe il quesito su chi, in concreto, debba governare il vivere e decidere la morte. I perimetri all’interno dei quali è destinata a compiersi l’opzione coincidono con i due poli dell’attività sanitaria: il diritto all’autodeterminazione del paziente da un lato ed il dovere di cura del medico dall’altro. Si tratta, in sostanza, di riflettere su un tema antico, ma ancora attuale, ossia sui limiti e sulla natura della libertà umana, cercando di tradurre in termini giuridici una riflessione che appartiene (anche o, forse, soprattutto) ad altre branche dello scibile umano. La «certezza di Friedrich Carl von Savigny che “la morte come limite della capacità giuridiche è un evento naturale così semplice che non è

¹¹⁸ Le parti virgolettate sono testualmente riprese da Corte cost. sent. 50/2022 par. 3.2

necessaria una determinazione più netta dei suoi elementi”, a distanza di due secoli, cede il passo ad uno stato di fatto che, grazie anche al progresso tecnico-scientifico, si presenta assai più problematico. L’incessante incedere del sapere medico può illudere, invero, di restituire alla persona la signoria sulla vita e di elevare la stessa ad unica titolare del diritto di decidere in ordine ai trattamenti sanitari e al rifiuto degli stessi. Tale illusione, tuttavia, si scioglie al contatto con l’etica della sacralità della vita e si inchina al cospetto delle tematiche di fine-vita¹¹⁹. Di fronte a tali incertezze e perplessità si è assistito, nel nostro Paese, ma non soltanto, al sorgere di fenomeni definiti di *bioequity* attraverso i quali il formante giurisprudenziale ha “posto rimedio” a situazioni concrete in tema di fine vita tentando di rimediare alla rigidità e alla percepita ingiustizia del formante codicistico e legislativo attraverso il riferimento alla dimensione equitativa¹²⁰, e lo ha fatto ponendosi quale idoneo e spesso co-creatore di diritto, con pronunce che talvolta si sono poste *praeter legem* al fine di colmare lacune in materia, in altre circostanze non ha esitato a statuire *contra legem* per risolvere questioni concrete secondo equità.

Per rimanere negli esempi del nostro Paese, la pronuncia nel caso Englaro si è posta sulla linea *praeter legem* arrivando a individuare i principi in materia di consenso e disattivazione del sostegno vitale laddove ci si trovava in presenza di un parere concorde di un tutore e di un curatore speciale, autorizzando la sospensione della terapia di sostegno. Casi di pronuncia *contra legem* si rinvencono nelle vicende relative alla storia di Fabiano Antoniani e, più di recente di Davide Trentini. In entrambi i *cases law* coloro i quali hanno “accompagnato” giuridicamente, moralmente, ma anche materialmente, i due pazienti verso una soluzione eutanassica sono stati assolti dai reati loro imputati alla luce di una valutazione complessiva del caso concreto sostenuta dalla ferma ed espressa volontà dei soggetti coinvolti.

Tali eventi, per quanto possano apparire lodevoli in una situazione di stagnante rigidità normativa, rappresentano un campanello d’allarme a seguito di uno iato evidente tra i formanti legislativo e giurisprudenziale, per usare note espressioni potremmo citare il divario tra *law in the book* e *law in action*.

Il giurista responsabile non può che vivere con senso di preoccupazione la sostanziale deriva normativa e giurisprudenziale verso una concezione del diritto alla vita non già come indisponibile, *ergo* irrinunciabile, prevalente nel confronto e nel bilanciamento con altri diritti costituzionali, ma addirittura recessivo rispetto a questi. Tanto perché l’art. 2 della Costituzione, nel riconoscere i diritti inviolabili della persona

¹¹⁹ Testualmente F.P. GARZONE – A. GALATONE, *Osservazioni sulla proposta di legge C.2350 in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Riv. pen.* 5, 2021.

¹²⁰ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p. 170.

umana, presuppone la vita (*recte*, una vita dignitosa)¹²¹ di quest'ultima come valore - anche giuridico - sovraordinato rispetto ad ogni altro diritto¹²².

L'art. 3 della Carta fondamentale, nel tutelare e promuovere l'uguaglianza sia in senso formale che in una dimensione sostanziale, consente ed incentiva l'evoluzione storica dallo Stato liberale (ove la tutela era riferita esclusivamente ai cosiddetti diritti di libertà) allo Stato democratico (ove invece lo Stato è chiamato ad intervenire nella vita dei cittadini, anche limitandone la libertà e l'autonomia, in vista della tutela dei cosiddetti diritti sociali: alla salute, all'istruzione scolastica, all'ambiente). In effetti, l'art. 32 della Costituzione tutela la salute non soltanto come diritto "fondamentale" (l'unica volta in cui il Costituente usa questa qualificazione) dell'individuo, ma anche come interesse della collettività.

