UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"
Diritto – Economia – Storia

Tesi di dottorato
in
Sistemi punitivi e garanzie costituzionali
XXVI ciclo

Fine vita e diritto penale.

Tutor:
Chiar.mo Prof. Enrico Mezzetti

Candidato:
Federico Olivo

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Anno Accademico 2014-2015

Indice sommario:

Considerazioni introduttive

p. 8

Capitolo I

IL "DIRITTO DI SCEGLIERE LE CURE" E I SUOI LIMITI AL TEMPO DELLA SOCIETA' POST-SECOLARIZZATA

1. Il "diritto alla vita" tra solidarismo e personalismo: dibattito ideologico e dibattito giuridico sui valori costituzionali in tensione.

p. 13

1.1 Le regole generali di tutela nell'attuale panorama costituzionale**.**

a) Diritto alla vita: il ruolo interpretativo della giurisprudenza Costituzionale sull'articolo 2 Cost.

p. 21

b) Libertà individuale, diritto alla salute ed autodeterminazione nelle fonti costituzionali. Aspetti positivi e risvolti negativi desumibili dell'enunciato della norma di cui all'art. 32 Cost.

p. 24

c) L'impatto dell'articolo 5 c.c. sul consenso della vittima: tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione.

p. 27

1.2 **(**segue) I valori costituzionali nell'era della società secolarizzata. Affermazione ed implementazione del principio di laicità come parametro costituzionale. Effetti riflessi sulla funzione sociale del sistema penale.

p. 35

1.3 Limiti all'autodeterminazione: considerazioni critiche sul trattamento sanitario obbligatorio, rapporti con la nutrizione ed idratazione artificiale**.**

p. 41

1.4 Il nuovo equilibrio medico-paziente; in particolare: il consenso informato e le sue fonti, dalle prescrizioni di Oviedo alle norme deontologiche.

p. 48

1.5 L'attività sanitaria in assenza di consenso ed il trattamento arbitrario: profili penalistici di rilevanza del fatto.

p. 57

Capitolo II

LE NORME DEL SISTEMA PENALE NEI TRATTAMENTI DI FINE VITA NEL RAPPORTO DI TESIONE TRA AUTORITA' DELLO STATO E TUTELA DELLA VITTIMA.

2.1. Definizione tecnica dei singoli aspetti inerenti le dinamiche del fine vita. Osservazioni preliminari su eventuali riflessi della problematica sul sistema penale.

p. 64

2.2 L'omicidio del consenziente e il superamento del dogma circa la punibilità del rifiuto mortifero delle cure.

2.2.1 La dimensione storica dell'omicidio "su richiesta" in Italia: la *querelle* di fine secolo sull'omicidio consentito.

p. 68

2.2.2 (segue) L'inclusione dell'omicidio del consenziente nel codice penale. Riflessioni sull'inadeguatezza del tipo riguardo al tema del trattamento di fine vita.

p. 73

2.3 La questione nella sua progressione omogenea di offesa: tentativo di suicidio e consumazione. Spigolature e spunti sul concetto di valore della vita nel diritto (penale e non). Ulteriori inefficienze penalistiche per il fine vita.

p. 79

2.4 Riduzione dello "spazio della volontà": tra conflitto di doveri, scelte tragiche e dilemmi etici.

p. 89

2.5 L'attuale dimensione del ruolo della vittima nel sistema penale. Funzione statale vicaria? L'individuazione di una tutela individuale del bene giuridico.

p. 99

Capitolo III

SCELTE DI FINE VITA NELL'ESPERIENZA PRATICA E NELLA PRASSI GIURISPRUDENZIALE. *LEADING CASES* SU SOGGETTI CAPACI O INCAPACI DI ESPRIMERE DISSENSO.

3.1 L'espressione del rifiuto del paziente cosciente: il caso Welby. La giurisprudenza al cospetto di un conflitto (apparentemente) irresolubile.

p. 107

3.2 (segue) La morte *pietosa* nelle determinazioni dell'Autorità giudiziaria penale.

p. 113

3.3 Pazienti incapaci di esprimere un consenso: regole giuridiche, deontologiche e paragiuridiche

3.3.1 Il c.d. testamento biologico e le direttive anticipate di trattamento atteso.

p. 120

3.3.2 (segue) L'assenza di dichiarazioni anticipate. Il caso Englaro. Genesi della vicenda giudiziaria: le prospettazioni della Corte di Cassazione civile. La lezione dei civilisti rivolta (tra gli altri) ai penalisti.

p. 126

3.3.3 (segue) Le fasi terminali, il giudizio di rinvio e i successivi provvedimenti (anche esecutivi). L'interferenza della politica, risoluzione giudiziale in ordine al decesso di Eluana Englaro.

p. 139

3.4 Le due facce di una stessa medaglia: confronto tra due differenti vicende giuridiche, assonanze e difformità.

p. 144

3.5 Un tema specifico: il consenso del minore. Cenni e rinvii.

p. 159

3.6 L'irrompere di un moderno ircocervo: l'"esercizio di un dovere". Configurabilità e limiti della crasi tra esercizio di una facoltà legittima e adempimento del dovere nei trattamenti sanitari di fine vita.

p. 162

3.7 L'"eterno ritorno" dell'idea dello spazio libero dal diritto come possibile soluzione della tematica: un (inopportuno) spiraglio per la medicina difensiva nelle vicende di fine vita.

p. 170

3.8 La categoria hassemeriana della scriminante procedurale nella dinamica penalistica per il rifiuto delle cure salvavita.

p. 177

Epilogo.

p. 184

Bibliografia.

p. 190

Ad Agostino e a Renato, il cerchio dell'esistenza.

Dalla fine all'inizio.

Considerazioni introduttive:

Il diritto e la morte: una combinazione di parole inconsueta per i giuristi, che, come è stato giustamente osservato, studiano la scienza sociale che mira a regolare le relazioni e che ha sempre avuto una naturale inclinazione a riflettere su ciò che concerne la vita e gli strumenti per tutelarne, nel miglior modo possibile, lo sviluppo pieno e completo. Eppure, per quanto paradossale, già da un secolo i cultori del diritto e, in particolare, i penalisti hanno cominciato a prendere in considerazione gli aspetti di un tale, terminale dialogo tra diritto e morte. Fattori diversi, poi, hanno reso la questione sempre più attuale, sino a ritenerla *urgente*; tra quelli maggiormente rilevanti, si indicano: il principio personalistico, introdotto dalla Costituzione, che ha capovolto i rapporti tra Stato e individuo storicamente vigenti prima dell'avvento dell'ordinamento repubblicano; l'incedere inarrestabile della tecnologia, che ha reso la morte da elemento puntuale a processo dominabile; il conseguente fenomeno dell'ospedalizzazione, che ha naturalmente trascinato fuori dall'ambiente domestico l'individuo *morente*; i nuovi equilibri nel rapporto tra medico e paziente, basati tutti sulla consensualità. Suona dunque ovvio, se si intende approfondire il tema, partire dai diritti del malato e dai suoi (eventuali) doveri. Un percorso che obbliga a prendere atto della libertà corporale dell'individuo, che lo tutela da qualunque intromissione indesiderata; nell'accezione di libertà del e nel trattamento terapeutico sublimata dalle norme del diritto eurounitario e convenzionale, oltreché da qualche (sia pure disorganica) previsione nazionale di legge e di normazione professionale.

Il confronto con i dati positivi, che non può prescindere dal riconoscimento del ruolo cardine dell'art. 32 Cost., impone, dunque, di superare la visione dogmatica del divieto di eutanasia. A ben vedere, l'assenza di riferimenti normativi nel tessuto legislativo ha convinto a lasciar fuori dalla riflessione lo stesso affascinante concetto tradizionale di *dolce morte*. Al centro dell'attenzione, dunque, si staglia principalmente il controverso diritto del malato di rifiutare le cure necessarie *quoad vitam*, escludendo

dallo studio sia le condotte attive di morte consensuale *pietatis causa*, indipendenti da un trattamento sanitario (che si vuole rifiutare o interrompere), sia le forme di medicina palliativa, talora indicate dalla dottrina come eutanasia indiretta.

Delimitato secondo tale criterio il campo dell'indagine, è necessario considerare i confini del diritto nella tutela della vita e le declinazioni del bene primo degli individui con i concetti di libertà e di autodeterminazione delle persone: un'operazione che si ripromette di dare conto delle difformi concezioni del rapporto tra individui e società, tra società e diritto, finendo per aprire squarci – invitabili – sulle connessioni tra diritto penale e morale, tra diritto penale e credo religiosi.

Uno sguardo di insieme sulle norme costituzionali in rilievo e sulla loro relazione con il contesto sociale nelle quali queste disposizioni evolvono, seguendo le mutazioni della comunità, ha spinto a toccare le concezioni paternalistiche del diritto penale e quelle liberali, di stampo personalista. In tale analisi, pur tenendo conto della reviviscenza dei nostri giorni di dottrine comunitaristiche, si sono dati comunque per acquisiti alcuni capisaldi: la visione della persona come fine in sé, il diritto di sviluppare la propria individualità al riparo da qualsiasi forma di ingerenza nella dimensione dell'intimo e, allo stesso tempo, la constatata inattualità della concezione del cittadino da tutelare come *suddito*; *soldato*; *riproduttore*, concezione in qualche latente misura tutt'ora presente nell'intelaiatura del nostro venerando codice penale.

In una parola, dopo aver descritto le diverse impostazioni sul tappeto, si è riscontrata l'immanenza nel diritto di oggi del concetto di laicità, quale equidistanza dello Stato da ogni forma di unione religiosa, come indicato dalla Costituzione, o anche sociale. Laicità è da intendere come carattere ineludibile del diritto penale, che ne informa ogni istituto. Una visione della laicità che sfocia, naturalmente, nella neutralità assiologica nell'ordinamento, che, tutelando la possibilità di praticare ogni diverso culto ed ogni diversa credenza (che non cagioni o predichi danni verso gli estranei), non ne sceglie alcuna quale proprio modello ufficiale. Neutralità, ancora, nella quale fiorisce un gruppo di beni giuridici soggettivi, protetti quali spazi di formazione dell'individualità, in quanto tali immuni dall'intervento dei terzi, e rispetto ai quali nessuna entità, neppure

quella statuale, è in grado di individuare –oltre la volontà del titolare- il bene da perseguire, per il tramite della criminalizzazione di talune espressioni della propria autodeterminazione.

In sintesi, si è trattato, nel campo del fine vita e nel silenzio del legislatore sul punto, di attualizzare il dato positivo oggi vigente, partendo dalla Costituzione: i principi del diritto penale sono stati calati nella società post-secolare, nella quale ogni colorazione religiosa o morale della realtà non spiega effetti sulle scelte dello Stato, ma soltanto nella sfera privata di ogni consociato. Si è preso atto, dunque, dell'attuale morfologia della società italiana, della caduta del monolitismo etico e culturale dello Stato come fine; della religione cattolica come guida morale principe e dell'affacciarsi di una società plurale, diversificata, multiculturale.

Poste queste coordinate di base, gli aspetti essenziali affrontati sono stati quelli delle norme penali che tutelano la vita, anche oltre la volontà di chi la vive: *rationes* e fisionomia dei delitti di omicidio del consenziente e dell'istigazione o aiuto al suicidio, le cui forme di incriminazione, criticate (positivamente e negativamente) da varie angolazioni, sono state poste a confronto con le dinamiche di fine vita, lasciando emergere così lo scollamento tra la previsione normativa degli anni Trenta del secolo scorso, i progressi della scienza medica e le concezioni liberali che postulano un'invalicabile autonomia della propria persona. Un confronto, dunque, tra i concetti dicotomici di indisponibilità della vita e di possibilità incontenibile di disporre del proprio corpo (almeno) *manu propria*.

Su questo terreno, notoriamente, si sviluppano i panorami delle scelte tragiche, al cui cospetto l'agente viene lasciato in solitudine nel dilemma circa la condotta da osservare, in costanza di comandi di segno opposto. Non diversamente, anche l'ordinamento penalistico vacilla costretto tra un'istintuale dimensione di protezione dei consociati, che si realizzerebbe attraverso l'incriminazione di qualunque azione lesiva del bene vita, al fine di indicare una gerarchia di valori riconoscibile e valida ad ogni latitudine, ed il contrapposto ruolo di mero spettatore delle libere scelte degli individui,

di fronte alle quali il diritto penale dovrebbe arretrare lasciando l'individuazione del bene ai singoli, fin tanto che le azioni di questi non incidono sulla sfera giuridica altrui.

La situazione conflittuale riguarda –simultaneamente- gli individui ed il legislatore; il tema classico dell'antinomia tra obblighi contrastanti viene concretamente in rilievo nelle dinamiche del fine vita, nelle quali l'agente è identificato nel professionista del settore medico ed il richiedente è il malato e paziente, ovvero il rappresentante legale di un soggetto non in grado di esprimere un parere sulla congruità del trattamento sanitario ricevuto. Il conflitto di doveri è un elemento da sempre di interesse per il diritto penale, quale dimensione di contrazione (o, addirittura, nei casi limite) di annullamento della volontà colpevole dell'agente: il *refrain*, che anche nella presente analisi emerge, è quello della possibile *giustificazione* dell'azione necessitata. Il medico, nelle situazioni di fine vita, è stretto nella morsa tra un obbligo ed un divieto: l'obbligo professionale di curare e di proteggere il paziente dalla malattia e, in conclusione estrema, dalla morte ed il divieto di intromettersi nelle consapevoli scelte terapeutiche del paziente. Si tratta, dunque, di procedere ad un bilanciamento o, per esprimersi in termini strettamente liberali, ad un *trade-off* tra i valori che entrano in tensione: ancora una volta, la vita e l'autodeterminazione degli individui.

In questa particolare ottica, si è osservato come –negli ultimi decenni e nell'opera di bilanciamento tra valori- alcuni tradizionali automatismi si sono scoloriti, fino a perdere efficacia. Si pensi, ad esempio, al principio *in dubio pro vita*, che ha per lungo tempo fondato l'obbligo giuridico per il sanitario del soccorso di necessità, in ogni situazione nella quale il paziente, privo di sensi, si fosse trovato in pericolo di vita. Nel riconoscere l'operatività di questo dovere, storicamente, si è fondata l'idea di non rifiutabilità delle cure necessarie *quoad vitam*, pure in presenza di un dissenso espresso lucidamente da un soggetto stabile. Altri corollari del principio in parola sono quelli che minano necessariamente la genuinità del rifiuto delle cure: se interviene *ora per allora* difetta il crisma dell'attualità; se interviene per interrompere una terapia salva vita in atto, difetta la *capacità* stessa per esprimere un parere davvero autentico, in quanto il soggetto può essere annebbiato dal dolore, dalla prospettiva della sofferenza, dalla

malattia. Infine, il principio così declinato comporta, per il paziente in stato di incoscienza, la presunzione assoluta di accettazione della terapia salvifica, anche senza prospettive di miglioramento del quadro clinico. Negli ultimi tempi, tuttavia, le categorie paternalistiche (o, come qualche autore le indica, comunitaristiche) hanno lasciato spazio al principio di autodeterminazione per quel che attiene i diritti personalissimi, in ossequio al quale ogni dissenso rispetto ad interventi terapeutici non può essere limitato, neppure dallo spettro o dalla certezza della morte, quale conseguenza del rifiuto: l'endiadi libertà individuale e consenso all'attività medica è divenuta prevalente rispetto alla tutela oggettiva del bene vita, con immediati effetti sul bilanciamento dei doveri in conflitto.

Il lavoro, dunque, si propone di analizzare la tematica del diritto a rifiutare le cure secondo la chiave laica che l'impianto costituzionale suggerisce, con quello che si può dire un approccio eticamente (ma anche, normativamente) orientato. In questo senso, il passaggio nodale dell'approfondimento è quello delle decisioni giurisprudenziali, che hanno sovvertito i termini valoriali dei beni in bilanciamento, regolando i più noti casi di richiesta di interruzione di cura salvavita: quello del paziente lucido che reiteratamente chiede il distacco dello strumento che gli permette di respirare e di nutrirsi; quello del soggetto incosciente, da anni in stato vegetativo ed alimentato attraverso il sondino nasogastrico, nel cui interesse il legale rappresentante avanza richiesta di sospensione. In entrambi i casi, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha ritenuto ammissibili le richieste, certificando la soccombenza del bene giuridico vita, in situazioni tutt'affatto particolari, al cospetto della scelta di interruzione del paziente, attuale o anche solo presunta. I provvedimenti in parola, che non si sottraggono da lunghe disamine sull'essenza della liberà di autodeterminazione, costituiscono dunque il binario che consente di affermare già oggi il diritto di rifiutare le cure *quoad vitam* e, di conseguenza, di considerare scriminata la condotta del medico che asseconda tali richieste, *cagionando la morte di un uomo*.

Alla luce degli argomenti della giurisprudenza, sono state valutate le opinioni dottrinarie circa la natura (commissiva ovvero omissiva) della condotta del medico ed il

contenuto della sua posizione di garanzia nei confronti del paziente. Soprattutto, si è cercato di comprendere quale debba essere la direzione che il legislatore dovrebbe intraprendere, qualora decidesse di legiferare sui temi della fine della vita. In questo angolo visuale, si è introdotto il dubbio se, in nome della neutralità assiologica, ci si trovi dinnanzi ad una nuova e strisciante affermazione dell'esigenza del diritto (e, in particolare, del diritto penale) di fare un passo indietro rispetto alle tematiche eticamente sensibili, con un ritorno della teoria dello spazio libero dal diritto o se, viceversa, vi siano le condizioni per mutuare da esperienze straniere forme di cause di giustificazione, tali da consentire le interruzioni di terapie salva vita. Il riferimento ovvio è alle scriminanti procedurali, che possano giustificare, in circostanze di fatto tassativamente indicate, la condotta che cagiona la morte. Questa seconda opzione, preferita rispetto a quella recessiva del diritto, appare come la più neutra rispetto alle situazioni conflittuali (apparentemente) irresolubili: l'ordinamento concederebbe la facoltà di procedere a lesioni di beni giuridici protetti, a patto che si rispettino le scansioni procedurali previste normativamente. Nelle situazioni "al limite", dunque, la scelta individuale e lesiva del bene vita può essere lecita e l'osservanza della procedura è l'elemento che consente di escludere l'antigiuridicità della condotta. In definitiva, la previsione di una procedura scriminante, sembra rivestire il pregio di essere garante della libertà individuale nel rapporto terapeutico e, al contempo, un argine, un limite certo rispetto alle temute derive che potrebbero, secondo alcuni, discendere dalla svalutazione del bene giuridico vita e da un diffuso *laissez faire* in tema di scelte di morte. Un panorama che, in realtà, sarebbe un angosciante sfondo, qualora il diritto, in ragione della sua neutralità, rinunciasse a regolare le aree eticamente sensibili.

Capitolo I: DIRITTO DI SCEGLIERE LE CURE E LIMITI NELL'EPOCA DEL DIRITTO PENALE POST-SECOLARIZZATO: I VALORI COSTITUZIONALI IN TENSIONE

1. Il "diritto alla vita" tra solidarismo e personalismo: dibattito ideologico e dibattito giuridico sui valori costituzionali in tensione.

Le domande che ricorrono nel dipanarsi del presente lavoro investono sempre, a volte direttamente, altre volte indirettamente, il tema centrale del valore, morale ma soprattutto giuridico, del bene della vita umana. E', dunque, naturale che ogni riflessione, di carattere tecnico-giuridico e in particolare penalistico, sia preceduta dalla ricostruzione positiva della tutela che l'ordinamento è chiamato ad offrire a questo diritto degli individui.

Semplificando al massimo i termini della contesa, occorre chiedersi se la difesa del bene vita sia valore da desiderarsi sempre o se, al contrario, in talune situazioni contingenti, possa recedere di fronte ad altri valori individuali[1], ugualmente di rango costituzionale e della schiera dei diritti fondamentali, di cui il titolare invoca l'attuazione piena.

Il tema in questione è centrale nelle dinamiche di *fine vita,* nelle quali il richiedente, malato e sovente paziente di strutture sanitarie, in assenza di alternative curative, invoca la cessazione di terapie infruttuose e sofferenze, a ben vedere, immotivate, perché lungi da obiettivi terapeutici scientificamente individuati, coinvolgendo - specie nelle situazioni in cui, a causa debilitazioni fisiche, egli non possa più agire in autonomia - i professionisti del settore sanitario.

[1] Esemplificativo, nella sua essenzialità, è l'argomentare di chi intravede nella questione delle decisioni di fine vita una questione di equilibrio tra i diritti alla vita, alla libertà ed alla salute. Così, FLICK G. M., *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure...,* in *Le decisioni di fine vita,* a cura di M. BIANCA, Milano, 2011, p. 6.

La scelta, in questo caso, ricade nell'area di applicazione del diritto di scegliere le proprie cure e diviene di centrale attualità per gli ammalati in una fase terminale, allorquando l'individuo non è più in grado - a causa del degenerare di una malattia - di esprimere (o: di esprimere validamente) il proprio pensiero: nell'ambito di tale situazione entrano in gioco molti diritti fondamentali e valori, interessati, come ovvio, da prese di posizioni nette delle fonti normative statuali ed internazionali.

Le multiple intersecazioni di previsioni costituzionali, che costituiscono il cuore del sistema valoriale condiviso nella società contemporanea, si devono agli inevitabili contatti tra il diritto alla vita, il diritto alla salute, nella sua accezione più ampia, positiva e negativa, quale espressione del diritto all'autodeterminazione.

Un principio che sembra abbracciare i diversi aspetti di questi due valori basilari del vivere comune e che pare centrare in una parola il momento logico, etico e filosofico in cui l'equilibrio naturale tra il diritto alla vita e il diritto alla salute pare venir meno, per lasciar spazio ad una convivenza problematica tra essi, è quello che viene individuato come *diritto alla dignità personale*[2]. Tale principio, infatti, assurgendo a diritto condiviso degli Stati democratici[3], sembra poter inquadrare il rapporto tra vita e salute nella sua dimensione dinamica, segnando dei limiti, storicamente difficilmente immaginabili[4], per il diritto alla vita, in merito a quelle fasi in cui l'individuo partecipa ad una vita sempre meno umana[5].

L'oggetto della presente ricerca richiede, in particolare, di evidenziare eventuali limiti al diritto inviolabile alla vita, nei casi in cui -a causa della sopravvenuta

---

[2] Sul tema, per tutti, G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali,* in *Studi in Onore di Franco Modugno*, vol. 1, Napoli, 2011, p. 43 e ss.

[3] La dignità, come valore condiviso tra le nazioni, è citato sia nei preamboli, sia nel primo articolo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948.

[4] Il concetto di dignità umana, peraltro, è tutt'altro che piano nel suo portato. Per una approfondita analisi interpretativa e per un prezioso affresco del rapporto tra dignità umana e diritto penale, v. A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*., Torino, 2013.

[5] Una tale accezione di vita inumana è largamente condivisa finanche nella Chiesa di Roma, che -a partire da Paolo VI- ha riconosciuto il diritto degli uomini di vivere con dignità. Vedi, V. BELLAVITE, *Il diritto di morire: un documento disatteso,* in *Dolentium Hominum*, n. 68/2008. Sul punto, diffusamente, *infra.*

medicalizzazione- un tale diritto possa addirittura entrare in conflitto con il principio della dignità umana.

Alla base dei problemi che riguardano le modifiche dei margini di tutela della vita a fronte del progresso della tecnica medica, c'è un'aspra contesa ideologica proprio sul valore da riconoscere alla vita stessa, che si origina dallo scontro tra i due modelli etici, i due paradigmi valutativi dei comportamenti e delle categorie generali che sono prevalenti in società[6].

Se nella composita formazione dell'Assemblea Costituente era generalmente condivisa l'idea che i diritti dei cittadini, garantiti ed aventi rilievo costituzionale, fossero *antecedenti* rispetto allo Stato che li riconosceva[7], nondimeno si registrava un profondo contrasto sull'essenza del diritto alla vita.

Da un lato si è registrata un'impostazione religiosa, che affonda le proprie radici nell'*humus* dei grandi monoteismi e che pone a fondamento del proprio sistema morale la sacralità della vita, la sua assoluta ed intangibile indisponibilità e, nella visione più tradizionale, l'appartenenza della vita alla divinità, con l'essere umano degradato a mero custode del corpo. Esemplificativi di questa impostazione logica sono le parole e gli scritti di La Pira, che individua «nella radice spirituale e religiosa dell'uomo», il presupposto della vita, non senza riferimento alla sua natura trascendente per dare «intrinseca solidità ai diritti naturali sacri ed imprescrittibili[8]».

Di contro l'impostazione laica, che rifiuta completamente qualunque lettura metafisica dell'esistenza e si batte per un diritto autonomo e non influenzato da correnti di pensiero religioso.

---

[6] Secondo G. GEMMA si deve parlare di concezione organica e visione individualistica della società. Voce *Vita (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1999, vol. XIV, p. 672.

[7] Vedi, in tal senso, *Relazione alla Assemblea Costituente*, vol. 1, *Problemi costituzionali Organizzazione dello Stato*, Roma, 1946, p. 83 e ss.

[8] Si veda, per un affresco del sentire cristiano impersonato dalle parole dell'On. LA PIRA, il suo discorso all'Assemblea Costituente, dell'11 marzo 1947. In *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. 1, dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947, Roma, 1970, p. 313 e ss.

«Laicità è locuzione con la quale nell'ambito penalistico, si vuole indicare che la costruzione giuridico-penale statuale è una costruzione temporale, retta da principi suoi propri, autonoma rispetto a qualsiasi fede, religiosa e non»[9].

La contrapposizione tra queste due impostazioni può divenire così netta da porre in discussione le categorie fondanti il nostro sistema[10]: sullo sfondo delle ordinarie dispute dialettiche, si staglia il contrasto tra la concezione della vita come riconducibile al trascendente, da tutelare sempre ed in ogni condizione precedente alla morte e la vita protetta come culmine della piramide di diritti di un individuo, da tutelare con questo e mai contro la sua volontà.

Se è vero che questa diversità di vedute è uno dei nodi portanti delle battaglie ideologiche[11], anche in chiave strettamente politica[12]. non può allo stesso tempo negarsi che la discussione politica sia un riflesso del dibattito che nasce e si sviluppa su base giuridica e, prim'ancora, filosofica[13]. Da questa scaturiscono interrogativi da porre al legislatore ed, in generale, alla comunità degli interpreti circa la mediazione tra la tutela della vita degli individui e la loro sfera di autodeterminazione[14].

A livello di impostazione sistematica, occorre versare il nucleo di detta discussione di genesi eterogenea nel contenente del solo diritto: da questo speciale punto di vista, si deve "scavare" fino ai concetti fondanti dei valori del solidarismo e dei principi del personalismo, anime che convivono pacificamente all'interno del tessuto costituzionale, senza invero apparire mai in contrasto tra loro[15].

---

[9] Così, F. STELLA, *La laicità dello stato: fede e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Milano,1985 p. 310.

[10] Cfr. sul punto, R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, p. 19.

[11] In questo senso, un'analisi dell'*humus* su cui si fondano le contrapposizioni e gli steccati nelle letture dei fatti eticamente sensibili si rinviene in S. AMATO, *Eutanasie, il diritto di fronte alla fine della vita*, Torino, 2011, p. 39.

[12] Si pensi all'attuale quadro politico, caratterizzato da toni aspri riguardo ai temi di bioetica e diritti civili.

[13] Sul tema, v. *infra*, riflessioni in tema di laicità.

[14] Mette in guardia da reviviscenze di una sterile contrapposizione tra modelli inconciliabili, L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 4.

[15] Si veda, per tutti, E. ROSSI, *Commento all'art. 2 Cost*., in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), vol. 1, Milano, 2006, p. 38 e ss.

Una tale convivenza è ben possibile poiché il costituente, non disponendo espliciti principi prevalenti in materia, ha previsto in un unico enunciato normativo, l'articolo 2 Cost., tanto la garanzia dei diritti inviolabili, quanto la richiesta di adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale[16].

E' proprio nella lettura di questo articolo che trovano fondamento sia le posizioni *solidariste*, sia quelle *personaliste*. Si può affermare, senza tema di smentite, che i valori in parola, nell'officio dell'Assemblea Costituente, hanno segnato una convivenza organica di due anime nello stesso ordinamento giuridico, che quel consesso stava architettando[17].

Il personalismo[18] è una corrente di pensiero che esalta l'individuo in sé, con il sistema di diritti e libertà che la Costituzione gli accorda; in particolare, è un principio «che individua nel rispetto dell'autonomia individuale nella determinazione dei propri interessi un obiettivo elevatissimo della società civile e che vieta solo quelle condotte che cagionano ad altri offese»[19].

Uno dei grandi risultati che fuoriesce dalle lunghe discussioni in seno all'Assemblea Costituente è il riconoscimento del valore della persona umana,

---

[16] Si vedano ancora le parole dell'On. G. LA PIRA, nella seduta del 9 settembre 1946, nel corso della quale affermò che «il sistema integrale dei diritti della persona esige, per essere davvero integrale, che vengano rispettati e protetti (…) anche i diritti essenziali delle comunità naturali, attraverso le quali gradualmente si svolge la personalità umana: i diritti del singolo vanno integrati con quelli della famiglia, della comunità professionale, religiosa, locale e così via », in *La Costituzione della Repubblica*, ult. cit.

[17] Non a caso, sottolinea S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 86, che l'art. 2 «è, come noto, una versione di compromesso, raggiunta dopo una faticosa opera di mediazione tra le opposte componenti presenti all'interno dell'Assemblea Costituente e grazie ad un sostanziale accordo trovato sull'ordine del giorno presentato dall'Onorevole Dossetti, incentrato su tre punti fondamentali: a) anteriorità della persona umana rispetto allo Stato; b) rango primario dei valori della dignità umana e della solidarietà; c) anteriorità dei diritti della persona e delle comunità sociali rispetto allo Stato».

[18] G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 13, non ha dubbi sul primato che, nella dicotomia singolo-comunità, la Costituzione riconosce alla persona. «Le situazioni di diritto e di dovere di cui all'art. 2 postulano la persona umana -o, comunque, un soggetto o una "figura soggettiva"-, le une per garantirne la sfera di privata autonomia, le altre per comprimerla e circoscriverla, in funzione dei superiori interessi della collettività».

[19] Cosi, M. B. MAGRO, *Diritto penale e eutanasia*, Torino, 2001, p. 38.

indipendentemente da qualunque tipo di condizione[20]. Il legislatore costituzionale, dunque, fa ricorso al *riconoscimento*: questa scelta lessicale è stata interpretata da molti autori come un giudizio di valore, che la Carta Costituzionale avrebbe riservato ai diritti personali. Essi esistono prima dello Stato e da questo vengono riconosciuti[21].

Per il timore che una matrice marcatamente giusnaturalista potesse rendere indefiniti tali diritti ed incerti i confini della loro tutela, larga parte della dottrina ritiene che questi diritti nascano con lo Stato, accogliendo una visione più legata all'enunciato positivo, ma che, in sostanza, approda agli stessi esiti della visione giusnaturalista[22].

A prescindere da tale qualificazione, il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo a tutti i cittadini esprime una chiara scelta del legislatore costituente, che pone l'essere umano come fine in sé, preminente rispetto all'ordinamento e alle sue regole. Questa scelta caratterizza tutte le esperienze costituzionali europee del secondo dopoguerra, e marca la definitiva sconfitta dei sistemi totalitaristi[23], sia di destra sia di sinistra.[24]

---

[20] In tal senso, si devono richiamare le riflessioni di E. TOSATO, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in AA.VV., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, 1982, p. 685, secondo il quale il principio personalista è «il primo dei trinci fondamentali degli ordinamenti costituzionali del mondo occidentale»,.

[21] Un riconoscimento dell'anteriorità dei diritti personali rispetto alle regole dell'ordinamento comporterebbe, in qualche modo, l'eteroderminatezza delle norme di diritto. Accettando tale trascendenza dei diritti dell'uomo si potrebbe incorrere in limitazioni dei diritti stessi (positivizzati) per mezzo di principi anteriori alle norme. Questa è la critica più concreta alle tesi giusnaturaliste.

[22] Per una approfondita riflessione sulla natura dei diritti inviolabili e sulla loro classificazione, si vedano: A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p.11 e ss.; G. PECES, B. MARTINEZ, voce *Diritti e doveri fondamentali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, vol. V, p. 139 e ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005, p. 3 e ss.

[23] In questo senso, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 85.

[24] P. CARETTI, *op. cit*., p. 137, sostiene: «Il principio personalista caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera della personalità, fisica e morale, che è comunque intangibile, sia per i pubblici poteri (…) che per i privati. Tra queste, in particolare, l'art. 13, comma 4, Cost. che punisce "ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà"; l'art. 27, commi 3 e 4, Cost. che non consentono al legislatore di prevedere pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità e fanno comunque divieto di contemplare la pena di morte (…); l'art. 32, comma 2, che fa divieto dei trattamenti sanitari obbligatori che violino "i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Il solidarismo incentra l'attenzione sul valore della comunità, ponendo a cardine del proprio sistema quei comportamenti doverosi non solo e non tanto nell'interesse degli individui, quanto nell'interesse della collettività, alla quale essi appartengono. I doveri di solidarietà vengono imposti ai cittadini come limite all'esplicazione dei loro diritti inviolabili. La solidarietà è la *ratio* dei doveri inderogabili degli uomini dell'articolo 2 Cost., proprio come l'attenzione all'individuo, sia egli cittadino o straniero[25], è la causa dei diritti fondamentali.

L'impostazione del costituente di dare grande rilievo ai doveri di solidarietà testimonia la scelta di valorizzare l'originaria connotazione dell'uomo come essere relazionale e, dunque, destinato a vivere tra altri soggetti. In tal senso, si può sostenere, che «detto principio svolge una funzione di integrazione sociale e contribuisce perciò a garantire un minimo livello di omogeneità nella compagine sociale, ancorché pluralista e frammentata[26]».

Riguardo al tema della riconducibilità dei trattamenti sanitari di fine vita, ed, in particolare, del diritto di non curarsi e del supposto dovere del medico di eseguire *comunque* il trattamento salvifico, anche se indesiderato, è assolutamente necessario tentare di conciliare le diverse letture dei dati costituzionali[27].

Nel perseguire questo fine, si terrà sempre presente il principio di laicità dello Stato, entità politica assolutamente autonoma.

---

[25] V. ancora, Si veda, per tutti, E. ROSSI, *Commento all'art. 2 Cost.*, cit., vol. 1, p. 47 e ss.

[26] E. ROSSI, *ibidem*, p. 55

[27] Diversa, ma con stessi esiti della riflessione ora terminata, l'analisi di F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. discipl. pen.*, vol. IV, p. 422 e ss. L'A. imposta la riflessione sui principi giuridici a tutela della persona umana dividendo tra concezioni dell'uomo utilitaristiche e personalistiche. Le prime si dividono in utilitarismo collettivistico con preminenza dei fini statuali o collettivi ed uso strumentale dell'uomo; utilitarismo maggioritario, di origine benthemiana, che prevede il sacrificio dei pochi per il benessere del maggior numero di individui possibile; infine l'utilitarismo edonistico, che postula, in nome di un individualismo illimitato, un ritiro delle pretese pubbliche riguardo tematiche strettamente individuali, uno spazio libero dal diritto, in definitiva. Le concezioni personalistiche pongono l'uomo come fine e valore etico in sé. Conseguente e naturale il divieto di strumentalizzazione degli uomini per interessi extrapersonali. Conclude, l'A.: «(…) la nostra Costituzione muove da una concezione personalistica, in quanto si incentra sul primato della persona umana, in funzione della dignità e dello sviluppo della quale ha concepito consistenti componenti solidaristico-sociali che la caratterizzano(…).».

Come si è sostenuto in dottrina, si può tenere come principio guida quello della Costituzione, che: «si ispira anzitutto all'idea-forza della centralità e del primato della persona umana, considerata come soggetto di diritti in certo senso anteriori a qualsiasi riconoscimento dello Stato, e quindi non condizionati a finalità collettive di qualsiasi genere, anche se limitati e limitabili - ma non in qualsiasi direzione e misura - in vista di esigenze degli altri individui e della comunità, e quindi in vista dell'adempimento dei "doveri inderogabili di solidarietà" (art. 2).»[28] .

Dopo aver messo sul tavolo le regole minime del gioco, con una breve panoramica sulle norme costituzionali che tutelano la *vita* e la *salute* nell'accezione statica del Costituente, si proveranno a calare i risultati nella composita realtà sociale di oggi.

1.1 Le regole generali di tutela nel panorama costituzionale.

a) Il diritto alla vita: il ruolo interpretativo della Corte Costituzionale sull'art. 2 Cost.

La tutela dell'individuo, intesa nella sua complessità, necessita, per essere davvero affermata, della simultanea tutela del *diritto alla vita* e del *diritto alla salute*[29], intimamente connesso ai diritti di libertà.

E' compito dell'ordinamento nazionale e sovranazionale la costruzione di un'intelaiatura di tutele integrate dei due beni - fine primari dell'individuo.

In questo senso, pare utile fare breve riferimento, senza pretesa di esaustività, alle norme che proteggono tali essenziali beni giuridici dell'individuo: tra le fonti di carattere internazionale o convenzionale, aventi valore *sub*-costituzionale, il *diritto alla vita* trova solenne proclamazione nella Dichiarazione Universale dei diritti

[28] V. ONIDA, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, voce, *Costituzione italiana*, Torino, 1989, p. 329-330.

[29] F. MANTOVANI, *Tutela della vita e della persona umana (articoli 2, 31 e 32 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, p. 185-186, nella Collana *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, Roma, 2006.

dell'uomo, all'articolo 3, nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, all'articolo 6, nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, all'articolo 2, nella Carta Europea[30] dei diritti dell'uomo, all'articolo 3[31].

Benché molte carte costituzionali europee[32] indichino quale valore autonomo quello della vita dell'individuo, per quanto paradossale questo possa apparire, nella Costituzione della Repubblica italiana non si rinviene un espresso riferimento al diritto alla vita.

Ciò, ovviamente, non può far ritenere che l'ordinamento giuridico e la *voluntas* del Costituente abbiano tralasciato la tutela della vita[33] o abbiano inteso riconoscerle il valore di mero presupposto giusnaturalistico, quale antecedente logico necessario per il completo dispiegarsi del sistema dei diritti fondamentali.

Né, parimenti, pare possibile ritenere che il diritto alla vita debba essere ricostruito per il tramite di semplici disposizioni di legge, che -qua e là nel tessuto positivizzato- lo tutelano quale interesse alla conservazione biologica (ad es. gli artt. 575 e ss. c.p. e gli artt. 5, 443, 2043 e 2087 c.c.)[34].

Viceversa, è proprio l'art. 2 Cost., nella sua richiamata struttura personalistico-solidarista, a collocare nel cuore della costruzione costituzionale la persona umana, sia nella dimensione biologica, fisica e psichica, sia nella sua dimensione sociale, come tale calata tra gli altri individui. Solo in questa lettura, peraltro incontestabile, l'ordinamento può davvero riconoscere e garantire i diritti degli individui e favorire il pieno sviluppo della persona, mediante l'imposizione rivolta alla Repubblica della

---

[30] Sulla vita e la bioetica nei testi eurocomunitari, si veda R. BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Napoli, 2004, p. 217 e ss.

[31] F. MANTOVANI, *Tutela, ult. cit.*, p. 186.

[32] La Repubblica Federale Tedesca tutela, a mezzo dell'art. 2 della Costituzione, il diritto alla vita ed all'incolumità fisica di ciascuno, indicando altresì che sussiste un diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale. (La trad. è di F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Pisa, 1988, p. 209).

[33] G. GEMMA, Voce *Vita*, cit., p. 672.

[34] F. MANTOVANI, *Tutela, ibidem.*

rimozione degli ostacoli economici e sociali, forieri di diseguaglianze, e quella rivolta ai cittadini, *uti singuli*, dell'adempimento ai doveri inderogabili di solidarietà[35].

La tutela rafforzata del fondamentale diritto alla vita trova la propria apertura nell'art. 2 e la sua chiusura nell'art. 27, comma 4, della Costituzione, che ne diviene il vero correlato negativo, nella parte in cui vieta allo Stato, storicamente titolare indiscutibile dello *jus necandi*, di uccidere, anche in risposta alle più gravi violazioni di diritto[36].

Una tale ricostruzione dell'implicita presenza nel tessuto costituzionale del bene vita trova estrema e definitiva conferma nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale, in numerosi *obiter dicta* ha riconosciuto il valore supremo e tutelato dalla Carta fondamentale da attribuire alla vita.

Sul punto, per tutte le pronunce sembra essenziale richiamarsi alla sentenza n. 35 del 1997, intervenuta in tema di richiesta di referendum abrogativo parziale relativo alla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, nella quale è stato affermato che «tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Costituzione, denominando tale diritto come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale»[37]. Qualora vi fossero ancora resistenze interpretative circa la capacità della Costituzione di apportare forme di tutela diretta al bene giuridico della vita, si può con certezza affermare che gli interventi della Consulta abbiano fugato con chiarezza ogni perplessità[38].

Il progresso tecnologico, tuttavia, ha aperto nuove prospettive problematiche: l'avanzamento della scienza medica ed il generalizzato accesso alle strutture ospedaliere hanno reso attuale il tema della concezione della morte e, di riflesso, le

---

[35] F. MANTOVANI, *Tutela*, *ibidem*.
[36] F. MANTOVANI, *Tutela*, *ibidem*.
[37] Così, C. Cost., sentenza 30 gennaio-10 febbraio 1997 n. 35, nel cui testo si fa implicito richiamo ad altra e precedente pronuncia, sempre in tema di interruzione volontaria di gravidanza, segnatamente, C. Cost., 18 febbraio 1975, n. 27. Entrambe le sentenze sono rinvenibili nel sito *web www.giurcost.org*.
[38] F. MANTOVANI, *Tutela*, *ibidem*.

nozioni di vita da ritenere oggetto del diritto del singolo, dell'interesse della collettività e della tutela della Costituzione[39].

b) Libertà individuale, diritto alla salute ed autodeterminazione nelle fonti costituzionali. Aspetti positivi e risvolti negativi desumibili dell'enunciato della norma di cui all'art. 32 Cost.

La Costituzione Repubblicana prevede all'articolo 32 il diritto alla salute, inteso, come già affermato, quale complessiva situazione psico-fisica, tutelata come un vero e proprio *diritto fondamentale* dell'individuo.

Questa semplice notazione reca in sé la prima ed essenziale cifra del valore che il Costituente ha voluto riservare al bene della salute: soltanto con riferimento a questo argomento la carta costituzionale fa ricorso all'aggettivo *fondamentale*[40].

A tal proposito, per quanto possa apparire scontato, occorre evidenziare che la salute è un bene che assume contemporaneamente valore sociale, collettivo ed individuale: in questo senso, l'Assemblea costituente ha ritenuto di affermare il diritto del singolo e l'interesse della collettività, chiudendo la disposizione del primo comma con un'accezione sociale che si manifesta nella garanzia verso gli indigenti alle cure gratuite[41].

La disposizione del secondo comma segna la dimensione soggettiva del diritto alla salute, definendo il perimetro di uno spazio di assoluta autonomia del soggetto, che non può essere sottoposto obbligatoriamente ad un determinato trattamento sanitario, se non in adesione ad una previsione di legge e ciò, in ogni caso, nel rispetto della dignità umana[42].

---

[39] Per una panoramica sulle concezioni giuridiche, filosofiche e sanitarie di morte, sia consentito qui un rimando a M. L. VERDUCCI, *Scelte di fine vita e diritto penale*, Roma, 2014, p. 20 e ss.

[40] Come non manca di evidenziare G. M. FLICK, *Dovere di vivere*, cit., p. 8.

[41] V. ancora G. M. FLICK, *ibidem.*

[42] Significativo il passaggio sull'argomento di F. G. PIZZETTI, *Diritto di morire? Considerazioni sui principali profili del quadro costituzionale tracciato dalla Corte di Cassazione nella decisione sul "caso Englaro"*, in *Diritto di morire, decisioni* cit., p. 19 e

La stessa formulazione del secondo comma dell'art. 32, invita l'interprete ad una lettura congiunta con il primo comma dell'art. 13 Cost., in cui è rimarcata l'inviolabilità della libertà personale[43]: il combinato disposto delle due norme costituzionali costituisce il fondamento costituzionale per affermare l'esistenza di un diritto degli individui all'autodeterminazione, in tema di scelta del trattamento sanitario, salve eccezioni previste *per legge.*

D'altra parte, è davvero indiscutibile l'intimo intreccio tra i due valori della salute e della libertà[44], che partecipano entrambi e congiuntamente alla libertà morale e fisica dell'individuo: la prima si esteriorizza nella determinazione terapeutica, «*che inerisce il diritto di ciascuno alla salute, in quanto diritto fondamentale*»[45]; la seconda si intende «*fisica intesa come rispetto della propria integrità corporea*»[46].

Proprio questi sono i tratti di maggior interesse per delimitare la doverosità dell'intervento medico e per tentare di porre le condotte dei professionisti, che assistono pazienti in stato vegetativo e che assecondano i loro desideri di mettere fine alle proprie sofferenze, al di fuori dello schermo punitivo di ipotesi delittuose di cui si dirà nel prosieguo.

Nel commentare tale la norma costituzionale, la dottrina è solita distinguerne due risvolti, uno positivo e uno negativo.

Nella dimensione positiva emerge la "libertà di curarsi" garantisce che il soggetto portatore del diritto possa decidere volontariamente riguardo alle scelte che portano alla piena realizzazione di sé, e si sostanzia in un'azione od omissione dell'interessato.

---

ss., ove si legge (p. 22) che il secondo comma è «formula particolarmente solenne, in quanto caratterizzata dalla "doppia negazione", tipica della costruzione costituzionale delle libertà individuali inviolabili (tanto vero che la si ritrova agli articoli 13, 14 e 15).»

[43] Per un'analisi complessiva sui rapporti tra le due norme costituzionali e, in particolare, sui riflessi inevitabili delle diverse letture dell'art. 13 nel plesso dei significati attribuiti al secondo comma dell'art. 32 Cost., si rimanda a L. MONTUSCHI, *Commento all'art. 32*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna - Roma, 1976, p. 167.

[44] In questa direzione, si considerino le riflessioni di A. MORACE PINELLI, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita*, in *Le decisioni di fine vita*, cit., p. 40.

[45] Così Corte Cost. 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, p. 2694.

[46] Così Cass. Civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in P. BECCHI, *La Giustizia*, cit.

L'aspetto negativo del diritto alla salute, peraltro implicito nello stesso aspetto positivo - inteso quale diritto di libertà[47] - riguarda la pretesa degli individui a non subire pressioni che comprimano la propria sfera di autonomia, e si può riflettere nella "libertà da interventi indesiderati".

Questa si concretizza in un atteggiamento passivo o attivo e nel diritto di rifiutare attività, che altri intendano comunque espletare, finendo per calpestare, con l'imporre tale intervento, il principio di autodeterminazione[48].

Nell'articolo 32 della Costituzione troviamo al primo comma la "libertà di", al secondo la "libertà da". La prima parte dell'articolo in questione, infatti, disciplina la libertà di curarsi, intesa come tutela dell'integrità psico-fisica, di cui si è già accennato, nel prevalente interesse dell'individuo. Nella libertà di curarsi, però, va ricompresa anche la pretesa delle prestazioni terapeutiche, gratuite, riconducibili al concetto di "cure",[49] nell'interesse tanto degli individui, quanto della collettività.

Il secondo comma postula ciò che più da vicino ci riguarda: il diritto a non essere curato. Tale libertà negativa è limitata soltanto dalle previsioni di legge statale, l'unica fonte, di fatto, che può obbligare i cittadini a determinati trattamenti sanitari.

Sembrerebbe che il diritto sancito dall'articolo 32, protetto da una riserva di legge[50], lasci poco spazio ai dubbi circa la possibilità per i malati terminali di rifiutare o di richiedere la sospensione delle cure non volute e per i medici rianimatori, pneumologi o anestesisti di rimanere al di fuori dalle dinamiche sanzionatorie, per aver esaudito le legittime richieste del paziente; ma in realtà la strada che porta a queste conclusioni è molto tortuosa e impervia, specie con riferimento ai trattamenti sanitari da cui dipenda la permanenza in vita del paziente, tema di indubbia sensibilità etica.

---

[47] Sul punto, A. MORACE PINELLI, *Libertà di curarsi*, loc. ult. cit.
[48] In tal senso, ancora, M.B. MAGRO, *Eutanasia*, cit., p. 52.
[49] Così si legge in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTA, Torino, 2006, vol. I, p. 658.
[50] Pare qui il caso di evidenziare la portata innovativa della disposizione in esame, soprattutto alla luce del periodo del dopoguerra, nel quale, anche per ragioni sociali e culturali, i trattamenti sanitari non erano così diffusi, e per ragioni storiche le vaccinazioni e la permanenza manicomiale erano considerati *trattamenti indesiderati*. V. Ancora. L. MONTUSCHI, *Commento all'art. 32*, cit., p. 168.

Al fine di individuare se le norme statali pongano, in via generale e astratta, limiti orizzontali alla possibilità di rifiutare trattamenti terapeutici indesiderati, statuendo così di obblighi di cura, è necessario analizzare preliminarmente le previsioni di legge, di cui all'art. 5 c.c., in materia di disposizione del proprio corpo.

c) L'impatto dell'articolo 5 c.c. sul consenso della vittima: tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione.

Il primo, fondamentale, nodo riguarda il principio di indisponibilità della vita umana[51]. Tale principio, riconosciuto dalla maggioranza di coloro che operano nel campo del diritto, necessita, ovviamente, di trovare giustificazioni all'interno dell'ordinamento giuridico.

Come detto, la carta costituzionale nulla dispone, in maniera esplicita, letterale circa il diritto alla vita e i confini del suo sistema di tutele[52]; nondimeno, il diritto alla vita, per come desunto dalle fonti costituzionali e subcostituzionali, nella sua centralità nell'ordinamento democratico, non annovera, tra i suoi caratteri, quello dell'indisponibilità.

La dottrina dominante trova il fondamento giuridico del principio di indisponibilità della vita umana, oltre che nelle norme del codice penale che disciplinano i delitti di omicidio, nell'articolo 5 del codice civile del 1942[53].

---

[51] Si veda, però, chi in dottrina ha tentato isolatamente di negare un diritto alla vita, sulla base della valutazione che può esserci un diritto solo se ed in quanto vi sia la disponibilità del suo titolare. Così, NICOTRA GUERRERA, *"Vita" e sistemi di valori nella Costituzione,* Milano, 1997, p. 6 e ss. e p. 28 e ss.

[52] Sul punto si veda *Il Commento*, di A.VALLINI, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2008, p. 73: «(…) da nessuna norma di rango costituzionale si evince l'esistenza (di) un diritto alla vita inteso come *indisponibile,* almeno ove la funzione di tale aggettivo sia quella di tramutare quel diritto (chiamiamo le cose con il loro nome!) in un *dovere di mantenersi sempre e comunque in vita* (*per incidens:* se la vita è "indisponibile", come mai la stessa, quando destinata "naturalmente" ad esaurirsi, potrebbe -anzi addirittura dovrebbe- essere artificialmente protratta in virtù di una scelta unilaterale del medico? Non *dispone* forse il medico, in questo modo, dell'altrui vita?)».

[53] Per tutti si vedano R. RIZ, *Il consenso*, cit. pagg. 95 e ss. e F. MANTOVANI, *Trapianti e sperimentazione umana* in *Riv. it. med. Leg.*, 1983, p. 843.

L'articolo in esame, come noto, prevede il divieto degli atti di disposizione del proprio corpo, quando questi cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

A tal proposito, la dottrina ha efficacemente evidenziato la necessità di verificare il corretto valore giuridico da attribuire all'art. 5 c.c., al fine di comprendere, «se il rifiuto dei trattamenti sanitari, anche quando potrebbe condurre alla morte, integri una delle fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 5 c.c. oppure esuli da tale ambito in quanto espressione della libertà di decidere non già di morire quanto piuttosto di non sottoporsi a trattamenti in contrasto con i personali convincimenti etici, sociali, religiosi e con la propria dignità»[54].

Vi sono molti autori che leggono questo articolo come un principio generale del nostro ordinamento, estendendone la portata fino a renderlo un enunciato costituzionalizzato e l'usuale metro per confinare l'operatività dell'articolo 50 del codice penale[55].

Sebbene, nel silenzio della Costituzione, questa disposizione sembri quella che più direttamente disciplini i confini dei diritti della personalità, pare censurabile, agli occhi di altra parte dottrina, una lettura che ne allarghi smodatamente il contenuto. In primo luogo perché, osservando le questioni che sorsero durante i lavori della Commissione Parlamentare che approvò il progetto definitivo del *libro primo, delle persone* del codice civile, sembra evidente che tale disposizione, nata in seguito alle polemiche che una famosissima questione giurisprudenziale generò[56], si riferisce agli

---

[54] Così, testualmente, T. PASQUINO, *Il bene "vita" e l'integrità del corpo: note a margine dell'art. 5 c.c.*, in *Le decisioni*, cit., p.55 e 56.

[55] Per una panoramica della dottrina sul tema, si veda R. ROMBOLI, *Commento all'articolo 5*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 1988.

[56] L'*occasio legis* fu un caso giudiziario degli anni Trenta: un trapianto, dietro corrispettivo, di una ghiandola sessuale di un giovane in favore di un facoltoso anziano americano, che aveva perduto l'antica virilità. In tutti i gradi i giudici assolsero i medici che avevano proceduto all'intervento chirurgico. Motivo delle assoluzioni fu la non alterazione della funzionalità dell'apparato genitale. Cass., 31 gennaio 1934, come riporta S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, p. 84.

atti di autonomia negoziale dei privati[57]. Secondo questa lettura, abbracciata dalla maggioranza della dottrina civilista[58] e penalista[59], l'articolo 5 c.c. pone dei limiti all'autonomia negoziale degli individui, disponendo la nullità del contratto che prevede lo scambio: diminuzione permanente dell'integrità fisica verso corrispettivo in denaro.

Si deve ritenere, secondo l'opinione prevalente degli studiosi, che la disposizione del Codice civile non ha una portata tale da vietare gli atti volontari degli individui, diretti alla menomazione di sé, che ontologicamente non rivestono alcuna causa di origine negoziale. In nessun lato, per questo cammino, si scorge la legittimità dell'interpretazione che estende l'operare della norma nel campo del diritto penale. Nemmeno si rintracciano informazioni circa le caratteristiche di un diritto *indisponibile* o quali si possano ritenere, con certezza, tali[60].

Sorgono, peraltro, dubbi sulla conciliabilità storica e terminologica tra le scelte del legislatore del 1942 e quelle del costituente[61].

Alcuni autori sono persuasi circa l'inidoneità dell'articolo 5 c.c. ad essere paradigma per modellare la sagoma dell'insieme dei diritti della personalità, soprattutto alla luce dei dettati costituzionali. Infatti, il testo dell'art. 5 c.c. tratta il potere di

---

[57] Atti della Commissione Parlamentare, Parere sul Progetto del Libro Primo del Codice Civile, Delle persone, Roma 1942, p. 56.

[58] P. RESCIGNO, voce *Testamento biologico*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, XXI secolo, appendice VII, Roma, 2007, p. 367; F. GALGANO, in *Commentario compatto al Codice Civile*, Piacenza, 2008, p. 169 suggerisce che un'estensione eccessiva del principio privatistico dell'articolo 5 c.c., farebbe diventare la norma incostituzionale, per contrasto con l'articolo 13,1 Cost.

[59] F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Milano, 1997, p. 86 e ss. L'autore nota che la *ratio* negoziale dell'art. 5 cc. «più che introdurre un principio generale in ordine all'indisponibilità dei beni della persona (…) mira a regolare (e a consentire) fenomeni più specifici, come il contratto di baliatico e la cessione del sangue a scopo di trasfusione»; F. AGNINO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici.*, Torino, 2006, p. 71.

[60] Per F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 425 il principio di indisponibilità della persona umana comporta la disponibilità *manu propria* come lecita e tollerata; la disponibilità *manu alius* come illecita. Il principio di indisponibilità ha quattro corollari per l'A.: a) salvaguardia della vita, integrità fisica e salute del soggetto. b) salvaguardia della dignità della persona umana. c) eguaglianza e pari dignità dei soggetti. d) consenso del soggetto.

[61] V. ancora, T. PASQUINO, *Il bene "vita"*, cit., p. 56.

disporre del proprio corpo, mentre l'attuale dottrina prevalente ritiene preferibile, alla luce dei principi introdotti dalla Costituzione repubblicana, parlare di libertà sul o del corpo[62]. L'espressione potere sul corpo tende ad assecondare una bipartizione spirito-corpo oggi del tutto superata, e, poiché si gode di diritti e non di beni, sembra improprio parlare di godimento del corpo, essendo in questione il nodo della libertà di autodeterminazione[63].

Perché, dunque, si ritiene, comunemente, che l'articolo 5 c.c. sia una sorta di interpretazione autentica del contenuto della locuzione *diritti indisponibili?* Ed, inoltre, cosa dobbiamo intendere per disponibilità dei diritti?

Si parta dal secondo quesito: in assenza di una disposizione dell'ordinamento, si può provare a definire disponibile quel diritto di esclusiva pertinenza dell'individuo, mentre indisponibile quel diritto rispetto al quale lo Stato e la collettività avanzano pretese di salvaguardia, tali da far scolorire il diritto del titolare, sino ad escluderlo.

Possiamo, inoltre, indicare il contenuto della disponibilità di un diritto con la rinunciabilità alla tutela che l'ordinamento pone in sua difesa. Ora, i principi che caratterizzano i diritti della persona nella Costituzione sembrano far nascere una vera e propria antinomia tra l'art. 5 c.c., che pone come confine degli atti leciti di disposizione del proprio corpo il concetto statico dell'integrità fisica, ed il diritto alla Salute, tutelato a livello supremo dall'art. 32 Cost., come entità dinamica, comprensiva di corpo e psiche.

Si pone, oltre ad una questione di coerenza all'interno dell'ordinamento, una seconda questione terminologica, dalla lettura dell'art. 5 c.c.: l'integrità fisica è concetto che rientra di certo nei diritti dei cittadini, garantiti dell'articolo 32 Cost.[64],

---

[62] In questo senso, M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto*, cit., p. 64; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in *Vivere: diritto*, cit., p. 19.

[63] In questo senso anche: F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, II ed., Torino, 1997, p. 138. Vi si legge: «E' già discutibile l'assunto relativo agli 'atti di disposizione del proprio corpo', perché sembra rinviare ad un *soggetto metafisico*, al concetto che la persona umana sia una soggettività trascendentale (come sembra essere considerata quando si afferma che il *corpo è oggetto* dell'atto di disposizione); ma è addirittura impossibile la scissione tra persona e fisicità, tra corpo soggetto e corpo oggetto (…).». (Corsivi dell'Autore).

[64] Sul rapporto tra l'art. 5 c.c. e l'art. 32 Cost. si veda: R. ROMBOLI, *Libertà* cit., in *Vivere: diritto*, cit., p. 18.

ma, va detto, il diritto alla salute non si esaurisce nelle faccende meramente "fisiche" dell'individuo ma include e ricomprende anche l'aspetto psichico[65]. Si può, dunque, sostenere che se nel periodo di emanazione del Codice penale l'ordinamento riteneva oggetto privilegiato di tutela l'interesse dello Stato, tra cui ad esempio la stirpe, e, dall'altro, paternalisticamente, l'individuo, anche contro la sua volontà, in rispondenza di forti principi etici e religiosi; oggi, con la preminenza del principio personalista della Costituzione Repubblicana laica, si impone una tutela integrale della persona e dei suoi diritti[66].

A ciò si aggiunga che la mancanza di determinatezza del concetto di *disponibilità* dei diritti e di quali situazioni giuridiche possano definirsi con certezza *indisponibili* ha riflessi anche nel campo penale.

In particolare, la scriminante disciplinata dall'art. 50 c.p. stabilisce che non c'è antigiuridicità nell'azione di chi lede un diritto altrui con il consenso della vittima, a patto che il consenso esplichi i suoi effetti circa un diritto di cui il portatore *può validamente disporre*. La formulazione dell'articolo 50 c.p. è sintomo del principio di non contraddizione dell'ordinamento e anche di un'attenzione per la vittima del reato[67], troppo spesso esclusa dalla relazione punitiva che intercorre unicamente tra reo ed autorità giudiziaria; la rilevanza riconosciuta dal codice penale all'interesse della vittima e allo spostamento dell'asse della tutela dei suoi interessi rappresenta un elemento in conflitto con l'art. 5 c.c., nella parte in cui esso fa riferimento ai diritti di cui la persona *può validamente disporre*.

Anche in questa ottica, dunque, pare che l'ordinamento scelga come cardine un principio che manca di puntualità, in quanto -come già osservato - in nessuna disposizione di legge si può trovare una sicura qualificazione dei diritti indisponibili, né un'indicazione su quali si possano considerare realmente tali. Non solo, ma, come

[65] Così, G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 254 e ss. *Contra*, A. DE CUPIS, che vede come indistinguibili i concetti di salute ed integrità fisica in voce *Integrità fisica*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma,1989.

[66] Così anche la Corte Costituzionale esprimendosi sulla legge del 1982 sul cambiamento di sesso, definì tale intervento chirurgico lecito poiché terapeutico. Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161.

[67] Sul punto, vedi *infra*, 2.5

segnalato già da una dottrina risalente, l'operatività del principio di indisponibilità dei diritti rischia di far risaltare il valore di diritto di un dato pregiuridico[68], pertinente al dominio della morale, dato che invece chiede di essere giustificato dal diritto. Ed, in effetti, finché non subentrerà nell'ordinamento una norma che qualifichi espressamente i diritti indisponibili, l'art. 50 c.p., sul consenso dell'avente diritto, sembrerebbe peccare di tassatività, in quanto il rinvio ad altri settori del diritto per la delimitazione dell'operatività della scriminante rimane esposto al rischio di un completamento della norma favorevole affidato a categorie pregiuridiche e, dunque, sfuggenti.

Peraltro, se il diritto alla vita è certamente indisponibile, nell'accezione dell'inoperatività dell'art. 50 c.p., in virtù dell'esplicita previsione dell'art. 579 c.p., non facile sarà marcare i confini di validità del consenso dell'avente diritto, in forza della critica che larga parte della dottrina muove al classico schema che indica l'articolo 5 c.c. come limite dell'art 50 c.p.[69].

In verità, altra parte della dottrina ha rilevato che il problema della demarcazione dei limiti di operatività del principio scriminante del consenso dell'avente diritto, pare doversi mettere in sintonia con l'enunciato squisitamente civilistico dell'articolo 5 c.c. soltanto quando la condotta lesiva autorizzata nasca da un accordo di tipo contrattuale tra privati, con la conseguenza che sarà da considerarsi intrinsecamente nullo nel caso in cui la lesione, oggetto dell'accordo, sia di tipo permanente.

Da questa panoramica sugli atti lesivi del proprio corpo sembra fuoriuscire un dato: vi è differenza tra le lesioni che toccano il bene dell'integrità fisica e nascono da un accordo tra privati, il cui limite è la permanenza della lesione stessa, *ex* articolo 5 c.c., quelle che riguardano il bene della vita, sempre ed in ogni caso indisponibile, nell'accezione di irrinunciabilità alla tutela, anche da parte dell'avente diritto (per tutte

---

[68] O. VANNINI, *Il delitto di omicidio*, Milano, 1935, p. 116.

[69] Sul tema del consenso dell'avente diritto e su quali diritti debbano considerarsi *disponibili*, ampliamente: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, II ed., Milano, 2006 p. 202 e ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*,VIII ed., Milano, 2003, p. 432 e ss.

valga la disposizione del 579 c.p.), ed infine quelle che interessano il bene salute, diverse da quelle del primo gruppo.

In questo caso, il limite dell'integrità fisica sembra non dover operare, poiché ogni atto di disposizione (*rectius*: di libertà) del corpo, funzionale alla salvaguardia della salute, deve considerarsi lecito, in forza della disponibilità di questo diritto, sancita costituzionalmente dall'articolo 32, secondo comma[70], a fronte del quale il precetto dell'art. 5 c. c. deve considerarsi ovviamente cedevole.

Queste considerazioni, inoltre, valgono per le etero-aggressioni dei beni fisici, mentre la via dell'articolo 5 c.c. non vale a spiegare l'indisponibilità della vita dalle aggressioni *manu propria* e, in assenza di disposizioni penali che sanzionino le autoaggressioni, nella forma dell'automutilazione o del suicidio, anche tentato, sembra si debba concludere per la liceità delle condotte autolesive[71].

Su questa lunghezza d'onda, è stato osservato come vi siano due possibili inquadramenti del rapporto tra autodeterminazione ed integrità fisica: come elementi in continuità, secondo cui l'autodeterminazione sarebbe aspetto costitutivo della libertà degli atti dispositivi, ovvero come elementi distinti, oggetto di due diritti soggettivi dell'individuo. Accettando questa seconda impostazione, in ogni caso, il possibile conflitto tra i due diritti dovrebbe essere composto con preminenza di quello costituzionale del diritto all'autodeterminazione, non comprimibile dalla norma civilistica.[72]

---

[70] In questo senso G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 203, ove si legge: «*L'integrità fisica* è illimitatamente disponibile quando l'atto di disposizione del corpo sia funzionale alla *salvaguardia della salute*, come nel caso di consenso all'asportazione di un organo.» (Corsivo degli Autori).

[71] In questo senso F. AGNINO, *Il consenso informato*, cit., p. 71; P. RESCIGNO, voce *Testamento*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, cit., p. 367.

[72] Per questa lettura, v. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione* cit., 97. Nella conclusione della riflessione, l'A. osserva: «La salute e/o l'integrità fisica – ma lo stesso discorso può essere parallelamente riferito alla vita, in quanto diritto di libertà ricavabile dall'art. 2 Cost. – non potrebbe, dunque, essere oggetto di protezione contro la volontà del titolare stesso, pena una visione social-statalista di tali beni, incompatibile con la concezione personalistica del nostro ordinamento costituzionale.»

Né valga quella teoria che vede nell'assenza di disposizioni penali sul suicidio o sul tentato suicidio mere scelte di politica criminale[73]: la mancata previsione di tali reati (per la verità già puniti dai codici preunitari) esprime il mutato sentire della società riguardo la libera determinazione dei privati. Tacendo d'altre interessanti teorie che configurano il suicidio come vero e proprio diritto costituzionale[74] (tramite la valvola dell'articolo 2 Cost.), si deve affermare che per il nostro ordinamento la libera determinazione al suicidio o all'autolesione è fatto certamente accettato e posizionato in una sorta di limbo tra il lecito e l'illecito, il non permesso e non punito, o, se si preferisce il non permesso e neanche garantito[75].

Si segnala, poi, una dottrina[76] che avanza un importante dubbio sul rapporto tra la norma penale di cui all'art. 50 c.p. e la norma civile di cui all'articolo 5 c.c. La ricostruzione tradizionale della relazione tra le due disposizioni, si sostiene, ne ha alterato la connotazione: la regola penale è divenuta derogatoria ed opera residualmente rispetto alla norma del codice civile. Altrimenti argomentando, si potrebbe dire che l'art. 50 c.p. è una norma penale in bianco, che rinvia per la sua operatività ad una norma di diritto civile; risulta difficile configurare un divieto sancito dal codice civile che modifica l'ambito di operatività della norma penale di favore, soprattutto quando la prima intervenga a limitare il vantaggio che la seconda accorda all'agente. Prosegue questa lettura: sembra illogico che una norma penale, informata al principio del *favor rei,* sia limitata da una norma civile, destinata a sancire l'invalidità di negozi tra privati (nullità, annullabilità, risarcibilità del danno). Si deve, in

---

[73] Per tutti F. CARRARA *Programma del corso di diritto penale, parte speciale*, 4 ed., vol I, Lucca, 1878, p. 216. Alti ritennero priva di inefficacia deterrente la pena nei confronti di chi pone in essere la condotta autolesionistica, in tal senso C. BECCARIA *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, qui in una nuova edizione, Torino, 1965, p. 79, vi si legge: «Il suicidio è un delitto che sembra non poter ammettere una pena propriamente detta poiché ella non può cadere che o sugli innocenti, o su di un corpo freddo ed insensibile.». Per un approfondimento e richiami bibliografici si veda: F. GIUNTA, *Diritto di morire…*. cit., p. 84.

[74] Di questo avviso L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Indice Penale*, 2000, p. 480-481, anche in *Il diritto e la differenza, Scritti in onore di Alessandro Baratta,* a cura di R. DE GIORGI, Lecce, 2003, p. 563.

[75] In questo senso F. GIUNTA *Diritto di morire…*, cit., p. 86, si veda anche F. RAMACCI, *Premesse*, cit., p. 202 e ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 710.

[76] Sul tema ampliamente: M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto*, cit., p. 62-89.

definitiva, concludere che l'operatività dell'art. 5 c.c. non può essere estesa all'art. 50 c.p., in virtù dei principi di tassatività, determinazione e del *favor rei*[77].

In conclusione, pare logico affermare che, a partire dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ed in maniera via via crescente, l'art. 5 è stato ridimensionato nella sua valenza e non pare davvero possa essere il perno su cui far ruotare una pretesa limitazione dei diritti individuali all'autodeterminazione. D'altra parte, le «modifiche tacite» subite dall'art. 5 c.c. sono state riconosciute finanche dalla giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite, che ha condotto la Cassazione ad impostare il rapporto tra individuo e corpo in termini di *libertà* e non di *potere*[78]. In definitiva, una concezione *disponibile* del corpo, nel solco direzione tracciata dalla Convenzione di Oviedo e dalla Carta di Nizza[79].

1.2 (segue) I valori costituzionali nell'era della società secolarizzata. Affermazione ed implementazione del principio di laicità come parametro costituzionale. Effetti riflessi sulla funzione sociale del sistema penale.

E' inevitabile, dopo aver fotografato i precetti costituzionali di tutela del diritto alla vita e del diritto alla salute ed i limiti agli atti di disposizione del proprio corpo,

---

[77] Sull'argomento: S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione* cit, 220 e ss., si fa rimando al lavoro anche per le notazioni bibliografiche.

[78] il riferimento è a Cass. pen. SS. UU., 21 gennaio 2009, n. 2437, Giulini, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 447, con commento di M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*. La Corte ha osservato che: «l'entrata in vigore della Carta costituzionale avrebbe prodotto "modifiche tacite" all'art. 5 c.c., in particolare attraverso la sostituzione del concetto statico di integrità fisica, con quello dinamico di salute, di cui all'art. 32 Cost., riconducendo, poi, il concetto ed il limite dell'ordine pubblico ai principi generali dell'ordinamento, come tali non superabili dal singolo, così come enucleati dalla stessa Carta fondamentale. Con l'entrata in vigore della Costituzione, pertanto, e con l'affermarsi del principio personalista ivi enunciato, la *quaestio* relativa alla portata dell'art. 5 del codice civile non andrebbe più impostata in termini di "potere" di disporre, ma di "libertà" di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario ed inscindibile della persona come tale; e, quindi, in termine di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo.»

[79] In questi termini, esplicitamente, S. TORDINI CAGLI, *op. ult. cit.*, 234, ove si rimarca che: «l'unica via di sopravvivenza della disposizione (di cui all'art. 5 c.c.) sembra essere legata ad un netto ridimensionamento della sua portata, che torni, così, ad abbracciare solo gli atti negoziali ad effetti obbligatori.»

sanciti nel codice civile, tentare di far muovere queste norme sulla scena della società attuale, nella sua dimensione (post) secolarizzata[80]. Con questa accezione si intende indicare la società che, dopo le accese contrapposizioni dei secoli passati, riesca a riconoscere nelle comunità religiose attori sicuri della vita comune[81], senza che per questo motivo lo Stato rinunci alle proprie prerogative essenziali: in questo quadro, si è osservato, che il ruolo delle confessioni è di carattere pubblico, sia pure sullo sfondo di una società pluralista e secolarizzata[82].

In questo senso, nonostante alcuni studiosi abbiano registrato, anche recentemente, una certa tendenza all'estremizzazione delle inconciliabili posizioni religiose e laiche[83], rimarcando l'insensatezza e l'anacronismo di una tale degenerazione, si può, dopo decenni di assestamento, ormai ritenere condivisa la *sfera pubblica polifonica*, teorizzata nel dopoguerra[84].

Sull'affermato sfondo della scena pluralista, non c'è dubbio che il principio di laicità[85] costituisca, coma già detto, quella lente irrinunciabile attraverso la quale leggere ed interpretare i diritti costituzionali in generale e quelli di cui *supra* si è brevemente fatto cenno in particolare.

---

[80] Ha osservato S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, p. 141 che: «Il processo della c.d. secolarizzazione – la dinamica che conduce alla graduale affermazione della laicità – nasce come negazione del privilegio di pochi legittimato su presupposti di ordine sovranaturale, teocratico o extracivico: segna il progressivo passaggio storico da un diritto fondato su "status" differenziati (di origine nobiliare, ecclesiastica, ecc.) a un diritto imperniato sullo "status" unico di *cittadino* strutturato sul principio di uguaglianza (di diritti e di doveri).» L'A. rimarca l'originario significato di secolarizzazione come confisca dei beni ecclesiastici, finendo nella sua evoluzione per denotare «la sostituzione della mentalità, della morale e del diritto a impronta religiosa con equivalenti razionali.»

[81] In questa accezione anche D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 60.

[82] In questi termini si è espressa L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 3.

[83] Si veda, sul punto, G. E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. CERETTI e L. GARLATI, Milano 2007, p. 27 e ss.

[84] J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Bari, 1997, p. 164 e ss. In queste pagine, l'A. constata il venir meno, nella società post-secolare, dello scontro culturale tra mentalità confessionali e mentalità laiche, solo se nella sfera pubblica sia garantito il pluralismo di visioni del mondo, sulla comune base del rispetto reciproco.

[85] Cfr. ancora, F. STELLA, *La laicità*, cit., p. 308; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 7 e ss.

Certo, in una realtà pubblica in cui spesso l'unità statale appare sfaldata e via via, per ragioni varie, sempre meno autorevole ed, allo stesso tempo, l'autorità religiosa principale si muove libera ed in totale autonomia[86], non mancano momenti in cui vengono ciclicamente alla ribalta incertezze, instillate anche tramite questioni terminologiche riportate sulle pagine degli organi di stampa generalisti[87], finalizzate a screditare la laicità e a fare apparire il pluralismo, che essa reca con sé, come instabilità, relativismo[88] o, comunque, rivolo di carattere ideologico.

In questo panorama, l'*uso pubblico della ragione* teorizzato negli Stati Uniti da Rawls[89], si capovolgerebbe, tornando alla situazione della dittatura di un gruppo -vincente- sull'altro.

Ma, a ben vedere, il revanchismo di contrapposizioni ideologizzate appare la marca di una battaglia di retroguardia di attori, spesso politici, che tentano invano di

---

[86] Ancora, G. E. RUSCONI, *Laicità*, *ibidem*.

[87] Il riferimento è alla *querelle* terminologica tra laici (da intendersi come credenti non ministri di culto ed anche come non credenti moderati) e laicisti (estremisti anticlericali, secondo la lettura). Sul punto, molte sono le voci dei commentatori. V. J. HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 17 e ss; G. BONIOLO, *Introduzione*, in *Laicità e Stato di diritto*, cit., XXVI, D. PULITANÒ, *Laicità*, cit., p. 61.

[88] Il relativismo è senza dubbio il termine più abusato in chiave negativa: ne propone una difesa, nell'ottica dell'antitesi all'assolutismo, G. GIORELLO, *Relativismo*, in *Laicità e Stato di diritto*, cit., p. 230.

[89] L'A. nella sua opera, cerca di introdurre un principio di interazione pacifica tra ragioni corali e ragioni politiche, in uno spazio collettivo di laicità e di tolleranza di tutte le credenze, religiose e non. Cfr., per tutti, J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano,1994.

superare quel multiculturalismo[90], socialmente ormai inarrestabile e giuridicamente condiviso dalla giurisprudenza nazionale e sovrannazionale ad ogni livello[91].

Si manifesta come conferma esemplare di quanto appena sostenuto la celeberrima sentenza della Corte Costituzionale n. 203 del 1989[92], nella quale si legge che «i valori richiamati concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 della Costituzione), a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica. Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale.».

Il principio supremo a cui si riferisce il Giudice delle leggi evidenzia che, nel tessuto costituzionale, non c'è più spazio per le letture religiose pubbliche, che pretendano l'affermazione di principi sociali assoluti e, conseguentemente, l'esclusione delle altre diverse concezioni etiche[93].

---

[90] La società multiculturale è ormai riconosciuta anche nel campo del diritto penale, in cui fioriscono pubblicazioni di rilievo in tema di reati culturalmente orientati. Per una bibliografia di massima, si vedano, G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo ed estranei. Saggio sulla società multietnica*, Milano, 2000, p. 29, il quale sostiene che il pluralismo, a differenza del multiculturalismo, rispetta le diversità, ma non contribuisce a fabbricarle, non conduce politiche attive di riconoscimento, ma «*sostiene e alimenta una società aperta che riflette un ordine spontaneo*». Sullo stesso tema e nello stesso senso, V. CESAREO, *Società multietniche e multiculturalismi*, Milano, 2000, *passim*, che afferma che il pluralismo culturale indica la compresenza di differenti opzioni culturali nelle diverse sfere della vita, mentre il multiculturalismo si fonda sulla rivendicazione e sulla richiesta di riconoscimento delle differenze culturali; C. DE MAGLIE, *Culture e diritto penale: premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 3, p. 1117; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

[91] In dottrina, v. C. DE MAGLIE, *Società multiculturali e diritto penale. La* cultural defense, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, p. 215 e ss., v., in particolare, p. 217: «Il *multiculturalismo*, che ormai domina molte prospettive di analisi delle società attuali, è il segno più importante di questo mutamento di paradigma: non è una teoria omogenea, dato che ne esistono varie e variabili versioni, ma costituisce comunque una dimensione necessaria nello studio non formalistico di vari fenomeni sociali, e quindi anche giuridici.»

[92] Corte Cost., 12 aprile 1989, n. 203.

[93] Anche se non manca chi, nei giorni nostri, si oppone a quella che individuata come la tirannide relativista: F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici - missionari della c.d. "morte dignitosa"*, in *Dir. fam.*, 2009, I, p. 299 e ss.

Anche altre disposizioni costituzionali concorrono a delineare i tratti essenziali del principio di laicità: l'art. 3[94] che, nello stabilire l'uguaglianza dei cittadini esprime un chiaro rifiuto di differenziazioni basate sull'appartenenza (o: sulla non appartenenza) a determinati gruppi, siano essi religiosi o soltanto politici[95]. L'art. 8 che sancisce l'uguaglianza e la libertà delle confessioni avanti la legge dello Stato, che mitiga[96] il trattamento preferenziale riconosciuto alla confessione cattolica nell'art. 7, nel quale, comunque, lo Stato si proclama indipendente e sovrano rispetto alle gerarchie ecclesiali, che potranno rivendicare poteri politici e secolarizzati soltanto, nel proprio ordine e, dunque, nel territorio della Città del Vaticano[97].

Un ruolo primario in punto di laicità e di primazia della persona umana nel sistema costituzionale è da attribuirsi ai principi del diritto penale. Gli articoli 13, 25 secondo comma, 27 primo e terzo comma[98]. Come si è notato in dottrina la centralità del *fatto*, sublimata nei principi di materialità e di offensività, richiede che il magistero penale sia necessariamente laico.

In altri termini, si può affermare che con tali principi costituzionali il diritto penale si sia sganciato, definitivamente, da *religio* ed *ethos*, trovando una completa secolarizzazione[99]: nel rifiuto di ogni forma di *versari in re illicita*, il fatto penalmente

---

[94] Vedi: A. S. AGRÒ, *Commento all'art. 3, primo comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 123 e ss.

[95] L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 18.

[96] L. RISICATO, *op. ult. cit.*, p. 16. L'A. definisce il portato dell'art. 7 *"ambiguo"* ed *"appena temperato dai successivi articoli 8 e 20."*.

[97] C. A. VIANO, *Laici in ginocchio*, Roma-Bari, 1996, p. 15.

[98] Sul punto e con preziose riflessioni sull'origine del rapporto tra pena e tipicità, si veda S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 129. Si legge: «La costruzione dell'illecito personale è, infatti, proponibile, fondandola su ben più affidabili basi normative, come, ad esempio, per quel che concerne il nostro ordinamento, la regola costituzionale della personalità della responsabilità penale, che si inserisce armonicamente nel più ampio contesto normativo imperniato sul valore della persona, considerata nella sua integrità fisica e spirituale.».

[99] Tali argomenti, ovviamente, valgono per ogni branca del diritto. Piace qui rinviare per un'analisi storica ed etimologica del termine laicità e per le connotazioni giuridiche di tale concetto, con un'angolazione prettamente civilistica a G. ALPA, *Laicità e diritto privato*, in *Laicità e stato di diritto* cit., 209 e ss., v. in particolare p. 211: «Laicità dunque è anche una dimensione giuridica, nel senso della distinzione tra valori religiosi e valori giuridici, così come sono distinti i valori etici dai valori giuridici, anche se il diritto se ne può appropriare.

rilevante deve essere previsto per legge e rifuggire ogni forma di sanzione per comportamenti di vita o, peggio, per appartenenza a gruppi di persone, che svuoterebbero, a ben vedere, la funzione general e special preventiva della previsione del fatto stesso. Del pari, la risposta sanzionatoria dovrà essere concretamente commisurata alla gravità del fatto, se si vorrà rendere davvero effettiva - almeno nelle sua enunciata tensione - la finalità rieducativa della pena[100].

Come detto, l'illecito penale si individua nella condotta effettivamente lesiva di beni giuridici oggetto di tutela: in questo senso, assume valore centrale il criterio del danno, posto in stretta correlazione a quella dei beni giuridici, che appare uno strumento essenziale per comprendere le evoluzioni della società contemporanea, rispetto al panorama giuridico e culturale che ha caratterizzato il periodo storico nel quale è stato concepito il codice penale[101]. Ciò posto, deve evidenziarsi in questa sede che la funzione limitativa dell'illecito penale svolta dalla teoria del bene giuridico, pur in assenza di clausole fisse e sicure, individuate *per legge*, garantisca una continuativa forma di dialogo con la società viva e con i diritti che essa con il tempo modifica, alcuni introducendoli, altri obliterandoli dal novero dei fatti oggettivamente meritevoli di tutela, attraverso la valvola[102] aperta contenuta nell'art. 2 Cost.[103] Dal secondo dopoguerra, la teoria dei bei giuridici, ha contribuito a selezionare i valori meritevoli

---

La scelta dell'appropriazione deriva dalla volontà della maggioranza, cioè dalle scelte parlamentari, dai principi costituzionali, dai principi derivanti dal diritto europeo.»

[100] In questi termini, v. ancora S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale*, 140 e ss.

[101] Il principio del danno o del danno altrui è uno dei punti saldi del liberalismo giuridico, ricondotto essenzialmente a S. Mill ed a J. Feinberg. Nella visione liberale, il danno è distinguibile in *setback* quale lesione di un interesse normativamente tutelato, e *wrong*, quale lesione di un diritto soggettivo: il diritto penale dovrà intervenire solo in caso di lesione sia all'interesse sia al diritto, rimanendo esclusa la lesione consentita, che è un *setback* non *wrong*. Per un'analisi adesiva, v. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione* cit., p. 103. Per una visione critica, v. G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, p. 283 e ss., nel quale l'A. certifica la crisi dell'idea liberale della preesistenza del bene giuridico all'ordinamento (p. 290), finendo con evidenziare l'autoreferenzialità della neutralità assiologica delle dottrine liberali e l'ambiguità del criterio del danno (p. 316 e ss.)

[102] Sul tema dei rapporti tra ordinamento, società e valutazioni dell'ordinamento sulla scorta dell'evoluzione dei rapporti sociali, v. P. RESCIGNO, *La società pluralista*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 6.

[103] In questo senso, S. MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., p. 176.

di tutela penale, fornendo un contributo per l'emersione del diritto penale contemporaneo dagli ancoraggi etici e religiosi, retaggi di epoche passate. I parametri forniti dai beni giuridici, pur se non sempre affidabili e anzi spesso forieri di accese dispute dottrinali, hanno così fatto venire alla luce significativi processi evolutivi che riguardati, ad esempio, i reati concernenti la tutela della religione di Stato, i delitti contro l'integrità della stirpe, i delitti contro la morale sessuale[104].

Il nucleo essenziale dei reati in questione è stato via via sottoposto ad un paziente intervento di ortopedia costituzionale dai giudici della Consulta, che - anche per questa strada - hanno riaffermato, una volta di più, il carattere laico e plurale del nostro attuale sistema giuridico, con particolare attenzione all'area del diritto penale[105].

Dunque, anche alla luce di tali pronunce, il riaffermato principio di laicità deve essere la chiave attraverso la quale interpretare (tra gli altri) il diritto alla vita e quello alla salute, ampliando così le letture minime *supra* proposte e certificando, in ogni caso, la preminenza dell'interesse individuale, rispetto a superate visioni per le quali i diritti in argomento siano suscettibili di divenire, a causa di ragioni collettive, degli autentici doveri sociali.

1.3 Limiti all'autodeterminazione: considerazioni critiche sul trattamento sanitario obbligatorio, rapporti con la nutrizione ed idratazione artificiale.

Alla luce del principio di laicità e dell'interpretazione che esso impone dei diritti personali in genere, si deduce, come visto, un vero e proprio diritto di autodeterminazione del singolo che, in relazione al proprio corpo, può liberamente operare scelte incoercibili, con riguardo alle opzioni, positive e negative, connesse al diritto alla salute. Questa è la conseguenza della generale, sia pure contrastata, *disponibilità* del corpo e della lettura più consona del diritto alla salute, nella sua accezione ampia, declinato dalle previsioni dell'art. 32 Cost.

---

[104] Per un *excursus*, v. T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1989, p. 1301.
[105] Così, ancora, L. RISICATO, *Dal "diritto"*, cit., p. 19.

La norma costituzionale prevede delle deroghe al principio di rinunciabilità delle cure, che devono essere stabilite per legge e sempre avendo riguardo ai limiti imposti dal rispetto della persona umana.

I trattamenti sanitari obbligatori (TSO)[106] trovano la loro genesi nella corrispondenza tra gli interessi del paziente e quelli generali della collettività[107]. Due punti sono immediatamente da chiarire: i trattamenti imposti per legge non possono comportare conseguenze negative per le persone che vi sono sottoposte e devono trovare la loro giustificazione nel pericolo che la mancata terapia possa arrecare alla salute pubblica e, dunque, nel rischio di contagio[108].

Inoltre, le limitazioni al diritto dei cittadini devono possedere caratteristiche di proporzionalità rispetto all'effetto positivo sulla salute altrui, che si deve soppesare secondo lo schema del bilanciamento dei valori. Con la legge n. 180 del 1978, che stabilì la definitiva chiusura dei manicomi in Italia, il legislatore ha sancito la generale consensualità dei trattamenti terapeutici, anche nel settore delle malattie mentali, riducendo ad un campo di residualità, per giunta ristretto da specifiche condizioni positivizzate, i trattamenti sanitari obbligatori in questo settore della medicina[109].

---

[106] M. PARODI GIUSSINO, *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro It.*, 1983, I, p. 2660.

[107] Sul punto si veda F. MANTOVANI, *Tutela della vita e della persona umana (articoli 2, 31 e 32 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, cit. p. 199-200. L'autore sostiene che il T.S.O. deve rispettare tre parametri: A) coincidenza della contemporanea salvaguardia della salute individuale e della salute collettiva B) la riserva posta dall'art. 32, secondo comma Cost. sia assoluta e di legge statale C) rispetto della persona umana.

[108] Ma v. M. L. VERDUCCI, *Scelte di fine vita*, cit., p. 70, che inserisce tra le forme di T.S.O. anche il *ricovero dell'intossicato da stupefacenti per cure disintossicanti.* In realtà, non pare che possa sorgere un obbligo per il dipendente da sostanze a disintossicarsi: l'unico momento in cui l'intervento sanitario è dovuto è quello delle cure salvavita con il soggetto incosciente, ma la vicenda sarebbe più correttamente da ricondurre nell'alveo delle situazioni di emergenza in cui il sanitario, in assenza di un esplicito dissenso del paziente, è obbligato ad apprestare le misure terapeutiche necessarie, al fine di scongiurare il rischio di morte.

[109] Si veda il testo dell'articolo 1 della legge n.180/78, che segnò la chiusura dei manicomi in Italia. Il trattamento sanitario obbligatorio per i malati mentali può esservi solo con A) urgenza di interventi terapeutici; B) consenso non prestato a causa dell'incapacità del malato di comprendere natura, significato e finalità dell'intervento medico; C) situazioni rispetto alle quali non esistono alternative misure sanitarie extra ospedaliere.

La nozione di tale trattamento è ampia, comprendendo oggi prevalentemente il campo delle vaccinazioni obbligatorie, che sembrano, a ben vedere, appartenere più alla categoria della prevenzione sanitaria che non a quella dei trattamenti sanitari veri e propri[110].

Una riflessione, sul punto, meritano due problematiche complesse, ampiamente discusse dalla dottrina, circa il rifiuto delle cure e la possibilità di intervenire coattivamente sul corpo altrui: la prima riguarda il rifiuto di emotrasfusione per motivi religiosi da parte dei testimoni di Geova[111]. Laddove il rifiuto venga espresso da un soggetto maggiorenne, sano e nell'interesse proprio sembra che il diritto di non curarsi, configurato dal secondo comma dell'art. 32 Cost., trovi una delle sue naturali applicazioni.[112] Non trova, invece, giustificazione nella suddetta norma la pretesa dei genitori di rifiutare, per i già detti motivi religiosi, l'emotrasfusione salvifica per il figlio minore: in questo caso l'illegittimità del rifiuto proviene dal supposto, e non esistente, diritto dei genitori di esercitare un diritto personalissimo del figlio. Questa soluzione non è prospettabile in virtù di un ovvio bilanciamento[113] tra il valore (superiore) della vita ed il valore (inferiore) del convincimento religioso[114].

Anche il secondo caso sensibile in esame, ossia l'alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame, può considerarsi in contrasto con il dettato costituzionale e le norme internazionali.

I principi di difesa dell'ordine pubblico che ispirano tale disposizione periscono davanti alla generale e netta presa di posizione del costituente riguardo la rifiutabilità

---

[110] Per un'analisi sul trattamento sanitario obbligatorio e sui nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sul tema della risarcibilità del danno a causa di questi trattamenti si veda ancora: R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario*, cit., I, p. 668.

[111] Efficacemente, L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 76, paragona le dichiarazioni scritte contrarie all'emotrasfusione alle dichiarazioni di *living willing*, ora per allora: con evidente paradosso, l'inattualità è difetto rilevabile per le dichiarazioni generali e non per quelle dei Testimoni di Geova, nonostante le notevoli differenze tra i due tipi di rifiuto.

[112] Così, tra gli altri, A. MANNA, in *Reati contro la persona*, Torino, 2008, p. 53.

[113] Sul bilanciamento tra i beni del convincimento religioso e la vita, v. ancora L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p.76.

[114] Così ancora A. MANNA, *Reati*, cit., p. 52.

dei trattamenti terapeutici, tra i quali rientra certamente la nutrizione artificiale o, comunque, non voluta.

A tal proposito si consideri che la dottrina italiana[115] e le associazioni dei diritti umani e di medici hanno fortemente deprecato il ricorso a tali forme di alimentazione, illegittime e purtroppo comuni, specie nei penitenziari di alta sicurezza nordamericani[116].

Si segnala, peraltro, come sul tema sia più volte e di recente, intervenuta la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, da ultimo, ha affermato l'inammissibilità di un ricorso di un cittadino svizzero che invocava la scarcerazione ricorrendo alla sospensione dell'alimentazione[117]. In particolare, la Corte EDU è stata chiamata a pronunciarsi su una decisione di un Tribunale svizzero che imponeva l'alimentazione coatta, ritenendola compatibile con la Convenzione, per il particolare *iter* processuale che caratterizzava il caso specifico. Nondimeno, nel provvedimento la Corte EDU riconduce astrattamente l'alimentazione forzata non solo alle tradizionali violazioni del diritto alla vita (come visto, *sub* art. 2), ed al divieto di tortura (*sub* 3)[118], ma anche al divieto di ingerenze statali nella vita privata dei cittadini (*sub* 8)[119]. La Corte, infine, nel dichiarare l'inammissibilità del ricorso, ha confermato che l'interruzione coatta dello sciopero della fame è possibile laddove sia necessaria, cagionata in sicurezza e

---

[115] Sull'argomento, per tutti, E. FASSONE, *Sciopero della fame autodeterminazione e libertà personale*, in *Quest. giust.*, 1982, p.335 e ss.

[116] Si veda l'interessante e recentissimo approfondimento sul tema di F. FLORIT, *Guantanamo: l'alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame* 'put on screen', in *Quest. Giust.* (http://www.questionegiustizia.it/articolo/guantanamo_l-alimentazione-forzata-dei-detenuti-in-sciopero-della-fame-put-on-screen_17-12-2014.php).

[117] Cedu, 26 marzo 2013, C. Rappaz vs. Svizzera, in *www.penalecontemporaneo.it*.

[118] Art. 3 «*Proibizione della tortura*: Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti.».

[119] Art. 8 «*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.».

con procedure non classificabili come tortura[120]. Conclusioni queste del Giudice convenzionale che, occorre rilevare, appaiono in contrasto con gli approdi della dottrina penalistica, secondo la quale il diritto negativo alla libera autodeterminazione non può essere legittimamente superato dal diritto sociale, che si concretizza in un obbligo di soccorso, *sub specie* nutrizione[121].

Il tema della classificazione della alimentazione come vero e proprio trattamento sanitario e terapeutico è, poi, stato diffusamente affrontato con specifico riferimento alla nutrizione ed idratazione artificiale per mezzo del sondino nasogastrico. Secondo le gerarchie ecclesiastiche, qualche specialista sia dell'area medica che giuridica, il trattamento di nutrizione ed idratazione artificiale non rappresenta una vera terapia, quanto piuttosto un reale sostegno vitale che, come tale, non è rinunciabile senza incorrere in sanzioni, anche di carattere penale[122]. In questa direzione militava il noto ddL Calabrò[123] sul c.d. biotestamento, che –dopo essere approvato dal Senato nel 2009- non divenne mai legge. La proposta prevedeva espressamente la non rifiutabilità della nutrizione ed alimentazione artificiale[124].

---

[120] Per un'illustrazione della controversia, v. M. PELLAZZA, *L'alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it).

[121] Così, G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Quest. Giust.*, 1982, p. 363.

[122] Secondo un recente parere del Comitato Nazionale di Bioetica la nutrizione e l'idratazione artificiale sono «atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per il vivere», in *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005. Se è vero che l'approdo del CNB è stato questo, va detto che i componenti dell'organo consultivo del Governo si sono praticamente "spaccati a metà". La *dissent opinion* della numerosa minoranza è pubblicata sul sito del CNB. Si veda, *www.governo.it/BIOETICA*. Nello stesso senso della maggioranza del Comitato Nazionale di Bioetica anche la Chiesa Cattolica, la cui posizione ufficiale è stata esposta il 20 marzo 2004 da Papa GIOVANNI PAOLO II nel discorso *Life-sustaining and vegetative state: scientific advances and ethical dilemmas*.

[123] L. RISICATO, *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2009, www.statoechiese.it, p. 4, osserva come la esclusione dell'idratazione e nutrizione artificiale dalle direttive anticipate equivale ad una loro «sottrazione (…) alla capacità di autodeterminazione del paziente.»

[124] Per una ricostruzione dell'*iter* parlamentare del progetto di legge, v. http://www.altalex.com/index.php?idnot=13229

Per vero, la maggioranza dei giuristi si è schierata in difesa dell'operatività del precetto costituzionale, di cui all'art. 32 Cost., ed ha ribadito la natura terapeutica della c.d. NIA, evidenziando che, a prescindere dalla sua classificazione, un intervento non desiderato sul corpo determinerebbe una violazione dell'art. 13 Cost[125]. Si è conclusivamente osservato che le resistenze[126] sull'argomento, per quanto ragionevoli e mosse da una condivisa attenzione al valore della vita, non sembrano in grado di soddisfare «l'onere della prova che grava su chi intende circoscrivere un chiaro ed indubbio diritto costituzionale, assumendo l'esistenza di un limite non scritto al principio di necessaria consensualità dei trattamenti medici, ulteriore e diverso rispetto a quello espressamente previsto, in via di eccezione, dalla Costituzione stessa[127]».