Il diritto è tutelato a livello sovranazionale dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 3); ancora, dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (art. 6); dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (art. 2) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 2). Si tratta di una cornice assiologica che rende ancora corretta ed attuale la costruzione giuridica del diritto alla vita come diritto indisponibile ed irrinunciabile. D'altronde, l'ordinamento conosce già diritti indisponibili, irrinunciabili, inalienabili; diritti rispetto ai quali la libertà personale di autodeterminazione è destinata a recedere (ad esempio, il diritto di difesa, che è inviolabile ai sensi dell'art. 24, comma 2, Cost., *ergo* irrinunciabile - come insegna l'esperienza dei tanti avvocati omicidiati durante il periodo del terrorismo eversivo dell'ordinamento costituzionale dello Stato).

Gli scenari di questo *discussant* sono molto più vasti di quelli che si possano immaginare. Ogni norma, invero, non vive come una monade di leibniziana memoria, in una sfera assolutamente impermeabile al contatto con le altre regole che presiedono alla vita civile dei consociati. Se si aprisse definitivamente alla disponibilità del diritto alla vita le conseguenze sarebbero tante e, forse, imprevedibili: inattuale e superata

¹²¹ In tema di dignità, F. D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1071 ss.; M. MELI, *Dignità della persona e diritto all'autodeterminazione: l'incidenza del diritto sovranazionale sul diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 10 ss.; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo*, Napoli-Roma, 2012, p. 161 ss.; C.M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, trad. it. di E. Greblo, Bologna, 2002, *passim*; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, *passim*; F.P. CASAVOLA, *I diritti umani*, Padova, 1997, *passim*; F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, *passim*; G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, II, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, a cura di G. ZANGARI, Milano, 1974, p. 1089 ss.

¹²² Sulla centralità della persona nel nostro ordinamento si veda diffusamente S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 140 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, *passim*; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*; L. PALAZZINI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, 1996, p. 16-25 e *passim*; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, *passim*; ID., voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 6 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, p. 52 e 79 ss.; M. BESSONE, G. FERRANDO, voce *Persona fisica, a) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 196 ss.; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, *ivi*, 335 ss.; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, p. 100 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La tutela della persona umana e il cosiddetto diritto alla personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1958, p. 458 ss.; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, *passim*; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, *passim*.

diventerebbe, ad esempio, la disposizione dell'art. 5 cod. civ., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo ove tali da determinare una permanente diminuzione dell'integrità psico-fisica¹²³. Ancora, si pensi alle implicazioni che l'apertura all'eutanasia avrebbe sull'eugenetica. Infatti, se fosse possibile disporre del diritto alla vita di una persona vivente, perché mai non dovrebbe essere possibile disporre del diritto a nascere di un embrione e quindi autorizzarne la selezione in virtù di parametri (razza, sesso, colore dei capelli) predeterminati? Se fosse lecito distinguere *quoad mortem* fra vite degne di essere vissute e non (eutanasia) perché mai questo non dovrebbe essere consentito *quoad vitam* (eugenetica)¹²⁴? Naturalmente, si tratta di compiere una scelta di campo non universalmente condivisa¹²⁵. Al di là dell'opzione prescelta, ciò che maggiormente si lamenta è che la polarizzazione del dibattito non imprima invece il giusto *focus* sul potenziamento del sistema sociale di “prendersi-cura” anche delle persone che versano in condizioni terminali. La pratica del sanitario e del giurista, filtrata da solidi fondamenti etici, insegna che spesso il desiderio di morte, pur di fronte ad acute sofferenze, dissimula una tensione verso la vita. La richiesta del malato di lasciarlo morire tradisce frequentemente un bisogno di attenzione e di amore, che può trovare risposta in un'efficace terapia del dolore e nella presenza di strutture e personale adeguati. Il proposto quesito referendario tradiva tale sforzo, diretto ad ampliare il carattere “sociale” piuttosto che “libertario” del diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione. Aderiva, invece, al principio di assoluta signoria del consenso che, benché apparentemente al servizio di una malintesa e soltanto asserita causa di progresso del genere umano, lungi dall'attuare la piena capacità di autodeterminazione dell'uomo, comporta invece l'infelice ripiegamento della persona su sé stessa ed il malinconico ritorno

¹²³ In tema v. T. PASQUINO, *Il bene “vita” e l'integrità del corpo: note a margine dell'art. 5 c.c.*, in *Le decisioni di fine vita*, a cura di M. Bianca, in *Quaderni della “Rivista del Notariato”*, Milano, 2011, p. 55 ss.; G. CAMPANELLI, *Linee giurisprudenziali della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, Torino, 2009, *passim*; G. ANZANI, *Identità personale e atti di disposizione della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 207 ss.; G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, *passim*; D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1999, p. 10 ss.; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in AA. VV., *Vivere: diritto o dovere?*, a cura di L. STORTONI, Trento, 1992, p. 34 ss.; ID., *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 565 ss.