Quanto alla presunta non appartenenza della nutrizione e idratazione artificiale alla categoria dei trattamenti terapeutici, si consideri la sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 della Cassazione civile. Tale pronuncia, sulla quale si tornerà diffusamente nel prosieguo, deve essere ricordata anche in questo frangente perché sancisce la natura terapeutica delle condotte salvavita in esame, considerandole pratiche azionabili solo da soggetti con competenze mediche e paramediche e legittimati a disporre degli specifici preparati nutrizionali[128].

---

[125]Si veda, D. PULITANÒ, E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. Leg.*, 1/08, p. 338, ove si legge: «La questione, che talora sembra venir presentata come questione di differenza "ontologica", ha un ben preciso significato normativo: nutrizione e idratazione rientrano, o no, nella regola che esige il consenso? Quali che siano le differenze (e le affinità) di tali pratiche rispetto ad altri atti di cura, la risposta va cercata nei principi di dignità e inviolabilità della persona. Il principio del consenso, quale riflesso delle garanzie d'inviolabilità della persona (della libertà personale), vale per qualsiasi atto sulla persona, quale che sia la natura e definizione dal punto di vista medico, filosofico o morale, salvi i casi e limiti introdotti sotto la duplice salvaguardia della riserva di legge e di giurisdizione, *ex* art. 13 Cost.».

[126] F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della separazione dei poteri)*, in *Dir. fam. e delle pers.*, vol. 1, 2008, p. 107 e ss. L'A. critica la soluzione della Suprema Corte, che ricorre alle posizioni della comunità scientifica internazionale alla stregua di un fatto notorio e che accosta la NIA al prelievo di sangue. In definitiva, secondo tale posizione, la decisione sul punto è, quanto meno, affrettata (cfr., p.114).

[127] Così, A. VALLINI, *Commento*, cit., p. 73.

[128] Cass. Civile, Sez. I, n. 21748 del 16 ottobre 2007: «Non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscano un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico che è posto in

In conclusione, si può ritenere soddisfacentemente accertata l'esistenza nel nostro ordinamento di un diritto costituzionale degli individui a rifiutare le cure. Tale diritto, sancito dal secondo comma dell'art. 32 Cost, come integrazione del generalissimo principio di inviolabilità della libertà personale, di cui all'art. 13 comma 1 Cost., può essere limitato solo con legge dello Stato che sia rispettosa della persona umana.

Questi approdi, come si dirà, possono portare ad un'estromissione dalle dinamiche sanzionatorie le condotte circa le scelte di fine vita di malati e medici, senza aprire paurosi spiragli a categorie che difettano di certezza giuridica, come l'accanimento terapeutico, o che «non indica(no) affatto un fenomeno unitario, bensì una pluralità di situazioni eterogenee: ciascuna meritevole di separata valutazione», come l'eutanasia[129].

E', dunque, vero quanto conclusivamente affermato in dottrina: «il diritto di rifiutare le cure comprende il diritto di lasciarsi morire, mentre ogni sua esclusione o compressione -fermi restando i doveri sociali di assistenza e solidarietà- si risolve in un'inammissibile coercizione a curarsi e a vivere»[130].

Per rendere operativo tale diritto dei cittadini è necessario che si rafforzi l'equilibrio della nuova alleanza medico-paziente, basata sul principio, riconosciuto dalla dottrina, dalla giurisprudenza e da varie fonti di diritto, del consenso informato del paziente al trattamento sanitario, concetto anch'esso foriero di incomprensioni e di scontri sia dal punto di vista etico, sia dal punto di vista giuridico.

---

essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche.».

[129] Così F. VIGANÒ, *"Esiste un "diritto ad essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 8.

[130] S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1562.

1.4 Il nuovo equilibrio medico-paziente; in particolare: il consenso informato e le sue fonti, dalle prescrizioni di Oviedo alle norme deontologiche.

Le disposizioni costituzionali, appena commentate, impongono un nuovo assetto della relazione medico paziente. Infatti, sembra essere un dato ineludibile quello che, basandosi sul combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., impone una dualità nelle scelte di natura terapeutica. Altrimenti detto, non può esservi, fuori dalle situazioni di emergenza, un trattamento medico imposto dal professionista, contro la volontà di colui che deve subirlo[131].

L'etimo latino *patiens*, participio del verbo *patior*, ci indica, invece, con chiarezza quale sia storicamente, socialmente e culturalmente, il ruolo del malato o, meglio, del soggetto in attesa di cure, rispetto allo specialista delle scienze mediche. Il verbo latino si traduce con l'italiano sopportare, o subire passivamente[132]. Il paziente è, dunque, colui che sopporta la sofferenza, o colui che subisce passivamente l'altrui azione[133]. Secondo questa visione il medico avrebbe il compito non solo di combattere la malattia, ma anche di interpretare la situazione, cercando di risolverla secondo il miglior interesse supposto del paziente.

Viceversa, il portato dell'art. 32 secondo comma, alla luce del principio di laicità e del primato degli interessi della persona fisica che impone la Costituzione, pone come base del trattamento sanitario il consenso del paziente alla singola cura, al singolo intervento.

---

[131] Si veda, sul consenso e sulle sue fonti normative, T. PASQUINO, *Il bene "vita"*, cit., p. 59 e ss.

[132] Lo spunto è di F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 2001, p. 377.

[133] Anche in tempi recenti, la posizione della Chiesa Cattolica si allinea perfettamente alla visione tradizionale del rapporto medico-paziente se è vero che Benedetto XVI ebbe a sostenere, al cento decimo Congresso nazionale della Società di Chirurgia, che «*(...) la responsabilità professionale del medico deve portarlo a proporre un trattamento che miri verso il bene del paziente, nella consapevolezza che la sua specifica competenza lo mette in grado in genere di valutare la situazione meglio che non il paziente stesso*». Il virgolettato è tratto da F. BAIOCCO, *Il punto di vista del medico*, in *Le decisioni*, cit., p. 143.

Si parla, per questo motivo, del consenso informato[134], come elemento che ha in sé la forza per trasformare radicalmente le relazioni tra medici e pazienti, rovesciando i tradizionali equilibri e subordinando il dovere dei primi all'attenta disamina dei diritti dei secondi, in particolar modo al principio di autodeterminazione della persona umana[135].

Sebbene manchi in Italia una disciplina complessiva sul consenso informato al trattamento medico, si può ritrovare una sua operatività, in primo luogo, nei citati principi costituzionali, che vietano i trattamenti sanitari contro la volontà del malato; in secondo luogo, nelle fonti interne del nostro ordinamento, come gli artt. 33 della l. 833 del 1978, e 1 della l. 180 del 1978, che stabiliscono il generale carattere di consensualità del trattamento medico[136].

Ancora, sul fronte internazionale, la Convenzione di Oviedo del 1997 per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo l'applicazione della biologia e della medicina[137], attualmente non in vigore in Italia attesa la mancata ratifica pur autorizzata con l. 28 marzo 2001, n. 145, stabilisce all'art. 5, che il presupposto per il legittimo intervento nel campo della salute è il consenso libero ed informato dell'interessato, sempre revocabile[138].

Le norme dettate dalle Convenzione di Oviedo paiono agli studiosi le più precise e le più rispettose dei diritti del paziente, ma il complesso *iter* per la ratificazione di

---

[134] In generale, sul principio del consenso informato si veda: A. SATOSUOSSO, *Il consenso informato. Tra giustificazione del medico e diritto del paziente.*, Milano, 1996.

[135] Si veda, A. MARCHIO, *Principio di autodeterminazione, consenso informato e decisioni di fine vita*, in *Le decisioni*, cit., p. 206.

[136] La legge 833/78, istitutiva del S.S.N. riprende i contenuti della legge 180 dello stesso anno, per i principi di questa legge si veda: *supra*, nota 89.

[137] Per un approfondimento sui principi propugnati dalla Convenzione e, in particolare, sull'esplicita affermazione di tutelare l'interesse e il benessere dell'essere umano, considerandoli prevalenti su quelli della società e della scienza, si veda R. SAPIENZA, *La convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Riv. it. di dir. intern.*, 1998, p.459 e ss.

[138] Art. 5: «*Un intervento del campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero ed informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e sui rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso*».

tali regole impedisce di fatto di poterle considerare, a tutti gli effetti, leggi valide[139]. Dottrina e giurisprudenza concordano, in ogni caso, sulla necessità di utilizzare i principi della Convenzione, se non altro come utile ausilio informativo[140]. La Suprema Corte di Cassazione, nella già citata sentenza n.21748/07, si spinge sino a riconoscere validità alle norme della Convenzione, finché non contrastino con norme interne[141]. Inoltre, indica la Cassazione che la Corte Costituzionale, nell'ammettere le richieste di *referendum* sulla procreazione medicalmente assistita, riconobbe implicitamente che i principi della Convenzione di Oviedo fanno parte del sistema e che da questi non si può prescindere[142].

Anche altre fonti sovrannazionali individuano il consenso informato quale presupposto per il legittimo svolgimento dell'attività medica: ci si riferisce alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, del 20 novembre 1989 e ratificata con l. 179/1991, il cui art. 24 dispone che gli Stati aderenti «*riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici*

---

[139] Sul problema della vincolatività delle norme della Convenzione di Oviedo e sugli strumenti (mancanti) di ratifica si veda: E. PARIOTTI, *Prospettive e condizioni di possibilità per un biodiritto europeo a partire dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 561 e ss.

[140] Così F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. Dir.*, 2003, p. 570.

[141] Cass. Civ, sez. I, n. 21748/07, letteralmente, edita in varie pubblicazioni giuridiche, per i successivi riferimenti l'indicazione delle pagine è tratta da P. BECCHI, *La giustizia*, cit., p. 253 e ss.: «Ora, è noto che, sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la legge 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata dallo Stato italiano. Ma da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi -tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica- una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibili ad esso conforme.». Per la lettura della decisione, si veda, tra gli altri, *Riv. it. med. leg.*, 1/08, p. 271 e ss., nonché P. BECCHI, *La giustizia tra la vita e la morte. Welby, Englaro e il testamento biologico*, Torino, 2012, p. 253 e ss.

[142] La Corte Costituzionale nelle sentenze n. 46, 47, 48 e 49 del 2005 (in *www.giurcost.org*), sull'ammissibilità del *referendum* abrogativo di alcune disposizioni della legge 40/2004, prende in considerazione i principi della Convenzione di Oviedo (riconoscendone l'appartenenza all'ordinamento), per ammettere i quesiti referendari. In caso di abrogazione di quegli articoli della l. 40/07 non si sarebbe creato un vuoto di diritto, rimanendo valide le regole della suddetta Convenzione.

di riabilitazione disponendo che *tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore».*

Nella stessa direzione e ancor più esplicitamente, l'art. 3 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce che «*ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica*» e che nell'esercizio dell'attività medica e biologica deve essere rispettato «*il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge*».

Di particolare rilievo, poi, l'esame dei cambiamenti nell'assetto di diritti e doveri incrociati tra medico e paziente segnati, negli ultimi trenta anni, dal codice di deontologia medica[143]. Come noto, il codice di deontologia medica è un *corpus* di regole di autodisciplina predeterminate dalla professione, vincolanti per gli iscritti all'Ordine, che a quelle norme devono, quindi, adeguare la loro condotta medica[144].

Dal codice deontologico del 1978 a quello del 2006, che ha sostanzialmente recepito le linee guida marcate dalla c.d. Convenzione di Oviedo, giganti sono stati i passi verso il riconoscimento generale del consenso, come presupposto necessario della lecita attività medica. Con due istantanee possiamo facilmente renderci conto dello spazio che il consenso informato ha guadagnato tra i principi che sorreggono l'attività medica.

Nel codice deontologico del 1978 il diritto del paziente alla libera e consapevole autodeterminazione sussisteva solo in casi di atti medici rischiosi[145] e trovava un ostacolo nei casi di prognosi infausta[146].

---

[143] Per un tale studio, si veda anche: B. MAGLIONA, *Il consenso informato: da enunciazione di principio a criterio che legittima l'attività medico chirurgica*. in *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 776. Per il nuovo codice di deontologia, le regole sono riportate e commentate da A. VALLINI, *Il commento*, cit., p. 70.

[144] A. PIOGGIA, *Il rifiuto di cure e l'integrità del corpo: oneri e responsabilità delle strutture sanitarie*, in *Le decisioni*, cit., p. 79.

[145] L'articolo 39 del codice di deontologia medica del 1978 sancisce: «*Il medico non deve intraprendere alcun atto medico che comporti un rischio per il paziente senza il consenso valido del malato o delle persone da cui questo è rappresentato se minorenne o incapace, salvo lo stato di necessità e sempre che il paziente sia in grado di dare un valido consenso*».

[146] Art. 30, *id.*: «*Una prognosi grave o infausta può essere nascosta al malato ma non alla sua famiglia*».

Nel recentissimo codice di deontologia medica del 2006, l'Ordine all'art. 35 afferma con maggiore forza il ruolo del consenso nelle dinamiche tra medico e paziente, vietando al professionista l'intervento in assenza dello stesso ed affermando esplicitamente che non è «*consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona*[147]».

Il principio in esame è stato recentemente riconosciuto come presupposto dell'attività medica non solo da molte pronunce di legittimità[148] (che hanno -seppur con indirizzi ondivaghi- talvolta statuito la rilevanza offensiva sul piano della libertà morale dell'intervento arbitrario), ma soprattutto da pronunce della Corte Costituzionale, che, in tempi recenti, ne ha affermato il valore di sintesi tra il diritto all'autodeterminazione e quello alla salute. In particolare, la Corte Costituzionale ha evidenziato come si sia fatto largo un vero e proprio diritto soggettivo all'informazione, che integra il diritto individuale alla libera determinazione di sé, concludendo che «il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute[149]».

Dunque, se pare chiaro che il principio del consenso informato operi come reale condizione di legittimità dell'attività medica, almeno nella prospettiva relazionale medico-paziente[150], bisogna interrogarsi sul *quantum* di informazione si debba ritenere sufficiente ai fini di definire esistente un reale consenso informato.

Per ottenere un apprezzabile cambiamento degli equilibri tra i diritti e i doveri nel rapporto medico-paziente, il legislatore non si deve far sfuggire l'occasione di rendere realmente effettiva la pretesa del malato, rispondente ad un diritto costituzionale, di

---

[147] Art. 35 del codice di deontologia medica del 2006: «*Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito ed informato del paziente. (...) In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona*».

[148] Per tutte, si veda da ultimo, Cass. pen. SS. UU., 21 gennaio 2009, n. 2437, Giulini, cit.

[149] Così, Corte Cost., sent. n. 438 del 2008, in *www.giurcost.it*.

[150] Le SS.UU. della Corte di Cassazione, ult. cit., affermano (in contrasto con altre pronunce) che l'attività medica trova la sua legittimazione in sé, attraverso le previsioni costituzionali. La mancanza del consenso avrà rilievo penale, solo in caso di intervento con esito infausto.

ottenere una completa ed esauriente informazione. Il pericolo principale sul punto è far scemare il principio del consenso informato nell'esercizio di pratiche burocratiche, volte ad assicurare la non perseguibilità dell'azione del professionista, ma che non centrano gli obbiettivi di rispetto dell'autodeterminazione del paziente[151]. Piuttosto è doveroso sperare che i professionisti delle scienze mediche sappiano informare la propria azione al principio del consenso informato, ponendolo come elemento che caratterizza la missione sociale da portare avanti con il paziente e non più, o non solo, per il paziente. Il medico nello svolgimento della sua funzione assume naturalmente l'onere di informare[152]: deve rendere edotto il malato circa la diagnosi, la prognosi, le prestazioni tecniche che si rendono necessarie, le controindicazioni e le alternative terapeutiche possibili, i rischi che queste comportano, i risultati prevedibili e le conseguenze tipiche dell'intervento. Sembra chiaro che, maggiore è il rischio di danno connesso ad una certa prestazione medica, più completa dovrà essere l'informazione da rendere alla persona assistita[153].

Quanto al quesito circa il giusto livello di informazione da fornire ai soggetti in attesa di trattamento sanitario, la dottrina ha elaborato vari livelli di *standard* informativi, alcuni rispondenti a criteri oggettivi, altri soggettivi[154]. Rimanendo, coerentemente, appigliati al personalismo, che guida la genesi del principio del consenso informato, si dovrebbe seguire una strada che indica un livello di

---

[151] Sul rischio di "modulizzazione" del consenso informato si veda: M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 895.

[152] G. BARBUTO, *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 330, ravvisa che la fonte dell'obbligo non possa rinvenirsi nei regolamenti interni ai nosocomi, né dalle prassi o dalle disposizioni deontologiche, dovendosi individuare nella «qualifica di pubblico ufficiale od incaricato di pubblico servizio comunemente attribuita al medico all'interno della struttura.».

[153] In questa direzione anche G. MONTANARI VERGALLO, S. ZAAMI in *Compendio di medicina legale*, a cura di L. MACCHIARELLI, P. ALBARELLO, G. CAVE BONDI, N.M. DI LUCA, T. FEOLA, Torino, 2006, p. 338.

[154] Si interrogano su deroghe informative per i pazienti colpiti da prognosi gravi, discutendone gli effetti psicologici ai fini della riuscita della terapia, G. BARBUTO, *Alcune considerazioni*, cit., p. 303. F. GIUNTA, *Il diritto di morire*, cit., p. 557, critica le, pur comprensibili, remore in quanto inaccettabile "fuga dal dolore"; le limitazioni alle informazioni, in effetti, parrebbero governate da un latente paternalismo e, dunque, da rifiutare, almeno in via astratta.

informazione modulato sulle richieste, le competenze e le necessità del singolo paziente (*standard* soggettivo). Ma se consideriamo il consenso informato come elemento centrale del diritto alla salute, inteso come diritto di cittadinanza sociale, non possiamo tralasciare la marcata colorazione pubblicistica del diritto in questione, che, dunque, richiede necessariamente la garanzia di livelli omogenei di soddisfazione[155]. Pare preferibile, quindi, un livello oggettivo di informazione da fornire. L'alternativa è tra uno *standard* professionale, esauriente circa la prassi medica allo stato dell'attuale sapere scientifico, oppure uno *standard* medio, cioè commisurato sulle esigenze di un paziente di grado intellettivo e culturale "normale".

Il codice di deontologia medica del 2006, all'articolo 33, affronta il tema dell'informazione al cittadino, rendendo chiare le posizioni dei medici sulla questione, i quali, nel silenzio del legislatore, descrivono un'informazione puntuale sulla situazione clinica e sulle alternative, con attenzione anche alle capacità del destinatario dell'informativa[156].

E' intervenuta, poi, la giurisprudenza della Corte di Cassazione a tratteggiare i contenuti del consenso e dell'informazione dovuta dal medico al cittadino: «(…)Tale consenso implica la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative (…)[157]».

Se è vero che nel panorama giuridico nazionale e nella prassi medica il consenso informato è un principio giuridico attuale e già operante nella relazione medico-

[155] «Ma se consideriamo il diritto alla salute inteso come diritto di cittadinanza sociale, la considerazione della utilità sociale di ogni attività diventa criterio etico da tenere presente nel definire criteri di priorità e di urgenza tra diritti», così T. MASSA, *Il consenso informato: luci ed ombre*, in *Quest. giust.*, 1997, p. 415.

[156] Art. 33: «Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta. (…)
La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione deve essere rispettata.».

[157] Così, Cass. Civile, sez. III, 23 maggio 2001, n.7027, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2504, con nota di P. PARDOLESI.

paziente, non bisogna dimenticare che, in presenza di condizioni di urgenza, in cui l'intervento medico non può essere differito, il personale sanitario è tenuto ad intervenire tempestivamente, rinunciando all'acquisizione del consenso del paziente. Altrimenti detto, il consenso informato è principio che regola "l'alleanza terapeutica" tra medico e paziente solo in presenza di interventi differibili, non anche in situazioni di urgenza e necessità di rapido intervento. In questi casi un'azione volta a tutelare la salute realizzata senza consenso non è solo da considerarsi lecita, ma doverosa, secondo i doveri tipici della classe medica, oltre che per l'enunciato dell'articolo 32 comma primo Cost..

Alcuni autori ritengono che, in situazioni di urgenza e di pericolo per la vita del paziente, l'intervento del medico sia legittimo anche se contro la volontà del paziente[158]. In questo caso, infatti, si realizzerebbe un conflitto di doveri: tra lo stato di necessità (salvare il paziente dal pericolo attuale) e l'agire nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere (la norma che impone il comportamento sarebbe l'articolo 32, secondo comma, Cost.[159].

Sorgono questioni anche circa l'individuazione dei soggetti su cui grava il dovere di informare. Nelle strutture ospedaliere italiane sembra inevitabile che il compito sia di spettanza del responsabile del reparto competente per l'atto medico previsto; se il trattamento richiede l'intervento di più specialisti dell'area medica, ognuno è tenuto ad informare circa le sue attività di competenza. Un'alternativa è proposta dall'esperienza statunitense: l'attribuzione del compito di informare ad un soggetto diverso dal medico chiamato ad intervenire. Una tale apertura all'esterno non trova riscontri positivi in

---

[158] Per alcune considerazioni, *de lege ferenda*, sull'argomento, cfr. P. BECCHI, *La giustizia*, cit., p. 117.

[159] In questo senso si veda, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazioni e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 525 e ss. L'Autore incentra il conflitto tra un dovere sociale (di curare) ed un dovere fondamentale (di rispettare l'autodeterminazione del paziente). In questo quadro di facoltà che l'ordinamento dà ai cittadini, i diritti sociali completano i diritti personali degli individui. Il conflitto pertanto è da risolvere con la prevalenza del rispetto del principio di godimento dei diritti fondamentali, in ossequio alla disposizione dell'articolo 3, secondo comma, Costituzione. Sul conflitto, v. diffusamente *infra*.

Italia, come ha notato la Cassazione, secondo la quale l'informazione *"«non può che provenire dal sanitario che deve prestare la sua attività professionale*[160]».

Dinnanzi alle preoccupazioni, sollevate dalla dottrina circa il pericolo di una contrattualizzazione del rapporto medico-paziente, e, dunque, del drastico abbandono del paternalismo medico[161], ritenuto, a ragione, utile in situazioni nelle quali la suggestione può impedire il formarsi di un autentico parere libero[162], occorre ricordare che rimane pur sempre saldo il diritto del paziente di prestare un consenso "*in bianco"* all'atto medico[163], rinunciando all'informazione dovuta e, conseguentemente, alla rappresentazione delle conseguenze della terapia. E' questo un limite esterno che il paziente può porre al diritto di informazione, e della cui legittimità non pare logico dubitare[164].

Indicate le fonti italiane e sovrannazionali che legittimano la presenza nell'ordinamento italiano del principio del consenso informato, definiti i suoi confini di operatività ed accertata l'espansione del contenuto dell'informazione che il medico deve al paziente, occorre accennare ai requisiti di validità del consenso. In assenza di norme di legge positive sul punto, si fatica a riconoscere una forma *ad substantiam* per il consenso, tuttavia, anche al fine di garantire maggiormente il medico, si è elaborato un modello resistente di consenso. La dottrina ha indicato il paradigma: il consenso dovrà essere esplicito, personale, specifico ed attuale[165]. Ognuna di queste qualifiche deve essere presente al momento della dichiarazione del malato. La dottrina e la

---

[160] Cass. Civ., *ult. cit*., v. nota 140.

[161] P. BECCHI, *op. ult. cit*., p. 104, indica i modelli della relazione medico paziente in tre gruppi: l'Ottocentesco paternalismo; il contrattualismo, indicato in alcuni settori della medicina (ad es. la chirurgia estetica), ma in genere insoddisfacente, ed infine il modello della "beneficialità", basata sul consenso informato e sulla fiducia nel professionista, a cui tende in genere il principio in oggetto.

[162] In tal senso si vedano G. BARBUTO, *Alcune considerazioni*, cit., p. 322, L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato*, in *Criminalia*, 2006, p. 253.

[163] Il punto è toccato dall'art. 33 del Codice Deontologico.

[164] Si veda F. GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., p. 390; anche il codice di deontologia medica del 2006, al già citato articolo 33, prevede esplicitamente tale possibilità per il paziente.

[165] Così, ad esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2005, p. 222. Non manca, ad ogni modo chi riconosca validità al consenso tacito, G. BARBUTO, *op. ult. cit.*, p. 330

giurisprudenza, però, si sono prodigate affinché, anche senza la necessaria contestualità di tutte queste caratteristiche del consenso, il principio generale dell'autodeterminazione della persona umana trovi comunque spazio per essere attuato.

Quale che sia la definizione del consenso -vera e propria causa di giustificazione valida per ogni trattamento sanitario[166], presupposto necessario per un'attività comunque costituzionalmente autorizzata[167]o requisito per la validità del trattamento- pare fuor di dubbio che il principio in esame sia, in ogni caso, l'elemento generale per attuare, nel diritto alla salute, il concreto ed attuale diritto all'autodeterminazione dei soggetti, imposto dall'assetto costituzionale.

1.5 L'attività sanitaria in assenza di consenso ed il trattamento arbitrario: profili penalistici di rilevanza del fatto.

Accertato il ruolo del consenso informato come presupposto dell'azione medica lecita, la dottrina si divide sulla definizione dei confini tra il principio del consenso suddetto e la rilevanza penale degli atti terapeutici o diagnostici.

Da un lato, vi sono autori che attribuiscono alla manifestazione di volontà all'atto medico il valore di consenso scriminante *ex* art. 50 c.p. e, di conseguenza, considerano, che, in assenza del consenso, l'atto medico integrerebbe *ex se* una fattispecie di reato. Dall'altro lato, si trova chi, al contrario, ritiene che informazione e consenso all'attività medica integrino il diritto, costituzionalmente garantito, dei cittadini alla propria salute[168]; l'azione del medico si giustifica, dunque, con l'esercizio di un diritto costituzionale (del paziente)[169]. Infine, la dottrina penalistica, specie

[166] In questi termini, R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, p. 301.
[167] Ancora, F. MANTOVANI, *ibidem*.
[168] Per richiami bibliografici e una panoramica sui diversi orientamenti degli autori, si veda: F. AGNINO, *Il consenso informato*, cit., p. 68-75.
[169] In questo senso, esplicitamente, G. IADECOLA, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso*, cit., p. 2662 e ss.

risalente, ha osservato che le condotte terapeutiche *pro vita* fossero per loro natura in contrasto insanabile con l'illecito.

Aldilà di questa classificazione, è innegabile che, a fronte della previsione della consensualità degli interventi terapeutici, potrebbe assumere rilevanza penale la violenza morale insita nell'intervento del medico in assenza di consenso o in opposizione a questo.

De jure condito, in mancanza di una regolamentazione espressa nel nostro ordinamento, si deve segnalare una disomogeneità molto marcata nelle opinioni dottrinarie circa la configurabilità di una figura di reato nel caso di intervento arbitrario del medico; altri dubbi, invece, vertono su quale sia il reato applicabile al caso del medico che operi senza o contro il consenso.

A tal proposito, deve rilevarsi che questo tipo di intervento è destinato ad essere inquadrato (e, dunque, interpretato) in maniere differenti. Alcuni autori fanno prevalere l'offesa diretta e squisitamente fisica. D'altra parte, pare certa la sussistenza (anche) di una lesione del diritto di autodeterminazione del paziente, che si avvicina per natura alle offese alle libertà individuali: alcuni autori ritengono preminente questo secondo tipo di offesa.

Coloro che aderiscono alla prima angolazione interpretativa, fanno rientrare la condotta in esame nelle lesioni personali, mentre chi ritiene rilevante l'offesa alla libera determinazione di sé, propende per l'applicazione della violenza privata[170]. In entrambe le impostazioni, gli autori evidenziano come la condotta arbitraria del medico non si attagli perfettamente a nessuna delle fattispecie proposte.

Si parta dalla seconda ipotesi: la responsabilità penale per violenza privata, ai sensi dell'art. 610 c.p., si configura con una condotta di violenza o minaccia, che

[170] Sparuti pareri dottrinari fanno rientrare la condotta in esame nel sequestro di persona (605 c.p,) o nello stato di incapacità procurato mediante violenza (613 c.p.). Per un'idea complessiva delle posizioni dei vari autori, si veda ancora: F. AGNINO, *Il consenso informato*, cit., p. 78 e ss; F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 154 e ss. In particolare A. MANNA fa rientrare il caso del paziente che subisce un'anestesia senza consenso nella fattispecie dell'art. 613 C.p., *Profili penalistici del trattamento medico chirurgico*, Milano, 1984, p. 35.

conduca taluno a costringe altri a fare, tollerare od omettere qualcosa. Il caso del medico che interviene sul paziente, pur privo del di lui consenso, non sembra conformarsi all'astratta descrizione codicistica. Infatti, soltanto con forzature, che mal si conciliano col principio di tassatività, si può ravvisare la violenza nel comportamento del medico che opera, in definitiva, per la salute del paziente. Per far sì che sorga questa imputazione, è necessario allargare il contenuto della definizione di violenza, fino a ricomprendere al suo interno qualunque comportamento volto a comprimere l'altrui libertà. Se dal punto di vista della fattispecie oggettiva si può ricondurre, non senza sforzi argomentativi, il caso del trattamento sanitario coatto nell'ampio concetto di violenza,[171] bisogna ricordare che la previsione codicistica non richiede la presenza di una violenza o di una minaccia genericamente intese, ma una di queste deve essere il mezzo per costringere taluno a fare, non fare o tollerare qualcos'altro. Nel caso di specie, invece, l'azione violenta (l'intervento senza consenso) è la medesima che si costringe a tollerare. Dal punto di vista soggettivo, poi, non pare che la condotta del medico, rivolta, seppur paternalisticamente, a tutela della salute del paziente, possa integrare il reato di cui all'art. 610 c.p. Considerazioni queste fatte proprie dalla maggioranza degli autori[172].

Altra parte della dottrina è, invece, convinta della possibilità di far rientrare l'intervento arbitrario del medico nella fattispecie delle lesioni volontarie, a norma dell'art. 582 c.p.. Questa interpretazione che, come si è soliti affermare, "assimila l'uso del bisturi, in mancanza di consenso, al colpo di pugnale", è stata avallata anche da

[171] Il trattamento sanitario in assenza di consenso potrebbe considerarsi violento, in quanto comprimente un diritto di libertà costituzionalmente garantito.

[172] In questo senso: F. GIUNTA, *Il consenso*, cit., p. 399; S. RAMAJOLI, *Intervento chirurgico con esito infausto senza che sussistano lo stato di necessità e il "consenso informato" del paziente: conseguenze penali a carico dell'operatore*, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 127; A. MANNA, *Profili penalistici*, cit., p. 33-34, ove si legge: «Se si può sostenere infatti la sussistenza di una certa *costrizione* sul malato, a *tollerare* la cura, sembra tuttavia non ricorrere l'estremo della violenza e, tanto meno quello della minaccia, che, come è noto, nel delitto di cui all'art. 610 C.p. non vengono in considerazione in sé e per sé, bensì come mezzi per coartare la volontà.».

una nota pronuncia della Corte di Cassazione[173], che indicò il consenso come elemento scriminante di fatti altrimenti sempre rilevanti dal punto di vista penalistico. Con tale pronuncia, la Cassazione confermò una sentenza di condanna per omicidio preterintenzionale, comminata dalla Corte di Assise di Firenze ad un medico chirurgo. Nonostante tale riconoscimento giurisprudenziale (peraltro contraddetto da sentenze successive dei giudici di legittimità[174]), la dottrina incontra non pochi problemi a far rientrare la condotta arbitraria del medico nella fattispecie dell'art. 582 del c.p. Sul tema, si nota che la norma incriminatrice richiede che dalla lesione derivi una malattia e di malattia non si può certamente parlare nel caso dell'intervento chirurgico, che provoca di regola un'alterazione anatomica. Anzi, generalmente, è una malattia a giustificare l'intervento del medico e, dunque, come ha sostenuto qualche autore, « procedendo al giudizio controfattuale, necessario per verificare il nesso di condizionamento tra l'azione e l'evento, ed eliminando mentalmente l'atto medico perito, si perverrebbe alla conclusione che il pregiudizio per la salute del soggetto assistito si sarebbe verificato ugualmente[175].»

Altra dottrina replica sostenendo che la malattia cui allude l'art. 582 c.p. è un «processo che determina una apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo». Su questa rotta ogni trattamento chirurgico integra oggettivamente il paradigma delittuoso delle lesioni personali. Quindi, qualunque intervento chirurgico, non accompagnato dal consenso della vittima e, in definitiva, non scriminato, rientra nel

---

[173] Il riferimento è al noto caso Massimo. La Cassazione condannò per omicidio preterintenzionale un medico fiorentino che operò senza consenso. La Corte valutò che il professionista accettò il rischio delle lesioni, e, andando oltre l'intenzione, procurò la morte del paziente. Cass, sez. V, 21 aprile, 1992, n. 5639 ric. Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, p. 63 e ss., nota di MELILLO, *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, p. 65 e ss.

[174] Il riferimento è al caso Volterrani, assolto dalla Cassazione, in seguito ad un intervento chirurgico arbitrario, che cagionò la morte del paziente. Cass., sez. I, 29 maggio 2002. Per un analisi del caso, si veda F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., p. 154 e ss. Sui contrastanti orientamenti della Suprema Corte, si veda M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso; riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 372 e ss; ancora sul caso Volterrani, G. IADECOLA, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso*, cit., p. 2659 e ss.; per il testo della sentenza, si veda: *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, con nota di G. LOZZI, *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*, p. 611 e ss.

[175] F. GIUNTA, *Il consenso*, cit., p. 401; G. LOZZI, *Intervento chirurgico*, cit., p. 613.

modello delle lesioni personali, anche se l'intervento abbia esito fausto, e la malattia prevista dall'art. 582 c.p. abbia carattere transitorio e sia funzionale ad un complessivo miglioramento di salute[176].

Se, dunque, non pare univoca la riconduzione del fatto nell'alveo dell'art. 582 c.p., per il già detto difetto della malattia, si esclude *a fortiori* il ricorso all'omicidio preterintenzionale, poiché ai fini dell'integrazione dell'art. 584 c.p. diverrebbe necessaria la presenza di atti "*diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli artt. 581 e 582 c.p.*", la cui univocità deve sussistere anche nella rappresentazione del soggetto agente. Il che esclude, secondo questa linea interpretativa, il dolo nel comportamento del chirurgo, che, pur senza consenso, effettui un intervento volto a migliorare le condizioni del paziente[177].

Se nessuna delle figure di reato sembra ben modellarsi al caso dell'intervento arbitrario del medico, non sembra negabile la perseguibilità, a titolo di colpa, del medico che, agendo senza consenso, non rispetti le *leges artis* della sua professione. E' proprio il rispetto di queste regole professionali, secondo la dottrina prevalente, a garantire al paziente di essere fuori da situazioni di rischio[178].

Alcuni autori sostengono la perseguibilità penale del medico soltanto in caso di esito infausto dell'intervento, mentre non troverebbe protezione la pretesa del soggetto che subisce un trattamento chirurgico non voluto, ma con esito positivo[179]. Questa soluzione, a ben vedere, non tiene in nessun conto il valore autonomo che ormai larga maggioranza degli studiosi e degli operatori del diritto riconosce al consenso informato all'atto medico. Proprio per questa ragione, molte voci dottrinali ritengono di fondamentale importanza, *de jure condendo,* la previsione di una norma incriminatrice autonoma, per la condotta arbitraria dello specialista delle scienze

---

[176] In questo senso, F. VIGANÒ, *Profili cit*., p. 176 e ss.
[177] E' la posizione di G. LOZZI, *ibidem.*
[178] Così, anche M. PELISSERO, *Intervento chirurgico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 455 e ss.
[179] Ancora F. GIUNTA, *Il consenso,* cit., p. 399.

mediche, sul modello della previsione del § 110 del codice penale austriaco, o dell'articolo 156 del codice penale portoghese[180].

La norma austriaca, infatti, prevede al primo comma la responsabilità del medico, che, pur agendo nel rispetto delle *leges artis*, interviene senza il consenso del paziente. La pena detentiva per l'ipotesi descritta giunge ad un massimo di sei mesi. Al secondo comma è prevista l'esenzione dalla pena per il medico che agisca in stato di necessità; il terzo e ultimo comma prevede, infine, la perseguibilità a querela del soggetto arbitrariamente curato. Alla stessa maniera il codice penale portoghese sanziona i medici che intervengono in assenza di consenso del paziente con la reclusione fino a tre anni. Al secondo comma sono previsti i due casi nei quali l'intervento arbitrario del medico è escluso dalle dinamiche del processo penale: in presenza del rischio per la vita o per il corpo o per la salute del paziente; ovvero quando, ottenuto il consenso per un intervento, se ne renda necessario uno differente allo stato delle conoscenze e dell'esperienza medica[181].

Nel progetto della commissione ministeriale per la riforma del codice penale presieduta dal prof. Pagliaro del 1992, l'articolo 70 prevedeva l'intervento arbitrario come reato contro la libertà morale. L'azione del medico, in detta norma del progetto, è scriminata ogni volta che l'esito sia fausto, quando dall'intervento derivino vantaggi, senza pregiudizi di alcun tipo.

Alcuna dottrina ha criticato quest'ultima previsione, in quanto, essendo il reato in questione un delitto contro la libertà morale, sembra contraddittorio ignorare che il pregiudizio alla persona è arrecato con l'intervento arbitrario, indipendentemente dall'esito di questo[182].

---

[180] In tal senso si vedano: BARBATO, *Alcune considerazioni* cit., p. 341; A. ARCERI, *Riflessi penalistici dell'esito infausto dell'attività medico-chirurgica*, in *Giur. Merito*, 1993, p. 890, A. MANNA, *Profili*, cit., 149 e ss. La soluzione dell'autonoma figura di reato, perseguibile a querela, dell'attività medica senza consenso era prevista anche dal Progetto Pagliaro del 1992.

[181] Si veda, per un commento della norma e dei principi che la sorreggono, tanto nell'ordinamento portoghese, quanto in quelli tedesco ed italiano, C. NEVES CASAL, *Homicidio privilegiado por compaixao*, Coimbra, 2004, p. 202.

[182] In tal senso, espressamente: E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000, p. 99.

La necessità dell'intervento del legislatore sul tema emerge in tutta la sua evidenza anche in ragione delle citate interpretazioni giurisprudenziali in tema di intervento arbitrario: da ultimo, la Cassazione a Sezioni Unite[183] ha ritenuto - accogliendo con tinte varie alcune delle letture della dottrina sopra riportate- il trattamento non consensuale con esito favorevole, rilevando la condotta di violenza morale, solo in caso di esito infausto, *sub specie* malattia, nell'accezione del danno funzionale accresciuto rispetto alla situazione clinica di partenza del paziente.

La pronuncia in questione, con argomenti non sempre univoci, ha senz'altro il pregio di contemperare le riaffermate istanze di autodeterminazione del paziente, che governano l'attività medico chirurgica, rimediando però ad alcune forzature giurisprudenziali -su tutte la sentenza n. 5639/1992 Massimo- che hanno contribuito ad acuire la già eccessiva litigiosità che caratterizza il rapporto medico-paziente[184].

---

[183] Il riferimento è ancora alla sentenza Cass. pen. SS. UU.,21 gennaio 2009 n. 2437, cit.

[184] M. PELISSERO, *Il trattamento*, cit., p. 459, in relazione alla pronuncia rileva: «Gli effetti penali di questa scelta si traducono nella esclusione dell'attività terapeutica dalla tipicità delle lesioni personali: una soluzione diversa, che avesse fondato la legittimità dell'attività medica sul solo consenso del paziente, avrebbe avuto come conseguenza la riconduzione dell'attività chirurgica alle lesioni personali, come avevano stabilito le pronunce di legittimità e di merito nel caso Massimo.».

Capitolo II: LE NORME DEL SISTEMA PENALE NEI TRATTAMENTI DI FINE VITA NEL RAPPORTO DI TESIONE TRA AUTORITA' DELLO STATO E TUTELA DELLA VITTIMA.

2.1. Definizione tecnica dei singoli aspetti inerenti le dinamiche del fine vita. Osservazioni preliminari su eventuali riflessi della problematica sul sistema penale.

Posto il generale principio di consensualità che deve governare il rapporto tra medico e paziente, resta da definire cosa si intenda per *momenti di fine vita.*

Come si cercherà di evidenziare, il progresso della scienza e della tecnica medica ha fatto mutare i termini della storica e consueta relazione tra l'individuo e la morte[185]: attualmente, l'aspettativa di vita si è allungata a dismisura e, frequentemente, l'epilogo dell'esperienza terrena è preceduto da un periodo di ospedalizzazione[186].

Dunque, il fenomeno sembra oggi meritare un'attenzione particolare, poiché riguarda l'interezza della società e non, come si potrebbe ritenere, casi isolati. La scienza medica è, ad oggi, in grado di tenere in vita soggetti per i quali la morte, fino a soli dieci anni fa, era esito inevitabile. Queste straordinarie conquiste del sapere scientifico comportano, come altra faccia della stessa medaglia, la possibilità di tenere

[185] L'argomento è stato ampiamente trattato da F. G. PIZZETTI, *Diritto di morire? Considerazioni* cit., p. 21: «Appare, infatti, profonda la differenza che passa tra un apparato tecnologico, quale quello del passato, prevalentemente costituito da macchine "*utensili*", progettate, costruite ed impiegate al fine di ampliare le potenzialità "fattuali" dell'essere umano, da uno scenario, quale quello di oggi, in cui sono disponibili sofisticatissimi macchinari – che si potrebbero definire "*simbionti*" – in grado di rianimare e sostenere in vita corpi altrimenti "naturalmente" ormai prossimi al passaggio alla morte, per un tempo anche assai lungo.»

[186] Sulla scienza e sulla tecnica medica come cause delle crescenti questioni bioetiche, v. M. L. VERDUCCI, *Scelte di fine vita*, cit., p. 31.

biologicamente in vita soggetti, la cui esperienza relazionale e sensoriale è ormai definitivamente compromessa[187].

Inoltre, sono aumentati esponenzialmente i casi di decesso preceduti da ricovero in strutture sanitarie, visto l'allungarsi della vita media, ed il conseguente moltiplicarsi di malattie che possono essere inguaribili e dar luogo a lunghe e pietose agonie ospedaliere. La morte, quindi, ha perso il suo carattere istantaneo, per divenire un processo diluito sul piano temporale, tanto che si può affermare, senza timore di smentite, che, in questi casi, il problema di fondo non è più tanto "quando" morire, quanto il "come" morire[188].

Come è stato osservato, «La medicalizzazione della società ha posto fine all'epoca della morte naturale. L'uomo occidentale ha perso il diritto di presiedere all'atto di morire. La salute, cioè il potere di reagire autonomamente, è stata espropriata fino all'ultimo respiro. La morte tecnica ha prevalso sul morire. La morte meccanica ha vinto e distrutto tutte le altre morti[189].»

Di questi cambiamenti il diritto non può non prendere atto. Si rendono, ormai, necessari strumenti nuovi per problematiche emerse negli ultimi anni, e ciò anche in ragione del fenomeno crescente delle soluzioni tacite e *sommerse*, espressioni della fuga del diritto, che, potenzialmente, crea molte incertezze sia in capo ai professionisti delle scienze mediche e paramediche, sia in capo ai familiari dei soggetti che richiedono tale, indolore, conclusione della vita[190].

Una qualche modifica dei confini della tutela del bene vita sembra pertanto necessaria ad evitare che, all'aumento di poteri (scientifico-medici) rispetto alla vita, corrisponda, paradossalmente, una perdita di facoltà dell'interessato rispetto alla

---

[187] Sul tema si veda: S. H. KADISH, *Consenso a morire e pazienti incapaci*, in *Vivere: diritto o dovere*, cit., p. 189 e ss. Il dato più significativo pare essere l'altissima percentuale dei decessi in ospedale, l'80% dei decessi totali negli Stati Uniti.

[188] Lo spunto è di M. B. MAGRO, in *Diritto penale e eutanasia*, Torino, 2001, p. 28.

[189] Così I. ILLICH, *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Milano, 2004, p. 222-223, sul tema anche G. ORRÙ che parla di «tecnocrazia medica, per indicare quanto la tecnologia abbia fagocitato settori tradizionalmente affidati a religiosi o a medici di famiglia che si limitavano ad assistere i morenti.», *La tutela della dignità umana del morente*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., p. 96.

[190] Sul problema, L. STORTONI, *Introduzione*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., p. 7.

morte[191]. Nell'andare incontro a tale necessità il diritto (e non solo il diritto penale) non deve perdere l'occasione per porre al centro dell'attenzione l'individuo che si avvicina alla morte, tenendo conto della conformazione plurale della società contemporanea: specie per i soggetti in stato vegetativo permanente, i quali, come noto, non vivono alcuna dimensione psichica e relazionale dell'esistenza, il valore socialmente attribuito al bene vita si abbassa considerevolmente, tanto da divenire bilanciabile con gli altri diritti costituzionali dell'individuo[192].

In definitiva, nell'ottica del presente lavoro, i momenti di fine vita sono da ravvisarsi nelle situazioni di quei soggetti che, per le più varie ragioni cliniche, non possono avere speranze di recupero e si trovino, dunque, nell'impossibilità di intraprendere percorsi terapeutici finalizzati alla guarigione[193]; ancor più specificamente, nelle varie ipotesi concrete caratterizzate da diagnosi irrimediabilmente negative, nel silenzio della legge, il "fine vita" di cui si tratterà di seguito, riguarda i soggetti (coscienti o incoscienti)[194] dipendenti da presidi salvavita: la situazione giuridica di costoro sembra destinataria di valutazioni, già oggi, permissive, a differenza di coloro che invocano la morte, attraverso mezzi casualmente

---

[191] A. ESER *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., p. 71 e ss.

[192] Si vedano, sul punto le considerazioni sullo SVP della giurisprudenza di merito: C. App. Milano, I sez. civile, decreto del 9 luglio 2008 e Cass. Civ, sez. I, 16 ottobre 2008, 21, in P. BECCHI, *La giustizia*, cit., p. 253 e ss.

[193] S. AMATO, *Eutanasie*, cit., p.105, parla di condizione di dipendenza dalle macchine, individuando correttamente un'estrema gamma di situazioni soggettive differenti, che si raggruppano nel fine vita: si tratta dei soggetti che si avvicinano alla morte emotivamente, più che cronologicamente, in quanto è la prognosi infausta a segnare la malattia come terminale e non il tempo che rimane da vivere. Sarà, in questi casi, la tecnologia a stabilire il perdurare della condizione.

[194] In questo senso, F. VIOLA, *La disponibilità della vita umana*, in *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione. Profili giuridici del caso Englaro*, a cura di S. BOCCAGNA, Roma, 2014, p. 13. L'A. identifica il momento di fine vita con il "caso estremo". «Possiamo immaginare che il caso estremo si presenterà secondo due possibili modalità. Nella prima di esse il soggetto morente conserva un'accettabile lucidità di giudizio e un grado sufficiente di coscienza. Nella seconda, invece, non è più in grado di decidere da sé e la sua vita è nelle mani di altri soggetti, quali i parenti, gli amici e i medici.»

efficienti a determinare, *ex se*, l'esito[195]. La distinzione, pertanto, vuole rientrante nel fine vita chi chiede di essere lasciato morire e non coloro che chiedono di essere, attivamente, uccisi[196]. Fuori dallo spettro della definizione tecnica di fine vita si pone, quindi, anche la cd. terapia del dolore, a partire dal principio del ventunesimo secolo permessa e disciplinata dalla legge per i casi terminali di malattie oncologiche[197].

Il diritto penale e, vista la sua funzione sussidiaria, l'ordinamento giuridico deve tenere in considerazione l'accezione che della morte fornisce la legge[198], al fine di porre un oggettivo limite negativo al dovere di tutela della vita: esso ha valore oggettivo ma non immutabile, essendo invece destinato a mutare a seconda dei progressi scientifici, che potrebbero dar corpo a differenti concezioni di morte, alcune delle quali scientifiche già introdotte, pur se non recepite normativamente: si pensi, ad esempio, alle situazioni di cd. morte corticale[199] e, in generale di stato vegetativo permanente, nelle quali mancano stimoli encefalici ed è assente la vita relazionale, meritano di essere affrontate con strumenti giuridici adeguati[200]. Sarebbe

---

[195] Si veda, l'osservazione di F. G. PIZZETTI, *Diritto di morire?* ult. cit., 48: «Sulla scorta di questo ragionamento è lo stesso rapporto fra autodeterminazione del paziente rispetto ai trattamenti sanitari anche di sostegno vitale e in condizioni di "fine-vita", da una parte, ed eutanasia "attiva", dall'altra, che viene a "scomporsi" e "ricomporsi". (…) si può sostenere, come è stato fatto – solo a prima vista in modo paradossale – che l'area critica della bioetica di fine-vita si è ristretta.» L'A. riconduce a detta area il rifiuto di cure, escludendo le forme di suicidio assistito.