¹²⁴ Sul piano etico soccorre quanto contenuto nella Dichiarazione sull'eutanasia (parte IV del 9.12.2000) della Pontificia Accademia per la vita: «Nell'immediatezza di una morte che appare ormai inevitabile ed imminente vi è grande differenza etica tra “procurare la morte” e “permettere la morte”: il primo atteggiamento rifiuta e nega la vita, il secondo accetta il naturale compimento di essa e rievoca una delle pagine più alte delle Sacre Scritture (“Padre, nelle tue mani consegno il mio spirito” - Lc. 23, 46), quella che, con silenziosa commozione, ripercorre l'abbandono consapevole e fiducioso del Figlio dell'Uomo sul Golgota ad un destino in cui: “Tutto è compiuto” (Gv. 19,30), in cui l'immagine umana della sofferenza e della fine dell'esistenza è vinta dal tempo e si consegna alla storia: “E, chinato il capo, spirò (Gv. 19,30)». Una visione spettrale interessante promana da G. DEIANA, *La morte buona. È possibile l'eutanasia cristiana? Le posizioni di punta dei cattolici e dei protestanti*, Verona, 2021.

¹²⁵ Una delle frasi celebri del giornalista Indro Montanelli recita testualmente così: “Io non voglio soffrire, io non ho della sofferenza un'idea cristiana. Ci dicono che la sofferenza eleva lo spirito; no la sofferenza è una cosa che fa male e basta, non eleva niente. E quindi io ho paura della sofferenza. Perché nei confronti della morte, io che in tutto il resto credo di essere un moderato, sono assolutamente radicale. Se noi abbiamo un diritto alla vita, abbiamo anche un diritto alla morte. Sta a noi, deve essere riconosciuto a noi il diritto di scegliere il quando ed il come della nostra morte”.

dell'ordinamento ad un passato in cui il diritto alla salute era inteso come diritto di libertà (Stato liberale) piuttosto che come diritto sociale (Stato democratico)¹²⁶.

Alla luce del sillogismo così articolato, sembra che le indicazioni più preziose al fine di una seppur parziale risoluzione delle questioni delicate sul fine vita vengano proprio dalle esperienze comparate scrutinate che invitano all'armonizzazione, sempre più necessaria ed urgente. Le esperienze francesi, tedesche, britanniche, nordamericane, ben hanno evidenziato un adeguato bilanciamento tra il diritto alla vita e il diritto di autodeterminazione della persona umana. Se certamente deve essere consentito, come affermato dalla nostra Consulta, porre fine a sofferenze inenarrabili, ciò è possibile solo in presenza di gravissimi stati patologici irreversibili, e sempreché vi sia una volontà attuale e lucida, presente, consapevole, adeguatamente informata.

Non si possono “chiudere gli occhi” dinanzi ad una realtà dinamica e scientifica che reclama una rielaborazione della rigidità delle normative (iperpunitive) del codice Rocco. Certamente la soluzione non può essere rappresentata da una depenalizzazione *tout court*, ma anche l'elisione referendaria, come si è avuto modo di illustrare prendendo spunto dalla sentenza della Consulta, era da scartare perché si concretizzava nel deprivere di tutela proprio quelle categorie fragili che l'ordito deve maggiormente proteggere. Adottare «una strategia complessiva, volta a coniugare il riconoscimento del diritto di autodeterminazione con una logica di solidarietà fondata sul sostegno agli ammalati e alle famiglie»¹²⁷.

La soluzione potrebbe essere identificata nella elaborazione di un reato proprio che renda immuni gli operatori sanitari che agiscano nel rigoroso rispetto di una serie di circostanziate indicazioni normative. È dunque da salutare con favore la previsione di un disegno di legge che consente la istituzione dei Comitati per la valutazione clinica, mutuati dalla esperienza olandese. Nel complesso tutta la proposta parlamentare è utile nel senso di colmare un *vulnus* avvertito oramai da troppo tempo nell'ordinamento giuridico italiano, rimasto privo di previsioni specifiche, a differenza delle esperienze comparate.

È in tali pietosi momenti, quelli di una vita che sta giungendo al termine e vive indicibili sofferenze, senza la ragionevole aspettativa di veder migliorare sensibilmente le proprie condizioni, che effettivamente può realizzarsi un bilanciamento tra diritto alla vita (tale ultima oramai giunta a un suo esito) ed uno alla autodeterminazione, con la possibilità di riconoscere un diritto a una morte dignitosa. Ma da tali rigorosi limiti assiologici non sembra si possa esondare: affermare un diritto alla c.d. eutanasia attiva, con

¹²⁶ Per queste e altre considerazioni si vedano V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (Aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, p. 637 ss., M. FOGLIA, S. ROSSI, voce *Testamento biologico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., IX, Torino, 2014, p. 641 ss., D. NERI, *Il diritto di decidere la propria fine*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), Milano, 2011, p. 1785 ss., G. ZIZOLA, *Testamento in vita. I termini del discorso*, in *Il tetto*, 2008, n. 263, p. 61- 62, L. BUSATTA, N. ZAMPERETTI, *L'aiuto medico a morire dopo la sentenza sul caso Cappato*, in *Responsabilità Medica*, 4, 2019, p. 483-488.

¹²⁷ A. NAPPI, *op. cit.*, p. 1074.



interruzione della vita in un momento antecedente alla soglia inesorabile, significherebbe voler provare davvero troppo.