[196] Per un'affascinante, anche se non sempre univoca, disamina sulle situazioni di "aiuto a morire" e le terapie approntabili scientificamente e sovente illecite, v. F. RAMACCI, *Premesse*, cit., p. 214. Per la differenza tra *letting die* e *killing*, v. *infra*, cap. III, i casi Welby ed Englaro (per il primo concetto) ed il caso Pretty vs. Inghilterra (per il secondo).

[197] Il riferimento è alla l. 8 febbraio 2001, n. 12. (*Norme per agevolare l'impiego dei farmaci analgesici oppiacei nella terapia del dolore*). Per una panoramica sulle terapie palliative, v. F. GIUNTA, *Il morire*, cit., p. 559 e ss.

[198] L'art. 1 della l. 29 dicembre 1993, definisce la morte come la cessazione di tutte le funzioni dell'encefalo.

[199] Sul punto, v. F. MANTOVANI, *Umanità e razionalità nel diritto penale*, Padova, 2008, p. 1252. L'A. indica le differenza tra tre gradi di intensità della morte biologica: la morte relativa, la morte intermedia e la morte assoluta. La morte clinica deve essere sovrapposta a quest'ultimo paradigma in cui vengono meno le funzioni respiratoria, cardiocircolatoria e cerebrale.

[200] Per una panoramica sulla diverse concezioni di morte ed una critica, v., M. L. VERDUCCI, *Scelte*, cit., p. 21 e ss., e, soprattutto, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., 678 e ss., cfr. per la "Proposta di risoluzione sull'assistenza ai malati terminali" del 1991 proveniente dalla Commissione per la protezione dell'ambiente, la sanità pubblica e la tutela

imperdonabile ed avrebbe conseguenze effettivamente paradossali un atteggiamento statuale che, preso atto della possibilità scientifica e tecnologica di far perdurare artificialmente le situazioni di fine vita, non predisponesse un adeguato sistema di limiti per l'attività medica e non prevedesse un ampliato ventaglio di scelte per i pazienti in stato vegetativo, in grado anche di scriminare comportamenti tradizionalmente ricondotti a fattispecie criminose (579 c.p., *in primis*), in nome del valore (condiviso, ma multiforme) della dignità umana[201].

A questo fine, nei passaggi che seguono si tratterà brevemente dei tradizionali strumenti repressivi per la morte inflitta al consenziente e l'istigazione al suicidio, al fine di valutarne l'efficienza in relazione alle tematiche del fine vita.

2.2 L'omicidio del consenziente e il superamento del dogma circa la punibilità del rifiuto mortifero delle cure.

2.2.1 La dimensione storica dell'omicidio "su richiesta" in Italia: la *querelle* di fine secolo sull'omicidio consentito.

Il Codice Penale del 1930, rispondendo alle pressioni sollevate da parte della dottrina coeva, varò una autonoma ipotesi di reato per la condotta dell'uccisione del consenziente. I codici preunitari e il codice Zanardelli del 1889 non conoscevano questa figura criminosa, già presente, per la verità, in molte legislazioni europee[202], e lasciavano che la condotta dell'uccisione su richiesta venisse collocata dagli interpreti nelle maglie del sistema penale positivo, senza una indicazione autentica che suggerisse la risposta che l'ordinamento avrebbe dovuto dare al cospetto di tale comportamento. Tuttavia, già in seno alla Commissione per la Revisione del Codice

---

dei consumatori presso il Parlamento europeo ed il conseguente parere negativo del CNB italiano.

[201] Per una critica all'abusato ricorso all'indefinito bene giuridico della *dignità personale*, v. L. RISICATO, *Dal diritto*, cit., p. 53.

[202] Come segnalato dall'Avv. A. NERI, in *Della partecipazione al suicidio e della uccisione del consenziente*, Padova, 1901 p. 16 e ss., in particolare, il riferimento è ai «Codici Ticinese, Ungherese, Olandese, spagnuolo (…) il codice penale Germanico ed il Codice penale di Basilea.».

Penale, istituita nel 1888, che curò la redazione del codice Zanardelli, erano state presentate proposte di autonoma previsione dell'omicidio del consenziente, al fine di *«evitare l'inconveniente di porre il giudice nella condizione o di infliggere una pena eccessiva, quale, per tale specie, sarebbe la pena di omicidio volontario, o di assolvere*[203]*.»*.

Tra gli studiosi di diritto penale, poi, la possibilità di ridurre la pena per l'omicida del consenziente (o, addirittura, di escluderla) non rappresentava, neanche allora, una novità, visto che il dibattito in materia, da sempre vivo[204], tornò di grande attualità a causa di un famoso saggio pubblicato[205], nella versione definitiva, nel 1895[206], da Enrico Ferri e intitolato «*L'omicidio-suicidio*». Quest'ultimo esponente della scuola positiva, in particolare, riteneva che l'uomo, proprio come ha il "diritto di vivere*"* deve avere il "diritto di morire*"*.

Si affaccia, in tal modo, nel panorama dottrinario italiano un principio di libera disponibilità della vita da parte di chi ne era stato sempre considerato "soggetto". Ferri, inoltre, per non suscitare reazioni sdegnate da parte degli studiosi del suo tempo e per evitare di urtare contro la coscienza morale, invitava ad osservare il fenomeno sotto la lente del solo diritto, che va tenuto distinto dalla morale. Non tralasciava, a riguardo, di rilevare come non fosse possibile una assoluta separazione tra queste due

---

[203] NERI, op. ult. cit., p. 49 e ss. La proposta del commissario Brusa, letteralmente: «se alcuno è stato determinato all'omicidio da una seria ed espressa richiesta dell'ucciso, è punito con la reclusione o con la detenzione da tre a dieci anni».

[204] Grispigni ci riporta come la dottrina tedesca si divise circa l'efficacia del consenso della vittima di omicidio nel diritto romano. Secondo la maggioranza il consenso non avrebbe rilevanza, con l'eccezione dei gladiatori, d'altro avviso il Mommsen, che sosteneva che il consenso diminuisse la pena. F. GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Roma, 1924, p. 436.

[205] E. FERRI, *L'omicidio-suicidio*, Torino, IV ed., 1895, per una critica attuale e per una panoramica sul dibattito che nacque dall'intervento di Ferri, si veda A. CADOPPI, *Una polemica* fin de siècle *sul "dovere di vivere": Enrico Ferri e la teoria dell'"omicidio-suicidio*", in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di L. STORTONI, Trento, 1992, p 125 e ss.

[206] La prima versione del saggio di Ferri era comparsa nell'*Archivio di psichiatria e scienze penali* nel febbraio del 1884, la seconda edizione risale all'aprile 1884, la terza è datata gennaio 1892.

categorie perché essi sono aspetti coesistenti di uno stesso fenomeno, ma ricordava che il giurista si deve sforzare di analizzare i fatti umani nel solo aspetto giuridico[207].

Le riflessioni di Ferri nascono nel tentativo di incidere sui lavori del codice Zanardelli, che si sviluppavano in quel periodo, circa l'opportunità di escludere dal futuro codice il reato di suicidio.

Lo stesso Autore dedica, poi, un passaggio del proprio scritto all'omicidio del consenziente: in rispondenza alla disponibilità della vita, sostiene, il consenso dovrebbe aver forza scriminante sempre e comunque, ciò nondimeno, posto che il diritto penale non è il campo della "pura logica", ma studio che incentra la sua attenzione sul ruolo del delinquente, il consenso scrimina solo a patto che l'altro uccida per motivi non antigiuridici.

E' forte, in questi passaggi, l'influenza dell'impostazione della scuola positiva: non esistono, nella visione ferriana, diritti solo innati o solo acquisiti, tutto è legato al divenire storico, al sentire comune, all'esistenza sociale.[208]

In tal senso, le conclusioni dell'autore non apparivano convincenti sotto due diversi angoli visuali. In primo luogo, a fronte della costruzione di una "disponibilità" della vita da parte dell'individuo, il ragionamento che conduce all'operatività della scriminante riguarda soltanto i motivi dell'agente, ma lascia da parte il morente, con i suoi diritti. Sotto altro profilo, esso incentra l'eventuale disvalore del fatto sui 'motivi' dell'agire, in senso non molto rispondente all'impostazione penalistica tradizionale.

Nel particolare clima dell'epoca, la pubblicazione del saggio divise i giuristi: gli esponenti della scuola classica rifiutavano le tesi di Ferri e ribadivano con forza il principio di indisponibilità della vita, mentre la scuola positiva concordò con le posizioni del suo insigne esponente. Queste diversità di vedute si riproposero nei lavori preparatori del codice Zanardelli, con il Pessina[209], su tutti, ad incarnare le

---

[207] E. FERRI, *L'omicidio*, cit., p. 20.
[208] Così riporta A. CADOPPI, op. ult. cit., p. 130.
[209] E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1883, vol II, p.16. Vi si legge: «(…) abbiam già detto essere inapplicabile a'diritti inalienabili della persona umana la sentenza *volenti et consentienti non fit injuria*. Epperò si ha reato di omicidio volontario ed in colui

posizioni della scuola classica: inalienabilità assoluta del bene vita e conseguente punibilità dell'omicidio del consenziente (e anche della partecipazione al suicidio) a titolo di omicidio comune.

I seguaci della scuola positiva, invece, sottolineavano la necessità di dar spazio nel nuovo codice ad un'autonoma figura di reato per l'omicidio del consenziente, dando rilievo al ruolo della vittima e alla minor pericolosità sociale dell'omicida. Ritenevano, inoltre, che il fatto fosse scriminato, qualora l'omicida fosse mosso da motivazioni altruistiche.

Tra le due correnti prevalse una terza, più vicina alle idee classiche: non venne introdotto il reato di suicidio, venne approvato l'art. 370 sull'aiuto al suicidio, mentre nulla fu disposto circa l'omicidio del consenziente.

La polemica tra gli esponenti delle due scuole non si placò con la stesura del nuovo codice, ma, al contrario, proseguì con forza. Le tesi di Ferri venivano abbracciate nel "positivistico" *Trattato di diritto penale*, curato dal Florian[210]. Critiche alle impostazioni ferriane erano, invece, mosse, tra gli altri, dal Manzini[211]. Alle soglie del codice Rocco, il giovane positivista Grispigni, pur critico nei confronti del maestro Ferri[212], elaborò una soluzione *de jure condendo* per il problema dell'omicidio del consenziente, proponendo un nuovo testo dell'art. 370 del codice Zanardelli, così formulato:

«Chiunque determina altri al suicidio o gli presta aiuto, ovvero ne cagiona la morte dietro espressa ed insistente richiesta, è punito, ove la morte avvenga, con la reclusione da tre a nove anni. Se l'agente sia stato indotto al fatto dalla pietà che a lui ispiravano le condizioni fisiche o morali della persona la pena sarà ridotta alla metà e

---

che uccide un uomo col consenso della vittima stessa, ed in colui che scientemente partecipa per altro qualsiasi modo alla uccisione volontaria che un individuo faccia di se stesso.».

[210] E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1911.

[211] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V edizione, a cura di Pisapia, Torino, 1986, vol. VII, p. 86, dove si afferma: «Nessuno può disporre dell'interesse concernente la propria vita, in modo da legittimare la sua uccisione compiuta da un terzo.». La prima edizione del *Trattato* è del 1905.

[212] Si veda F. GRISPIGNI, *Il consenso,* cit. p. 677 e ss.

sostituita la detenzione alla reclusione; ed in casi particolarmente meritevoli d'indulgenza il giudice potrà esentare ogni pena[213].»

Riassumendo per sommi capi le posizioni più autorevoli nella discussione dottrinaria sul punto, si potrebbe sostenere che vi fossero tre tesi distinte che classificavano diversamente il caso dell'omicidio del consenziente, nel silenzio del codice Zanardelli[214].

Vi erano innanzitutto alcuni autori, invero non molto numerosi, che prospettavano una non punibilità per ragioni oggettive dell'omicidio del consenziente.

Le basi di questa teoria sono da ricercare o nel superamento dell'indisponibilità della vita, o nella ritenuta efficacia scriminante del consenso in presenza di una malattia inguaribile del soggetto passivo, certificata da parere medico[215].

Altri autori sostenevano l'impunibilità per ragioni soggettive, ossia si giustifica l'azione in base alla sua causale. E' la tesi positivista, secondo cui «la responsabilità giuridica per un atto che leda un diritto altrui è appunto determinata dalla qualità dei motivi determinanti l'azione; e la pena aumenterà, scemerà o scomparirà completamente, a seconda che l'autore del fatto sia mosso da ragioni sociali o antisociali[216]»: dunque, non basta il consenso, occorre un movente nobile.

---

[213] F. GRISPIGNI, *Il consenso*, cit., p. 689.

[214] Secondo F. GRISPIGNI, *Il consenso*, cit., p. 438, «la relazione del secondo progetto Zanardelli (…) confermava la volontà di punire l'omicidio del consenziente come un omicidio volontario.».

[215] Così G. DEL VECCHIO, *Morte Benefica*, Torino, 1928, p. 134. Vi si legge: «A noi sembra che in luogo di ricorrere a tutte le elucubrazioni cerebrali dei medici e dei giuristi (che non so come possano seriamente concepire alcune paradossali astruserie) si possa ugualmente arrecare morte buona, bella e indolore, e si possa non meno legittimamente procurarla, qualora l'agente, chiunque esso sia, prima di eseguire sul morente le iniezioni di oppio, di morfina e di etere, ovvero di addormentarlo definitivamente sotto l'azione dei narcotici, quale il cloroformio, si attenesse scrupolosamente alla diagnosi medica dell'inguaribilità e della prossima inevitabile dipartita del malato, e, prima ancora, sul consenso di questi reiterato ed esplicito.». E ancora: «Se con dovizia di prove o di testi giunge poi a praticare l'eutanasia, al solo ed unico motivo umanitario e pietoso, avrà egli attuato degnamente la *'facoltà'* concessagli dalla legge, senza bisogno di previe autorizzazioni a scriminazione e giustifica del suo comportamento.».

[216] Così A. VISCO, *L'omicidio del consenziente nel nuovo codice penale*, in *Riv. pen.*, 1933, p.180-181.

La terza posizione, quella degli autori della scuola classica, fra i quali il Carrara, propendevano, infine, per la riconducibilità dell'omicidio del consenziente all'omicidio comune, poiché l'uccisore di quest'ultimo è autore lucido e volontario della strage[217].

2.2.2 (segue) L'inclusione dell'omicidio del consenziente nel codice penale. Riflessioni sull'inadeguatezza del tipo riguardo al tema del trattamento di fine vita.

In questo clima di fervente dibattito si aprirono i lavori preparatori che portarono alla redazione del Codice Penale del 1930. Le idee della scuola positiva, seppur avversate e discusse, convinsero il legislatore del 1930 a prendere in considerazione l'autonoma figura di reato dell'omicidio del consenziente[218].

Il testo definitivo dell'art. 579 c.p. è stato approvato dopo una netta presa di posizione del relatore sulla specifica fattispecie dell'omicidio *pietatis causa*, come si evince dalla Relazione ministeriale: «(…) Altra è la questione se il consenso della persona offesa possa influire nella valutazione della gravità del reato. Il principio dell'indisponibilità della vita non può far disconoscere la influenza, veramente notevole, che il consenso della vittima esercita nell'apprezzamento del dolo (n.b.: oggi diremmo della colpevolezza) in genere e della personalità del colpevole (…) il Progetto (…) non ha voluto disciplinare una causa di esclusione del reato per il caso della cosiddetta eutanasia. (…) Per ciò che attiene all'altra proposta di richiedere un particolare movente di pietà, mi è sembrato che i casi meritevoli di benigna considerazione, denunciati dalle cronache giudiziarie, in verità trascendano la troppa angusta categoria delle uccisioni pietose.»[219].

---

[217] A.VISCO, op. ult. cit., riporta anche posizioni (minoritarie) diverse dalle tre prospettate, in specie: punibilità dell'omicidio del consenziente come partecipazione al suicidio, punibilità come correità nel suicidio.
[218] Sul punto, ancora, A. CADOPPI, cit., p. 134.
[219] *Relazione al Libro II*, in *Lavori preparatori del c.p. e del c.p.p.*, Roma, 1930, parte II, vol. 5, p. 373-374.

Si affaccia così, per la prima volta, nel panorama penalistico italiano un delitto di omicidio attenuato dal consenso della *vittima*. In nome del concetto dell'indisponibilità della vita, la penalizzazione della condotta omicidiaria rende evidente che gli interessi morali e demografici dello Stato prevalgono sulla volontà del *titolare* della vita, del tutto sottratta, - come evidenziato dalla dottrina coeva al Codice Rocco- alla libera disponibilità degli individui, i quali «hanno il dovere di non sottrarsi al proprio Destino.»[220]

I commentatori hanno ben presto sottolineato la difficoltà di ricondurre la norma nel gruppo dei reati contro la persona, suggerendo la sua inclusione nell'ambito dei delitti contro l'integrità della stirpe e comunque, indicando che tutto al più dovrebbe parlarsi di reati 'sulla persona'. L'interesse leso dal delitto «è sempre e soltanto un interesse di immediata, diretta pertinenza statale: è l'interesse pubblico alla conservazione della esistenza dei consociati, è un interesse demografico e nient'altro.[221]». Inoltre, nota la dottrina che il riferimento all'indisponibilità del bene vita per giustificare la redazione di un autonomo titolo di reato è un'odiosa inversione dell'ordine dei problemi, che pone come premessa un dato pregiuridico, quando, al contrario, si dovrebbe argomentare alla luce di elementi di diritto[222].

Si è, infine, osservato che l'ultima interpretazione proposta pecca per eccesso circa il valore riconosciuto al *consenso.* Questo si atteggia diversamente a seconda delle figure di reato che vengono in rilievo: vi sono reati che sussistono solo nel caso di dissenso della vittima, come nel caso della violazione di domicilio o della violenza carnale, ed allora il consenso non esclude la punibilità, ma mostra la liceità del fatto e la mancata lesione del bene giuridico[223]; vi sono, poi, altri illeciti il cui disvalore

---

[220] Così A. VISCO, *L'omicidio e la lesione del consenziente*, Milano, 1929, p. 64.
[221] O. VANNINI, *Il delitto di omicidio*, Milano, 1935, p.116.
[222] Ancora, O. VANNINI, *ibidem*, cit., p. 118: «Il principio *l'uomo non può disporre della propria vita* o è principio di puro valore etico, e perciò non vincola il legislatore, oppure racchiude una verità giuridica; ma in questo secondo caso, come verità giuridica, esso deve esprimere volontà della legge, e non costituire di questa volontà una direttiva extra-giuridica obbligatoria.». Da ciò la protesta del giurista che non vede come il reato non trovi collocazione nel gruppo dei delitti contro l'integrità della stirpe
[223] A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2003, p. 439, sostiene che in questi casi (ad es., violazione di domicilio) «la presenza di un permesso non opera ai

penale non viene meno neppure con l'assenso del soggetto passivo all'azione del terzo. Ricondotto in quest'ultimo gruppo, l'omicidio consentito resta identico nella sua oggettività giuridica. «Come mai il bene della vita diventerebbe, per l'illusionismo di una lanterna magica, da bene individuale a bene statale? La verità è che lo Stato non rinuncia alla tutela di quel bene, anche se vi rinunzia il titolare e ciò avviene perché a tale interesse individuale è legato indissolubilmente un interesse generale di ordine e di sicurezza sociale.»[224].

Infine, tra gli autori contemporanei, spesso più attratti da problematiche specifiche, su tutte quelle legate alla cd. eutanasia "consensuale", che dal dibattito tradizionale intorno all'articolo 579 c.p., è da sottolineare la lettura della norma proposta da chi ritiene giustificata la *ratio benevolentiae* del legislatore in ragione di una minore gravità oggettiva e soggettiva del fatto. A tal proposito, infatti, si è rilevato che «Il consenso attenua non solo la colpevolezza e la capacità a delinquere, ma anche e ancor prima, l'offensività del fatto.[225]».

Il reato di omicidio comune presuppone una duplice offesa: nei confronti dell'individuo che viene ucciso e nei confronti dello Stato che ha il dovere di proteggere i consociati e di tutelarne il sistema di diritti, fra i quali, per primo, quello alla vita[226]. Nell'omicidio del consenziente la minor offensività è data dall'aggressione al solo interesse statale, non potendosi definire la condotta dell'omicida contro la

---

sensi dell'articolo 50 c.p., ma esclude direttamente la conformità rispetto alla fattispecie di parte speciale, in quanto non è compatibile con la esistenza del *dissenso*, che è un vero e proprio elemento positivo del fatto di reato. Ciò ha importanza ai fini della scelta della formula di assoluzione, che qui dovrà avvenire con la formula "perché il fatto non sussiste"(anziché "perché il fatto non costituisce reato")».

[224] Così A. VISCO, *L'omicidio*, cit., p. 188.

[225] F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, Padova, 2005, vol. I, p. 112.

[226] Si veda anche la posizione di F. RAMACCI, *I delitti*, cit., p. 137-138: «(…) in sede di individuazione del bene giuridico tutelato dalle norme che prevedono i delitti di omicidio è stato preferito il riconoscimento del *bene della vita* umana come oggetto della tutela, piuttosto che quello di un *diritto soggettivo alla propria vita*, la cui postulazione risulta contraddetta dal fatto che il soggetto non può più disporre della propria vita in maniera giuridicamente rilevante. L'identificazione della vita umana come bene giuridico tutelato non è invece conflittuale con il fatto che il singolo portatore di vita, di essa non può disporre: le spiegazione può essere agevolmente trovata nella proiezione sociale del valore del bene, che trascende la persona del singolo portatore.». (Corsivi dell'Autore).

vittima. O, come in maniera differente si è sostenuto, il reato offende la vita dell'offeso, ma non anche la sua libertà di autodeterminazione dal punto di vista oggettivo, e, «sotto il profilo soggettivo, (…) il consenso della vittima attenua sia la colpevolezza, sia la capacità a delinquere del reo.[227]».

Tralasciando deliberatamente le questioni relative all'esame del dettato dell'art. 579 c.p., si ritiene opportuno in questa sede porne brevemente in risalto gli aspetti descrittivi, che rendono *ictu oculi* la norma inadeguata a fornire risposte sanzionatorie, rispetto alle tematiche di fine vita[228].

Senza pretesa di anticipare oltremisura le vicende legate all'atteggiamento del diritto penale al cospetto delle tematiche eticamente sensibili e, tra queste, di quelle concernenti l'eutanasia pietosa, occorre evidenziare sin d'ora l'inefficacia general-preventiva della norma.

Il legislatore, infatti, persevera nell'inflessibile volontà di incriminare condotte opportunamente (in generale) ritenute lesive del bene della vita, pur a fronte di situazioni personali del tutto caratterizzate da una finalità compassionevole, frutto della naturale inclinazione ad assecondare richieste di cessazione di trattamenti terapeutici ormai indesiderati e, più radicalmente, di messaggi di aiuto di soggetti che, pur non dipendenti (o: non del tutto dipendenti) da macchinari e presidi salvavita, vogliano comunque porre fine alla propria vita a causa di prognosi *infauste* dovute al degenerare di una malattia inguaribile[229]; situazioni particolari queste, si diceva, e conflittuali, nelle quali -se non altro- l'aspetto volontaristico della condotta si annacqua significativamente.

Peraltro, in questa dimensione, la pretesa punitiva avanzata dallo Stato, proprio perché realizzata per il tramite di un tipo di reato inattuale, è un enunciato di tutela superindividuale, che ben rappresenta la temperie culturale dell'epoca, tutt'affatto caratterizzata da forti preconcetti ideologici, oggi vistosamente superati non solo dai

---

[227] Così G. FIANDACA, E. MUSCO, in *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, 2007, vol. II, tomo I, p. 33.
[228] In questo senso, v. L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 79.
[229] Auspica una revisione delle pene edittali, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, XV ed., vol. I, Milano, 2008, p. 66.

citati approdi post – secolari e laici, ma, soprattutto ed in via di fatto, dal già commentato progresso tecnologico e scientifico che ha reso i confini della vita umana, fino a pochi decenni or sono certi ancoraggi descrittivi del tipo, elementi incerti e – come visto – non più elusivamente di pertinenza del versante naturalistico del diritto penale[230].

Ciò premesso, si considerino innanzitutto (ti ho tolto questa frase perché già da alcuni periodi stai specificando che rinvii in seguito altre tematiche, diventa tutto troppo pesante) gli aspetti positivi che denotano l'inadeguatezza del precetto rispetto alle vicende del fine-vita.

Ci si riferisce, in particolare, alla categoria dei vizi del consenso, disciplinati dal secondo comma dell'art. 579 c.p., la cui sussistenza è tale da far rilevare il fatto nella sua qualificazione di omicidio comune e non già di uccisione attenuata dalla forma consentita[231].

La sussistenza , tra le cause che viziano la dichiarazione del soggetto passivo, del versare *in condizioni di deficienza psichica per altra infermità* è di per sé di una tale ampiezza che renderebbe ben ipotizzabili linee interpretative per le quali ogni situazione di malattia, specie se degenerativa o, comunque, inguaribile, possa dar vita ad una forma di infermità tale da far ritenere viziato il dissenso dal prolungamento di un trattamento sanitario indesiderato[232]. Interpretazione questa, cui conseguirebbe la necessità di procedere con un'incriminazione per omicidio volontario, oggettivamente abominevole in considerazione dei casi di cui si tratta.

---

[230] Per gli effetti riflessi della tecnica sulla vita e per una condivisibile analisi nella visuale del penalista, si veda O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, p. 3 e *passim.*

[231] Così, sino a qualche decennio fa, la più illustre dottrina. Cfr. V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 88, per il quale «chi consente alla propria uccisione sia per ciò solo persona alterata di mente, e quindi incapace di un normale consenso; giacché il fatto di superare la forza inibitoria del più forte degli istinti, quello della propria conservazione, fa arguire un grave squilibrio psichico».

[232] Sfrutta questa apertura la contemporanea dottrina *solidarista*, che considera l'omicidio per pietà alla stregua dell'omicidio comune. Per tutti, v. G. IADECOLA, *Eutanasia e sue problematiche giuridiche*, in *Giust. pen.*, 1985, p. 190 e ss.

A tal proposito, come si evince dalla diffusa casistica giurisprudenziale, anche di legittimità, si consideri che l'ipotesi delittuosa in esame viene regolarmente (con casistica piuttosto diffusa, anche nella giurisprudenza di legittimità[233]) contestata nei casi di uccisione pietosa di un paziente effettivamente infermo e di cui si determini la morte *pietatis causa.*

Rilevate tali evidenti incongruenze, e prima ancora di esaminare la discussione penalistica sulla possibile lettura delle uccisioni *pietatis causa* come condotte lecite o penalmente irrilevanti[234], si deve evidenziare che da più parti la dottrina ha invocato interventi del legislatore, nel senso di prevedere circostanze attenuanti ovvero un ridimensionamento dei limiti di pena[235] per l'omicidio del consenziente giustificato da finalità pietose, quale presa di coscienza minima delle problematiche penalistiche sottese al conflitto di valori (se non di doveri) insito in ogni situazione riguardante il fine vita di soggetti malati. Tali tipizzazioni, peraltro, si rendono ancor più necessarie alla luce della rigidità con cui la giurisprudenza di legittimità ha disconosciuto, in tema di eutanasia attiva consensuale, l'integrazione della circostanza attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale di cui all'art. 62, n. 1 c.p.[236]

---

[233] Recentemente, Cass. Pen., sez, I, 14 febbraio 2008, n. 13410, riportata da M. D'ANDRIA, *Commento all'art. 579 c.p.*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. XI, Milano, 2010, p 192.

[234] Cfr., *infra*, 3.4 e ss.

[235] In questo senso, v. F. RAMACCI, *Premesse*, cit., p. 213; l'A. individua la situazione psicologica dell'agente dell'art. 579 (e dell'art. 580) come quella di un soggetto spersonalizzato e piegato alla volontà altrui.

[236] V. Cass. pen. sez. I, 22 febbraio 1990, n. 2501, Billo, nella quale si è affermato che «in tema di eutanasia, le discussioni tuttora esistenti sulla sua con divisibilità sono sintomatiche della mancanza di un generale suo attuale apprezzamento positivo, risultando anzi ampie fasce di contrasto nella società italiana contemporanea; ciò esclude che ricorra quella generale valutazione positiva da un punto vi vista etico-morale che condiziona la qualificazione del motivo come "di particolare valore morale e sociale".».

2.3 La questione nella sua progressione omogenea di offesa: tentativo di suicidio e consumazione. Spigolature e spunti sul concetto di valore della vita nel diritto (penale e non). Ulteriori inefficienze penalistiche per il fine vita.

Le critiche e gli inviti ad una modifica normativa in tema di omicidio del consenziente trovano naturale prolungamento sul delitto di istigazione o aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p. Secondo la dottrina, un tempo maggioritaria, i due delitti in parola riflettevano entrambi la stessa oggettività giuridica: la tutela della vita umana indisponibile necessita, nel superiore interesse dello Stato, di sanzionare qualsiasi condotta finalizzata deliberatamente alla morte, sia nella forma del *concorso morale o materiale* all'altrui volizione suicidiaria, sia nella forma della sostituzione, per qualsiasi motivo, nell'esecuzione materiale al soggetto passivo, che non di meno chiede di morire[237].

In realtà, la dottrina più sensibile alle evoluzioni della società laica[238], secolarizzata e pluralista e, dunque, rispettosa delle prerogative di autodeterminazione degli individui, costituzionalmente sancite, e dell'incoercibilità delle azioni che nascono e si esauriscono nella propria sfera personale, senza cagionare effetti di sorta all'esterno, contesta fermamente tale ricostruzione, etichettandola-non senza ragione-come portato di visioni collettivistiche, definitivamente superate[239].

Non c'è dubbio che, se davvero si vuole riconoscere un'area di libertà assoluta agli individui per quel che concerne il proprio spazio soggettivo, corporeo e psichico,

---

[237] Per tutti, valgano i riferimenti a V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 86; B.PANNAIN, F.SCLAFANI, M.PANNAIN, *L'omicidio del consenziente e la questione eutanasia*, Napoli, 1988, p. 199, dove si afferma che l'obiettività giuridica degli artt. 579 e 580 c.p. è «derivata dal diritto alla vita e dalla sua indisponibilità, dagli obblighi che l'individuo deve adempiere verso la famiglia e la collettività, dalla minore gravità del fatto rispetto all'omicidio comune, dalla minore pericolosità del suo autore.».

[238] S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., *passim*.

[239] M. B. MAGRO, *Eutanasia*, cit., p. 196, evidenzia che le affermazioni dell'intangibilità dello spazio dell'autodeterminazione del singolo «segnano il netto declino di quella concezione che vedeva intersecarsi interessi pubblici e individuali, con incondizionato primato dei primi sui secondi. Il dato negativo dell'assenza di una norma incriminatrice perde quindi quel cordone ombelicale che lo legava ad una certa ideologia, o comunque alle intenzioni del legislatore, inserendo quella scelta in uno scenario costituzionale che ha come indiscusso fulcro la tutela e il rispetto della persona umana.».

non si potrà seriamente limitarne la facoltà in nome di non meglio identificati doveri solidaristici[240].

Per tali semplici rilievi, risulta controversa e di non semplice individuazione la funzione di tutela che l'ordinamento intende realizzare mediante la criminalizzazione delle condotte di istigazione e (soprattutto) di aiuto al suicidio.

Una tale incertezza trova il proprio corrispettivo nella riflessione, anche extragiuridica[241], sul suicidio, rispetto al quale le divisioni di vedute per ragioni ideologiche, politiche o filosofiche segnano una cifra ineliminabile, che condiziona necessariamente il giudizio: le concezioni dello Stato, della collettività, della vita, del trascendente, solo per citarne alcune, costituiscono la premessa di risultati logici anche molto differenziati tra loro sull'argomento, con la costante che quanto più si ritiene forte il legame tra un individuo ed il proprio gruppo sociale di appartenenza, sia esso di connotazione laica ovvero religiosa, tanto più riprovevole, ingiustificabile e finanche vergognosa può risultare la scelta del suicida[242].

Nella dimensione giusfilosofica[243], priva di vincoli imposti dalla logica, dall'efficienza e dalla funzionalità, nulla osta a che il suicidio venga, peraltro a ragione, biasimato come evidenza di una solitudine personale di chi lo sceglie e di una tragica disfatta sociale[244]. Viceversa, la categoria del diritto penale deve porre limiti e

---

[240] In tal senso, si deve a V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 109, l'affermazione che «il diritto, il quale è *relatio ad alteros*, non si occupa delle azioni che non escono dalla sfera intima dell'individuo.».

[241] F. GIUNTA, *Il morire*, cit., p. 554, critica il *self restraint* culturale della dottrina giuridica e la laconicità dei dati normativi vigenti, che conducono ad un comodo disimpegno dei giuristi sugli argomenti dell'ipotizzato (e contrastato) diritto a morire.

[242] In questo senso, recentemente, si esprime M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto? Il conflitto tra i principi di autonomia e di indisponibilità della vita umana*, Torino, 2012, p. 24 che, dopo aver tratteggiato le negatività del gesto suicida, accostandole a quelle dell'omicidio, afferma: «Questa dottrina non ha un fondamento meramente teologico o confessionale, ma è radicata profondamente nella verità naturale sull'uomo ed è, quindi in grado di riverberare le sue conseguenze nella società civile e all'interno delle sue leggi, vincolanti per tutti i consociati, siano essi credenti o non credenti.».

[243] Per tutti, E. DURKHEIM, *Le suicide. Etude de sociologie*, Parigi, 1897. L'A. ritiene il gesto suicida socialmente disapprovato in ogni epoca ed in tutte le società.

[244] Con un epilogo, per così dire, extragiuridico del suo dotto intervento, chiude su queste notazioni S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., p. 727, invitando all'«impegno collettivo contro le ragioni che inducono al suicidio», esempio di solitudine dell'uomo e di

divieti, tali da essere credibili, in qualche maniera temuti e, in definitiva, idonei ad orientare l'agire degli uomini.

Nella sua tipica veste e nel panorama in cui il diritto alla vita ha valore costituzionale, fortemente eticizzato, tanto da fondare teorie che, *in nomine vitae*, pongano chiusure ai diritti di libertà parimenti di valore costituzionale, potrebbe risultare comprensibile lo stupore dell'interprete che constati l'assenza del delitto di suicidio dal tessuto delle norme positive. In realtà, si può osservare, la mancanza di pena per il suicidio deriva principalmente dall'impossibilità di procedere nei confronti del soggetto agente, in quanto l'azione penale contro di lui nasce già estinta per morte del reo[245]. Ma una tale scontata risposta al difetto di tipicità del suicidio, in realtà, non può reggere dal momento che il codice non presenta la medesima carenza fattuale in relazione al tentativo di suicidio, rispetto al quale il tema processuale e naturalistico dell'estinzione del reato non sussiste[246].

Se ne deve dunque dedurre che il suicidio sia trattato dall'ordinamento come un fatto lecito? Sul punto, ovviamente, non mancano divergenze dottrinarie, che trovano il proprio fondamento, una volta di più, nella prevalenza dei principi di solidarietà, a discapito del personalismo, o viceversa. I primi, coloro che sono convinti dell'illiceità del suicidio e della non indifferenza del legislatore penale rispetto a tale, estremo esempio di autolesionismo, cercano conferme del loro assunto all'interno del tessuto del codice Rocco[247]. Le evidenze di questo atteggiamento di non approvazione del

---

drammaticità dell'esistenza, «pure in un contesto di libertà depurato da falsi vincoli e pregiudizi.».

[245] Nella *Relazione* al codice penale cit., si indica che l'assenza di un precetto normativo contenente un comando di vivere trova giustificazione nella non sanzionabilità della violazione, nello stesso senso, V. ALTAVILLA, *Il suicidio nella psicologia, nell'indagine giudiziarie e nel diritto*, Napoli, 1932, p. 206.

[246] Rispetto alle funzioni sociali dell'individuo (ritenute preminenti sulle derive personalistiche), che troverebbero conferma anche nel dettato dell'art. 32, primo comma Cost., F. RAMACCI, *Premesse*, cit., p. 209, segnala «l'aporia relativa al (suicidio e al) tentato suicidio che è al tempo stesso un atto penalmente lecito, in quanto non preveduto dalla legge come reato, ma che può anche essere considerato antigiuridico in quanto annulla la corrispondente aspettativa della collettività, giuridicamente collegata ex art. 2 Cost., all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.».

[247] L. EUSEBI, *Note sui disegni*, cit., p. 262, afferma: «L'ordinamento giuridico, molto opportunamente non punisce il tentato suicida, ma nel contempo non autorizza alcuna

suicidio da parte del codice si individuano, giocoforza, negli articoli 579 e 580 c.p[248].

Tuttavia, la dottrina maggioritaria, condivisibilmente, rifiuta come un paralogismo[249] la lettura poc'anzi riportata, mettendo in risalto la prevalenza indiscussa ed irriducibile dei diritti di libertà, nell'accezione personalistica grandemente condivisa ed avvalorata dalla Costituzione. A ben vedere, si argomenta, il diritto penale laico tollera ed, anzi, permette ogni forma di condotta che nasca e si esaurisca sul proprio corpo, limitando, tramite la penalizzazione, soltanto gli interventi che interessano (danneggiandoli, comprimendoli o mettendoli in pericolo) beni giuridici di pertinenza altrui. Come è stato efficacemente osservato[250], vale anche per il suicidio il rilievo di valenza costituzionale secondo il quale il potere di autodeterminazione non tollera limitazioni.

Oltre a questa critica, per così dire, costituzionalmente orientata[251], la dottrina non ha mancato di segnalare altre numerose antinomie che caratterizzano l'istigazione e l'agevolazione al suicidio, in ottica squisitamente penalistica. Senza pretesa di esaustività, si segnalano di seguito più vistose. In primo luogo è stata opportunamente criticata -da più parti- la struttura del delitto in questione. Si tratta, in effetti, di un reato di istigazione, categoria che viene in rilievo allorquando l'ordinamento, per prevenire situazioni di pericolosità sociale[252]-riferita, non già all'istigazione in sé, ma (ovviamente) all'attività istigata- ritiene di anticipare la soglia di punibilità e, dunque, di tutela: ma, a ben vedere, nel caso di specie il fatto istigato non solo non è illecito, ma sembra addirittura espressione (sia pure estrema e non auspicabile) dei diritti di

---

relazione intersoggettiva orientata a favorire la preparazione e la realizzazione di un suicidio: lo si evince dall'art. 580 cod. pen. che punisce l'istigazione e l'aiuto al suicidio, come pure dalla circostanza per cui l'intento suicida non esonera certamente il medico dal dovere di tentare il salvataggio di chi abbia agito contro la propria vita.».

[248] Così, tautologicamente, M. PALMARO, loc. ult. cit.

[249] In questi termini, ancora S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio,* cit., p. 675.

[250250] Così, L. STORTONI, *Riflessioni* cit., *passim.*

[251] Negata coerentemente da L. EUSEBI, op. ult. cit., p. 257, che tenta di argomentare «L'impossibilità di fondare il supposto "diritto a morire" sull'art. 32, 2 della Costituzione.»

[252] Cfr. G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. pen.*,1976, p. 8.

libertà di ciascuno[253]. Peraltro, a differenza di altri delitti di istigazione, nel caso dell'art. 580 c.p. l'attività rafforzativa è punibile se ed in quanto l'oggetto dell'istigazione si realizzi *in rerum natura*: una sorta di evento necessario, in assenza del quale neppure la condotta dell'istigatore è rilevante per il diritto penale (salvi i casi di lesioni gravi o gravissime), In quest'ottica, si consideri che l'evento però è dovuto non tanto (e, certamente, non solo) all'attività di chi offre supporto morale, ma ovviamente alla determinazione dell'agente, libera per quel che attiene l'azione mortifera. Necessariamente, dunque, si deve riconoscere che il reato si fonda sulla condotta di ausilio, del tutto autonoma e non accessoria rispetto a quella del suicida[254].

Inoltre, si è parlato correttamente di reato di danno teso a sanzionare la lesione alla vita, cagionata volontariamente dalla vittima, con il sostegno del terzo, che diviene l'unico soggetto in concreto punibile. Una sorta di partecipazione al fatto altrui, rispetto alla quale l'evento è oggettivamente ricondotto al terzo, benché egli non possa partecipare dell'estrema scelta soggettiva di realizzarlo, lasciata, in definitiva, totalmente all'arbitrio dell'agente non punibile[255].

Non mancano, poi, incongruenze dal punto di vista della condotta: mentre nel codice Zanardelli veniva punita la sola determinazione al suicidio[256], la formulazione attuale è sotto il profilo oggettivo maggiormente dettagliata, affiancando promiscuamente alla predetta condotta, il rafforzamento del proposito e l'agevolazione esecutiva. Orbene, se, anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, si può trovare un ragionevole fondamento punitivo nei confronti di chi istilli nel prossimo l'idea del suicidio (prima inesistente) in quanto epilogo violento, innaturale e indesiderabile[257], lo stesso non può essere affermato in relazione alla mera

---

[253] Un critico sguardo di insieme sulle istigazioni di un fatto penalmente lecito, v. P. TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi in onore di G. Delitala*, Milano, 1984, p. 1578.
[254] In questo senso, v. F. RAMACCI, *Riflessioni*, cit., p. 211.
[255] Così anche, M. B. MAGRO, *Eutanasia*, cit., p. 201.
[256] Il delitto ere previsto dall'art. 370 c.p. : «*Chiunque determina altri al suicidio o gli presta aiuto è punito, ove il suicidio sia avvenuto, con la reclusione da tre a nove anni*.».
[257] Individuando, dunque, il bene giuridico tutelato nella protezione degli individui da pressioni di terzi finalizzate, sia pure indirettamente, alla lesione del bene vita, come indicato da M. B. MAGRO, *loc. ult. cit*.

attività di conferma o di supporto di un proposito originale del soggetto che intenda togliersi la vita[258]. Inoltre, l'attività di convincimento, di per sé lecita, come detto, diviene rilevante se l'individuo, totalmente capace di intendere e di volere, dia seguito alla sua volontà suicida.

In questo senso, davvero, sfugge l'oggettività giuridica che il legislatore si ripromette di tutelare[259] e, al contrario, i due momenti della condotta che rivestono funzione di convincimento, rispetto ad una determinazione altrui, si pongono in contrasto con i principi di laicità, ma soprattutto di colpevolezza e di materialità, che dovrebbero governare la tipizzazione[260]. Non manca chi, rilevando la differenza ontologica delle forme di condotta tipizzate nell'art. 580 c.p. ed il loro dissimile rapporto con la situazione psichica della vittima (proposito inesistente nella determinazione; ovvero già sussistente nelle ipotesi di rafforzamento o di agevolazione), concluda per un'irragionevole uguaglianza di trattamento sanzionatorio, a fronte delle citate divergenze nelle premesse[261].

Parimenti illogica si manifesta la risposta sanzionatoria[262], molto elevata e sovrapponibile all'ipotesi dell'omicidio del consenziente, benché, come detto, le obiettività giuridiche chiamate a tutelare sono del tutto disomogenee: un conto è realizzare un omicidio, sia pure consentito, tutt'altro è assecondare, rafforzare o

---

[258] E' il caso di evidenziare che si porrà, nei casi di rafforzamento del proposito, una vera questione di eziologia, dovendosi ritenere -in assenza di altri elementi- che tale condotta non sia che indifferente rispetto al progetto maturato e realizzato dal morente. Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1983, p. 1125.

[259] E' questa la motivata interpretazione *de jure condito* di R. MARRA, *Suicidio, diritto e anomia. Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, Napoli, 1987, p. 97.

[260] Sul punto, la constatazione *tranchant* di L. STORTONI, nelle sue *Riflessioni*, cit., p. 481, il quale dubita «fondatamente della legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. con riferimento, appunto, alla condotta, ivi prevista, di agevolazione».

[261] Come è stato osservato, non si può tacere «l'ulteriore incongruità costituita dall'equiparazione, nell'art. 580 c.p., delle condotte di determinazione, istigazione e aiuto, la cui differente valenza -già sul piano della causalità del contributo- è riconosciuta presso tutti i sistemi normativi che graduano la responsabilità dei concorrenti nel reato. E invero, è evidente che chi si limita ad agevolare la realizzazione di un suicidio già autonomamente deciso dall'interessato non può essere assimilato a chi invece fa nascere o rafforza la volontà suicidiaria; onde la previsione di una stessa pena appare profondamente ingiusta.». S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., p. 725.

[262] La dottrina è concorde sul punto. Per tutti, v. F. RAMACCI, *Premesse*, cit., p. 213.

agevolare chi serba già un'idea di suicidio, effettivamente portato a termine, per mezzo di un'autonoma azione che nasce e si esaurisce nella sfera individuale. Diversi i fatti, diverse le eziologie dei due tipi, puniti però similmente (art. 579 c.p. : reclusione da sei a quindici anni; art. 580 c.p.: reclusione da cinque a dodici anni)[263].

Evidenziate rapidamente le più macroscopiche smagliature della tipizzazione dell'omicidio consentito e dell'istigazione e agevolazione al suicidio, non resta che segnalarne la intrinseca inadeguatezza a fornire efficienti strumenti repressivi: essi, infatti, non sono modelli socialmente avvertiti come espressione del disvalore generalmente attribuito alle condotte tipizzate, almeno nei frequenti casi *sub specie* fine-vita[264].

Ciò si verifica soprattutto in considerazione dell'orizzontalità degli elementi descrittivi delle norme incriminatici in esame, incapaci di cogliere le sfumature e le peculiarità che le situazioni di fine-vita pongono all'interprete ed ai soggetti (professionisti del settore medico, diretti interessati e familiari) che concretamente si fronteggiano , sempre più spesso, con queste dinamiche[265].

Ed in qualche modo, come *supra* si è già incidentalmente sostenuto, la inarrestabile tecnicizzazione della salute richiede necessariamente la predisposizione di risposte normative tali da fornire strumenti a questi soggetti. I quali, peraltro, affrontano percorsi personali via via più comuni, tanto da far ritenere scolorita del tutto la concezione di riprovevolezza che -sino a qualche decennio fa- caratterizzava le questioni relative alle scelte del come e quando morire.

---

[263] Così, S. SEMINARA, *loc. ult. cit*.

[264] Interessanti spunti in materia sono offerti da G. CASSANO, F.G. CATULLO, *Eutanasia, giudici e diritto penale*, (nota a: C. Ass. App. Milano, 24/4/2002, n. 23), in *Cass. pen.*, 2003, p. 1375; gli A. toccano il tema dell'inefficienza general e special preventiva di norme sanzionatorie, che puniscano l'individuo per finalità di tutela superindividuali, del genere umano, entità spersonalizzante.

[265] Con una felice espressione, F. GIUNTA, *Il morire*, cit., p. 554, evidenzia il sopravvenire della «medicalizzazione dell'agonia, che ha trasformato il trapasso dal "momento" a "processo" (dove la dimensione tecnologica prevale sovente su quella psicologica).».

Non deve stupire, dunque, se l'inalterata permanenza nei lustri dei due precetti e la loro declinazione al servizio, spesso ideologico[266], della repressione delle forme eutanasiche, impropriamente intese, lascia emergere un diritto penale dal volto sempre meno umano, incapace di essere davvero selettore di quei comportamenti comunemente ritenuti dannosi o pericolosi e, in quanto tali, socialmente ripudiati e pubblicamente repressi; un diritto penale, all'evidenza, che esce indebolito, ad oggi, dalle sfide contemporanee che i temi bioetica, non certo solo quelli legati alla fine della vita, pongono.

D'altra parte, questo sembra davvero un esito necessitato, se solo si considera razionalmente che, a fronte delle innovazioni che le nuove possibilità della vita e della scienza propongono agli occhi dei cittadini e degli interpreti delle norme, il diritto penale nazionale è rimasto inerte (con riferimento alla fine della vita), quando non si è mosso in ossequio a principi antiscientifici e fortemente ideologizzati[267].

Le considerazioni in esame segnano il fermo-immagine del diritto penale attuale, incapace, in questo campo (con le eccezioni di qualche intervento giurisprudenziale), di comunicare con la società che pretende, sia pure sussidiariamente, di regolare; un diritto penale sempre più arido e non in grado di cogliere i mutamenti continui che caratterizzano il vivere comune e segnano, inevitabilmente, il nuovo paradigma dei diritti inviolabili[268], i quali,– al contrario, per il tramite della clausola aperta dell'art. 2 Cost. sono in continua evoluzione, di pari passo con le norme, certo, ma anche con il comune sentire, che orienta e fa mutare le interpretazioni dei principi costituzionali.

---

[266] Non a caso, F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., p. 75 avverte dell'illusorietà di una trattazione asettica e di pura tecnica, al riparo da qualsiasi colorazione morale, dei temi di bioetica collegati con la fine della vita.

[267] Ci si riferisce, evidentemente, alla l. 40/2004, in tema di procreazione medicalmente assistita; per una critica agli aspetti penali dell'intervento legislativo, sia consentito un rimando a, L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., *passim*.

[268] Pare significativo quanto affermato sul punto da F. RAMACCI, *Premesse*, cit., p. 222, al principio degli anni Novanta, quando affermava: «Invece, è appunto al livello di previsione che la legge penale deve dare una risposta alla crescente domanda di garanzie che proviene da larga parte dell'opinione pubblica riguardo alla fase terminale della vita. E' innegabile, infatti, che la cultura contemporanea dominante propone con la concezione scientista della vita l'abbandono della concezione naturalistica della morte come termine della vita a favore di una concezione culturale che ravvisa in essa il mezzo per finire di soffrire.».

Basti pensare, a tal proposito, quanto le interpretazioni dei diritti di libertà al cospetto dei doveri solidali, tra cui quello di vivere, sia mutato dagli anni ’60 ad oggi.

In conclusione, si può davvero condividere quanto lucidamente affermato in dottrina circa l’assottigliamento sempre più evidente del diritto penale delle categorie tradizionali, ancora attuali, ma senza dubbio recessive rispetto alle nuove forme di incriminazione che regolamentano, con interventi spesso complementari, la complessità, nelle sue multiformi espressioni, non di rado figlie della tecnologia[269].

Una produzione normativa, spesso caratterizzata da anticipazioni di tutela e da forme di prevenzione, che ampia sempre più l’area del diritto penale artificiale, quale *species* del *genus* penalistico, privo della dimensione (di elezione del diritto penale classico) delle categorie naturali.

Se è vero che il diritto penale della complessità mostra molte crepe e finisce per snaturare la funzione immediata che lo stesso dovrebbe avere, quale agente capace di selezionare le condotte vietate e, *a contrario*, quelle consentite, si deve dare atto che la normazione speciale, spesso compulsiva, è stata guidata dalla finalità di rispondere alle nuove esigenze di protezione che l’aumentata tecnologia richiedeva.

Viceversa, il settore della bioetica e delle scelte di fine-vita presenta propri segni distintivi, a fronte dei quali, come osservato, il legislatore non ha ancoro saputo offrire risposte di adeguamento[270]. La peculiarità della bioetica sta, principalmente, nel suo essere a metà strada tra il progresso tecnico/scientifico e le naturali -e tutte umane- esigenze di vita e di morte[271]. In questo senso, il connubio tra scienza, salute e vita propone degli aspetti a dir poco paradossali: oggi la tecnologia consente il prolungamento della vita sino a frontiere un tempo del tutto inimmaginabili; a fronte di

---

[269] Gli spunti si devono a O. DI GIOVINE, *Un diritto*, cit., p. 3.

[270] F. GIUNTA, *Il morire*, cit., p. 555, individua la causa della mancanza di produzione normativa in fatto di bioetica, nella riduzione del dibattito giuridico in arroccamenti su concezioni filosofiche e morali, con la conseguenza che «la marginalità del profilo giuridico nella riflessione bioetica fa sì che quest’ultima o rinunci in partenza a tradursi in norma giuridica o ritenga di poter diventare diritto semplicemente attraverso la sua trascrizione in una legge dello Stato, nell’implicita premessa che la norma giuridica rappresenti una sovrastruttura dell’etica.».

[271] Cfr., ancora, O. DI GIOVINE, *loc. ult. cit*.

ciò, i tradizionali presidi a tutela "*sempre e comunque"* della vita, di cui gli artt. 579 e 580 c.p. costituiscono i principali esempi, possono trasformarsi in autentici fardelli[272], che costringono i soggetti tenuti in vita ed i loro familiari ad interminabili fasi di contemplazione di una vita prolungata nella sua dimensione soltanto biologica.

Ecco perché correttamente si sostiene che è proprio la bioetica ad aver lasciato trasparire gli scollamenti più rilevanti tra le diverse concezioni della vita[273]: il bene giuridico vita, fermo ed immodificabile sino a forme di intransigenza, e l'interesse di vita, collegato, invece, alla vita relazionale[274] e non a quella biologica, che valorizza, dunque, l'aspetto del sentire in luogo del semplice rimanere in vita[275].

Ogni nodo che il binomio vita/tecnologia pone merita di essere posto all'attenzione del legislatore e dell'interprete. Non sfugge di certo che la legiferazione in questo campo sia particolarmente delicata, perché, come fin qui si è tentato di evidenziare, ogni scelta comporta un necessario bilanciamento di valori tutti degni di protezione e richiede la soluzione (notoriamente complessa in via generale ed astratta)

---

[272] Con provocazione, L. STORTONI, *Riflessioni*, cit., p. 481, contesta proprio alla dottrina confessionale di essere poco … laica! L'A., nel passaggio, evidenzia come un'apertura normativa rispetto alle scelte di fine vita non colliderebbe, certo, con l'imposizione, per i credenti, di conformarsi ad un fantomatico dovere di porre fine anticipatamente alla vita.

[273] Con riferimento al caso delle due gemelle siamesi, separate pur nella consapevolezza che, a seguito dell'operazione, una sarebbe morta, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 532, il quale osserva «la dottrina -in ispecie tedesca- ha ormai saldamente enucleato una serie di ipotesi in cui il fatto lesivo della vita umana è commesso dall'agente al di fuori di ogni anormale turbamento motivazionale, ma nella ferma convinzione (…) dell'intrinseca 'giustizia dell'atto', in funzione dell'adempimento di un prevalente dovere di soccorso verso altre persone in pericolo.».

[274] In questa direzione conduce l'esperienza statunitense e britannica sull'argomento, informate al criterio del *best interest* del paziente, anche se in stato vegetativo, v. *infra* e F. GIUNTA, *Il consenso*, cit., *passim.* Per quanto riguarda la concezione della vita come dimensione relazionale, merita di essere menzionato lo spunto di G. CASSANO, F. G. CATULLO, *Eutanasia*, cit., p. 1376, che, al fine di tentare di delimitare il contenuto della dignità umana, finiscono con ritenere che nell'enunciato dell'art. 3Cost. «si può riconoscere una esplicita concezione della persona, come realtà storica ed esistenziale che vive nella società.». Il bene vita e quello della dignità umana assumono, dunque, una necessitata colorazione relazionale e sociale.

[275] L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 64, evidenzia l'inaffidabilità del bene giuridico della dignità umana, suscettibile di essere piegato per ogni fine. I collettivisti riterranno sempre lesiva della dignità l'arrendevolezza (specie del medico) davanti alla malattia, i personalisti ritengono al contrario doverosa la cessazione di terapie che non possono condurre alla guarigione, perché riducono il malato non più relazionale ad una vita indegna.

di conflitti di doveri. Tuttavia, non per queste evidenti difficoltà può tollerarsi il rifiuto del legislatore rispetto a necessari interventi in un settore di così grande rilevanza e attualità.

2.4 Riduzione dello "spazio della volontà": tra conflitto di doveri, scelte tragiche e dilemmi etici.

Già nel primo capitolo di questo lavoro, per il tramite della lente del costituzionalista, si è in linea di massima tentata una comparazione fra valori normativi di eguale rango, al fine di evidenziare quale diritto tra la libertà di autodeterminazione e la vita, biologicamente intesa, potesse dirsi prevalente sull'altro[276].

Un tale esercizio è certamente funzionale ad esporre, da un punto di vista sociale e normativo extrapenale, quali siano i fondamenti logici delle opposte visioni del mondo e delle regole, che costituiscono ineludibile premessa per i contrasti sul tema del fine vita, di cui si è dato conto.

E' opportuno, quindi, traslare i termini della contesa sul piano del diritto penale: a tal fine, sarà inevitabile porre come base di partenza l'oggettiva limitazione allo spazio di libertà piena, al cospetto dei casi concreti di fine-vita. Ristrettezza di margini che, ovviamente, riguarda i soggetti materialmente coinvolti nella vicenda (malato e familiari, medico) e che deve essere tenuta in considerazione dall'interprete (tanto il legislatore, quanto il Giudice)[277].

---

[276] Il tema del bilanciamento dei valori costituzionali è il vero *fil rouge* della riflessione in tema di fine vita. V. *supra*, cap. I.

[277] L'argomento è stato affrontato da A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico e diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, p. 539.

Dal punto di vista del penalista, vengono, dunque, qui in rilievo le tematiche relative al conflitto di doveri ed alla collegata analisi che il diritto penale, nella sua dimensione necessariamente generale ed astratta, riserva a tali situazioni, per molti versi sovrapponibili a quelle necessitate[278]. Non a caso, tradizionalmente, lo studio del predetto conflitto viene naturalmente ricondotto alla categoria delle cause di giustificazione: l'interprete, al fine di valutare se il fatto nella sua tipicità debba intendersi scriminato, dovrà verificare la sussistenza di una fonte normativa di pari cogenza, rispetto al precetto violato, e stimare, quindi, la rispondenza dell'obbligo necessitato, quale espressione di un valore giuridico (socialmente riconosciuto) superiore o, per lo meno, pari ordinato a quello che, con la realizzazione volontaria dell'illecito, si è leso o posto in pericolo.

Non c'è dubbio che il paradigma principale di riferimento, sul tema, sia rappresentato dallo stato di necessità, scriminante che -più di ogni altra- fotografa con grande precisione il dovuto temperamento della norma punitiva, in considerazione del contesto vincolato nel quale l'illecito penale si è consumato[279].

La dottrina, a proposito, rileva che medesima valenza di esclusione dell'antigiuridicità, almeno in termini astratti, può essere causata sia per effetto di una situazione di cogenza, *strictu sensu* intesa (lo stato di necessità), sia a causa delle (più numerose) vicende facoltizzanti[280], nelle quali, pur a fronte di un precetto che vieta una determinata condotta, si rinviene nell'ordinamento una regola ovvero un principio che la permette, quale facoltà libera dell'individuo (si pensi alla difesa legittima ed anche all'esercizio di un diritto o all'adempimento del dovere).

---

[278] Sul tema, ampiamente, E. MEZZETTI, *"Necessitas non habet legem"? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, cfr. sul conflitto, p. 90 e ss.

[279] Sulla scriminante di cui all'art. 54 c.p. e sulle situazioni di conflitto, recentemente e per tutti, v. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., *passim.* Per l'analisi della necessità come scusante, v. p. 581 e ss.

[280] Così, E. MEZZETTI, *Necessitas*, cit., p. 90. L'A. evidenzia le differenze penali e, conseguentemente, extrapenali tra le due situazioni. La necessità cogente elimina l'antigiuridicità, lasciando invariata l'illiceità del fatto le obbligazioni da reato rimangono in capo all'agente; viceversa la necessità facoltizzante, dà vita ad un fatto da considerarsi legittimo nella sua complessità.

Non c'è dubbio che il panorama nel quale ogni ipotesi conflittuale si staglia è quello del condizionamento che vincola l'agire del soggetto, naturalmente limitato per quanto attiene i margini della scelta libera. Il condizionamento o, in alcuni casi, la vera e propria costrizione di cui si tratta non è che il riflesso di quella che genericamente viene indicata come la tradizionale antinomia tra necessità e libertà, definita non a caso il grande «tormento del pensiero» giusfilosofico occidentale[281].

Il tema generale, campo di elezione di fiorenti dibattiti in seno alla dottrina penalistica, specie tedesca, non è rimasto estraneo all'ambito del diritto positivo. il Legislatore, infatti, ha disciplinato le situazioni generali in cui il soggetto agente, posto nel cuore della tensione di un comando e di un contemporaneo divieto, ovvero di due confliggenti doveri, siano essi in forma commissiva o omissiva, non può essere destinatario, per varie cause, della sanzione contenuta nel precetto penale, prevista, invece, per la generalità dei consociati che si trovino al di fuori dal raggio di azione della ragione necessitante[282].

A ben vedere, però, le scelte condizionate, per la loro intrinseca inafferrabilità, sfuggono nella grande maggioranza dei casi alla tipizzazione e chiamano, pertanto, l'interprete ad una valutazione caso per caso, finalizzata alla riconducibilità delle singole infrazioni del divieto penale alla categoria delle scriminanti, a quella delle scusanti o a quelle delle cause di non punibilità. In tal senso, non ogni necessità può atteggiarsi da agente capace di far scolorire la rilevanza della violazione della norma penale, né ogni fonte di antinomia può essere valutata quale norma di comportamento tale da annullare la valenza negativa del fatto effettivamente consumato.

Per esaudire l'esigenza di selezione, è opportuno evidenziare, innanzitutto, come le necessità possono essere concettualmente distinte. In primo luogo, può individuarsi una necessità "logica", discendente dalla antinomia o contraddittorietà del messaggio positivo, inteso come contraddittorietà interna di una norma o di un gruppo di norme, ovvero -e più frequentemente- tra previsioni diverse.

---

[281] Così, ancora, E. MEZZETTI, *loc. ult. cit*.

[282] E' il caso delle *ipotesi speciali di stato di necessità,* di cui, esemplificativamente, agli artt. 242, co. 2 e 384, co. 1 c.p.

Diversa, concettualmente, è la necessità c.d. "fisica", sovrapponibile per molti versi alla vera e propria costrizione invincibile, che guida il soggetto alla commissione del reato, vincolato da una situazione non altrimenti dominabile.

Infine, in tutte quelle ipotesi in cui il soggetto violi consapevolmente il precetto penale in ragione di convinzioni personali di carattere etico, sociale o anche religioso, che gli impongono di osservare un determinato comportamento, si potrà riscontrare la necessità c.d. "morale"[283], le cui sfumature la rendono prossima la categoria dell'inesigibilità[284]. Come è stato correttamente notato, le tre dimensioni della necessità non si presentano in autonomia l'una dall'altra, ma sovente compaiono, in misura diversa, in ogni situazione necessitata[285].

In questi casi, più che un conflitto di norme giuridiche, tema classico delle antinomie dell'ordinamento giuridico[286], si tratta, in ottica strettamente penalistica, di un conflitto di doveri, aventi diversa fonte e diversa intensità, che convergono sul fatto, modificandone la percezione, per così dire, sociale.

Pertanto, nei casi astrattamente presentati, l'interprete dovrà far ricorso ai tradizionali canoni valutativi (e positivizzati) dello stato di necessità, in altri termini, questi dovrà porre l'attenzione, oltre che sull'attualità e sulla proporzione lesiva, sul bilanciamento tra valori (o: ranghi di beni giuridici) in conflitto, al fine di stimare la qualificazione del fatto necessitato come scriminato. Né, come ha sottolineato parte della dottrina (con riferimenti proprio attinenti ai rapporti medico/paziente in oggetto), possono essere pretermesse le riflessioni sulle posizioni soggettive tutelate dalle norme confliggenti di obbligo e di dovere, che -facendo trascendere la soluzione dagli schemi

---

[283] La tripartizione delle fonti necessitanti si deve ancora a E. MEZZETTI, *Necessitas*, cit., p. 91, che distingue tra costrizione ed inesigibilità.

[284] Sulla quale, si rinvia al caposaldo, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

[285] In questo senso, J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996. L'A. evidenzia come, pur scisse al momento dell'elaborazione normativa, le norme giuridiche e quelle morali non possono che svilupparsi parallelamente e, dunque, integrarsi.

[286] Sui conflitti tra norme positive e tra leggi giuridiche e leggi morali, A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963. L'A. si sofferma sul tema qui centrale della "delinquenza per convinzione", sui cui *deficit* di colpevolezza, v. p. 110 e ss.

tipici delle scriminanti- paiono atteggiarsi a categorie proprie del contrasto di doveri qui in rilievo[287].

Nondimeno, frequenti sono i casi di conflitti insanabili, nei quali si contrappongono beni giuridici di uguale rilevanza, ovvero situazioni che, pure oggettivamente risolvibili con la prevalenza di un valore sull'altro, si caratterizzano sotto il profilo soggettivo per la presenza di condizionamenti personali, intimi ed invincibili[288].

In queste situazioni concrete, la cifra principale è quella della necessità morale, che si traduce nella spinta del convincimento etico o religioso alla violazione del precetto penale[289]: in tali circostanze, infatti, si ravvisa, la collisione extrasistematica tra obblighi giuridici ed obblighi extragiuridici, generalmente risolta da dottrina e giurisprudenza nel senso di escludere l'attitudine della costrizione a neutralizzare l'antigiuridicità del fatto di reato[290].

Ciò premesso in tema di conflitto di doveri, non può non rilevarsi che, da sempre, i casi di scuola scelti per dimostrare plasticamente il conflitto di doveri hanno sempre riguardato il bene vita.

---

[287] Il punto è centrato brillantemente da F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 526, con prevalenza del diritto di difesa (*Abwehrrechte)* dei consociati relativo ai diritti fondamentali, rispetto al diritto fondamentale di carattere sociale, che si traduce in un obbligo, per i terzi, di attivazione.

[288] Coglie perfettamente il punto la riflessione, in tema di fine vita, di G. CASSANO, F.G. CATULLO, *Eutanasia*, cit., p. 338. (Gli A. concludono, proprio per evitare derive soggettivistiche o creazioni giurisprudenziali, auspicando l'intervento del legislatore).

[289] F. RAMACCI, *Premesse*, cit., p. 206, efficacemente, si sofferma sulle imposizioni morali *amoris o pietatis causa*, che fanno subordinare la volontà dell'agente a quella del terzo.

[290] In questi termini, E. MEZZETTI, *Necessitas*, cit., p. 108, ove si afferma «La conclusione è, quindi, che nel sistema giuridico-penale possano essere presi in considerazione solo i tipi di conflitti di doveri "intrasistematici", mentre non spiegano alcun effetto ai fini dell'esenzione della responsabilità penale i conflitti qui qualificati come extrasistematici. La pur dovuta comprensione per il 'travaglio' umano che vivono alcuni soggetti 'stretti nella morsa' tra il dovere giuridico e l'etica individuale non consente tuttavia di 'mettere in conto' nella comparazione degli obblighi anche una dimensione così evanescente e priva di parametri certi quale quella che discende dall'osservanza di doveri religiosi o ideologici.».

Sia che i predetti casi siano stati attinti dalla cronaca, sia che siano il frutto dell'elaborazione di casi limite[291] e paradossi, è evidente la drammaticità delle situazioni di conflitto.

Si consideri, a tal proposito, il noto caso del manovratore di scambi e della locomotiva "impazzita", nel quale l'agente, chiaramente consapevole che il mezzo al investirà un convoglio carico di studenti, diviso tra la possibilità di rimanere inerte, (condannando a morte certa un numero elevato di persone) e quella di attivare lo scambio per salvarle, (cagionando però il decesso di altre persone), si esporrà, indipendentemente da come sceglierà di agire, al rischio di un serio giudizio di riprovevolezza[292]. Un giudizio che secondo alcuni sarebbe più spiccatamente negativo se il soggetto non si adoperasse in alcun modo[293], secondo altri, sarebbe penalmente peggiore qualora attivasse lo scambio, divenendo egli stesso causa di morte[294].

Il tema è, in fondo, quello che *mutatis mutandis*, occupò i giuristi anche italiani nei commenti sui conflitti dei medici tedeschi, coinvolti nel progetto nazista di eutanasia, nella prospettazione di quello che sarebbe stata definita come una contrapposizione non risolvibile sul piano del giudizio di liceità/illiceità, coinvolgendo valori non comparabili e che avrebbero condotto a soluzioni, ad un tempo, doverose ed illecite[295].

---

[291] Osserva giustamente F. VIGANÒ, *Stato*, cit., p. 530 che di solito tali esempi provengono dalle più catastrofiche delle calamità o delle esperienze: terremoti, incendi, inondazioni o disastri nautici, non mancando di evidenziare che talvolta è la cronaca a proporre nuovi esempi di conflitti di doveri, come nel caso dell'eutanasia del progetto nazista, v. *infra*.

[292] Il paradosso, come evidenziato d F. VIGANÒ, *loc. ult. cit.*, si deve originariamente a Welzel. Bisogna segnalare che non ha mai cessato di trovare fortune tra i pedagoghi del diritto penale, specie nelle scuole statunitensi, che ne hanno elaborato molte diverse versioni, alcune delle quali segnalate e criticate da O. DI GIOVINE, *Un diritto penale*, cit., p. 99 e ss., che lo presenta come *footbridge dilemma.* V. nota 240.

[293] Così Welzel, con un giudizio «non solo giuridico, ma anche etico», riportato ancora da F. VIGANÒ, *loc. ult. cit.*

[294] E' il caso di molte versioni del *footbridge dilemma*: la relazione diretta tra azione e decessi comporta un coinvolgimento maggiore dell'agente nell'illecito, secondo risposte anche intuitive, fornite dagli studenti/campione statunitensi. Così, O. DI GIOVINE, *loc. ult. cit.*

[295] Secondo le testimonianze esemplari, fornite ancora da A. BARATTA, *Antinomie*, cit., p. 54 e ss., le consuete difese dei medici accusati facevano apparire la partecipazione personale al progetto nazista di eutanasia quale unico strumento per tentare di salvare almeno qualche

Ciò detto, non resta che tirare le somme per quanto riguarda la concreta tematica delle situazioni eticamente sensibili, con particolare riferimento ai profili di conflitto che attengono le situazioni del fine-vita.

Non c'è dubbio, infatti, che il panorama delle scelte concernenti il mantenimento in vita di soggetti affetti da patologie non guaribili pone evidenti questioni di conflitto sia nell'ottica del professionista del settore sanitario sia dei famigliari del paziente. Il primo, infatti, sarà, combattuto tra il dovere di salvare la vita biologica del malato e quello di esaudire le sue volontà di cessazione di trattamenti sanitari indesiderati, specie a fronte di obiezioni o scrupoli di coscienza (senza tralasciare il dovere "*pietoso"* del medico di non prolungare inutilmente le sofferenze di un soggetto incapace di tornare ad una vita relazionale); i secondi, invece, dovranno fronteggiare dilemmi di natura etica, interrogandosi tra circa l'opportunità di curare il proprio congiunto e quella di cessare il trattamento invasivo, privo di prospettive di miglioramento.

Pare evidente, nel contesto di fine-vita, che i riflessi della trattata tensione tra la concezione solidarista e quella personalista, cui alternativamente si ritiene informato il panorama costituzionale, si riverberano con forza rinnovata in punto di inquadramento delle antinomie comportamentali: la preminenza della tutela della vita[296], come irrinunciabile ed indisponibile interesse sociale, farà affievolire la richiesta di morte (in particolare se presuppone una condotta attiva) in un motivo morale non in grado di far divenire lecita l'uccisione consentita, prevista positivamente dagli artt. 579 o 580 c.p. [297].

---

vita umana, poiché un rifiuto avrebbe comportato l'adesione al progetto solo di medici più inclini ad assecondare le teorie del *reich*. Le controverse condanne furono giudicate ingiuste da Gallas e Otto, che riconobbero nella situazione paradossale un conflitto irrisolvibile.

[296] In definitiva, questa è la lettura di F. RAMACCI, *Premesse* cit., nel quale l'A., però, si auspica una sensibile riduzione delle risposte sanzionatorie, proprio in ragione dell'innegabile valenza del conflitto.

[297] In questi termini, v. ancora, L. EUSEBI, *Note sui disegni*, cit., p.255. Nella stessa direzione (e con screziature evidentemente ideologiche e militanti), M. PALMARO, *Eutanasia*, cit., p. 28 e ss.

La lettura, peraltro, non potrebbe cambiare neanche se la richiesta pietosa dovesse realizzarsi in via omissiva, *sub specie* interruzione del trattamento sanitario indesiderato; in tali evenienze, infatti, il bilanciamento tra valori costituzionali (art. 2, art. 32) verrebbe risolto con la prevalenza del bene sociale vita, rispetto al bene salute, peraltro di non esclusiva pertinenza personale, attesi i noti riferimenti alla collettività del diritto costituzionale alla salute. Inoltre, secondo tale impostazione, nelle ipotesi in cui la morte è frutto di una condotta attiva si verificherebbe una collisione extrasistemica, mentre nei casi in cui il decesso consegue alla cessazione del trattamento indesiderato si dovrebbe alludere a un collisione intrasistemica, da risolvere secondo la prevalenza del valore vita, rispetto al valore salute, con sicura rilevanza del fatto *ex* art. 579 c.p.

L'interpretazione, tuttavia, è suscettibile di mutare completamente qualora, come sembra più rispondente alla complessiva intelaiatura costituzionale, si ritenga l'ordinamento giuridico informato, in primo luogo, ai valori della persona umana e a quei principi c.d. personalistici sottesi agli artt. 13, 21 e 32, 2 Cost., che tracciano un recinto inviolabile di libertà soggettive, specie con riguardo alla dimensione corporea dell'individuo.

In tale prospettiva, si consideri il conflitto tra norme di comando in capo al medico chiamato, da un lato, a curare, onde evitare la morte, sanzionata, in assenza dolosa dei presidi sanitari, dalle norme dei delitti di omicidio; dall'altro, ad adempiere alla volontà del paziente, per scongiurare un trattamento non richiesto, condotta sanzionabile, in difetto doloso di conformazione all'altrui volontà quantomeno a titolo di violenza privata.

Ebbene, nell'ottica dell'impostazione sopra ricordata, al conflitto in oggetto dovrebbe attribuirsi una natura squisitamente endonormativa, risolvibile affermando la preminenza irriducibile dei diritti di autodeterminazione e di libertà del richiedente[298]. Dunque, il bilanciamento dei valori dovrebbe condurre a scriminare

[298] Questa è la convincente lettura di F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 525. L'A. riduce il conflitto sorgente in capo medico a collisione intrasistematica, con prevalenza del dovere

l'omicidio consentito o l'agevolazione al suicidio, in ragione dei precetti costituzionali che fanno avvertire l'adempimento di tale richiesta come specifico dovere sorgente in capo al medico, almeno in tutte le situazioni in cui la proposta di fine vita sia realizzabile per mezzo della cessazione delle cure indesiderate[299].

A un approdo simile potrebbe addivenirsi anche al cospetto di pazienti incoscienti, a fronte di volontà ricostruite per mezzo di precedenti dichiarazioni, se non addirittura rese possibili dal contributo di familiari ed amici del malato, in caso di sicura prognosi di irreversibilità[300]: all'affievolirsi del canone della volontà e dell'autodeterminazione (a causa dell'inattualità della dichiarazione), potrebbe supplire il valore della dignità della vita, che imporrebbe -in totale e definitiva assenza di possibilità relazionali- l'anticipazione della morte[301].

Se, come sopra rilevato, davvero lo spazio personale è da ritenersi, alla luce dei richiamati principi costituzionali, intollerante alle invasioni *manu alius*, il comportamento di cessazione delle cure del medico deve considerarsi conforme alle aspettative della collettività, perché rispettoso del dovere prevalente nella scala dei diritti dell'individuo. La morte (indirettamente, o anche attivamente provocata) sarebbe, pertanto, un fatto giustificato dall'adempimento del dovere, *ex* art. 51 c.p.

In effetti, in molte vicende di fine-vita venute in rilievo nell'esperienza giurisprudenziale, l'esito dei procedimenti penali è stato conforme a questi principi, rendendo, come a breve si dirà, non più rinunziabile un intervento del legislatore penale su questi temi.

---

di rispettare la volontà del malato (che chiede la sospensione delle cure), rispetto all'obbligo di curare e mantenere in vita. I parametri normativi in gioco sono direttamente quelli costituzionali, in grado autonomamente di disinnescare il portato sanzionatorio del precetto penale (579 e 580 c.p.).

[299] In questi termini, si è espressa la giurisprudenza di merito nella nota vicenda Welby, G.U.P. Tribunale di Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 903 e ss; S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit.

[300] Contrario a questo approdo, comunque, anche lo stesso F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 531, che riconosce la prevalenza del dovere di salvare la vita, «pur con tutti i costi umani di essa, in termini di possibile sacrificio della libertà di coscienza del malato.»

[301] Con molti limiti, però, rispetto all'evanescente bene giuridico della dignità, di cui tratta ampiamente O. DI GIOVINE, *Un diritto penale*, cit., *passim.*

La ricostruzione penale peraltro, non preserva i protagonisti delle scelte tragiche da un prolungato patimento giudiziario, spesso dalla definizione incerta ed affidata alla soluzione *ex post* di antinomie normative di difficile lettura: il bilanciamento concreto dei valori in gioco, come evidenziato anche dalla dottrina statunitense in campo etico attraverso i noti riferimenti all'elaborazione di estreme vicende paradossali, non appare mai scontato e spesso lascia prevalere canoni ermeneutica istintuali e poco affidabili.

La garanzia di un intervento riformatore[302], che sappia tenere in debita considerazione le innovazioni tanto del comune sentire in relazione ai progressi tecnologici e scientifici in campo medico, quanto e conseguentemente della mutata concezione del bene vita, appare, in definitiva, auspicabile ovviamente anche nell'ottica del giudicante. Questi, infatti, è spesso coinvolto in scelte altrettanto tragiche, dovute all'esposizione all'alternativa di condannare a pene elevatissime per delitti gravemente puniti, quali gli artt. 579 e 580 c.p., ovvero di prosciogliere, nell'impossibilità attuale di comminare una sanzione ragionevole[303]per fatti tipizzati ma non di meno ritenuti socialmente doverosi. Anche in questa ottica, dunque, i rigidi parametri delle norme incriminatici vigenti, si dimostrano come manifestamente inadeguati a rispondere alle esigenze concrete discendenti dalle scelte di fine-vita[304].

---

[302] Intervento richiesto unanimemente da tutta la dottrina che si occupa del tema, da M. DONINI, *op. ult. cit*., a S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit. 695, in cui si conclude: «queste obiezioni, tuttavia, lungi dall'inficiare la correttezza della soluzione raggiunta, dimostrano solo l'esigenza di una rimeditazione sulle scelte di tutela operate dal legislatore penale». Piace qui sottolineare il passaggio di L. STORTONI, *Riflessioni*, cit., p. 485 che, proprio con riferimento ai conflitti irrisolvibili relativi ai soggetti incapaci di esprimere un consenso, ritiene che già de *jure condito* l'interruzione di cure per i soggetti senza speranza di guarigione è dovuta ma che l'intervento del legislatore è auspicabile, al fine di rimuovere le permanenti incertezze, fonti di notevoli disagi per gli operatori sanitari.

[303] La questione era già sentita e centrata dalla dottrina del 1901 (!) con riguardo all'omicidio consentito, v. A. NERI, *Della partecipazione*, cit. p. 49.

[304] Per questa lettura propende, S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione* cit., p. 137, in cui afferma: «Si pensi proprio al fenomeno della eutanasia in relazione al quale è, a nostro parere, più che evidente la necessità di una disciplina differenziata rispetto alle attuali previsioni in materia di omicidio, proprio perché caratterizzato da requisiti, oggettivi e soggettivi, che non lo rendono a quelle riconducibili.»

Tale difetto, apparirà ancora più sistematico, alla luce del rinnovato interesse del legislatore penale alle ragioni della vittima del reato, nel cui interesse sono stati pensati molti recentissimi interventi di adeguamento della normativa sostanziale e processuale alle disposizioni convenzionali ed eurocomunitarie.

Un'altra evidente conferma dell'inattualità, nel tessuto normativo penale, di ipotesi incriminatici che vadano oltre la volontà del soggetto passivo del reato.

2.5 L'attuale dimensione del ruolo della vittima nel sistema penale. Funzione statale vicaria? L'individuazione di una tutela individuale del bene giuridico.

Le argomentazioni che precedono rendono, pertanto, necessaria l'analisi, seppur, per flash**,** del ruolo della vittima del reato nell'evoluzione del diritto e del processo penale costituzionale; ciò essenzialmente al fine di valutare se possa considerarsi davvero attuale e giuridicamente fondato il sistema di incriminazione che tutela la vittima anche oltre il suo volere, attivandosi allorché sia la stessa vittima a richiedere il *quid* valutato dall'ordinamento come fatto tipico.

Piace, nello svolgere questa sintetica riflessione, rappresentare *in primis* le valutazioni offerte da alcuni dei più illustri studiosi, tra cui coloro che possiamo senza dubbio definire " i padri del codice di rito" del 1988, chiamati ad interrogarsi sul ruolo della vittima, al principio del ventunesimo secolo, in un noto convegno presso l'Accademia dei Lincei[305].

Negli atti dell'incontro, emerge si offre la visione filologica del ruolo della vittima nel processo penale, calata nel solco della tradizionale dicotomia persona offesa/danneggiato, cui consegue la qualità di parte eventuale di un procedimento a struttura intimamente pubblicistica[306]. Complessivamente, nell'incontro si rimarca e si rivendica con forza la scelta di porre al centro della dinamica processuale l'imputato

[305] Ci si riferisce ad AA. VV., *La vittima del reato, questa dimenticata, tavola rotonda nell'ambito della conferenza annuale della ricerca. (Roma, 5 dicembre 2000)*, Roma, 2001.
[306] Si vedano, per un conciso eppure completo *excursus* sul ruolo della vittima tra i due codici di rito, R. E. KOSTORIS, *Il ruolo della vittima nel procedimento penale*, in *La vittima*, ult. cit., p. 43 e ss.

con le sue garanzie e, come contro altare necessario, la sola autorità statuale, portatrice degli interessi di giustizia e di pace sociale; obbiettivi questi da realizzare mediante la persecuzione di colui che infrange la legge, così da esercitare praticamente le istanze connaturate al diritto penale di prevenzione generale e speciale.

In questa ottica, gli interessi patrimoniali della persona offesa sono definiti, a buona ragione, pubblici[307]; d'altra parte, pur riconoscendo la fascinazione giuridica e filosofica della vittimodommatica, se ne esclude con fermezza ogni possibilità di influenza del diritto sostanziale e processuale positivo[308].

Nondimeno, le prerogative ed i diritti processuali delle persone offese, specie se portatrici di interessi patrimoniali e, dunque, a tutti gli effetti, parte del procedimento penale, non sembrano certo elementi circostanziali o marginali del rito, tanto che gli illustri intervenienti ebbero a criticare velatamente il titolo che fu scelto per quell'incontro di accademici: la vittima del reato non è affatto da considerare *dimenticata*[309].

Poste queste basi, per così dire, tradizionali, si deve, d'altro canto, evidenziare come nell'elaborazione dottrinale *liberal* di origine nordamericana[310] si sia fatta sempre più strada l'idea dell'efficienza sociale di una giustizia penale di carattere essenzialmente riparativo. Secondo questa impostazione, anche nell'interesse del soggetto passivo del reato, -maggiormente coinvolto nelle vicende seguenti

---

[307] Così letteralmente, G. P. VOENA, *La tutela del danneggiato nel processo penale*, in *La vittima*, ult. cit., p. 57.

[308] In questo senso, v. A. PAGLIARO, *La rilevanza della vittima nel diritto penale sostanziale*, in *La vittima*, ult. cit., p. 36 e ss.

[309] Sottolineando con forza le innovazioni in favore della vittima previste dal Codice del 1988, in particolare nella fase del giudizio e delle impugnazioni (pur non obliterando i fallimenti relativi alla fase delle indagini), G. VASSALLI, *Sintesi conclusiva*, in *La vittima* ult. cit., p. 87, così conclude il suo intervento: «Questa della tutela della persona offesa, insomma è una strada importante da seguire e da perseguire; e benissimo hanno fatto l'Accademia Nazionale dei Lincei ed i promotori di questo convegno a mettere all'ordine del giorno questa tematica: che però non è una tematica dimenticata anche se, come sappiamo, le relative misure incontreranno le difficoltà di realizzazione che si incontrano quotidianamente nella pratica, di leggi che guardano al buono, che guardano al bene, ma che non riescono poi pienamente a realizzarsi.».

[310] Per una panoramica sull'origine della giustizia riparativa e sui suoi ambiti di applicazione, v. S. VEZZADINI, *La vittima del reato, tra negazione e riconoscimento*, Bologna, 2006, in particolare, p. 135 e ss.

l'ingiustizia e, per qualche verso, meglio disposto ad elaborarla- il ruolo statuale diviene via via sempre ridotto: da unico accusatore necessario, lo Stato diviene dapprima mero garante degli incontri di mediazione tra vittima ed autore del delitto, con la riserva di abdicare integralmente alla pretesa pubblica di retribuzione (e di rieducazione), in caso di soddisfacimento integrale delle pretese riparatorie del danneggiato[311].

Ben oltre il concetto di procedibilità dell'azione sottoposta alla proposizione della querela, la giustizia riparativa evidenzia come nei sistemi personalistici, democratici e liberali, in cui l'individuo è considerato fine in sé e titolare di un incomprimibile potere di autodeterminazione[312], lo Stato assuma -nella repressione dei crimini- una funzione vicaria, di mero sostegno alle vittime che non abbiano trovato accordi con l'autore (o, ovviamente, di quelle vittime di delitti gravi, in quanto tali mai interamente risarcibili e, comunque, di interesse preminente statuale).

Tali indicazioni di riforma provengono come detto dalle fonti internazionali, alle quali, sempre più spesso, il legislatore nazionale è chiamato a conformarsi. Questa tendenza ad attribuire un ruolo maggiore alla vittima del reato nei paesi membri dell'Unione trova ovvie e logiche resistenze in Italia. Ciò non deve stupire, atteso che lo spirito con cui in Italia ci si approccia al contesto penale è quello del *totem* pubblicistico, monolite incrollabile al cospetto del quale la vicenda si esaurisce tra l'autorità giudiziaria statuale ed imputato; viceversa, in altri paesi l'unitarietà del settore penale viene meno, lasciando spazio a misure sanzionatorie emesse anche da autorità non strettamente penali. E' quanto emerso plasticamente, in tempi recenti, nella giurisprudenza della Corte Edu che ha indicato come, per il diritto convenzionale, *la matière pénale* si ravvisa sempre[313], in caso di sanzione invadente

[311] Sugli incontri vittima/autore e sul ruolo dello Stato e della comunità, v. *ibidem*, p. 140 e ss.

[312] Rimarca il rapporto tra principio personalistico e disponibilità dei beni giuridici individuali, concludendo per l'illegittimità della compressione dei diritti soggettivi, S. TORDINI CAGLI, *Principio*, cit., p. 273 e ss.

[313] Il riferimento è ai noti criteri di Engels, secondo i quali si avrà sanzione penale, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, in presenza alternativa di una qualificazione formale della misura; della natura della misura; della natura e della gravità della sanzione inflitta. Vedi

sui diritti del condannato, indipendentemente dal fatto che l'autorità che ha emesso il provvedimento sia o meno formalmente penale[314] [315].

Peraltro che l'attenzione per la vittima stia crescendo in modo esponenziale è, altresì, dimostrato dalle numerose riunioni convocate dalle istituzioni europee, Unione e Consiglio d'Europa, proprio allo scopo di recepire le istanze di tutela dei soggetti offesi dal reato.

E' questo l'*humus* in cui sono germinate, tra le altre, la Convenzione di Tampere, la Convenzione di Lanzarote e la Convenzione di Istanbul, che, con latitudini diverse, hanno chiamato il legislatore nazionale a potenziare strumenti sostanziali e processuali di tutela della vittima[316]. Non diversamente, la direttiva 2012/29/UE ha posto le basi per un vero e proprio statuto della vittima vulnerabile, invitando i paesi membri ad attuare, ciascuno nel rispetto delle proprie prerogative nazionali, i principi di informazione, assistenza e protezione, che costituiscono le tre direttrici fondamentali su cui si muove il testo eurocomunitario. L'impegno degli organi sovrannazionali sul tema è il segno tangibile di un clima politico ed istituzionale che avverte, su scala europea, la necessità di destinare alle vittime di reato un riguardo, anche nella

---

relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, di M. BRANCACCIO, G. FIDELBO, *Considerazioni sul principio del* ne bis in idem *nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, in www.cortedicassazione.it

[314] E' il caso, da ultimo, della sentenza Grande Stevens ed altri c. Italia, nn. 18640, 18647, 18663, 18668, e 18698/2010 in tema di doppio binario, circa i reati finanziari, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis in idem*: verso una applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte Edu).* V. anche, sulla stessa rivista, A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato.*

[315] Il tema rileva in merito ad eventuali violazioni del divieto di un doppio giudizio in caso di sanzioni penali ed amministrative – ma sostanzialmente penali – per uno stesso fatto. L'eventuale incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. è, allo stato, al vaglio della Corte Costituzionale. La questione è stata sollevata, in via incidentale, con ordinanza da Cass. Pen., sez. V, 15 gennaio 2015, n. 38, ric. Chiarion Casoni, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, con nota di M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem.*

[316] Ci si riferisce, in particolare, alle modifiche a c.p. e c.p.p. contenute nella l. 172/2012 di recepimento della Convenzione di Lanzarote e nel d.l. 93/2013, di ratifica della Convenzione di Istanbul.

dinamica del processo penale, fino a qualche anno fa sconosciuto. La direttiva, peraltro, dovrà essere attuata dall'Italia entro la fine del 2015 e lo schema di decreto allo studio dell'Ufficio legislativo dovrebbe incentrarsi per lo più su alcune disposizioni informative che dovranno necessariamente essere messe a disposizione della vittima dall'autorità[317], divenendo un vero e proprio statuto in materia, come auspicato da più parti dalla dottrina, che ha spesso lamentato gli interventi rapsodici e settoriali (per delitti o per tipi di vittima) del legislatore.

Se detti interventi sono stati, in qualche modo, ispirati dal diritto eurocomunitario o convenzionale, lo stesso non può dirsi per i recentissimi provvedimenti legislativi che sembrano suggerire l'autonomo riconoscimento da parte del legislatore nazionale dei principi di valorizzazione del ruolo della vittima, a discapito, in qualche misura, della natura solo pubblicistica delle vicende processualpenalistiche. Oltre all'ormai sedimentato schema processuale speciale che informa l'intero procedimento avanti il Giudice di Pace, che ha assunto la fisionomia di un diritto penale tra privati, si registrano ulteriori, innovativi strumenti (certamente dovuti anche alle note istanze deflattive, tese a decongestionare il ruolo dei Tribunali della Repubblica) processuali. In primo luogo, ci si riferisce alla sospensione del procedimento con messa alla prova[318] dell'indagato/imputato, strumento di definizione del processo alternativo rispetto alla dicotomia condanna/assoluzione, già previsto per i minorenni ed ora introdotto nel rito ordinario con la legge n. 67/2014. Significativa, da questo punto di

[317] Si tratta sostanzialmente dell'enunciazione dei diritti della vittima, da veicolare in lingua e forma comprensibili per il destinatario, nonché di alcuni specifichi obblighi informativi, allo stato non previsti dalla normativa nazionale, quale l'avviso *ex* 415-*bis* per la persona offesa o l'informazione della scarcerazione o dell'evasione dell'autore del reato. Sui doveri informativi già si soffermava la Decisione quadro 2001/220/GAI, v. a cura di T. ARMENTA DEU, L. LUPARIA, *Linee guida per la tutela delle vittime vulnerabili*, Milano, 2011, in particolare p. 43 e ss.

[318] Per il testo della novella, v. *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 659 e ss. Con i commenti di R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, p 661; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, *ibidem*, 674.

vista, è proprio la veste che assume la persona offesa, che dovrà essere, ove possibile, interamente risarcita[319] perché l'interessato possa accedere alla sospensione.

Del pari, sempre più spesso, il soggetto coinvolto nel processo penale potrà accedere all'applicazione della pena su richiesta, solo se avrà offerto la prova dell'intero ristoro del danno cagionato con il delitto in contestazione[320]. Da ultimo, *de jure condendo*, si noti che -sulla scorta di quanto elaborato dalla commissione ministeriale Fiorella- è al vaglio del Parlamento un disegno di legge intitolato «*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggior e contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativi della pena*[321]», che al primo articolo, rubricato «*condotte riparatorie*», prevede una causa di estinzione del reato (art. 162 *ter* c.p.) per i delitti contro il patrimonio e procedibili a querela, laddove, entro il termine dell'apertura del dibattimento, l'imputato abbia riparato «*il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.*».

L'insieme di tali disposizioni, che davvero non possono più essere lette come delle monadi, comporta inevitabilmente un parziale rovesciamento degli equilibri tradizionali del processo penale e individua come fulcro della giustizia riparativa la vittima, con gli interessi patrimoniali di cui essa è portatrice.

Una tale visione *liberal* integra quella che è stata definita la "*giuridificazione della persona"*, ossia un momento logico che segue, storicamente, la fase statica dei diritti cui è subentrata quella del pieno sviluppo della persona, la cui realizzazione non si arresta alle risorse proprie ma presuppone anche una loro tutela pubblica, che

[319] La condizione è prevista dal secondo comma dell'art. 168-*bis* c.p.
[320] Tale previsione è già in vigore per i reati tributari e, *de jure condendo*, dovrebbe estendersi, nelle intenzioni del Legislatore ai delitti ambientali ed ai delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione.
[321] Si tratta dell'A.C. n. 2798, presentato dal Ministro della Giustizia.

caratterizza, dal secondo dopoguerra, tutti gli stati costituzionali e democratici[322]. Nella fase attuale della giuridificazione della persona, si conviene che i diritti di autodeterminazione dell'individuo sono la vera cifra irrinunciabile, alla cui protezione l'ordinamento deve tendere, non certo soltanto con riguardo al diritto alla salute, nell'accezione negativa di cui all'art. 32, secondo comma Cost.[323] Dunque, nella società attuale, l'individuo capace di autodeterminarsi ad un tempo non rinuncia alle tutele che l'ordinamento può predisporre nell'interesse del consociato e chiede di essere rispettato nelle sue scelte, quale soggetto autoresponsabile, che agisce in una contesto davvero laico e pluralista. Il tramonto del paternalismo, si vuole qui insinuare, comporta il superamento della concezione dell'autorità statuale *sempre e comunque* a tutela del bene giuridico di cui è portatore l'offeso e *indipendentemente* dalle volontà di questi, sotto forma di rinuncia. Se questo dato sta prendendo forma dal punto di vista processuale, con il citato diritto riparativo, pare un *exitus* logico irrinunciabile anche nella dimensione individuale del titolare del bene giuridico tutelato dalla norma penale. Se egli intenda rinunciare a tale protezione pubblica, non si vede per quale motivo la condotta di terzi, da lui richiesta, debba essere considerata penalmente rilevante, in assenza di lesioni o pericoli di beni giuridici di pertinenza di terzi[324].

D'altra parte, nell'ottica personalista, il diritto alla autodeterminazione è quello che, più di ogni altro, consente il completo sviluppo della persona[325], dunque, non si

---

[322] Queste notazioni sono tratte da G. MARINI, *La giuridificazione della persona Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 359.

[323] Come ha correttamente osservato, G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, p. 85 e ss., vedi in particolare le conclusioni del saggio, p. 109, in cui si afferma: «Insomma il principio costituzionale di autodeterminazione degli individui ha una portata che va oltre la materia delle prestazioni sanitarie (…).».

[324] In questo senso, diffusamente, S. TORDINI CAGLI, *Principio* cit. 276.

[325] Si vedano le pagine esemplari di F. PALAZZO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXIII, p. 355 e ss. In particolare si afferma a p. 369: «La presa di posizione dell'ordinamento giuridico non può che rispecchiare, pertanto, la scala gerarchica su cui si colloca, nell'ordine sociale, il valore di persona. La formazione di tale valore come valore giuridico tende a comprendere ogni istanza della persona umana: nel terreno delle fonti normative il valore giuridico della persona emerge a livello di principi generali dell'ordinamento, che esprimono i valori ritenuti superiori e fondamentali nel sistema.».

comprende perché mai l'ordinamento, anziché favorire le libere scelte degli individui (che, beninteso, non comportano conseguenze dannose per terzi), possa censurarle, ricorrendo allo strumento penale.

In questo senso, sembra cogliere nel segno quella dottrina che invita il legislatore a superare ogni visione paternalistica e a considerare il valore del bene giuridico secondo un'accezione individuale, superando il concetto di indisponibilità dei beni personali[326]: ogni soggetto deve poter disporre liberamente dei propri beni giuridici (intesi come spazi costituzionali di libertà e di autonomia), sì da farli divenire strumento per la realizzazione dell'individuo, rilevando conclusivamente, come la tutela oggettiva dei beni giuridici, ben presente a livello positivo, non trova più, nell'apparato costituzionale, una giustificazione soddisfacente[327]: se questo è vero, si dovrebbe concludere che rispetto all'individuo cosciente e libero, nessun limite al suo consenso scriminante pare consonante con il sistema personalistico.

Questa è la laica suggestione che si dovrebbe trasmettere al legislatore quale *memorandum* per il momento storico (che, per la verità, non appare prossimo) in cui si riterrà di riformare sistematicamente i delitti contro la persona, in un'ottica sinceramente personalistica.

---

[326] In questo senso, esplicitamente, C. ROXIN, *Antigiuridicità* cit., p. 126 e ss. Si rinvia a quanto osservato dall'Autore anche in tema di consenso e sua efficacia, talora escludente la tipicità, talora l'antigiuridicità, con relativi riferimenti bibliografici. Sul punto qui in discussione, si legge «Se i beni giuridici servono al libero sviluppo della personalità del singolo, non può esserci lesione di un bene giuridico quando un'azione si fonda su di un atto di disposizione del titolare del bene giuridico, che non ostacola il libero sviluppo della sua personalità, ma, al contrario, ne è espressione.» L'A. condivide tuttavia la criminalizzazione dell'omicidio del consenziente, per il fine supremo della tutela della vita e per l'irreversibilità dell'azione consentita, pericolosa specie in caso di vizi ed errori sul consenso (p. 132). In ogni caso, le vicende contemporanee della tecnologia medica paiono far recedere il concetto stesso di fine supremo della vita, in condizioni specifiche di malattie irreversibili. V., *infra*, cap. 3.

[327] S. TORDINI CAGLI, *Principio* cit., p. 298, con queste parole chiude la sua audace monografia: «Il rifiuto di una tutela dell'individuo da se stesso appare così nella sua inestricabile connessione con la "valorizzazione" del bene giuridico individuale, che non è più – di regola – indisponibile in quanto oggetto precipuo dell'interesse pubblico, ma è – di regola – disponibile perché, prima di tutto, *dell'individuo.*».

Capitolo III. SCELTE DI FINE VITA NELL'ESPERIENZA PRATICA E NELL'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE. I *LEADING CASES* RIGUARDANTI SOGGETTI CAPACI DI ESPRIMERE DISSENSO E SOGGETTI INCAPACI.

3.1 L'espressione del rifiuto del paziente cosciente: il caso Welby. La giurisprudenza al cospetto di un conflitto (apparentemente) irresolubile.

La storia di Piergiorgio Welby è nota a tutti[328]. E' stata al centro di discussioni sui quotidiani e su trasmissioni e approfondimenti televisivi per lungo tempo. Non tutta la questione è stata, come ovvio, affrontata dai mezzi di comunicazione di massa con profondità giuridica[329].

Si ricorderà che, dopo il venti dicembre 2006, giorno della morte di Welby, causata dalla cessazione delle cure con distacco del ventilatore polmonare e contestuale somministrazione di sedativi, peraltro accolta dalla società civile come un estremo atto di giustizia e di solidarietà umana, la discussione, soprattutto sui quotidiani e telegiornali, si incentrò principalmente su due temi. Da un lato, parte della riflessione riguardò l'*eutanasia pietosa*, con la divisione tra favorevoli e contrari, dall'altro, vi fu unanimità di vedute nell'evitare *l'accanimento terapeutico*, l'altro termine di discussione trattato dai mezzi di comunicazione di massa.

Si è correttamente segnalato che questa polarizzazione sui suddetti termini è stata sfortunata «perché il primo concetto, evocando un fantasma da molti demonizzato come attentato alla sacralità della vita umana, non appare affatto funzionale all'obbiettivo di una discussione razionale e pacata sul problema; mentre

---

[328] A Piergiorgio Welby fu diagnosticata, all'età di diciotto anni, la distrofia fascio-scapolo-omerale, patologia definita univocamente come ereditaria e progressiva. Il decorso della distrofia atrofizza lentamente tutti i muscoli del corpo, lasciando intatte le facoltà intellettive del soggetto. Per i riferimenti biografici, v. P. WELBY, *Lasciatemi morire*, Milano, 2006

[329] Si veda, per tutti: A. VALLINI, *A proposito del 'Caso Welby'*, in *Problemi dell'informazione*, marzo 2007, p. 35 e ss.

(…) il concetto di accanimento terapeutico è del tutto fuorviante rispetto alla soluzione del problema stesso.[330]».

Il giurista e, al suo fianco, altre categorie professionali che animano la società, fra tutti i medici, i biologi, i filosofi e tutti gli studiosi delle molte discipline scientifiche riconducibili a quel fenomeno mai unitario, cui siamo abituati dare il nome di bioetica, vedono porsi interrogativi differenziati e che necessitano di una riflessione attenta sulla natura dei fatti storici e delle decisioni giudiziali emesse dai tribunali, non solo penali.

Cerchiamo, allora, di inquadrare la vicenda umana del nostro primo *leading case*[331]: Piergiorgio Welby nasce a Roma nel 1945. All'età di diciotto anni, nel 1963 gli viene diagnosticata una distrofia fascio scapolo omerale. E' una malattia progressiva e degenerativa, il cui progredire, a detta dei medici, non avrebbe consentito a Welby di vivere oltre i venti anni di età.

Le previsioni temporali si rivelano erronee e troppo negative. Welby vivrà ancora a lungo, ma la progressività della distrofia lo condannerà a sofferenze sempre crescenti.

La scienza medica definisce la distrofia fascio scapolo omerale come «malattia degenerativa dei muscoli scheletrici, progressiva ed ereditaria; lentamente progressiva, che interessa, in particolare, i muscoli della faccia e delle spalle. Le funzioni intellettive sono normali. L'insufficienza respiratoria è presente nella maggior parte delle forme distrofiche. Non vi sono terapie scientifiche: il medico è costretto ad assistere impotente alla progressione inesorabile della perdita di forze e della atrofia[332]».

---

[330] F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen e proc.*, 2007, p. 5.

[331] In generale sul caso di Welby, con riferimento specifico alla precedente e simile vicenda di Giovanni Nuvoli, terminata con epilogo di segno opposto, v. C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di* non perseverare), in *Cass. Pen.*, 2008, p. 1807 e ss.

[332] Questa definizione è tratta dalla sentenza del G.U.P. Zaira SECCHI, in data 23 luglio 2007, per prendere visione di stralci del lungo provvedimento, v. testo e commento di A. VALLINI, *Rifiuto*, cit.; per i seguenti riferimenti bibliografici, cfr. P. BECCHI, *La giustizia*, cit., p. 172 e ss.

Allo stato attuale, la scienza medica non ha protocolli terapeutici validi e adeguati contro questa forma di distrofia. Quando, il 14 luglio del 1997, Piergiorgio Welby, allora ancora indipendente nei movimenti degli arti superiori, è colpito da una violenta crisi polmonare viene trasferito all'ospedale Santo Spirito di Roma, con la massima urgenza. In ospedale viene salvato e gli viene assicurata, per supplire alla incapacità respiratoria, la sopravvivenza attraverso l'intervento di tracheotomia: il paziente entra, così, nell'ultima fase della distrofia muscolare. In precedenza, Welby, che conosceva a fondo il progredire della distrofia, aveva stretto un patto con la moglie: non essere tracheotomizzato. Mina, la moglie, complice e compagna di vita di Piergiorgio, nel momento della scelta in ospedale, non riesce ad accettare la perdita del marito e consente all'intervento. Nell'ultima fase la malattia attacca i muscoli della faccia, pur lasciando il degente intellettivamente vigile. A seguito di quell'operazione salvavita, Welby inizia a respirare con l'ausilio di un ventilatore polmonare, si nutre di un alimento artificiale e di altri cibi semiliquidi e comunica per mezzo di un computer e, più specificamente, di un *software*.

Da allora egli si batte con tutte le forze per il riconoscimento del suo diritto di morire con dignità, e, nel settembre 2006, invia una lettera al Presidente della Repubblica, confidandogli la sua stanchezza, il suo amore per la vita, la vita vera, fatta di incontri e di relazioni, e chiede, infine, al Capo dello stato una morte buona e pietosa[333].

Il Presidente risponde alla pietosa richiesta con un invito alla discussione politica nei luoghi più consoni; l'auspicio del Capo dello Stato, rimaneva tuttavia inascoltato: il legislatore si è mostrato, una volta di più, incapace di esprimere una presa di posizione *positiva* sul tema.

---

[333] Per il contenuto della lettera e per conoscere le vicende umane, v. ancora P. WELBY, *Lasciatemi*, cit., 7 e ss. La mossa 'politica' della lettera al Presidente della Repubblica, segue il noto esempio francese di Clement Humbert, che sensibilizzò l'opinione pubblica d'oltr'alpe e la classe politica, che sembrò, sul punto, più pronta a rispondere alle esigenze sollevate dalla lettera disperata, rispetto all'inesistente risposta della politica di casa nostra. Si veda, F. CHAUSSOY, *Non sono un assassino*, Bologna, 2007, traduzione italiana di: *Je ne suis pas un assasin*, Parigi, 2004.

Constatato l'immobilismo del Parlamento, Welby chiede ai due medici che lo assistono in casa di assecondare le sue volontà. Uno dei due medici rifiuta, aderendo a quella teoria, che *supra* abbiamo già individuato, secondo la quale il dissenso del paziente diverrebbe inattuale nel momento dell'entrata di Welby nello stato di incoscienza: a quel punto, tornerebbe imperioso ed incomprimibile il dovere del medico di *salvare la vita*[334]. Visto il *niet* opposto dai medici (che ben fotografa il fenomeno deprecabile della *medicina difensiva*), Welby propone un ricorso cautelare *ex* art. 700 c.p.c. al Tribunale, chiedendo al giudice di ordinare ai medici il distacco del ventilatore polmonare.

Il Tribunale civile di Roma, nell'ordinanza del 16 dicembre 2006[335], rappresenta due dati, tra loro contrastanti. Nella prima parte della decisione, il principio del consenso informato e quello dell'autodeterminazione sono riconosciuti come «*grande conquista civile del delle società culturalmente evolute*». Il Tribunale non omette di far luce sulle ampie latitudini del diritto all'autodeterminazione, le cui fonti sono individuate nel testo degli artt. 2, 13 e 32 Cost. per il diritto interno, e, per il panorama internazionale, nelle fonti come la Convenzione di Oviedo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Secondo il Tribunale, i due ordini di fonti permettono il riconoscimento del regime della consensualità quale principio a cui la giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità debbono ispirarsi per regolare i trattamenti terapeutici .

Tuttavia, dopo aver indicato le fonti che fanno ritenere l'attività medica, di per sé lesiva dell'altrui integrità, lecita se e in quanto basata sul consenso, quale

---

[334] Sulla posizione dei medici curanti, si veda, M. DONINI, *Il caso Welby* cit., p. 903. Si legge: i medici curanti «hanno ritenuto di potere eludere le discipline esistenti sul diritto al rifiuto di cure (…) omettendo di rispettare il rifiuto di terapie.».

[335] Si può leggere nell'ordinanza del Tribunale di Roma la motivazione di tale rifiuto, basata su una singolare accezione di *attualità* del consenso/dissenso. La struttura ospedaliera ed il medico curante di Welby sostennero che, se pur si riconosce il diritto del paziente al rifiuto delle cure, si deve notare che «quando il paziente fosse sedato, e dunque *'non più in grado di decidere'* scatterebbe immediatamente in relazione al rischio della vita, l'obbligo di *'procedere immediatamente'* a riattaccare il ventilatore polmonare medesimo al fine di *'ristabilire la respirazione'*.». Cfr. Trib. Roma, Sez. I civ., Ord., 16/12/2006, Welby c. Antea Ass. Onlus e G. Casale, in P. BECCHI, *La giustizia*, cit., p. 159 e ss.

estrinsecazione del fondamentale diritto di autodeterminazione dei consociati, con un'inversione di rotta, il Tribunale evidenzia la non univocità del nostro ordinamento sul punto. Lo fa con riferimento al principio dell'indisponibilità della vita umana ed, in particolare, agli artt. 579 e 580 c.p. e all'art. 5 c.c. In definitiva, il Tribunale configura un diritto del paziente, ma che, alla luce di altri principi dell'ordinamento e in assenza di una esplicita presa di posizione da parte del legislatore nazionale, deve ritenersi uno *ius imperfectum*. Nel dichiarare l'inammissibilità del ricorso, così conclude il Tribunale di Roma: «Solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina[336]».

La dottrina[337] non ha mancato di criticare fortemente le due componenti contrastanti che animano il provvedimento del Tribunale di Roma, manifestando un certo sconforto. L'arrestarsi del giudice al cospetto del conflitto di doveri, che riflette l'esistenza di norme tra loro contrastanti, e, in definitiva, lo sconsolante prevalere dello *status quo*, forse causato dal timore per qualsiasi forma di azione in un panorama tanto delicato, corrispondono ad un annullamento di fatto del principio di autodeterminazione: un *non liquet* che depotenzia le prerogative di libertà dei singoli consociati. Paradossalmente, si è notato, che il diritto di rifiutare le cure viene depotenziato, fino a divenire *inammissibile*, nei casi in cui le terapie sono state intraprese per ragioni di urgenza[338].

---

[336] Ord. Trib. Roma, cit., p. 10, in P. BECCHI, *op. ult. cit*., p. 166.

[337] F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 7, si legge: «Delle due l'una, insomma: o si fa sul serio col principio di autodeterminazione (…) ovvero si riconosce apertamente che la libertà di decidere se sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario deve cedere a fronte alle istanze di tutela della vita come valore impersonale ed oggettivo.».

[338] Nello stesso senso anche M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., p. 903. L'autore critica duramente l'"*imbarazzante non liquet*", e i magistrati civili *che* «hanno ritenuto che vi fosse perfino un'assenza di discipline rispetto al rifiuto di cure da parte del paziente, libero egli di

Con grande lucidità e con una lettura giustamente pragmatica, è stato sottolineato come la decisione in questione fosse il risultato di una sovraesposizione politica e mediatica della vicenda. In ragione di argomenti extragiuridici, il Tribunale ha scelto di non decidere, avvalendosi del vuoto legislativo, che in realtà, a fronte delle prese di posizione della Costituzione, appare più come un *commodus discessus*, che un vero e proprio argomento tecnico legale[339].

A ben vedere, l'incapacità di risolvere il conflitto, evidenziata dal Tribunale di Roma, è causata da un errore di bilanciamento tra norme costituzionali (l'art. 32, secondo comma) e norme ordinarie (artt. 575, 579 c.p.), che in alcun caso possono limitare principi enunciati da fonti superiori. Un tale, improprio esercizio si manifesta come ancor più illogico laddove -come nel caso di specie- il giudice abbia riconosciuto *sponte sua*, nelle premesse logiche del provvedimento, il diritto incondizionato a rifiutare le cure [340].

La Procura di Roma, in data 19 dicembre 2006, presenta nell'interesse di Welby ricorso contro il provvedimento cautelare, rilevando la contraddittorietà dello stesso[341].

---

rifiutare le cure, ma non di obbligare il medico a una sospensione di terapia immediatamente mortale, con un'impasse insuperabile e drammatica: un ricorso addirittura inammissibile.».

[339] A. VALLINI, *A proposito del 'Caso Welby'*, cit., p. 39, di cui si riporta un passaggio: «Diciamoci la verità: il giudice romano ha deciso di non decidere. Che tale non-decisione (Rodotà ha parlato di denegata giustizia) sia stata influenzata da una sovraesposizione politica e mediatici, è palese. Perché l'erroneo riferimento all'accanimento terapeutico è mutuato pari pari dalle pubbliche polemiche. Perché la 'lacuna normativa', lamentata dal Tribunale, è un altro luogo comune alimentato dall'informazione sul caso Welby, non certo dalla riflessione scientifica in materia. Perché è davvero insolito che un giudice chiamato a pronunziarsi sulla richiesta d'un provvedimento cautelare si senta autorizzato ad interloquire addirittura col Parlamento (per poi ricevere gli apprezzamenti di un ministro).».

[340] V. ancora, F. VIGANÒ, *Esiste un 'diritto ad essere lasciati morire in pace'?*, cit., p. 9. L'autore, giustamente, osserva: «E' stupefacente come il Tribunale sia rimasto a metà strada, non traendo le naturali conseguenze dalle proprie stesse premesse. Una volta, infatti, che si riconosca -come fa giustamente il Tribunale- l'esistenza, a livello costituzionale, di un diritto fondamentale a rifiutare un trattamento medico indesiderato, non si vede perché tale diritto dovrebbe risultare condizionato ad una legge ordinaria che ne assicuri la concreta attuazione.».

[341] Il reclamo della Procura della Repubblica di Roma è pubblicato in P. BECCHI, *op. ult. cit.*, p. 167 e ss. Nel reclamo si legge che la divergenza tra le premesse e le conclusioni del Tribunale di Roma costituiscono un vero «(…) vizio logico, e che sul piano della teoria generale non può esistere un diritto soggettivo perfetto (come quello riconosciuto in capo al ricorrente) in suscettibile di tutela, perché è proprio la possibilità di azionare la pretesa in un giudizio a qualificare la posizione di diritto soggettivo.».

Il giorno seguente Piergiorgio Welby morirà, dopo l'incontro con Mario Riccio, il medico che accoglie le richieste del paziente.

3.2 (segue) La morte *pietosa* nelle determinazioni dell'Autorità giudiziaria penale.

Come già detto, il giorno 20 dicembre Piergiorgio Welby trova la tanto attesa conclusione dell'esperienza terrena. La sua morte è causalmente da ricondurre all'azione di distacco del ventilatore polmonare condotta dal dott. Mario Riccio, anestesista dell'Ospedale Maggiore di Cremona. Welby e Riccio si erano incontrati pochi giorni prima del decesso, ed il primo aveva scelto il secondo come nuovo medico curante. Riccio rispose affermativamente alle richieste di rifiuto di cure da parte del malato; egli curò, in accordo con le richieste esplicite di Welby, già note ai suoi precedenti sanitari[342], il distacco del respiratore e contestualmente, iniettò un sedativo, per evitare inutili sofferenze al morente.

Alla morte è seguito un accertamento autoptico, il cui esito ha reso evidente che il sedativo usato da Riccio non ha avuto l'effetto di causare, ovvero di accelerare il processo-morte, che si è realizzato a causa di un'insufficienza respiratoria. La Procura di Roma, ad ogni modo, ha aperto prontamente un'indagine[343] a carico del dott. Riccio e, esaurite le indagini, il Pubblico Ministero ha concluso avanzando richiesta di archiviazione: l'omicidio del consenziente doveva ritenersi scriminato, a causa dell'esistenza del diritto fondamentale, di rango costituzionale, e suffragato dalle già commentate norme interne ed internazionali, che riconosce e tutela l'autodeterminazione degli individui.

Il Giudice per le indagini preliminari, tuttavia, non è convinto della lettura dei fatti del P.M., e, ai sensi dell'art. 409, quinto comma, c.p.p., ordina al magistrato

[342] Vedi *supra*, nota n. 265.

[343] Per un sunto delle decisioni giurisprudenziali sul caso Welby e per un approfondimento sulle tematiche sollevate, si veda anche: R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2008, p. 855 e ss.

inquirente la formulazione dell'imputazione coatta[344]. La base del ragionamento è fornita, in primo luogo, dalle conclusioni dell'ordinanza del 16 dicembre 2006 del Tribunale di Roma; inoltre, sostiene il Gip che due punti devono far propendere per l'imputazione, *ex* 579 c.p., a carico dell'indagato: il fatto che l'atto sia stato realizzato nelle more di un'altra decisione giudiziale ed il fatto che tra Riccio e Welby vi fosse un rapporto professionale appena posto in essere e che non può definirsi di natura terapeutica, poiché instaurato soltanto con la finalità di dare al tanto provato malato la morte che da tempo agognava.

L'anestesista che aveva dato corso alle richieste del paziente, il giorno seguente la morte, ha convocato una conferenza stampa, durante la quale ha sostenuto chiaramente di aver attuato un diritto costituzionalmente garantito del malato e che il caso specifico non riguardava né l'accanimento terapeutico né l'eutanasia.

Il Gip, nel provvedimento *ex* art. 409 c.p.p., argomenta che Riccio, così facendo, non sposta i termini della questione. L'azione dell'anestesista è classificata come un aiuto a morire, che integra una forma di eutanasia passiva. Il paziente aveva, nelle condizioni precedenti all'attività di Riccio, un'aspettativa di vita ampia che l'intervento diretto alla morte ha stroncato.

La vita è, in tutta evidenza, difesa come valore asettico ed oggettivo, non trovando spazio, in questa ricostruzione giudiziale, le nozioni, già criticamente osservate in questo lavoro, circa la qualità della vita, ed, in definitiva, circa le istanze personaliste, riconosciute dalla Costituzione Repubblicana. Il Gip sulla scorta del ragionamento dei giudici del Tribunale di Roma, dà rilievo al precetto dell'art. 32 Cost. e al rispetto della volontà dei pazienti, ma, d'altro canto, ritiene «che il diritto alla vita, nella sua sacralità, inviolabilità ed indisponibilità, costituisca un limite per tutti gli altri diritti che, come quello affermato dall'articolo 32 Cost, siano posti a tutela della dignità umana.[345]».

---

[344] Per il testo dell'ordinanza del Gip, v. www.simlaweb.com
[345]Trib. di Roma, ordinanza del marzo 2007, Gip Laviola.

Dunque, il Gip romano riafferma il principio di inviolabilità della vita, sancito dai reati di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio e, in campo civilistico, dall'art. 5 c.c. In definitiva, il giudice ritiene che il diritto a rifiutare le cure operi se e in quanto non si ponga in contrasto con l'invalicabile *dovere* di vivere di ognuno[346]. Ciò vale *de lege lata*: anche il Gip del Tribunale di Roma auspica e quasi invoca, come già il giudice del ricorso cautelare, un intervento chiarificatore del legislatore[347].

Infine, conclude ribadendo quanto già sostenuto nel principio dell'ordinanza: il medico non doveva agire contro un parere dell'Autorità Giudiziaria, non si può far prevalere un proprio convincimento ad un provvedimento del Tribunale. L'indagato, vieppiù, non era neanche il medico curante di Welby, ma un professionista che aveva conosciuto il malato soltanto due giorni prima del distacco del ventilatore. Se non si può negare l'esistenza di un consenso validamente espresso da Welby, ribadito sino all'ultimo, dinnanzi al medico, alla moglie, alla madre e a due testimoni (gli Onorevoli Cappato e Pannella), bisogna riconoscere che tale elemento non vale a scriminare la condotta del Riccio, ma solamente a configurare l'ipotesi speciale di reato, prevista dall'articolo 579 c.p. Sulla base di questi argomenti, il Gip, come detto, ordina l'imputazione coatta al Pubblico Ministero.

Avanzata la richiesta di rinvio a giudizio, il caso del dott. Riccio perviene all'udienza preliminare e, avanti al Giudice, Zaira Secchi, troverà la sua conclusione, con una lunga e particolareggiata sentenza di non luogo a procedere[348].

---

[346] Le valutazioni del Gip lasciano emergere una forte moralizzazione del precetto penale e, allo stesso tempo, non sembrano tenere in conto la necessità del diritto penale, sancita con il principio di sussidiarietà e quello di offensività, connesso alla lesività di un bene giuridico, di limitare l'azione sociale del diritto penale. Sulla centralità di questi temi, in fatto di bioetica e, in genere, sui rapporti tra diritto penale e morale, v. S. MOCCIA, *Bioetica o 'biodiritto'? Gli interventi dell'uomo sulla vita* in fieri *di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1990, p. 863 e ss.

[347] Contrariamente, si ritiene in dottrina: «La tutela di un diritto fondamentale, in un ordinamento costituzionale, prescinde dalle determinazioni della maggioranza, e se necessario prevale su queste stesse determinazioni; e in ogni ordinamento costituzionale è compito della magistratura assicurare la tutela dei diritti fondamentali, anche in assenza di una legge che si faccia carico di una tale tutela.». F. VIGANÒ, *Esiste un diritto*, cit., p. 9.

[348] Il testo integrale, in P. BECCHI, *La giustizia*, cit., p. 172 e ss.

Scorriamone rapidamente i passaggi fondamentali: dopo aver descritto con attenzione le fasi della vita di Welby, il giudice tiene conto della procedura seguita dall'imputato con l'azione di distacco del respiratore e la contestuale sedazione posta in essere in presenza di testimoni, alla quale segue la stesura di una relazione tecnica.

L'ordinanza del Tribunale Civile, secondo il Giudice dell'udienza preliminare, finisce per negare un diritto costituzionale, a causa del contrasto con norme (che il Tribunale ha ritenuto operassero *comunque*) di legge ordinaria, dunque di rango inferiore (artt. 575, 576, 577, n.3, 579 e 580 c.p ed art. 5 c.c.).

A parere del Giudice, questa è una lettura inaccettabile dei dati normativi, in primo luogo in virtù del principio della gerarchia delle fonti. Inoltre, il giudice , seguendo gli orientamenti della dottrina non solo penalista, ritiene che, se davvero si riconosce la sussistenza di un diritto costituzionale, non è consentito lasciarlo senza tutela, causandone, in definitiva, una inapplicabilità, a causa del portato di una norma di rango inferiore che ne disciplini lo specifico riconoscimento.

Viene poi ricostruita l'ordinanza del Gip criticata soprattutto nel passaggio in cui, dopo aver negato la sussistenza, nel caso in esame, dell'accanimento terapeutico, afferma la non appartenenza della ventilazione polmonare al *genus* terapeutico, considerandola come mero sostegno vitale. Il Giudice concorda con l'ordinanza sulla non configurabilità dell'accanimento terapeutico, ma giunge a tale conclusione per vie diverse rispetto a quelle del giudice della cautela: il caso di trattamento contro l'esplicita resistenza del paziente, non configura l'accanimento, ma molto prima e molto più direttamente, una violazione di un suo diritto costituzionalmente garantito. Peraltro, prosegue il Giudice dell'udienza preliminare , la ventilazione artificiale è senza dubbio una terapia «trattasi infatti di induzione artificiale della respirazione tramite l'azione di una macchina, alla quale P.W. doveva rimanere costantemente attaccato, ed in ragione della quale egli doveva essere quotidianamente sottoposto a terapie antibiotiche che scongiurassero l'insorgere di infezioni dello stoma e del canale

di inserimento, con contestuale asportazione del muco generato per l'induzione meccanica della respirazione.[349]».

Sulla natura occasionale e sulla ritenuta superficialità del rapporto tra il paziente ed il medico imputato, il giudice ritiene che fosse in atto un rapporto tra privati, liberamente posto in essere da cittadini adulti, nel pieno esercizio della loro autonomia. Per esserci un rapporto medico-paziente non sembra necessaria una dimensione temporale significativa, dovendosi ritenere tale anche una sola prestazione di carattere medico. Il giudice, poi, richiama la Convenzione di Oviedo e la giurisprudenza della Corte Costituzionale[350] e della Cassazione[351], in merito all'esistenza del diritto all'autodeterminazione degli individui ed ai conseguenti limiti all'attività terapeutica non consensuale.

Sembra chiaro, dunque, nel ragionamento del Gup, che il precetto dell'articolo 32, comma 2, Cost., sancisce un diritto degli individui già perfetto, e che opera come *species* della libertà personale tutelata dall'articolo 13, comma 1, Cost. Né a favore del medico valga, nel caso in esame, il ricorso all'articolo 54 c.p. per rendere lecita la condotta contro la volontà del paziente. Lo stato di necessità si può configurare in situazioni di urgenza, in assenza di dichiarazioni del paziente, non certo quando non c'è l'imminente esigenza dell'intervento e mai nonostante ovvero contro la volontà del soggetto titolare del diritto *ex* 32, comma 2, Cost.

Il giudice conclude affermando che i principi di inviolabilità e di indisponibilità della vita, riconosciuti da norme primarie, devono sottostare al diritto - di natura costituzionale - del paziente di scegliere i trattamenti sanitari cui sottoporsi.

---

[349] Così Trib. di Roma, ufficio GIP, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, Giud. Secchi, in P. BECCHI, *op. cit*., ed anche in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 61.

[350] In particolare i richiami sono alle sentenza n. 45/1965; 471/90; 238/96: 161/1985, nella quale la Consulta afferma: «(…) resta comunque che, per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti.», per il testo della sentenza si veda, *Raccolta ufficiale delle sentenze e delle ordinanze della Corte Costituzionale*, vol. LXIX, Roma, 1985, p. 411 e ss. I testi delle sentenze della consulta si possono consultare *on line*: www.giurcost.it e sul sito istituzionale della Corte Costituzionale.

[351] Il riferimento è alla sentenza Volterrani, n. 26446/2002 ed anche alla sentenza numero 14638/2004.

Il trattamento sanitario ha come contenuto le competenze mediche e può essere effettuato soltanto da personale specializzato. In tal senso, il diritto dei cittadini sancito dall'art. 32, comma 2, Cost., opera nei rapporti tra stato e privati (trattamenti coatti, solo se previsti con legge statale) e tra privati (rapporto medico-paziente). Si osserva che il diritto di rifiutare le cure è azionabile con richiesta avanzata al solo personale medico, in capo al quale sorge un vero e proprio dovere giuridico di dare attuazione alle volontà del malato. Si deve ritenere, alla luce di quanto sostenuto dal Gup e dell'enunciato dell'articolo 32 Cost., che l'atto di sospendere cure c.d. salvavita è scriminato solo laddove sia compiuto da un medico, in seguito ad una richiesta esplicita del paziente.

Entro questi limiti, il medico può interrompere la terapia e causare la morte del paziente, anche con condotta attiva[352], poiché tale azione ricade nella sfera di operatività della causa di esclusione dell'antigiuridicità, prevista dall'articolo 51 c.p.

Il dovere che sorge in capo al medico ha la sua fonte diretta nelle previsioni costituzionali e «l'operatività della scriminante nell'ipotesi sopra delineata è giustificata dalla necessità di superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico che, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altra, incriminare il suo esercizio.[353]».

Un'ultima notazione del Gup pare di rilievo: se si riconosce valore al principio di autodeterminazione consapevole in tema di trattamento sanitario, si deve osservare che la categoria dell'accanimento terapeutico sembra non trovare qui campo di

[352] Sul punto, si veda *infra*. A cospetto di tale bilanciamento dei diritti, si apre un panorama che genera molti interrogativi, di natura strettamente bioetica. Delle due l'una: o l'operazione di distacco del ventilatore polmonare si può valutare come omissiva, tenendo per buono il postulato eutanasia passiva-permessa, eutanasia attiva-vietata. Oppure, si può inquadrare l'azione del medico naturalisticamente come attiva, facendo crollare il sistema logico sopra tratteggiato. In sostituzione della fallace distinzione eutanasia attiva - eutanasia passiva la dottrina olandese suggerisce un diverso impianto logico. Tale impostazione dà il nome di eutanasia solo la condotta che genera la morte di un uomo con un processo indipendente dalla patologia che deve colpire il paziente per poter richiederla (ad esempio, iniezioni letali per malati di cancro); al contrario la morte causata dalla patologia volontariamente non curata o non più curata è classificata con altri nomi (rifiuto o interruzione di cure). Sul punto, J. GRIFFITHS, *Euthanasia & law in Europe*, Oxford, 2008, v. tabella p. 53, in Italia, conformemente, F. G. PIZZETTI, *Diritto di morire?* cit., 48 e ss.
[353] Trib. di Roma, ult. cit., p. 65.

applicazione. Come già detto, se si legittima il diritto di rifiutare le cure, una terapia coatta violerebbe tale diritto, indipendentemente dalla classificazione del rapporto terapeutico come futile. In questo senso, il Gup precisa che la condotta del dott. Riccio non configura alcuna ipotesi di suicidio assistito, categoria che sembra appartenere più alla morale che non al diritto, almeno al diritto positivo italiano. L'udienza preliminare si conclude - come detto - con sentenza di non luogo a procedere poiché Riccio ha causato sì la morte del paziente, ma ha agito in presenza di tutti gli elementi che permettono la configurazione della scriminante dell'articolo 51 c.p.

Il Giudice, prima di prosciogliere l'imputato, chiude il cerchio aperto in sede di premessa: le decisioni in tema di fine vita devono essere prese sulla base delle sole norme positive: come era stata rifiutata l'influenza di precetti solo morali nelle premesse, sono negate in conclusione *liaisons* del diritto all'autodeterminazione con categorie extragiuridiche, quali l'eutanasia e l'accanimento terapeutico[354].

Apprezzati i passaggi logici ed argomentativi che hanno condotto all'emissione della sentenza *ex* art. 425 c.p.p. richiamata, occorre comprendere quali soluzioni sono prospettabili in tutti quei casi in cui le cure salvavita sono dedicate a soggetti incapaci di esprime validamente un consenso o un dissenso. Se, come riconosciuto dalla giurisprudenza di merito, è proprio il consenso del paziente rispetto al distacco del presidio sanitario salvifico a rendere lecita (*recte:* doverosa) la condotta del medico, cosa accade quando il paziente versi in uno stato vegetativo permanente, incapace di esprimere le sue volontà e senza *chances* di recupero?

Analizzeremo, di seguito, come si comporta il consenso in difetto del requisito della personalità, prendendo in considerazione sia soggetti incapaci di esprimersi, sia minori di età, anche alla luce della rilevante pronuncia della Corte di cassazione n. 21748 del 16 ottobre 2007.

[354] Sul punto, cfr. le considerazioni analoghe svolte da F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 1035 e ss. Vedi, in particolare, p. 1040 sull'estraneità dell'eutanasia dal tema, e p. 1039 per le medesime considerazioni sul concetto di accanimento terapeutico

3.3 Pazienti incapaci di esprimere un consenso: regole giuridiche, deontologiche. e paragiuridiche.

3.3.1 Il c.d. testamento biologico e le direttive anticipate di trattamento atteso.

Il problema della perdita totale o parziale delle facoltà mentali, dovuta a traumi o al degenerare di una malattia, pone l'attenzione sulla parità dei diritti tra i soggetti che possono espressamente rifiutare i trattamenti medici e coloro che non possono più farlo. La risposta che il diritto dà a questa, tanto elementare quanto diretta, richiesta di giustizia sostanziale è stata concretizzata nel c.d. testamento biologico. Si tratta, come noto, di una dichiarazione *ora per allora*, revocabile e, secondo alcuni, da rinnovare con cadenza regolare, nella quale un soggetto capace può esprimere a quali trattamenti terapeutici non intende sottoporsi, nell'eventualità che sia affetto da una malattia in stato terminale o da una lesione invalidante irreversibile, comunque in previsione di una futura incapacità.

L'introduzione di questo istituto, che ha origine nei paesi anglosassoni[355], trova diverse resistenze nel dibattito italiano. Ciononostante, si deve riscontrare che le

[355] Il *living will* è stato positivizzato dapprima in California (1976, *Natural death act)*, poi in altri stati degli U.S.A. Il primo legislatore nordamericano in materia fu anticipato da una sentenza della Corte del New Jersey, che riconobbe il diritto di far cessare cure straordinarie per un artificiale prolungamento della vita, in presenza di una volontà contraria precedentemente espressa dal malato.

dichiarazioni anticipate sono state oggetto di moltissimi progetti di legge[356], e tale aspetto dimostra il nuovo fiorire della discussione politica sulla questione.

Fin dall'inquadramento lessicale dell'istituto sorge una diversità di punti di vista tra gli interpreti. Il vocabolo testamento, infatti, è utilizzato in maniera atecnica e impropria: come noto, il testamento è, ai sensi dell'art. 587 c.c., «*l'atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere di tutte le proprie sostanze o di parte di esse*». Con diverso significato, l'art. 587 comma 2 c.c. stabilisce: «*Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma di testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale.*».

Nell'esegesi classica dell'istituto testamentario si riconosce, in prima battuta, che l'atto in parola è strettamente legato all'idea dell'autonomia, della libertà della persona[357]; questa affermazione è senz'altro vera, se si pensa che con il testamento, di fatto, il *de cuius* dispone sì dei propri beni valutabili economicamente, ma può anche decidere di produrre effetti giuridici del tutto slegati dalla caratteristica patrimoniale. Si pensi, ad esempio, al riconoscimento di un figlio naturale, o alla volontà di pubblicazione o meno di opere dell'ingegno.

La critica, per così dire, sistematica che viene mossa alla scelta del vocabolo "testamento" si fonda sulla differenza sostanziale della produzione degli effetti: il testamento vero e proprio genera nuove situazioni di diritto dopo la morte del *de cuius*, considerata come evento puntuale, presupposto essenziale della dinamica successoria. Il testamento biologico, invece, guarda alla morte come processo e non come evento istantaneo, e produce effetti prima della morte del testatore.

Se questo è vero, è pur da segnalare la presenza di elementi comuni tra le due disposizioni *testamentarie*: ad esempio, il carattere della unilateralità e quello della revocabilità. Il testamento biologico condivide - nei disegni di legge e nell'indicazione

[356] Sono proliferati progetti di legge, in particolare, nelle legislature XV, XVI e XVII, sui quali, v. diffusamente, D. TASSINARI, *Gli attuali progetti di legge sul così detto "testamento biologico": un breve sguardo d'insieme*, in *Criminalia*, 2006, p. 265 e ss.
[357] P. RESCIGNO, voce *Testamento biologico*, cit., p. 367.

dottrinaria[358] - con quello c.d. "classico" esigenze di forma e di pubblicità, sebbene, anche su questo punto, non tutti gli autori siano concordi. Invero, bisogna riconoscere che alla revoca deve essere riconosciuta efficacia anche in assenza del requisito formale, dovendosi dare validità ad ogni forma di dichiarazione *pro vita.* La critica strettamente incentrata sul *nomen juris* sembra superabile, dato che molti studiosi parlano equivalentemente di direttive anticipate, ponendo nel nulla le suddette notazioni[359].

Al di là della citata discussione lessicale sul testamento biologico, un'altra e profonda critica si deve indicare: quella di chi ritiene non produttivo di effetti un atto unilaterale inattuale. A tacere di quelle impostazioni filosofiche che si basano sulle mutazioni continue dell'io, secondo le quali è sempre invalida una dichiarazione inattuale, pur non revocata, per motivi di incapacità sopravvenuta[360], residua comunque una critica molto seria. Che torna, a ben vedere, al *refrain* che ha condotto alcuni studiosi, come visto in questo lavoro, a ritenere sempre inattuabile il dissenso del paziente, proprio come aveva fatto, con le riproposte argomentazioni, il Tribunale di Roma, che aveva rigettato il ricorso proposto da Welby in sede cautelare.

L'argomento, nel caso delle dichiarazioni anticipate (o: testamento biologico), presenta ulteriori elementi di conforto: si parta dal rifiuto di cure espresso da un soggetto perfettamente razionale. Egli esercita il diritto di non curarsi tenendo in considerazione la sua patologia ed un determinato trattamento sanitario[361]. Con lo schema del testamento biologico, invece, viene a crearsi un'ipotesi di consenso-rifiuto per sua natura opposto ai principi di informazione e comunicazione, che sono alla base

---

[358] Per i D.d.l. si veda *infra*. In dottrina, per tutti, P. RESCIGNO, *Testamento biologico,* ult. cit., p. 368, che indica anche il rischio di una *standardizzazione* del testamento biologico, che potrebbe nascere dalla pubblicità della dichiarazione.

[359] Propende per questa classificazione, tra gli altri, G. ALPA, *Laicità e diritto privato,* in *Laicità e stato di diritto* cit., p. 274 e ss.

[360] Sulla questione filosofica e sulla sua irricevibilità nel mondo del diritto, si veda F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 553.

[361] Così G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 270 si domanda retoricamente, riferendosi agli anni Novanta, «come si poteva ritenere che una manifestazione di volontà diretta all'esercizio di un diritto garantito costituzionalmente – il diritto a rifiutare le cure – non potesse avere rilevanza giuridica?»

del principio del consenso informato. L'oggetto della dichiarazione deve necessariamente essere indicato con termini elastici e non rigorosi, come: "dolore non tollerabile" o "prospettive di vita". E' pur vero che il testatore può utilizzare criteri più certi (sebbene non *assolutamente* tali) come lo stato terminale e l'incapacità irreversibile, ma resta il dato che il diritto di rifiutare le cure si basa sul precetto chiaro dell'art. 32, comma 2, Cost., che indica la non obbligatorietà di *determinati* trattamenti sanitari (se non indicati per legge)[362]. L'utilizzo di una terminologia a maglie troppo larghe nel testamento biologico rischia, pertanto, di rendere vana la richiesta *determinatezza* dei trattamenti rifiutabili.

Tale posizione si scontra con il fronte - quasi comune - della dottrina, che riconosce al testamento biologico una certa copertura costituzionale[363]. Questa lettura della questione supera la critica dell'inattualità con un argomento stringente: sembra inaccettabile far prevalere una volontà ipotetica ed inespressa su una ultima volontà espressamente manifestata. Inoltre, è stato osservato che un documento non revocato deve intendersi come attuale.

«L'attualità è un criterio logico e non meramente cronologico-temporale. Diversamente opinando, infatti, si arriverebbe all'assurdo di riconoscere rilievo giuridico solamente alle manifestazioni di volontà concomitanti (…) Ne consegue che se, per il diritto, la volontà attuale non coincide affatto con la volontà espressa "prima" quest'ultima può ben essere attuale, alla condizione che vi sia una corrispondenza tra il fatto voluto e l'avverasi delle condizioni cui è subordinata tale volontà. (…) la corrispondenza cui si è fatto cenno annulla pertanto la sfasatura temporale tra il momento in cui è stata manifestata la volontà e la situazione futura nella quale deve

[362] La critica è di D. TASSINARI, *Gli attuali progetti*, cit., p. 266-267.

[363] In tal senso: S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 768, F. GIUNTA, *Il morire*, cit., p. 566, ID., *Diritto di morire*, cit., p.107, P. RESCIGNO, *Testamento*, cit., p. 368, G. SALITO, *Testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, p. 196 e ss., F. INTRONA, *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 9 e ss., S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., p. 701, l'Autore auspica un ripensamento sull'inefficacia del testamento biologico, prospettata da parte della dottrina, con un interessante parallelo con il suicidio.

dispiegare gli effetti[364]». In buona sostanza, quando la volontà è condizionata al verificarsi di fatti futuri, la sua attualità subisce una dilatazione, mantenendo attualità dal momento in cui è stata manifestata fino al verificarsi della condizione futura, salvo che non sia intervenuta una sua revoca.

Il testamento biologico non è neppure il primo caso di documento con cui il disponente decide del proprio corpo; si pensi alla legge n. 91/1999 in materia di prelievi di organi e tessuti a scopo di trapianti[365].

Altro argomento a favore della non contraddittorietà tra le regole del nostro ordinamento e la figura giuridica del testamento biologico è dato dalla, già citata, Convenzione di Oviedo, sulla cui natura giuridica in Italia ci si è già intrattenuti *supra.*

Il testo convenzionale[366], all'articolo 9, rubricato *«desideri precedentemente espressi»* stabilisce che «*I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione.*».

In dottrina, non si è mancato di evidenziare il fatto che dalla sottoscrizione della Convenzione di Oviedo si è assistito ad un vero scatto in avanti dell'ordinamento, che, ad oggi, non può nascondersi di fronte ai desideri espressi dalla 'persona competente'[367]. Tuttavia, il testo dell'art. 9 della predetta Convenzione non sembra sbilanciarsi sull'argomento: in concreto, molto dipenderà dell'interpretazione della formula *«saranno tenuti in considerazione»*. Non a caso, come osservato dalla dottrina, se pure sembri che il medico non possa ignorare le c.d. direttive anticipate, rimane nell'ombra il dato della vincolatività di tali direttive[368]. Altre voci dottrinali indicano che il tono sfumato della Convenzione di Oviedo è un esito figlio di prudenza

---

[364] F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., p. 108.
[365] Come giustamente notato da G. SALITO, *op. cit.*, p. 197.
[366] Si rinvia ancora a G. ALPA, *op. ult. cit.* p. 262 e ss. per l'esposizione delle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa sul tema dei diritti del malato del 1976 e del 1999, ed anche per gli argomenti classici di contrasto alle disposizioni anticipate avanzati talora dal C.N.B., talora dagli organi della Chiesa Cattolica.
[367]In questo senso, S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in *Il diritto di morire bene*, cit., p. 41-42.
[368] Così, F. GIUNTA, *Il morire*, cit., p. 567-568.

e compromesso, e, proprio a causa dell'assenza di certezza che il lettore percepisce dalla genericità della formula 'saranno tenuti in considerazione', si conferma sia l'attualità della questione dibattuta, sia l'urgenza di un intervento chiarificatore del legislatore sul tema[369].

Sulla falsariga della disposizione convenzionale, anche il nuovo codice di deontologia medica dà spazio alle direttive anticipate, senza, però, prendere una posizione netta nel senso della vincolatività delle volontà espresse *ora per allora.* In questo caso, la formula prescelta è quella del *dovere di tenere conto* delle precedenti manifestazioni di volontà del paziente incapace. Si legge, infatti, all'ultimo comma dell'art. 38: «*Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato.*».

Come spesso accade, nel silenzio del legislatore, è stata la giurisprudenza di legittimità a riconoscere al testamento biologico natura vincolante per il personale sanitario, come si evince in un *obiter dictum* della sentenza numero 21748/07 della prima sezione civile della Corte di Cassazione, pronunciata a seguito del ricorso presentato nell'interesse di Eluana Englaro[370]. Letteralmente: «(…) quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente disposto, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza.[371]».

Questo riconoscimento implicito della operatività, sul piano degli effetti giuridici, del testamento biologico pare di grande rilievo. I primi commentatori della sentenza hanno giustamente indicato che l'interpretazione offerta dai giudici di

[369] P. RESCIGNO, *Testamento*, cit. p. 369.
[370] Sul punto, v. diffusamente *infra*.
[371] Cass. Civ., sez. I, n. 21748/07, in P. BECCHI, *op. cit*., p. 253.

legittimità equivalesse ad un'invasione del campo del legislatore, inopinata perché, come noto, sul tema il dibattito parlamentare è vivo, acceso, tutt'altro che sopito[372].

Sembra, poi, importante segnalare l'iniziativa, *de jure condito*, del Consiglio Nazionale del Notariato che, a partire dalla fine del 2006 ha invitato i notai di tutti i distretti a predisporre un Registro per i Testamenti di vita[373], in attesa della creazione di un vero registro nazionale, e, soprattutto, in attesa di un intervento legislativo, avvertito dal Consiglio come urgente. Il Consiglio Nazionale del Notariato ha predisposto un modello di testamento di vita, che prevede, tra l'altro la possibilità di nominare un sostituto al quale il dichiarante può attribuire il ruolo di *decision maker* nell'ambito delle scelte di fine vita. Molti dei recenti Disegni di Legge prevedono questa figura, mutuata dal diritto anglosassone, che alcuni accostano all'esecutore testamentario, altri allo schema del mandato, altri ancora alla fiducia, ma che in realtà mal si adatta agli schemi classici del diritto civile[374], non essendo un'alternativa al testamento biologico, quanto piuttosto un suo possibile contenuto.

3.3.2 (segue) L'assenza di dichiarazioni anticipate. Il caso Englaro. Genesi della vicenda giudiziaria: le prospettazioni della Corte di Cassazione civile. La lezione dei civilisti rivolta (tra gli altri) ai penalisti.

Quid iuris se il paziente incapace di esprimere un valido consenso non ha espresso volontà anticipate? Per quanto riguarda i malati terminali, che possono

---

[372] Così S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby*, cit., p. 1565. L'A. sostiene: «Questa apertura al testamento biologico è destinata ad attizzare polemiche, potendosi da essa inferire un riconoscimento della piena – e soprattutto già attuale – validità giuridica di tali manifestazioni di volontà a futura memoria, quando sul tema il Parlamento si è arenato e al momento non sembra pronosticabile una legge.».

[373] L'iniziativa del C.N.N. segue quella della Fondazione Veronesi, che, già nel 2003, creò un Registro per i testamenti di vita.

[374] Questa la conclusione di G. SALITO, *Il testamento*, cit., p. 199, che, dopo aver criticato ogni altra possibile collocazione della nomina del "sostituto" negli schemi tipici di diritto civile, sposta il problema, centrandolo, sull'ammissibilità dei negozi unilaterali atipici nel nostro ordinamento.

rimanere privi di coscienza per molto tempo, anche in maniera definitiva e non reversibile si può parlare di quella situazione definita come *nodo irrisolvibile*[375].

La richiesta di interruzione di cure proveniente dai legali rappresentanti di questi soggetti è stata sovente mente messa a tacere dai commentatori, in virtù del principio *in dubio pro vita*, che giustificava il protrarsi *sine die* del trattamento terapeutico anche in assenza di logiche speranze di recupero.[376]

Sulla questione è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione che, chiamata a risolvere il caso di Eluana Englaro, ha stabilito un principio di diritto innovativo, rendendo la sentenza n. 21748/07 un caposaldo nella materia in esame[377].

Per comprendere appieno la portata di tale pronuncia, è utile ricostruire la battaglia processuale che ha intrapreso Beppino Englaro, padre e legale rappresentante (*id est*, tutore) di una ragazza, Eluana, in stato vegetativo sin dal 1992 a seguito ad un terribile incidente stradale, e che lo ha determinato a ricorrere nell'interesse della figlia in tutte le sedi giudiziarie, finendo, in tre distinte occasioni, avanti la Corte di Cassazione.

Possiamo suddividere la complessa vicenda processuale in tre periodi differenti: il primo va dal 1997 al 2001; il secondo dal 2002 al 2005; infine, l'ultimo, che analizzeremo complessivamente, dal 2005 al 2007.

Come primo tentativo, Beppino Englaro ha chiesto al Tribunale di Lecco l'emanazione di un ordine di interruzione dell'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico, che teneva in vita sua figlia Eluana, come detto, in stato di coma vegetativo e capace di respirare autonomamente[378]. Il Tribunale di Lecco ha risposto negativamente alla richiesta, emettendo un decreto di inammissibilità del ricorso il 2

---

[375] Si veda, S. SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 533 e ss.

[376] La dottrina sul trattamento del paziente incapace, in assenza di direttive anticipate, e prima della pronuncia della Cassazione Civile, è ampia. Si vedano, per tutti: A. SANTOSUOSSO, *Il consenso*, cit., p. 186 e ss., F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., p. 570 e ss.

[377] La sentenza in questione è Cass. Civ., sez. I, cit.

[378] Per il testo di tutti i provvedimenti giurisdizionali emessi nel contesto della c. d. vicenda Eluana (ed anche della storia processuale Welby, di cui *supra*), v. P. BECCHI, *La giustizia*, cit., p. 208 e ss. La prima decisione del Tribunale di Lecco è il decreto depositato il 2 marzo 1999.

marzo 1999: la decisione trae fondamento dall'art. 2 Cost. e dal principio che vuole la difesa della vita come punto fermo non mediabile con altri diritti.

Beppino Englaro ha, quindi, impugnato il provvedimento davanti alla Corte d'Appello di Milano, che il 31 dicembre 1999[379], ha riconosciuto, da un lato, il diritto del tutore (figura disegnata dal codice civile per la tutela degli interessi *non solo* patrimoniali dell'incapace) a prendere decisioni nell'interesse dell'incapace anche nel campo dal diritto alla salute; d'altro lato, però, la corte ambrosiana ha affrontato la questione, già nota e sopra brevemente trattata accennata, dal punto di vista dell' ambigua classificazione della nutrizione ed alimentazione artificiale, ritenendo che non vi sia un parere univoco né nelle fonti nazionali, né in quelle internazionali[380], tale per cui questa si possa definire trattamento sanitario, ovvero presidio salva vita.

In seguito a questa pronuncia e al dibattito che ne è scaturito, l'allora Ministro della Salute, Umberto Veronesi, ha istituito un *'Gruppo di lavoro su alimentazione e idratazione nei soggetti in stato di irreversibile perdita della coscienza'*, noto alle cronache con il nome di "Commissione Oleari". Gli esiti delle discussioni in seno al gruppo di lavoro ministeriale furono quelli di riconoscere il carattere sostanzialmente medico dell'alimentazione per sonda nasogastrica, che, in quanto trattamento terapeutico, è da considerasi fondato sulla volontà del paziente di riceverla.

Inizia, quindi, la seconda fase della vicenda umana e processuale di Englaro, che, forte del parere ministeriale, presenta un nuovo ricorso al Tribunale di Lecco[381], ritenuto questa volta ammissibile ma rigettato nel merito, nuovamente in virtù del principio dell'assoluta indisponibilità del diritto alla vita: l'intervento di un terzo, che causa la morte di un soggetto, è da intendersi senza dubbio illecito allo stato della legislazione, vista la penalizzazione dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al

---

[379] C. App. di Milano, Sez. delle persone minori e della famiglia, decreto depositato il 31 dicembre 1999, in P. BECCHI, *op. ult. cit.*, p. 210.

[380] Per una lettura del provvedimento della Corte d'Appello di Milano, v. anche, *Foro it.*, 2000, II, p. 2022 e ss., con note di G. PONZANELLI, *Eutanasia passiva: sì, se c'è accanimento terapeutico*, e A. SANTOSUOSSO, *Novità e remore sullo "stato vegetativo persisente"*.

[381] Tribunale di Lecco, seconda sezione, decreto del 15 luglio 2002, in P. BECCHI, *op. ult. cit.*, p. 221.

suicidio. In considerazione di ciò, il tutore non può utilmente richiedere la sospensione dei trattamenti salvifici[382]. Peraltro, il Tribunale osserva, altresì, che le conclusioni della Commissione Ministeriale Oleari non hanno forza di legge e che il giudice deve, per pronunciarsi secondo ragione, attendere se non una legge (qui assente) un punto condiviso del dibattito sociale.

Englaro presenta, dunque, nuovamente appello, ma la Corte milanese rigetta l'impugnazione [383], in data 17 ottobre 2003, con un decreto approfondito che prende le mosse dai precedenti conformi sullo stato vegetativo permanente, decisi in Germania, con interpretazioni adeguatrici, tali da conformare i limiti posti dal diritto positivo ai principi supremi, tra i quali spicca il diritto all'autodeterminazione degli individui. I giudici dell'appello, ritenendo di non poter seguire l'esempio dei colleghi tedeschi, evidenziano che, in assenza di previsioni legislative che autorizzino una tale interpretazione, allo stato della legislazione, l'istanza avanzata da Beppe Englaro nell'interesse della figlia deve essere rigettata. I giudici, infine, chiudono il loro impianto argomentativo evidenziando la necessità di un intervento riformatore, che possa rendere davvero applicabili i diritti all'autodeterminazione dei soggetti, con speciale riferimento ai casi di stato vegetativo persistente.

Beppe Englaro presenta, dunque, ricorso per Cassazione, ma la Suprema Corte emette, il 3 marzo 2005[384], una declaratoria di inammissibilità, un sostanziale *non liquet*, nel quale si afferma, in sintesi, che il diritto di rappresentanza del tutore non ricomprende l'esercizio dei diritti *personalissimi*. La Corte ritiene, inoltre, che il tutore potrebbe avere, in ipotesi, interessi contrastanti con quelli dell'incapace, introducendo una valutazione sull'opportunità che il tutore venga affiancato da un curatore speciale[385].

---

[382] Ai sensi degli artt. 424 e 357 c.c. il tutore *ha la cura della persona:* egli quindi, secondo logica, non può legittimamente richiedere la sospensione di un trattamento sanitario, nel caso in cui da ciò discenda la morte, ritenuta pacificamente opposta al concetto di *cura.*

[383] Corte d'Appello di Milano, sezione delle persone e della famiglia, 17 dicembre 2003, in P. BECCHI, *op. ult. cit.*, p. 225.

[384] Cass. Civ., sez. I, 20 aprile 2005 n. 8291, in P. BECCHI, *op. ult. cit.*, p. 231.

[385] *Ibidem:* «(…) lo stabilire se sussista l'interesse (al provvedimento autorizzatorio) - prima che l'attualità dello stesso giuridicamente - presuppone il ricorso a valutazioni della vita e

Il terzo periodo della storia processuale di Beppe Englaro inizia nel gennaio 2006, con la presentazione di un terzo ricorso al Tribunale cui aderisce anche il curatore speciale, nominato nelle more. Anche in questo caso il giudice di Lecco, con decreto del 2 febbraio 2006[386], dichiara nuovamente inammissibile il ricorso, poiché né il tutore, né il curatore speciale nominato dal Tribunale hanno la rappresentanza processuale dell'interdetta sulla domanda in esame, che riguarda diritti personalissimi. il Tribunale, inoltre, afferma che l'istanza sarebbe stata comunque rigettata pur riconoscendo al tutore il potere di rappresentanza processuale, considerato che, alla luce di un bilanciamento tra valori costituzionali, il diritto alla vita si deve considerare preordinato ai diritti di libertà, ed, in particolare, di libertà di scelta delle cure (*ex* art. 32, comma 2 Cost.). In virtù di tale bilanciamento, l'alimentazione non è solo lecita, secondo il Tribunale di Lecco, ma addirittura dovuta, in forza dei doveri di solidarietà, tanto più pregnanti quando il soggetto non possa manifestare la sua volontà.

Posta tale nuova pronuncia, Beppino Englaro ed il curatore speciale hanno impugnato il decreto di fronte alla Corte d'appello di Milano, chiedendo che si aprisse un'istruttoria sulle volontà contrarie all'accanimento terapeutico, manifestate a suo tempo dalla ragazza e insistendo sulla interruzione dell'alimentazione forzata, perpetrata contro la dignità umana. In quel frangente Il Pubblico Ministero ha concluso per la reiezione del reclamo, ricalcando le ragioni poste dal Tribunale a fondamento del provvedimento impugnato.

La Corte d'appello di Milano, con decreto del 16 dicembre 2006, ha riformato il provvedimento impugnato, dichiarando ammissibile il ricorso, ma, di nuovo, rigettandolo nel merito[387]. I giudici del gravame, nello specifico, hanno riconosciuto in capo al legale rappresentante il diritto-dovere di esprimere il consenso informato alle terapie mediche, in base al combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c., che

della morte, che trovano il loro fondamento in convinzioni di natura etica o religiosa, e comunque anche extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive: con la conseguenza che giammai il tutore potrebbe esprimere una valutazione che, in difetto di specifiche risultanze, nella specie neppure analiticamente prospettate, possa affermarsi coincidente con la valutazione dell'interdetta.».

[386] Trib. di Lecco, decreto del 2 febbraio 2006, P. BECCHI, *op. ult. cit*., p. 235.

[387] Corte d'Appello di Milano, decreto del 16 dicembre 2006, in P. BECCHI, *ult. cit*., p. 242.

conferiscono al tutore la cura della persona, nella quale rientra, di certo, il diritto alla salute. Tale diritto non può trovare limitazione alcuna quando la persona interessata non è in grado di determinarsi.

E' stato osservato nell'ordinanza che l'interruzione dell'alimentazione con sondino nasogastrico avrebbe portato a morte certa della paziente ed il giudice non può non tenere conto di tali irreversibili conseguenze, che cozzano con il già nominato diritto alla vita. Nondimeno, le risultanze istruttorie acquisite dalla Corte, sostanziatesi in deposizioni testimoniali di diverse amiche di Eluana, avevano sì il pregio di ricostruirne la personalità e il pensiero in merito ai temi dello stato vegetativo, ma non per questo potevano dirsi risolutive, perché riferivano il convincimento inattuale e generico di Eluana con riferimento a una vicenda che non la vedeva coinvolta in prima persona (si trattava, in particolare, di un amico in stato di coma).

Nel caso di specie il rigetto nel merito della domanda di Beppino Englaro trovava la sua *ratio* nel bilanciamento tra diritti costituzionali che, così come rilevato dal Tribunale di Lecco, non poteva che determinare la Corte di Appello a sancire la - prevalenza del diritto alla vita su quello all'autodeterminazione.

Ricorre ancora per Cassazione Beppe Englaro al principio del 2007, a quindici anni dall'incidente che ha reso Eluana incapace di ogni relazionalità[388].

La Cassazione era chiamata a rispondere a diverse censure mosse nei confronti della sentenza della Corte d'Appello di Milano, fra le quali spiccavano quelle relative al fraintendimento del giudice del secondo grado circa la tipologia di terapie somministrate ad Eluana. Queste, ad avviso dei ricorrenti (il tutore e il curatore avevano proposto mezzi di impugnazione di identico tenore), non erano altro che un trattamento futile e senza alcun beneficio; la Corte d'Appello aveva poi malamente bilanciato i valori costituzionali asseritamene in tensione tra loro nel caso concreto. Il diritto alla vita, si osservava non può che essere connesso alla relazionalità, non

[388] Per una rilettura critica dell'*iter* processuale di Beppe Englaro (sino a questa - decisiva - pronuncia di legittimità) si veda anche: R. CECCHI , *La Corte di Cassazione - sez. I civile - inquadra finalmente in modo corretto la questione dell'idratazione e alimentazione artificiali in soggetti in stato vegetativo permanente*, sul sito *www.liberuscita.it/online/?p=128*

avendo valore una vita meramente biologica, in cui l'uomo non può sentire e non può essere davvero padrone delle proprie scelte. Infine, si chiedeva che il rifiuto di terapie indesiderate potesse essere espresso, nell'interesse dell'incapace, dal tutore, sulla base di ogni elemento idoneo a supportare la visione del mondo, le convinzioni personali e, dunque, la scelta presunta dell'incapace. Per tali motivi, i ricorrenti insistevano per l'accoglimento delle loro censure, auspicando che i giudici del rinvio ordinassero il distacco del sondino.

In definitiva, la Corte doveva stabilire se ed in che limiti potesse essere interrotta l'alimentazione forzata, richiesta dal tutore, in conformità alle opinioni, a suo tempo espresse, dalla ragazza su situazioni prossime alla sua.

La prima sezione civile della Suprema Corte, assegnataria del ricorso, nel rispondere a tali quesiti, percorre un lungo *iter* argomentativo[389]. La base di partenza è costituita dal consenso informato, indicato come presupposto per l'azione lecita del medico e come principio di sicuro valore costituzionale (*ex* artt. 2, 13 e 32 Cost.), l'approdo è la rappresentazione del dovere del medico, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, di ricreare "l'alleanza terapeutica" con il legale rappresentante dell'incapace, nell'impossibilità di crearla con questo[390].

La Suprema Corte[391], inoltre, riconosce la differenza tra il caso in questione, e quelli dei pazienti coscienti ovvero di coloro che, prima di cadere in stato vegetativo, abbiano espresso, attraverso dichiarazioni anticipate di volontà, quali trattamenti avrebbero accettato, quali, invece, avrebbero rifiutato. L'autorevolissimo riconoscimento implicito del valore del testamento biologico, se, da un lato, marca

---

[389] Sui quali, v. ancora, P. BECCHI, *op. cit*., p. 253 e ss.

[390] Riconoscendo qui, *in toto,* il fondamento giuridico dell'attività medico-chirurgica indicata dalla dottrina penalistica. Per tutti, ancora, F. VIGANÒ, *Conflitto*, cit., p. 520 e ss.

[391] Per una valutazione bibliografia minima sulla Cassazione relativa a Eluana Englaro, v. S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., G. PAVAN., *I casi*, cit., C. A. DEFANTI, *Il caso Englaro, un anno dopo*, in *Bioetica*, 2010, p. 281 e ss., A. VALLINI, *Rifiuto*, cit., D. PULITANÒ, E. CECCARELLI, *Il lino*, cit., A. G. DANOVI, *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*, in *Dir fam. e pers.*, 1, 2008, p. 131 e ss.; C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 545 e ss., ma anche, F. GAZZONI, *Sancho Panza*, cit., P. VIRGADAMO, *L'eutanasia e la Suprema Corte, dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere*, in *Dir. di fam. e pers.*, 2008, p. 592 e ss.

un'importante entrata delle volontà anticipate nel campo del giuridicamente rilevante, non risolve in alcun modo, d'altro lato, i dubbi circa i soggetti incoscienti, che nulla hanno disposto circa i trattamenti sanitari da accettare ovvero da rifiutare.

La Corte, per risolvere la questione sottopostale, parte dallo stato dell'arte, riguardo un paziente cosciente che richiede il distacco: le disposizioni costituzionali impongono il rispetto delle scelte terapeutiche dell'individuo, ad eccezione di disposizioni di legge. L'inquadramento nello schema consensuale del rapporto terapeutico trova conferme non solo nel dettato costituzionale, ma anche nella giurisprudenza di legittimità[392], nelle norme deontologiche dei medici, nella giurisprudenza della Corte Edu, che - sebbene letta dalla dottrina penalistica religiosa come dimostrazione dell'assenza del diritto a rifiutare le cure quando da ciò discenda la morte[393] - è riportata nei binari propri dalla Cassazione laddove afferma che con il caso in questione si è soltanto voluta riaffermare la legittimità delle norme penali che incriminano l'intervento del terzo nel suicidio altrui[394]; la Corte sottolinea che i Giudici di Strasburgo, nella nota decisione relativa al caso Pretty hanno affermato che: «l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso di un paziente adulto e mentalmente consapevole interferirebbe con l'integrità fisica di una persona in maniera tale da poter coinvolgere i diritti protetti dall'art. 8.1 della Convenzione (diritto alla vita privata).[395]».

---

[392] Il riferimento è ancora alla nota pronuncia Volterrani, menzionata anche dall'Uff. G.u.p. del Tribunale di Roma nel caso di Welby.

[393] Il riferimento è a L. EUSEBI, *Note sui disegni*, cit., p. 255, nel quale l'A. afferma che il caso Pretty, «chiarifica come l'art. 2, parte prima, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - secondo cui "il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge" - non esprim(e)a un intento di tutela riferito, e con ciò suscettibile di essere circoscritto, alla volontà di vivere dell'individuo, bensì abbia riguardo alla vita di un individuo umano quale bene giuridico autonomo.».

[394] Per una valutazione sul caso Pretty vs. Inghilterra, v. D. TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in *Eutanasia e diritto*, a cura di S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, Torino, 2003, cit., p. 115 e ss.

[395] V., ancora Cass. Civ. in commento, in P. BECCHI, *op. cit.*, p. 266. La Corte prosegue: «e che una persona potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita.».

Poste tali premesse logiche e giuridiche, la Corte, nel trattare partitamente la questione del soggetto incapace in stato vegetativo permanente, afferma che, in assenza di direttive anticipate, da principio l'attività medica salva vita è certamente doverosa, i virtù dei principi solidaristici della Costituzione: qualora il trattamento che si rivelasse *ex post* indesiderato sarebbe certamente scriminato *ex* art. 54 c.p.

Ciò non di meno, superata la fase di urgenza dell'intervento sanitario, il tutore dell'incapace torna a curarne gli interessi, anche a contenuto non patrimoniale: tra questi, figura senz'altro il diritto alla salute, campo nel quale - come rileva la Corte - il tutore già rappresenta le volontà dell'incapace, con riguardo alla sperimentazione dei farmaci ed all'interruzione volontaria di gravidanza[396].

Ancora sulle fonti del consenso informato, la Suprema Corte individua nella Convenzione di Oviedo e nel codice di deontologia medica le norme positive, che realizzano pienamente gli enunciati costituzionali e confermano la vigenza nel sistema giuridico italiano del principio del consenso informato. Queste regole, sebbene prive di efficacia vincolante, costituiscono, in modo diverso tra loro, parte dell'ordinamento e, in assenza di un'organica legislazione sul consenso, fungono da preziosi strumenti interpretativi, che conferiscono una dimensione dinamica al valore centrale della volontà del paziente, già desumibile dal dettato dell'art. 32, comma 2, Cost.

In particolare, l'intervento medico su paziente incapace è disciplinato dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo che individua nel principio di beneficialità il criterio che deve orientare l'intervento del professionista. L'art. 6 individua come necessaria e sempre revocabile l'autorizzazione del rappresentante; dispone che lo stesso sostituisca il rappresentato nel rapporto medico-paziente e sia il destinatario dell'informazione sul trattamento terapeutico[397].

---

[396] Ci si riferisce all'art. 4 del D.Lgs. 211 del 2003, in tema di sperimentazioni cliniche di medicinali, per il quale la pratica è possibile su soggetto incapace, qualora sia stato raccolto il consenso informato del legale rappresentante, che agisce incarnando la volontà presunta dell'incapace; nonché all'art. 13 della L. 194 del 1978 secondo il quale la richiesta di interruzione volontaria di gravidanza può essere presentata anche dal tutore nell'interesse di soggetto interdetto per infermità di mente.

[397] Art. 6: « *(...) un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa. (...) Allorquando, secondo la*

E' la stessa sentenza ad interpretare la disposizione della Convenzione, facendo rientrare il caso di stato vegetativo permanente al vaglio della Corte nell'incapacità *"per motivi similari"* alla malattia e agli handicap mentali, a cui esplicitamente si riferisce l'art. 6.

Assodata la legittimazione del tutore alla cura del diritto alla salute dell'incapace, cura che si sostanzia specificamente nel prestare o negare il consenso all'attività medica, la Cassazione pone due vincoli al potere del tutore, in tema di salute, vista la sua rilevanza come diritto personalissimo (le cui peculiarità sono accentuate nei casi in cui dalla scelta possa discendere la morte dell'incapace). Secondo i giudici di legittimità quest'ultimo dovrà, da un lato, agire nella ricerca del miglior interesse (*best interest*) del paziente, dall'altro, cercare l'esclusivo interesse dell'incapace, decidendo non "per" l'incapace, né "al posto" dell'incapace, ma "con" l'incapace, ossia, ricostruendo la sua ipotetica volontà[398].

La scelta del tutore deve essere a garanzia dell'incapace, quindi rivolta verso la vita, senza però dimenticare l'idea di *dignità* che il soggetto aveva espresso prima di trovarsi in stato di incapacità.

---

legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia, o per un motivo similare, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione. Il rappresentante, l'autorità, la persona o l'organo menzionati ai paragrafi 2 e 3 ricevono, alle stesse condizioni, l'informazione menzionata all'articolo. L'autorizzazione menzionata ai paragrafi 2 e 3 può, in qualsiasi momento essere ritirata nell'interesse della persona interessata.».

[398] Esprime profonda contrarietà all'impostazione del ragionamento della Suprema Corte, F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit., p. 116 e ss. In particolare contro la decisione del tutore con il paziente, sostiene l'A.: «Il Collegio (…) ipotizza un concorso di volontà, quasi si fosse in presenza di un inabilitato, onde la decisione dovrebbe essere presa da entrambi i soggetti, trattandosi di atto di straordinaria amministrazione. L'errore è evidente, perché là dove c'è tutela, non c'è concorso nemmeno per le decisioni di carattere patrimoniale, sicché il tutore agisce, quando ne ha il potere, da solo.». L'A. si pronuncia poi per un'interpretazione dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo che descriva l'attribuzione di poteri al rappresentante sempre e comunque *pro vita:* «Per non parlare dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, là dove, a conferma che il riferimento alla cura dell'incapace significa interventi in funzione della sua vita, l'autorizzazione del rappresentante è incondizionata, onde questa volontà sostitutiva non può non essere volta al beneficio diretto dell'incapace stesso, beneficio che, in caso di coma vegetativo, non può essere identificato con il causarne la morte, secondo una valutazione di opportunità che sarebbe riservata al solo rappresentante.».

I soggetti in stato vegetativo permanente sono senza dubbio vivi, sostiene, a ragione, la Corte[399]: in quanto tali, hanno diritto di mantenersi in vita ed hanno diritto alle prestazioni sanitarie. Allo stesso tempo, se il miglior interesse del soggetto non è quello di rimanere in uno stato privo di coscienza e di relazioni, tale scelta deve essere garantita e rispettata. Per la Corte, la funzionalizzazione del potere di rappresentanza consente di chiedere l'interruzione delle terapie cc.dd. salvavita e, tra queste, anche il distacco del sondino per l'alimentazione, con un paziente in stato vegetativo permanente, alla presenza di chiari elementi di prova, che dimostrino che la scelta non si basa sul giudizio sulla qualità della vita del rappresentante, ma del rappresentato.

Aggiunge la Cassazione che i ricorrenti non possono chiedere al giudice l'ordine di interrompere le cure, ma solo il riconoscimento della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace. Questo passaggio è fondamentale, poiché mette a fuoco che il rifiuto delle cure non può basarsi (come chiedevano i ricorrenti) su un elemento oggettivo (accanimento terapeutico), ma soltanto su intime convinzioni soggettive (criterio del miglior interesse, alla luce della personalità e dello stile di vita del paziente)[400].

Per la Suprema Corte, l'autorizzazione deve darsi soltanto: «a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli *standard* scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo

[399] Come già nella precedente decisione della Corte d'Appello di Milano, viene correttamente affrontato il tema della morte corticale, come stato di incapacità relazionale, non sovrapponibile alla morte dichiarabile, per il ricorrere della quale deve essere verificata la cessazione di ogni funzione encefalica.

[400] F. GAZZONI, *Sancho Panza*, cit., p. 115 e ss. critica fortemente l'esame testimoniale come criterio per ricostruire (senza certezze) il volere del paziente incosciente. L'arretrare della linea di tutela della vita può giustificarsi solo in presenza di dichiarazioni esplicite, corroborate dalla forma scritta.

di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa.[401]».

Il principio di diritto che emerge dalla pronuncia della Corte riveste grande valore poiché, nelle more di un complessivo intervento del legislatore, attribuisce, *de jure condito*, valore ed operatività ai principi di libertà e di autodeterminazione degli individui, mediante il riconoscimento del consenso informato e del testamento biologico. Inoltre e soprattutto, allarga e rende davvero fruibile a tutti (anche per i soggetti incapaci) il diritto di carattere costituzionale di rifiutare le cure. Per costoro, prima della commentata pronuncia, sembrava, anche alla dottrina più sensibile[402], difficile addivenire ad una soluzione equa, che fosse ad un tempo di garanzia per il paziente incosciente e lontana da storture dovute ad interessi (prevalentemente economici) di soggetti terzi.

La soluzione della Corte pone al centro dell'attenzione l'insieme dei diritti del soggetto in stato vegetativo e consente di rifiutare le cure (anche salvavita, anche solo l'alimentazione via sondino nasogastrico) alla presenza di condizioni minuziosamente predeterminate, in assenza delle quali occorre senza remore riconoscere come prevalente il diritto alla vita.

Al giudice, come già visto, spetta un ruolo di controllo della legittimità della scelta del tutore, teso alla verifica che la stessa sia sorta avendo di mira l'esclusivo interesse dell'incapace e non, come richiesto dal ricorrente, un ordine di fare.

Secondo parte della dottrina, la sentenza in commento, pur affidandosi a mezzi dimostrativi giocoforza inattuali, al fine di stabilire il valore del soggetto interessato,

---

[401] V. Cass. Civ, in P. BECCHI, *op. cit*., p. 273.

[402] F. GIUNTA, *Il morire* cit., p. 568, Id. *Diritto di morire*, cit., p. 102 e ss., S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., p. 683 e ss., G. BARBATO, *Alcune considerazioni*, cit., p. 342 e ss.

ha il grande pregio di riconoscere che, se l'interruzione delle cure salvavita non può essere richiesta, *sic et simpliciter*, dal rappresentante dell'incapace, parimenti neppure il trattamento sanitario inefficace potrà essere protratto *ad libitum* ed in assenza di accertamenti sulla volontà di quest'ultimo[403].

Insomma, nell'assenza del soggetto chiamato a decidere della propria autodeterminazione, pare alla Corte corretto sostenere che il rappresentato sia più legittimato di altri ad esprimere il punto di vista dell'incapace[404].

La decisione in esame deve essere considerata una vera svolta nel dibattito sul rapporto tra diritto di rifiutare le cure e soggetti incapaci: i giudici di legittimità, nel rispetto delle loro prerogative nomofilattiche, hanno proposto una ricostruzione tale da rendere immediatamente accessibile il diritto fondamentale dell'individuo, sancito dall'art. 32 Cost., pur nel silenzio della legge ed in costanza di un orientamento consolidato della giurisprudenza di merito contrario a tale lettura; orientamento quest'ultimo, lo si ricorda, che aveva sempre affermato la prevalenza del bene della vita, senza distinzioni di sorta tra quella puramente biologica e quella relazionale,

---

[403] Cfr. A. VALLINI, *Rifiuto*, cit., p. 81. Letteralmente: «(…) un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa. (…) Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia, o per un motivo similare, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione. Il rappresentante, l'autorità, la persona o l'organo menzionati ai paragrafi 2 e 3 ricevono, alle stesse condizioni, l'informazione menzionata all'articolo 5. L'autorizzazione menzionata ai paragrafi 2 e 3 può, in qualsiasi momento essere ritirata nell'interesse della persona interessata.».

[404] Sempre secondo A. VALLINI, *loc. ult. cit*., la Corte con la decisione in parola «attribuisce sì rilievo a manifestazioni di volontà assai risalenti e generiche, ma non perché le ritenga espressive d'una volontà attuale, ma perché le stesse costituiscono un indizio significativo, tra i tanti, di quel generico orientamento di valore del paziente cui è necessario far riferimento al momento di ricostruire il suo *best interest*. (…). In tale ipotesi, non si ritiene operante la regola che prescrive al medico di attuare la volontà del paziente (in realtà mancante), né quella che impone di protrarre sempre la vita in assenza di un dissenso (perché quella protrazione non reca più un indiscusso beneficio), ma una regola diversa, secondo la quale - siccome qualcuno deve scegliere, e nessuna scelta è obiettivamente preferibile - il soggetto "più legittimato" a scegliere è il tutore, che dovrà aver di mira il presumibile interesse del malato.».

piegando in nome della vita stessa le volontà (sia pure inattuali e finanche presunte) del soggetto, di cui si pretende di realizzare il miglior interesse.

Appare sin troppo chiaro che l'intervento adeguatore della giurisprudenza non possa essere considerato stabile, necessitando, viceversa, di essere convalidato, ovvero, contraddetto dal legislatore.

Pur tacendo la feroce critica che un'autorevole dottrina riserva all'*invasione di campo* dei giudici della Suprema Corte[405], è necessario porre in evidenza che la vicenda Englaro, anziché definirsi con la sentenza di legittimità, sembra aver tratto da questa ulteriore linfa per la ormai sclerotizzata battaglia ideologica, che viene traslata, sulla base di argomentazioni politiche, nelle sedi giudiziarie.

D'altra parte, le innovazioni contenute nella pronuncia della Cassazione, con lo storico riconoscimento attuativo della preminenza del diritto di autodeterminazione su di un immobile diritto alla vita si manifestano di per sé, un approdo interpretativo di notevole entità[406], che - anche in considerazione dei precedenti giurisprudenziali sull'identica materia[407] - non poteva mancare di generare nuove contrapposizioni e accesi dibattiti.

3.3.3 (segue) Le fasi terminali, il giudizio di rinvio e i successivi provvedimenti (anche esecutivi). L'interferenza della politica, risoluzione giudiziale in ordine al decesso di Eluana Englaro.

Qualche breve cenno meritano passaggi i conclusivi della vicenda giudiziaria relativa ad Eluana e Beppino Englaro.

---

[405] Il riferimento è ancora a: F. GAZZONI, *Sancho Panza*, cit., *passim* la critica contro l'invasione dei giudici è presente in tutto l'*iter* argomentativo dell'Autore.

[406] Per un commento in questa direzione, si veda: D. PULITANÒ, E. CECCARELLI, *Il lino*, cit., p. 330 e ss.

[407] Come si è sostenuto: «Tanto più è meritevole di attenzione la decisione della Corte, quanto più si constata che nei tre giudizi intervenuti (quello del Tribunale che ha dichiarato inammissibile l'istanza; quello della Corte che l'ha dichiarata ammissibile, ma l'ha rigettata nel merito; quello della Cassazione che ha ammesso il diritto di provare la volontà inespressa) sono rappresentate tutte le posizioni fino ad ora delineate dalla giurisprudenza e dalla dottrina.», A. G. DANOVI, *L'interruzione*, cit., p. 132.

La Corte di Cassazione, nell'esprimere il principio di diritto richiamato, invitava la Corte d'Appello milanese, in diversa composizione, a verificare se, nel caso concreto, i mezzi istruttori assunti consentissero di ritenere che l'istanza avanzata dal tutore, corrispondesse o meno con la personalità dell'incapace.

I giudici di legittimità indicavano di verificare tale rispondenza sulla base delle testimonianze e di ogni altro mezzo, con ciò implicitamente riferendosi alla circostanza, di sicuro rilievo, della convergenza di finalità tra tutore e curatore speciale.

Il Giudice del rinvio[408] ha ritenuto che, delle due condizioni imprescindibili per aversi un valido rifiuto alle terapie salvavita, per mezzo del tutore[409], quella riferibile allo stato vegetativo di Eluana fosse passata in giudicato, non necessitando di ulteriori approfondimenti. Nonostante ciò, i giudici milanesi, vista la delicatezza della decisione da assumere, hanno nuovamente approfondito la questione, confermando la ragionevolezza della diagnosi.

Nei passaggi successivi della decisione si ricostruiscono le dichiarazioni testimoniali raccolte nei gradi di merito, cui si aggiunge la deposizione di Beppe Englaro, assunta proprio nel giudizio di rinvio, e veniva riconosciuta l'attendibilità e l'univocità delle stesse, non senza sottolineare l'assoluta inverosimiglianza dell'esistenza di interessi contrastanti tra il tutore e l'incapace. Infine, nel provvedimento in commento, la Corte d'Appello non si esime dal sottoporre ad una valutazione incidentale di costituzionalità degli approdi della Cassazione, ripercorrendo i passaggi argomentativi e condividendo la conclusione affermativa circa la rispondenza ai parametri imposti dalla Costituzione. In ragione di tali elementi,

---

[408] Per una critica positiva sugli argomenti della sentenza in questione, v. F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 1041 piace rinviare ai passaggi conclusivi dell'articolo sul coraggio dei giudici di (ben) motivare giuridicamente una situazione tanto complessa e conflittuale.

[409] Da individuarsi, si ripete, nell'irreversibilità della condizione di salute e nella ricostruzione della personalità dell'incapace.

in riforma del decreto del Tribunale di Lecco, la Corte d'Appello accoglie il ricorso del tutore e del curatore di Eluana Englaro[410].

Il Procuratore della Repubblica decide, successivamente, di ricorrere per Cassazione avverso il predetto decreto, ma il giudice di legittimità, nell'occasione a Sezioni Unite, dichiara inammissibile l'impugnazione, sulla base di una carenza di legittimazione dell'Ufficio della Procura[411].

Sembra davvero l'epilogo della vicenda giudiziaria, ma così non è: il ceto politico, in aperto contrasto con il merito della decisione di legittimità confermata dalla Corte d'Appello di Milano, denuncia l'invasione di campo subita dal legislatore: il potere giudiziario si sarebbe indebitamente sostituito a quello legislativo, consentendo, in assenza di una legge positiva, quello che le norme non permettono.

Da qui il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sollevato sia dalla Camera dei Deputati, sia dal Senato della Repubblica, con conseguente questione rimessa alla Corte Costituzionale che, con ordinanza emessa l'8 ottobre 2008[412], ne ha dichiarato l'inammissibilità, rilevando come doglianze avanzate dai due rami del Parlamento si sostanziassero in una censura del merito della decisione della Corte di cassazione.

Superato anche questo scoglio procedimentale, nonostante l'orientamento ormai chiaro della giurisprudenza, le strutture sanitarie lombarde hanno rifiutato di ricevere Eluana Englaro, per procedere al distacco dal sondino naso gastrico, pure in costanza della nota pronuncia della Corte di Cassazione, così costringendo Beppe Englaro a ricorrere al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia. L'autorità amministrativa regionale - riconosciuto il passaggio in giudicato della decisione di legittimità - ne certifica l'efficacia *erga omnes* e, dunque, ne ordina l'esecuzione. Questo è stato il tenore della sentenza del T.A.R. di Milano[413].

---

[410] Corte d'Appello di Milano, sez. I, decreto del 9 luglio 2008, in P. BECCHI, *op. cit*., p. 276.
[411] Cass. SS. UU. Civili, 13 novembre 2008, v. *ibidem*, p. 316.
[412] Ordinanza n. 334 del 2008, v. *ibidem*, p. 324.
[413] T.A.R. Lombardia - Milano, sez. III, sentenza del 26 gennaio 2009, n. 214, in *ibidem*, p. 332.

A fronte di tale, ulteriore, pronuncia che afferma il diritto di Beppe Englaro di sospendere la nutrizione forzata della figlia, è direttamente l'Esecutivo ad intervenire. Esauriti i rimedi giurisdizionali, il Consiglio dei Ministri, in data 9 febbraio 2009, vara un decreto legge, dichiaratamente finalizzato a bloccare l'incedere degli accadimenti che avrebbe condotto, di lì a poco, al decesso di Eluana. Il provvedimento governativo, intervenendo parzialmente sulle concezioni di fine vita, intendeva porre limiti al rifiuto di idratazione e nutrizione artificiale, distinguendo, secondo una consueta linea di interpretazione, questi trattamenti, da quelli *strictu sensu* sanitari[414].

Come noto, il decreto non è stato emanato dal Presidente della Repubblica, che non ha ritenuto sussistenti gli essenziali requisiti di necessità ed urgenza, imposti dall'art. 77 Cost.[415]. Da un lato, la Presidenza della Repubblica, nella comunicazione di diniego al Presidente del Consiglio dei Ministri, ha osservato che i temi del fine vita, attinenti il testamento biologico, le direttive anticipate, l'alimentazione artificiale sono da tempo al vaglio del Parlamento; dall'altro, che tali cruciali aspetti della vita costituzionale non possono certo rivestire i canoni di straordinarietà e di urgenza, né soprattutto essere affidati ad una legiferazione per decreto governativo[416].

Inoltre, si presenta quanto meno di dubbia natura il decreto legge che intendesse superare l'autorità di giudicato, che aveva ormai assunto la vicenda Englaro[417].

---

[414] Riporta il contenuto del decreto, che la stampa ebbe a definire salva Eluana, mai emanato, F. G. PIZZETTI, *Sugli ultimi sviluppi del "caso Englaro": limiti della legge e "progetto vita"*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 445.

[415] Per approfondimenti della questione relativa alla legiferazione d'urgenza nel caso di specie e per una critica (sempre positiva, va detto) al diniego all'emanazione del Presidente della Repubblica, v. M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti legge (spunti sul caso E.)*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 409; V. CERULI IRELLI, *In margine al caso E. Sui limiti della funzione legislativa*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 437; T. GROPPI, *Il caso Englaro: viaggio alle origini dello stato di diritto e ritorno*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 483.

[416] F. G. PIZZETTI, *op. ult. cit.*, l'A. dà conto di come il Presidente del Consiglio dei Ministri nel corso di una conferenza stampa ebbe ad affermare che l'immobilismo del Governo rispetto al precipitare degli eventi sarebbe stato compatibile con un'omissione di soccorso. Nell'articolo sono ripercorsi i valori costituzionali in forza dei quali si è ritenuto di riconoscere il diritto dell'incapace a rifiutare le cure, per mezzo del tutore. Infine, l'A. ricorda la massima anglosassone, secondo la quale *hard cases make bad law*.

[417] Sul punto, specificamente, V. CERULI IRELLI, *In margine*, cit.

Superato anche il tentativo di sbarramento di natura interamente politica, il 9 febbraio 2009, Eluana Englaro, in una struttura ospedaliera di Udine, veniva distaccata dal sondino nasogastrico e, alla presenza dei suoi cari, si spegneva.

Non sono mancate, come ovvio, reazioni di sdegno di associazioni civili e religiose e di esponenti politici. L'apertura di un fascicolo di indagine, da parte dell'ufficio di Procura presso il Tribunale di Udine, fu - è proprio questo il caso di dirlo - un atto dovuto.

Dopo i rituali accertamenti di carattere autoptico, che hanno scongiurato qualsiasi connessione eziologica tra la sedazione e l'evento morte, il Pubblico Ministero procedeva con la richiesta di archiviazione del fascicolo, iscritto a carico di Beppe Englaro e dei suoi concorrenti materiali con riferimento all'ipotesi di omicidio volontario.

Il G.i.p. del Tribunale di Udine ha, quindi, disposto l'archiviazione del procedimento, di nuovo sottolineando la liceità della condotta dei soggetti indagati, che si sono scrupolosamente attenuti a quanto prescritto dalla Corte d'Appello di Milano, indirettamente dalla Corte di Cassazione, con l'avallo della Corte Costituzionale e, da un punto di vista operativo, dalla giurisdizione amministrativa.

La condotta, nel caso di specie, onde evitare evidenti illogicità e contraddizioni interne dell'ordinamento, deve ritenersi scriminata, ai sensi dell'art. 51. Il richiamo contenuto in chiusura del decreto al provvedimento del Tribunale di Roma sul caso Welby fuga ogni dubbio: anche il G.i.p. del Tribunale di Udine è convinto che si tratti dell'adempimento di un dovere da parte del tutore di Eluana e dei suoi concorrenti. Deve, tuttavia, rilevarsi l'eccessiva stringatezza delle argomentazioni del G.i.p. friulano che non affronta minimamente gli aspetti legati alla condotta del medico, lasciando così aperta la questione[418].

[418] F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 1036 il quale ribadisce la sua posizione circa la natura sostanzialmente omissiva della condotta interruttiva: secondo l'A. si tratterebbe dell'unico percorso che condurrebbe ad escludere la rilevanza del fatto quale omicidio volontario.

3.4 Le due facce di una stessa medaglia: confronto tra due differenti vicende giuridiche, assonanze e difformità.

Le decisioni dei *leading cases* nazionali, sopra brevemente descritte, marcano il segno di una nuova impostazione del problema giuridico delle questioni di fine-vita.

Entrambe le soluzioni giudiziarie, quella del G.u.p. del Tribunale di Roma e quella della Corte di Cassazione, I sezione civile, giungono a ritenere lecito e, anzi, doveroso il distacco del paziente da macchinari dal cui funzionamento dipenda il permanere delle funzioni vitali. Queste conclusioni si basano, in primo luogo, sull'interpretazione forte del diritto del malato all'autodeterminazione. Si argomenta diffusamente sulla valenza incomprimibile di tale diritto, con particolare riferimento al campo della salute degli individui, bene di valenza irriducibile, espressione dei diritti di libertà, il cui paradigma principale è tracciato dall'art. 13 Cost.

E' possibile affermare, dunque, che la giurisprudenza di merito e quella di legittimità abbiano aderito in maniera completa e non scevra da dotti riferimenti giuridici agli approdi cui è pervenuta (parte del)la dottrina, in ordine ai rapporti tra il diritto alla vita ed il diritto alla salute; in particolare, è stato posto l'accento sulla accezione laica del bene vita come flessibile, modificabile a seconda del sentire, della possibilità di relazione del soggetto e, in definitiva, superando le rigidità della visione statica della vita come bene che trova in sé (in ogni caso) il suo fine, quasi proiettato all'esterno del soggetto che la vive e con un ritenuto - ed ora, rifiutato - accostamento di tale bene giuridico ad entità estranee all'individuo stesso[419].

[419] Ancora su questo punto, già diffusamente trattato *supra*, F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 1040, ha recentemente affermato: «Le giurisprudenze di tutto il mondo - ivi compresa la nostra Cassazione, nella decisione sul caso Englaro - hanno affermato proprio l'opposto: e cioè che esiste un diritto fondamentale di rifiutare *anche i trattamenti medici necessari per la propria sopravvivenza*, non essendo in alcun modo ricavabile dal diritto alla vita (che tutela in primis l'individuo contro le *aggressioni da parte di terzi*) un dovere di mantenersi in vita, né - *a fortiori* - un dovere di *subire interventi nel proprio corpo* finalizzati al mantenimento delle funzioni vitali, nonostante la propria contraria volontà (reale, o anche solo presunta). Né tale conclusione può essere inficiata da argomenti tratti da norme di rango *ordinario* risalenti a settanta od ottant'anni fa, espressive di una logica antinomica a quella cui si ispira la vigente Costituzione, imperniate com'erano sulla valorizzazione degli

I giudicanti, con un raro esempio di consonanza assoluta tra decisioni eterogenee su un tema di tanto interesse pubblico, hanno esplicitato come le contrastanti visioni etiche del mondo, della vita e dell'uomo non potessero trovare ingresso in decisioni strettamente giuridiche, le quali - come ovvio, ma forse non troppo - devono sottostare unicamente alle norme di diritto vigenti[420].

Eppure, le vicende portate all'attenzione delle due Autorità giudiziarie presentano un unico e centralissimo elemento di difformità che si rinviene evidentemente nel soggetto che avanza la richiesta: in un caso è lo stesso malato, che esprime lucidamente e costantemente la sua volontà di cessazione delle terapie, nell'altro l'orientamento sulle scelte terapeutiche viene avanzato (come si è detto, *con il paziente* e nel suo *best interest*[421]) dal tutore, essendo il paziente ormai incapace.

---

interessi collettivi al mantenimento in vita dell'individuo, del quale veniva enfatizzata non l'originaria dignità di persona, quanto piuttosto la *funzione sociale* - di soldato, contribuente, lavoratore, riproduttore.».

[420] Ha affermato il G.u.p. presso il Tribunale di Roma: «Appare necessario, prima di andare oltre nell'affrontare ogni altra questione, chiarire che la dimensione etica in senso stretto, ovvero se non richiamata in direttamente o indirettamente in concetti giuridici, non può far parte di questa disamina; pertanto concetti come "sacralità" del diritto alla vita oppure valutazioni sotto il profilo meramente etico della condotta dell'imputato non possono avere cittadinanza nelle argomentazioni di questo Giudice, che deve rigorosamente mantenere separate le proprie personalissime scelte etiche rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale.», in, P. BECCHI, *La giustizia*, cit., p. 193.

[421] Come tradisce il *nomen*, il giudizio sostitutivo nell'ottica del miglior interesse ha origini anglosassoni: compare negli Stati Uniti e si rafforza in Inghilterra e in Germania. I casi giurisprudenziali fondamentali sono richiamati dalla stessa sentenza della Cassazione. Si indicano di seguito alcuni brevi riferimenti bibliografici. La sentenza *in re* Quinlan, risalente al 1977, ha autorizzato sul diritto del distacco delle macchine salva vita per un soggetto in stato di incoscienza dal oltre sette anni, legandolo al tema della *privacy*, anticipando nel i criteri fatti propri dalla Cassazione Englaro (irreversibilità prognosi, scelta secondo la personalità del paziente). G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro it.*, 1988, IV, p. 292 e ss. La successiva giurisprudenza americana ha poi sganciato la possibilità del distacco dal diritto alla *privacy*, trovando fondamento nella clausola *due process*, per la quale nessuno può essere privato della libertà, come della vita e della proprietà. Per un commento alla sentenza sul caso *Cruzan v Director, Missouri Department of health*, si veda, A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*; G. PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati Uniti e il 'right to die'*, entrambe in, *Foro it.*, 1991, IV, p. 66 e ss. La legislazione americana ha portato alla previsione positiva delle dichiarazioni ora per allora in quasi tutti gli stati e, in molti di essi, la possibilità di accedere al *die with dignity act*. Merita, per lo meno, di essere menzionata la vicenda britannica relativa al caso di Tony Bland (ragazzo in SVP) risolta per il distacco, con un dotto parere dei Lords, proprio basato sul principio del *best interest*. LORD GOFF OF CHIEVELY, *Parere*, in *La*

Nonostante entrambi i Giudici abbiano posto l'attenzione sui caratteri *particolari* delle due vicende umane, affermando con decisione la peculiarità dei singoli casi, sì da mettere in guardia il destinatario dal cadere nella facile tentazione di trarre, dalla soluzione del problema giudiziario concreto una regola di carattere generale, sempre ripetibile, in realtà - pur a fronte il disallineamento di partenza riportato - le soluzioni offerte lasciano emergere molti punti di contatto.

Inevitabilmente, il principio affermato con la sentenza di non luogo a procedere è di più ampio respiro: la volontà del soggetto nel campo della salute deve essere riconosciuta in ogni caso, anche se da un rifiuto cosciente (o, anche da un a contrarietà sopravvenuta) possa discendere il rischio di morte. In tal senso, benché il giudicante abbia voluto sottolineare, come detto, le peculiarità della vicenda umana sottoposta al suo giudizio, è chiaro che il principio affermato può trovare applicazione per ogni medico che, nell'esaudire i voleri del malato, ne cagioni la morte: in questi casi, si tratterà sempre di attività *doverosa* del professionista, in quanto tale scriminata. Nella sentenza in parola si affronta, incidentalmente, la questione degli incapaci differenziando la loro posizione da quella di Welby, il G.u.p. ha indicato che l'azione del medico che prolunghi le terapie sul soggetto non cosciente sarà sempre scriminato dall'art. 54 c.p. [422].

Su tale aspetto si innestano le maggiori novità introdotte dalla sentenza Englaro e si incentrano i passaggi più coraggiosi e progrediti della pronuncia della Cassazione civile: l'azione necessitata del medico finalizzata al mantenimento in vita

---

sentenza della House of Lords britannica sul caso Tony Bland, in *Bioetica*, 1997, p. 309. Sul quale, R. TALLARITA, *L'eutanasia nel Regno Unito*, in *Il diritto di morire bene*, a cura di S. SEMPLICI, Bologna, 2002, p.137; si veda anche: A. MCCALL SMITH, *Suicidio ed aiuto al suicidio negli ordinamenti di common law*, in *Vivere: diritto*, cit., p. 180; D. TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in *Eutanasia e diritto* cit., p. 115 e ss.

[422] Secondo il G.u.p. romano, il bilanciamento laico tra valori, con preminenza degli artt. 13 e 32 Cost., resiste solo in presenza di dissenso attuale al trattamento. Osserva il giudice che «Tutto ciò certamente non potrà essere vanificato dalla sistematica applicazione della scriminante di cui all'art. 54 c.p.,che potrà essere operativa, ma solo laddove non sia stata espressa alcuna volontà da parte del paziente.». oppure nei casi di vizio del consenso. V., P. BECCHI, *op. cit*., 196. Il passaggio è sottolineato anche da F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p.1037.

dell'incapace, si presenta come intrinsecamente lecita[423] fintanto che permanga una situazione di urgenza, ovvero vi sia una ragionevole speranza di recupero del paziente; viceversa, laddove la situazione clinica di incapacità sia stimata come non reversibile (con crisma di certezza conferito dalla comunità scientifica), in quanto tale prorogabile *sine die*, la condizione legittimante dell'intervento medico torna ad individuarsi nel consenso, non potendosi più ritenere sussistente una qualsivoglia forma di urgenza. In tal caso, la volontà del paziente incosciente sarà ricostruita - nell'interesse di questi - dal tutore, che dovrà agire *con* il rappresentato: *id est*, riconoscendone *ex post* le volontà, secondo le inclinazioni ed i convincimenti di questi[424].

Come detto, dunque, le pronunce, pur partendo da una situazione di evidente discontinuità, si congiungono ben presto nel riconoscimento dell'indiscusso valore del consenso al trattamento sanitario, quale estrinsecazione diretta del fulcro che governa l'intera materia del diritto alla salute: l'art. 32 Cost[425]. Non a caso, entrambi i provvedimenti, nell'argomentare la centralità del consenso, attribuiscono valore significativo ai principi giurisprudenziali della Consulta e dei giudici di legittimità, alla normativa europea della Carta di Nizza, alla Convenzione di Oviedo e alle norme deontologiche dei medici, che le disposizioni convenzionali recepiscono. Una presa di posizione netta, che, ovviamente, non *crea diritto* come si è criticamente sostenuto, ma esalta le disposizioni di legge nazionali, eurounitarie e convenzionali, fortemente correlate con il generale impianto personalistico costituzionale: su tali basi normative, è sancita la liceità dell'attività medica se ed in quanto basata sul consenso del paziente, ad eccezione, ovviamente, delle situazioni di urgenza, giustificate dall'art. 54 c.p.

---

[423] Così, ancora, Cass. Pen, SS. UU., 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

[424] Osserva, E. PALERMO FABRIS, *"Diritto di morire" e diritto penale: una breve riflessione sul tema alla luce dei casi Welby e Englaro*, in *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione. Profili giuridici del caso Englaro*, a cura di S. BOCCAGNA, Roma, 2014, p. 83 e ss. che (p. 88): «L'attribuzione del diritto all'autodeterminazione al malato che sia stato in grado di esprimere la propria volontà per le ipotesi in cui versi in stato di incapacità, è il portato logico del principio di uguaglianza che impone di non sottrarre tale situazione al riconoscimento attribuito dalle norme costituzionali alla preminenza della persona umana ed alla sua potestà di autodeterminazione terapeutica.»

[425] In questo senso, condivisibilmente, C. CUPELLI, *Il diritto del paziente*, cit., p. 1807 e ss., che non a torto parla del rifiuto di cure in termini di diritto soggettivo perfetto.

Incentrata l'analisi giuridica su tali binari, le due decisioni conformemente separano il tema del fine-vita da quello della (il)liceità delle pratiche eutanasiche. Le categorie dell'eutanasia[426] - osservano i giudici - oggi paiono rivestire soltanto funzioni descrittive delle composite situazioni del fine-vita, senza tuttavia entrare davvero in gioco ai fini del discernimento della condotta lecita da quella illecita.

Prima di queste decisioni, il problema era sempre stato dagli studiosi schematizzato nelle varie tipologie di eutanasia. La dottrina, specie penalistica, ha da tempo tratteggiato varie ipotesi di "buona morte" e ne ha stabilito i tratti salienti[427]. In particolar modo, si è soliti distinguere l'eutanasia consensuale da quella non consensuale, ed all'interno di quella consensuale si parla di eutanasia passiva, se la morte è causata da un comportamento meramente omissivo da parte del medico, o di colui che, comunque, esaudisce i *desiderata* del paziente. Si parla, invece, di eutanasia attiva laddove la morte consegue necessariamente a una condotta attiva. Infine, si indica con il *nomen* di eutanasia indiretta quella terapia finalizzata non già (o non solo) alla guarigione del malato, tradizionalmente intesa, ma all'alleviamento del dolore[428]. Secondo larga parte della dottrina penalistica, *de lege lata*, l'eutanasia consensuale passiva sarebbe da considerarsi lecita, viceversa le condotte attive che conducono alla morte sono rientranti nelle previsioni della legge penale sull'omicidio. Va da sé, che nel caso di eutanasia (tanto passiva, quanto attiva) non consensuale, il fatto sarebbe certamente rilevante, ai sensi delle disposizioni incriminatici dell'omicidio comune. Hanno osservato i Giudici che qualora si attribuisse la patente di legittimità ad un comportamento non su basi legali ma sul rilievo della sua possibile riconduzione ad un modello eutanasico, si finirebbe per far dialogare i diritti costituzionali dei soggetti coinvolti (come correttamente hanno ribadito le due decisioni) con categorie non

[426] V., ancora, la sentenza del G.u.p. *«Parlare nel caso di specie genericamente di eutanasia appare, quindi, del tutto fuorviante.»., Il giudice evidenzia*, a supporto, come le varie elaborazioni dottrinarie a riguardo non esauriscano le possibilità astratte del fine-vita e, comunque, non siano di ausilio per la soluzione del caso concreto.

[427] Per una panoramica sul tema, si vedano, per tutti: S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 751 e ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni*, cit., p. 678 e ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., p. 95 e ss.

[428] Ancora in tema di tipologie di eutanasia, v. M. B. MAGRO, *Eutanasia*, cit., p. 133 e ss.

positivizzate dal diritto, con il rischio che implicitamente si affievoliscano le questioni precipue sottese alle singole vicende.

La questione "eutanasia", poi, è in stretto rapporto con il tema vivissimo in dottrina, circa la natura *commissiva* ovvero *omissiva* del distacco del presidio salvavita: seguendo le tradizionali coordinate, qualora la condotta si ritenesse omissiva, rientrerebbe nello schema dell'eutanasia consensuale passiva, come tale fuori dal dogma dell'illiceità delle condotte eutanasiche. La descritta relativizzazione della *questione eutanasia*, in realtà, non fa perdere la centralità, nella lettura della vicenda, alla natura della condotta di distacco: come a breve si dirà, dalla soluzione della controversia discenderà il venir meno della tipicità ovvero dell'antigiuridicità del fatto, inquadrato in ogni caso nell'impostazione *costituzionale* offerta dai giudici, anche se non manca chi ritiene che la centralità del *punto di vista del paziente*, faccia perdere di attualità la *querelle*[429].

A ben vedere, la questione della natura della condotta non è trattata conformemente nelle due decisioni: il Giudice romano affronta *funditus* la questione che, invece, rimane irrisolta nella vicenda processuale Englaro, nella quale l'Autorità penale, nel provvedimento di archiviazione, non tocca il tema che neppure i *civilisti* avevano approfondito.

Il G.u.p., rifiutando (parte del)le divergenti ricostruzioni dottrinali[430], bollandole come *artificiose*, ritiene l'interruzione come condotta attiva, con lettura naturalistica:

---

[429] Sul punto, correttamente L. RISICATO, *Dal diritto*, cit., p. 63, che afferma: «La riconduzione del fenomeno dell'interruzione su espressa richiesta del paziente delle terapie di sostegno vitale nell'alveo delle situazioni scriminanti già in atto previste dall'art. 51 c.p. consente, infine, di risolvere in modo definitivo il falso problema della natura attiva od omissiva dell'interruzione delle terapie e della conseguente rilevanza penale, nel caso di specie, dell'interruzione di decorsi causali salvifici: la generale insussistenza di una posizione di garanzia tra medico e paziente capace di autodeterminarsi rende superflua la forzosa qualificazione in termini di "omissione mediante azione" della condotta (naturalisticamente) *attiva* di interruzione delle terapie artificiali di respirazione, alimentazione ed idratazione.».

[430] Come riporta, con buoni argomenti, G. PAVAN, *I casi Welby e Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 231, il G.u.p. romano, nella pronuncia di non luogo a procedere commentata non ha certo fatto ricorso alla categoria dell'omissione mediante azione. Si afferma: «sostenere che il medico si sia limitato a non proseguire la terapia in

una tale presa d'atto deriva, a parere del Giudice, da un innegabile nesso causale tra l'azione (di distacco) ed il conseguente evento (morte).

E' senz'altro opportuno soffermarsi, anche al fine di ragionare sulla correttezza della conclusione cui è pervenuta l'Autorità Giudiziaria romana, sulle osservazioni dottrinarie in materia, che hanno a lungo affaticato gli interpreti del diritto penale e non solo e riguardante principalmente la natura del comportamento del medico che interrompa il trattamento sanitario, cagionando lesioni o, come qui in rilievo, la morte del paziente. Una tale disputa, per rimanere fedeli alle premesse brevemente tracciate, non pare rilevante tanto al fine di stabilire se si è al cospetto di un'eutanasia passiva ovvero attiva, quanto per capire se il medico, nei casi in questione, *cagioni* la morte, ovvero *non la impedisca*[431].

Sebbene appaia pacifico che la condotta in questione presenti naturalisticamente un *quid* di azione (come osservato dal G.u.p.), che si concreta nel pratico distacco della spina o dello spegnimento di un interruttore, la dottrina, seguendo un'elaborazione della scuola tedesca, ha assimilato la condotta interruttiva a quella omissiva, attraverso la *fictio* della omissione mediante azione, riecheggiando lo schema dell'*Untelassung durch Tun*: giuridicamente, la condotta positiva di distacco viene assimilata all'omissione, in quanto determina un *non curare*. Tale categoria dottrinale viene utilizzata in questo caso dagli autori per evitare di giungere «all'assurda conclusione di ritenere diritto del soggetto rifiutare l'attacco alla macchina e non il suo distacco.[432]».

Si è osservato che per poter configurare una condotta omissiva nel distacco di una macchina, occorre immaginare quest'ultima come la *longa manus*[433] del medico, che, di fatto, alla richiesta del paziente, smette di sottoporlo ad una terapia non più voluta. In effetti, si constata che un respiratore sostituisce l'opera del sanitario, che ben

---

ottemperanza alla volontà del paziente, ponendo in essere una condotta semplicemente omissiva, significherebbe introdurre un artificio logico non rispondente alla realtà dei fatti.».

[431] Centrato sull'aspetto in esame, con orientamento per il *non facere* ed il difetto di tipicità (omissiva) del fatto, è l'intervento di C. CUPELLI, *Il diritto del paziente*, cit., in particolare, p. 1824 e ss.

[432] Così L. STORTONI, *Riflessioni*, cit., p. 565.

[433] Lo spunto è di, F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 7.

potrebbe manualmente provocare la respirazione del soggetto incapace di farlo autonomamente, e l'azione della macchina deve essere equiparata a quella umana , onde concludere che il distacco di un respiratore deve ritenersi un'omissione di un ulteriore trattamento sanitario[434], anche se ottenuta attraverso una condotta senza dubbio attiva, come la pressione di un pulsante[435]. D'altra parte, se si osserva la vicenda nell'ottica del medico che smette di curare, magari non cambiando i flaconi di soluzioni via flebo, essenziali per la permanenza in vita, la natura omissiva della condotta acquisisce forma e consistenza, uscendo dal terreno della finzione[436].

In conclusione, accettando la lettura della condotta del professionista come omissiva[437], bisogna porre in evidenza che il medico potrebbe, al più, rispondere del delitto di omicidio (quale che sia) nella forma dell'omissione impropria, per *non aver impedito* la morte: una tale condotta, tuttavia, sarebbe contestabile se ed in quanto, in capo al sanitario, si ritenesse insistente un obbligo giuridico di impedire l'evento, richiesto dal capoverso dell'articolo 40 c.p.

---

[434] In questi termini e nel solco della distinzione tradizionale tra *eutanasie*, A. ESER, *Possibilità e limiti*, cit., che si esprime in termini di *interruzione tecnica del trattamento* osservando che: «I giuristi disputano sul punto se ciò possa essere visto come un «fare» attivo - e allora sarebbe vietato - o una mera omissione (un lasciar morire), che secondo i principi rimarrebbe esente da pena (…) La concezione assolutamente prevalente è per ritenere che tutto dipenda dal senso sociale di tale interruzione: allo stesso modo come il medico omette quando interrompe le misure di rianimazione iniziate, così si ha solo omissione allorché egli interrompe, su di un piano tecnologicamente più elevato, il lavoro di una macchina.».

[435] In questa direzione F. VIGANÒ, *op. ult. cit*., p. 7; S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1563; ID, *Riflessioni*, p. 695; F. GIUNTA, criticamente, *Il morire*, cit., p. 565, avverte che la costruzione dell'omissione mediante azione potrebbe risultare "un gioco di parole", proseguendo: «Posto che nel diritto penale la natura commissiva della condotta costituisce la regola, mentre quella omissiva l'eccezione giustificabile in ragione dell'espressa previsione dell'obbligo di attivarsi, non è chiaro su quale base l'ordinamento consentirebbe di far prevalere sulla dimensione naturalistica della condotta, indiscutibilmente attiva, il suo significato omissivo.». L'A. concede spazio alla ricostruzione in termini omissivi solo quando il distacco «avviene in un momento cronologicamente ravvicinato a quello della connessione tra macchina e paziente.».

[436] In questo senso, ancora F. VIGANÒ, nel successivo *Riflessioni*, cit., in cui valuta la sospensione in termini di *mancata prosecuzione*.

[437] Comprende il distacco della macchina un'omissione (pur ritenendo in ogni caso il dovere di ricorrere "al prolungamento artificiale" della vita, F. RAMACCI, *Premesse*, cit., p. 216 e ss.: «(…) La condotta si sostanzia in un'omissione e precisamente in un'omissione realizzata per mezzo di un'azione che rimuove il sostegno artificiale che impedisce l'evento-morte ("Unterlassung durch Tun")».

Al riguardo, richiamando quanto *supra* osservato sul tema del *consenso* nel rapporto medico-paziente, si deve ribadire che l'azione del primo nei confronti del secondo si basa sulla posizione di garanzia pura, semplice ed automatica soltanto nei casi di urgenza di intervento sanitario. Viceversa, in tutte le altre situazioni concrete, comprese quelle che riguardano i pazienti incapaci di esprimere un consenso, l'attività medica sarà lecita in quanto basata sul consenso informato[438], che - davvero ai sensi dell'art. 50 c.p. - scrimina un'attività, altrimenti lesiva (dunque, illecita) per sua natura[439]. Nel caso di specie affrontato dal G.u.p., un tale consenso non può davvero ritenersi insussistente, visto il convincimento costantemente espresso in via diretta dal titolare del diritto/vita, in perfette condizioni psicologiche. Sicché, si deve ritenere, rigettando le argomentazioni sull'inattualità sopravvenuta del dissenso, poiché avrebbero l'effetto di rendere di fatto inapplicabile un diritto costituzionale fondamentale, che non possa sorgere in capo al medico alcuna posizione di garanzia[440]. D'altra parte, non si vede dove tale preteso obbligo giuridico possa trovare la sua fonte, sovraordinata (o anche solo equiordinata) rispetto al volere del malato, validamente espresso, che assurge a *diritto fondamentale*, come indica la Costituzione

[438] Una tale lettura non è messa in discussione dalla citata sentenza di legittimità, Cass. pen. SS. UU., 21 gennaio 2009, n. 2437, Giulini, in *Dir. pen. e proc*., 2009, p. 447, nella quale i Giudici, nel perseguire un intento mitigatore tra l'eccessiva esposizione dei professionisti medici ed il diritto di autodeterminazione del paziente, in apertura affermano la sostanziale autolegittimazione dell'attività medica sulla base dei principi costituzionali. Nei passaggi successivi della stessa pronuncia, si riconosce, infatti, al consenso informato il ruolo di presupposto di legittimità dell'attività chirurgica.

[439] Per questa interpretazione, si rinvia, nuovamente a F. VIGANÒ, *Conflitto*, cit., p. 520 e ss., pur se contrastata dalla giurisprudenza di legittimità sopra citata.

[440] Vi è una «non configurabilità di un obbligo giuridico di impedire l'altrui morte in presenza di una contraria volontà dell'agente.», secondo L. STORTONI, *Riflessioni*, cit., p. 562; in questo senso anche F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., p. 211 e ss.. Vi si legge: «Di quest'obbligo di garanzia si sostiene da taluno, e ciò in virtù dell'art. 32 della Costituzione, che sia presupposto il consenso del paziente al trattamento, secondo questa impostazione, non avrebbe più ragion d'essere l'obbligo di garanzia e quindi l'obbligo del medico di intervenire. »; concorda sulla non configurabilità del dovere giuridico di impedire la morte, in presenza di un rifiuto di cure da parte di soggetto *capace di autodeterminarsi* (corsivo dell'Autore) anche, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 524. Nella stessa direzione anche: F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 427; S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1564.

all'art. 32[441]. Nondimeno, con riguardo ai pazienti in stato vegetativo permanente, dunque incapaci di esprimere un consenso, ed in costanza di una prognosi certamente infausta quanto alle possibilità di recupero, il giudice di legittimità, con una soluzione in tutto condivisibile, afferma che - nell'impossibilità di sentire il parere attuale dell'interessato - non possono scattare presunzioni, basate sull'immutabile diritto alla vita[442]. Viceversa, atteso che il principio dell'autodeterminazione è la stessa essenza del pieno diritto alla vita (e di quello alla salute, come degli altri diritti fondamentali), ogni soluzione dovrà essere intrapresa sulla base delle volontà dell'interessato, comunque ricostruite e, in ogni caso, alle dichiarazioni del rappresentante legale di costui, individuato quale soggetto *più legittimato di tutti* a scegliere in suo luogo[443]. Seguendo, dunque, l'impostazione dell'omissione mediante azione come suggerita dalla dottrina, anche in questo frangente non sorgerebbe la posizione di garanzia in capo al medico[444]: il potere di sostituzione e, dunque, di compensazione di una situazione naturalmente squilibrata, viene meno in tutti quei casi in cui il rappresentante dell'incapace esprima un convincimento, nel *best interest* dell'interessato.

Si deve quindi concludere che, inquadrando come omissiva la condotta di interruzione o di distacco, i *fatti* qui in commento diverrebbero irrilevanti per difetto di

---

[441] C. CUPELLI, *Il diritto*, cit., p. 1822 osserva che in presenza di dissenso del paziente l'obbligo giuridico del medico di curare trasmuta nell'obbligo giuridico di rispettare la scelta del malato.

[442] Sul punto v. anche L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 64, che riguardo ai soggetti in SVP osserva: In questa ipotesi la valutazione degli obblighi di garanzia del medico non può non accompagnarsi a quella relativa all'*idoneità* delle cure (…) l'eventuale perseveranza nella terapia integrerebbe il fenomeno noto come *distanasia*, ovvero l'arbitrario prolungamento del corso naturale della morte.».

[443] In questo senso, ancora, F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p.1038, «Una volta, però che il legale rappresentante abbia detto "no" al trattamento, interpretando correttamente - anche a giudizio del tribunale - la volontà presunta dell'incapace, il trattamento risulterà *sfornito della necessaria legittimazione*, non solo, dunque, *non sarà più giuridicamente doveroso*, ma più in radice - potrebbe aggiungersi in coerenza con le premesse della Cassazione - dovrà considerarsi come *illecito*, in quanto ingiustamente lesivo dei diritti fondamentali del paziente.».

[444] Cfr., ancora, F. VIGANÒ, *op. ult. cit*., 1039, che parla di «(…) piana *non configurabilità di una responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.* a carico del medico che, rispettando la volontà del tutore, rinunzi ad eseguire il trattamento, ovvero, come dovrebbe avvenire nel caso di specie, lo interrompa.».

tipicità[445]: il medico non assume la posizione di garanzia, *ergo* il suo *non facere* non integra il delitto di omicidio: non assumendo la posizione di garanzia, il sanitario non ha alcun *obbligo giuridico di impedire l'evento*[446].

A ben vedere, in entrambe le situazioni concrete (paziente cosciente/paziente incosciente) si tratta di proteggere, attuare e garantire un diritto fondamentale, costituzionalmente garantito: la centralità di questo aspetto, come è stato osservato, fa divenire, specie in ottica giurisprudenziale, periferica la questione sulla natura della condotta del sanitario, atteso che in ogni caso l'azione sarà irrilevante per il diritto penale, in ossequio al brocardo: *voluntas aegroti suprema lex*.

Dunque, il processo di inversione della natura della condotta in cui si sostanzia l'omissione mediante azione, contrastato da una parte della dottrina[447], sembra oggi uno sforzo dottrinario non essenziale ai fini di giungere a dichiarare l'irrilevanza penale del fatto: non sembra negabile, infatti, che la soluzione prospettata dal G.u.p. romano e convalidata da quello di Udine presenti il pregio di rispettare l'indubbia valenza attiva della condotta di distacco, un'azione che sarebbe, pertanto, rispondente al tipo, ma non antigiuridica, visto l'indiscusso valore del diritto all'autodeterminazione del paziente, da cui discende il *dovere* del medico di conformarsi al volere del paziente[448].

La dottrina che insiste per l'elisione della tipicità, nell'azione interruttiva rileva- negativamente- che le scriminanti (quali l'adempimento del volere) operano

---

[445] A questa conclusione giungono i fautori dell'omissione mediante azione, v. per tutti, C. CUPELLI, *Il diritto*, cit., p. 1829 e ss.

[446] Sull'omissione mediante azione e sulla inesistenza del dovere giuridico di impedire l'azione, ampliamente, F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1016 e ss; per una lettura critica, si veda: G. PAPPALARDO, *L'eutanasia pietosa: profili di interesse medico legale*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., p. 116 e ss.

[447] Si oppone alla ricostruzione della fattispecie in senso omissivo, M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., p. 911. L'A. giudica l'azione come causa della morte, azione positiva quindi sul piano eziologico e non mera omissione. Commissione che, va detto, si configura come attuazione del diritto del paziente a rifiutare le cure, e, in forza di ciò, scriminata.

[448] Una strada mediana, che giunge comunque a queste conclusioni, è quella proposta da F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., p. 95, per il quale l'azione è omissiva e difetta di tipicità in caso di interruzione della terapia, viceversa qualora si renda necessario un distacco del presidio salvavita, esso avrà natura commissiva, tuttavia scriminata dall'art. 51 c.p.

logicamente in presenza del c.d. *diritto migliore*[449], che - in temi particolarmente sensibili, quali quello in oggetto - non sarebbe ravvisabile, attesa l'irrisolvibilità di conflitti tra norme di pari rango, ossia quelle costituzionali.

Conseguentemente, si prosegue, in punto di teoria generale ed in tema di risoluzione di conflitto di doveri, la compresenza tra comandi opposti, fondati su beni giuridici di pari rango, ha effetti diversi se il soggetto costretto "dal fuoco" dei due precetti contrastanti si limiti ad omettere qualcosa di dovuto, piuttosto che a fare qualcosa di vietato; tali argomenti sono stati spesi proprio con riguardo al trattamento medico paziente, ed al caso di rifiuto di quest'ultimo di cure salva vita, temi il cui approfondimento aveva condotto, con lucidità mirabile, a ritenere lecita questa composizione del conflitto, proprio sul rilievo della condotta meramente omissiva del sanitario[450].

Tuttavia, è agevole replicare alle considerazioni sopra riportate che il conflitto tra norme, nel caso in questione, non è realmente irrisolvibile, atteso che - come la giurisprudenza qui in commento ha affermato con fermezza - il potere individuale di autodeterminazione in campo sanitario non può in alcun modo essere contenuto in nome di visioni paternalistiche del bene vita, che la tutelino oltre la volontà del titolare. Sicché, il conflitto tra doveri riguardante il trattamento medico deve essere sempre risolto per la prevalenza del volere del malato. Né pare condivisibile la differenziazione, pure introdotta dalla dottrina, tra stati di coscienza e di incoscienza dei pazienti[451].

Tuttavia, sembra a chi scrive che il medico nei casi di fine vita, indipendentemente dalla natura *attuale o presunta* del rifiuto, sia, tenuto ad

---

[449] In questo senso, v. M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2007, p. 1269 e ss.

[450] Il riferimento è ancora a F. VIGANÒ, *Stato di necessità.* cit.

[451] V. ancora, F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 1036, in cui l'A. riconoscendo come valido il percorso del G.u.p. romano, nondimeno individua uno spazio privilegiato per l'omissione nel caso Englaro (lo scritto interviene dopo il giudizio di rinvio, ma prima della morte di Eluana e del conseguente provvedimento di archiviazione).

assecondare le volontà del paziente, ben potendo invocare la giustificazione della sua condotta, anche attiva[452].

Sulla base di tale qualificazione della condotta, si ritiene, dunque, che l'azione che conduce al decesso non possa che essere realizzata da un professionista del settore[453]. D'altra parte (e ciò vale sia se si ritenga la condotta irrilevante sotto il profilo della tipicità, sia sotto quello, preferibile, dell'antigiuridicità), è certo che la cifra caratterizzante la dinamica di fine-vita è quella del diritto *fondamentale* alla salute, sicché, pare naturale, se non quasi ovvio, il coinvolgimento necessario di un medico.

Peraltro, bene argomentano le sentenze in questione sulla necessità, ricorrente sempre nei distacchi in cui si concretizzano le decisioni di fine-vita, di professionisti: il gesto non si esaurisce mai nella semplice cessazione di un trattamento, necessitando di opportune sedazioni, tali da rendere indolori e, dunque, degni gli ultimi momenti di vita del morente[454]. Si tratterà di una condotta lecita soltanto nel caso in cui, al ricorrere di precise condizioni, sia il medico a garantire l'adesione del trattamento terapeutico al volere del paziente, così riconducendo la questione giuridica al diritto incomprimibile dei soggetti all'autodeterminazione.

Ciò detto, il superamento del *falso problema*[455] della natura della condotta pare ancor più necessitato, atteso che la distinzione che ricalca le differenze tra uccidere e lasciar morire[456] sembra oggi entrare in crisi: la distinzione tra pratiche mediche attive

---

[452] M. DONINI, *Il caso*, cit., p. 911: «non dobbiamo temere… di qualificare come attivo il distacco del respiratore. Esso resta un'ottemperanza al legittimo rifiuto di terapie e tanto basta a scriminarlo: però sul piano eziologico attua pur sempre la causazione della morte di un uomo consenziente.».

[453] Così, M. DONINI, *op. ult. cit*., p. 909, Se si accettasse la natura omissiva della condotta del medico, bisognerebbe domandarsi su cosa impedisce di qualificare omissiva la condotta del non medico, da tutti valutata attivamente.

[454] In questi termini, A. VALLINI, *Rifiuto*, cit., p. 72.

[455] Sul tema della natura della condotta come falso problema: M. B. MAGRO, *Eutanasia*, cit., p. 155, «Evidenziando dunque il medesimo significato normativo e sociale della condotta del medico, sia che si tratti di agire attivo o di omissivo, l'aspetto che assume rilievo è l'inesistenza degli obblighi di cura, in presenza del limite costituito da una diretta gestione e tutela del titolare del bene protetto, che rifiuta la cura.».

[456] La dicotomia in questione (che segue le tradizionali impostazioni sulle tipologie dell'eutanasia) è di provenienza statunitense: si disquisisce in termini di *mercy killing* e

od omissive è sempre più sottile[457], sino a sfumare del tutto a fronte delle crescenti complessità delle tecniche professionali[458]. Su questo punto specifico, si addensano le perplessità dei fautori dell'omissione mediante azione, che hanno stigmatizzato l'approdo *tranchant* della sentenza Welby, laddove afferma che indubitabilmente la condotta di distacco sia la causa della morte[459]. Se tali obiezioni possono essere condivisibili sul piano strettamente eziologico, è evidente che la constatazione della natura attiva della condotta è invece parametro certo che convince della bontà della ricostruzione in termini commissivi[460].

La giurisprudenza in commento ha il grande merito di aver sottratto le scelte dei pazienti di interrompere cure salva vita ormai indesiderate dal campo, dagli incerti confini, delle eutanasie[461]; i giudici hanno definitivamente accolto l'indirizzo dottrinario per il quale l'eutanasia entra in gioco quando si tratta di somministrare ai pazienti farmaci o altre sostanze, finalizzate ad abbreviare la vita, cagionando essi stessi la morte; al contrario, quando la rimozione del presidio sanitario non cagiona la

---

letting die, sui quali, v. ancora D. TASSINARI, *Attuali progetti*, cit., p. 147 e S. TORDINI CAGLI, *Principio*, cit., p. 263.

[457] V. anche i dettagliati argomenti di M. B. MAGRO, *Eutanasia*, cit., 1, p. 33 e seguenti, l'A. afferma conclusivamente, p. 136 : «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.».

[458] Il panorama che scaturisce dalla ricostruzione sopra conclusa non può non ingenerare dubbi ed incertezze riguardo l'inquadramento delle cc.dd. fattispecie eutanasiche. Delle due l'una: o l'operazione di distacco del ventilatore polmonare si valuta come omissiva, tenendo per buono il postulato eutanasia passiva-permessa, eutanasia attiva-vietata. Oppure si inquadra l'azione del medico naturalisticamente come attiva, facendo crollare il sistema logico sopra tratteggiato.

[459] In questi termini, esplicitamente C. CUPELLI, *Il diritto*, cit., p. 1828: «In verità meraviglia la perentorietà dell'affermazione, considerando che, come è noto, proprio nel campo della responsabilità medica si registrano le maggiori difficoltà di discernere con certezza la natura commissiva ovvero omissiva delle condotte ascrivibili ai sanitari, tenuto conto altresì che nella maggior parte dei casi il comportamento del medico, lungi dall'esplicare una efficacia eziologia esclusiva, si pone quale concausa dell'evento morte (…)».

[460] Condivide la ricostruzione causale, che finisce per attribuire valore attivo all'interruzione, D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale,* in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 1195 e ss. Si legge (p. 1201): «Nel caso di *interruzione* di cure, invece, l'evento morte in concreto verificatosi non può essere casualmente spiegato senza riferirsi alla condotta positiva del medico che ha "staccato la spina" Sul piano fattuale, il distacco della macchina salvavita è condizione *sine qua non* dell'evento morte.»

[461] Sul punto, v. anche, S. SEMINARA, *Riflessioni*, cit. p. 693, «(…) il concetto stesso di eutanasia è escluso dal rifiuto della cura da parte del malato.».

morte, ma lascia soltanto alla natura il normale decorso della patologia è più corretto fare riferimento al puro e semplice diritto costituzionale di rifiutare le cure indesiderate[462].

Aldilà di questo, e con una sterzata netta rispetto a tale impostazione, potremmo dire, tradizionale, il G.u.p. romano e la Corte di cassazione hanno invertito la rotta interpretativa dei fatti, incentrando l'attenzione non tanto sulla condotta (commissiva od omissiva) del medico, quanto più sugli effettivi diritti dei pazienti in gioco.

Seguendo questa linea, i giudici arrivano a ritenere lecita l'azione del medico, in ossequio all'operare di una causa di giustificazione pura e semplice, in forza della quale l'ordinamento deve esimersi dal punire le lesioni tipiche del bene giuridico vita, in nome del cd. *diritto migliore* (o anche di pari grado)[463] del paziente. La giustificazione, su cui *infra*, trova le sue fonti nei diritti costituzionali della *vittima*, segnatamente il diritto al rifiuto delle cure segnato dall'art. 32, comma 2 Cost., corollario dell'art. 13 Cost.

Così opinando, si incentra il cuore del problema nell'ambito dei diritti di autodeterminazione degli individui, in armonia con l'impostazione laica e personalista della carta costituzionale[464], e si sottrae, contestualmente, peso alla discussione sulla natura della condotta del medico, che sarà scriminata in virtù della causa di

[462] In questo senso, in sostituzione della non perfetta distinzione eutanasia attiva - eutanasia passiva la dottrina olandese suggerisce un diverso impianto logico. Tale impostazione dà il nome di eutanasia solo alla condotta che genera la morte di un uomo con un processo indipendente dalla patologia che deve colpire il paziente per poterla richiedere (iniezioni letali per malati di cancro, ad es.); al contrario la morte causata dalla patologia volontariamente non curata o non più curata è classificata con altri nomi. (Rifiuto o interruzione di cure). Sul punto, J. GRIFFITHS, *Euthanasia & law in Europe*, Oxford, 2008, tabella p. 54.

[463] Con tesi che si apprezza in *toto*, C. ROXIN - a cura di S. MOCCIA, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, p. 24 e ss., non condivide l'individuazione di un'approvazione dell'ordinamento quale essenza tacita della causa di giustificazione, che secondo questa avversata lettura dovrebbero distinguersi dalle 'cause di esclusione dell'illecito penale', rispetto alle quali l'ordinamento rimarrebbe indifferente.

[464] Recepiti, lo si ribadisce, per il tramite delle disposizioni deontologiche, convenzionali ed eurocomunitarie, quando non anche di norme di legge interne.

giustificazione dell'esercizio di un dovere, *ex* art.51 c.p., e decisivo per l'assoluzione dell'imputato nei casi giurisprudenziali in esame[465].

I necessari confini che delimitano l'ammissibilità della domanda di interruzione da parte del tutore nell'interesse dell'incapace, rendono, in tali casi, all'evidenza più *proceduralizzato* il ricorso all'attività scriminate e, di conseguenza, certamente meno ampio lo spettro di applicabilità del principio in parola, nondimeno l'affermazione di tali principi consente una soluzione legittima.

Descrittivamente, dunque, può convenirsi che mentre alla sentenza romana può attribuirsi la natura di causa di giustificazione *classica*, il provvedimento milanese ed il conforme epilogo della vicenda penale di Udine necessariamente ha dovuto tenere in considerazione rigidi passaggi di proceduralizzazione (*id est* di sussistenza delle condizioni indicate dalla Corte di Cassazione), prima di giungere all'identico approdo circa l'esclusione dell'antigiuridicità; un processo che lascia emergere la delicata opera di bilanciamento operata dalla Cassazione civile, al fine di contemperare i timori per il predominio scientista[466] di chi teme il disumanizzarsi del bene giuridico vita e gli stadi di vita solo biologica, contrari alla dignità cui sono esposti i soggetti in SVP ed i loro congiunti.

3.5 Un tema specifico: il consenso del minore. Cenni e rinvii.

Per quanto concerne il rapporto tra il principio del consenso informato e i soggetti minori di età, essendo ben nota la transizione che ha portato questi ultimi dall'essere assoggettati ai poteri del padre a titolari di diritti personali,[467] deve rilevarsi

---

[465] M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 911, aveva anticipato questa lettura giurisprudenziale.

[466] Si segnalano le brevi e convincenti affermazioni, in chiave laica, del rifiuto del predominio della tecnocrazia, tratte da S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale* cit, p. 139 e ss. ove si legge: «Riteniamo che sia compito di un diritto autenticamente laico proteggere i cittadini dai nuovi rischi emergenti dal dispotismo della "technè": soprattutto di limitare l'arroganza dei soggetti che del sapere tecnico sono i depositari e intendono sempre più esserlo in esclusiva.».

[467] Come noto, i minori, nel sistema del Codice Civile del 1942, mancano della capacità di agire e, come conseguenza, si ritengono non in grado di manifestare una volontà tale da modificare il proprio insieme di diritti. Le volontà di questi soggetti sono espresse per

l'esplicita presa di posizione della citata Convenzione di Oviedo. Infatti, all'art. 6, terzo comma, la Convenzione dispone: «*Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità.*».

Questo enunciato sembra in continuità con le fonti interne che, pur mantenendo ferma la potestà dei genitori sugli aspetti patrimoniali, consentono ai minorenni un margine di auto-gestione ai dei propri diritti personali, anche all'insaputa o contro la volontà dei genitori stessi[468]. Non solo, anche la dottrina sembra essersi molto interessata all'argomento del consenso del minore al trattamento medico-chirurgico, in particolar modo, riguardo ai soggetti definiti *"grandi minori"*. Alcune voci dottrinali corroborate da pareri giurisprudenziali,[469] hanno affermato l'inidoneità delle presunzioni di diritto civile ad operare nel campo del diritto penale e nel più ampio campo dell'autodeterminazione degli individui, dovendosi fare riferimento soltanto alla capacità reale del soggetto[470].

---

mezzo dei "legali rappresentanti", di norma i genitori. Il codice civile tutela, attraverso questa forma di rappresentanza, gli interessi patrimoniali, mentre nulla dispone per le situazioni personali, neanche all'interno della famiglia: questo aspetto veniva totalmente delegato al padre che, con lo strumento della potestà, era detentore del potere di scelta sul figlio minorenne. Questa impostazione delle cose entra in crisi dapprima con la Costituzione Repubblicana, che riconosce il valore preminente della persona umana e dei suoi diritti inviolabili (art. 2), la pari dignità, la libertà e la piena uguaglianza tra tutti i cittadini (art. 3). In seguito, la tendenza a riconoscere i minorenni quali soggetti autonomi di diritti personali trova attuazione con la riforma del diritto di famiglia del 1975. Questo intervento del legislatore sposta il contenuto della "potestà" verso la funzione della cura e dell'educazione del figlio, «tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni naturali dei figli» (art. 147 c.c.). Nello stesso senso, si veda A. SANTOSUOSSO, *Il consenso*, cit., p. 135-137.

[468] In particolare, si pensi alla legge 194/78, che consente alle minori di interrompere volontariamente la gravidanza, con l'intervento del Giudice tutelare e del consultorio, anche in senza l'assenso dei genitori (art. 12).

[469] Il riferimento è a, ANGELINI ROTA, GUALDI *In tema di consenso del minore al trattamento medico-chirurgico*, in *Giust. pen.*, 1995, p. 368 e ss. Gli autori riportano una sentenza della Pretura di Grosseto, 17-1-1958 (Pret. Greco) nella quale si afferma: «Va osservato che nel campo del diritto penale deve farsi riferimento alla capacità naturale del soggetto, indipendentemente da ogni presunzione, tranne nei casi in cui sia la legge a prestabilire un'età del consenziente.».

[470] In questo senso anche F. GIUNTA, *Il consenso*, cit., p. 391.

Non mancano neanche elaborazioni dottrinarie che, anche basandosi su disposizioni consuetudinarie di talune professioni e, comunque, *extra lege*, individuano per diverse fasce di età diversi livelli di capacità del minore[471].

Molti dei già nominati disegni di legge in tema di consenso informato all'atto medico e direttive anticipate, presentati nelle ultime tre legislature, prevedono espressamente la rilevanza del parere dei minori infrasedicenni riguardo ai propri interessi terapeutici.

Una cosa pare doversi aggiungere: i poteri di scelta del rappresentante legale del minore si manifestano solo per quegli atti medici differibili e che, dunque, non incidono seriamente sul bene-salute del minore, nonché per gli atti per i quali si presentano valide alternative terapeutiche. Nei casi di urgenza, come ovvio, ma anche nei casi in cui un dissenso porterebbe a rischi di salute del minore, il consenso o non è richiesto o sottostà al parere dell'Autorità Giudiziaria, in ossequio alle norme di deontologia professionale, che impongono ai medici un tale approccio[472].

In sostanza, le regole disciplinari in questione, all'art. 38 individuano i casi limite del contrasto tra il minorenne, da sottoporre al trattamento, ed il rappresentante legale di questi. L'adita Autorità Giudiziaria., in questo caso, contattata dalla direzione sanitaria, solleciterà i provvedimenti sostitutivi del giudice, *ex* art. 333 c.c.

Invero, questa sembra una soluzione di eccezionalità. La medesima disposizione deontologica evidenzia che, in aderenza al principio del consenso informato, il medico non può accontentarsi di quello prestato dai genitori o dai legali rappresentanti *in nome e per conto* del minorenne, dovendo, al contrario, instaurare un rapporto di comunicazione coerente con le effettive capacità di comprensione del minore[473]. E'

---

[471] Per le norme *extracodicem* si veda: A. SANTOSUOSSO, *Il consenso*, cit., p.137-138. Per la divisione in fasce, ANGELINI ROTA, GUALDI, *op. ult. cit*., p. 372, ove vi si legge: «(…)è legittimo considerare come limite inferiore l'età di 14 anni per quanto concerne il consenso alle terapie mediche ed in genere per tutto quanto si riferisce alla cura della propria persona, campo questo di primario interesse personale.».

[472] Articolo 38: «*Il medico compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione, e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà. In caso di divergenze insanabili rispetto alle richieste del legale rappresentante deve segnalare il caso all'autorità giudiziaria.*».

[473] In questo senso A. SANTOSUOSSO, *op. cit*., p. 142.

questo l'aspetto di maggiore innovazione nel rapporto tra medico e minore che, sancito anche dalle regole di deontologia, impone al professionista delle scienze mediche di tener conto dei nuovi confini dei diritti della personalità dei soggetti infradiciottenni.

3.6 L'irrompere di un moderno ircocervo: l'"esercizio di un dovere". Configurabilità e limiti della crasi tra esercizio di una facoltà legittima e adempimento del dovere nei trattamenti sanitari di fine vita.

La sentenza di non luogo a procedere emessa dal G.u.p. Secchi nei confronti dell'anestesista di Welby si fonda, come detto, sull'esimente prevista dall'articolo 51 c.p. Il giudice ha, infatti, ritenuto che l'azione posta in essere dal medico fosse di natura commissiva e tipica dell'omicidio del consenziente, con la conseguenza che l'autore avrebbe potuto essere punito a tale titolo, in quanto "il dottor Riccio ben sapeva che l'interruzione della ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente."[474]

Il fatto tipico, di cui all'art. 579 c.p., difetta, dunque, di antigiuridicità, assente nel caso di specie poiché l'agente ha cagionato la morte per adempiere ad un suo dovere, imposto da una norma costituzionale. Non diversamente ha argomentato il G.i.p. del Tribunale di Udine, nel pur sintetico provvedimento di archiviazione della posizione di Beppe Englaro e dei medici che hanno provveduto al distacco del sondino nasogastrico: si trattava di un'attività doverosa, anche sulla scorta dei provvedimenti della giurisprudenza di merito e di legittimità intervenuta nel caso concreto[475].

Come noto, la causa di giustificazione prevista all'art. 51 c.p. deve trovare una fonte in una norma giuridica o in un ordine dell'autorità: tanto sul versante del diritto, quanto su quello del dovere, l'interprete si trova di fronte a cause di giustificazione

[474] Cfr., ancora la sentenza del G.u.p. del Tribunale di Roma, cit., p. 201, 202. V. *supra* per le critiche al criterio causale per l'accertamento della natura della condotta.

[475] V. contrariamente, ancora, F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 1035, che aveva sostenuto che fosse «(…) d'altra parte evidente che l'autorizzazione giudiziale, *di per sé*, non può rendere lecito un fatto costituente reato, in difetto di più solidi argomenti che consentano di motivare l'assenza di tipicità, di antigiuridicità o di colpevolezza del fatto.».

aperte. Non a torto si può alludere a "esimenti in bianco"[476]: non c'è dubbio che il completamento del precetto imperfetto, generalmente demandato a norme di rango inferiore rispetto alla norma in bianco medesima, può comunque ed in via eccezionale essere affidato a norme sovraordinate, quali quelle della Costituzione repubblicana. In questo caso, unanime dottrina riconosce diretta applicabilità dell'esimente nel caso in cui il dettato da cui sgorga il dovere od il diritto sia di natura costituzionale[477].

Bisogna pur riconoscere, però, che nelle situazioni concrete, con diversi accenti, i giudicanti hanno dovuto affrontare il tema relativo all'operatività di altri valori costituzionali, potenzialmente confliggenti, superando l'apparente antinomia normativa con prevalenza per l'autodeterminazione, in nome del sistema di diritti individuali della stessa Costituzione, che, in assenza di prospettive positive, possono anche essere azionati da terzi, purché legittimati. Una presa di posizione che è stata criticata da chi ritiene comunque *non approvata* dall'ordinamento la rinuncia alla vita: riconoscere, in questi casi, la carenza di antigiuridicità, implica, necessariamente, la soccombenza del bene vita, pur in presenza di norme positive di divieto (di uccidere)[478].

La ricostruzione operata dai Giudici impone una riflessione sui confini di applicabilità della causa di giustificazione: come già affermato, il proscioglimento basato sull'adempimento di un dovere presuppone la considerazione implicita del giudice circa l'esistenza di un diritto del paziente da considerarsi direttamente azionabile e, dunque, perfetto. La singolarità che la scriminante propone è senza dubbio quella di fondarsi contemporaneamente tanto sui diritti del soggetto passivo,

---

[476] La questione è stata recentemente affrontata da L. RISICATO, *Dal diritto*, cit., p. 61, ove si legge: «L'art. 32, secondo comma, Cost. integra a pieno titolo le situazioni scriminanti "in bianco" in atto previste dall'art. 51 c.p.: sotto il profilo dell'esercizio di un diritto, viene in considerazione la piena facoltà del paziente autoresponsabile di rifiutare quei trattamenti sanitari che ritenga lesivi del rispetto della persona; sotto il diverso angolo prospettico dell'adempimento di un dovere imposto da norma giuridica, rileverà invece l'obbligo del sanitario di rispettare la volontà del malato consapevolmente espressa.».

[477] Sul punto, per tutti, si vedano: D. PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, cit., vol. IV, p. 320 e ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 243.

[478] In questo senso, anche se più propriamente in tema di aborto, v. M. ROMANO, *Scriminanti procedurali?*, cit., *passim*.

quanto sui corrispettivi doveri sorgenti in capo ai medici: si assiste, pertanto, alla compresenza di entrambi gli elementi alternativamente positivizzati all'art. 51 c.p., che trovano una fonte comune nei principi generali fissati dalla Costituzione e giustificano il fatto, pur formalmente tipico.

Per stimare la sussistenza della causa di giustificazione, è opportuno prendere le mosse dal *consenso*, che governa il rapporto tra medico e paziente, riconoscere,quindi, l'azionabilità del *diritto* di rifiuto delle cure quale momento essenziale dell'autodeterminazione del soggetto passivo ed, infine, far emergere il vero *dovere* giuridico del medico di conformarsi. Una sequenza logica che lascia indovinare le intime connessioni tra distinte cause di giustificazione: una sorta di contemporaneo ircocervo, che, presentando anime composite, consegna all'interprete una esclusione di antigiuridicità parzialmente atipica, un *esercizio di un dovere*, per utilizzare una crasi, che ben fotografa la situazione di diritto (per il paziente) e di dovere (per il medico) che connota la condotta tipica. Da un punto di vista teorico, l'agente, nell'assecondare le volontà (dirette o presunte) del paziente commetterà un illecito formalmente tale, ma materialmente scriminato[479], in ragione dei principi costituzionali[480].

Fin da subito la dottrina penalista si è interrogata circa la validità dal punto di vista dommatico dell'esimente regolata dall'articolo 51 c.p. nei casi prospettati. I pareri sul punto non sono omogenei: se la maggioranza degli autori ritiene logica l'applicazione della scriminante *ex* art. 51 c.p.[481], in presenza dei requisiti di validità del consenso (*rectius*: della richiesta) del paziente, pare ad alcuni autori mancare un'espressa disciplina legislativa che imponga all'agente di commettere l'azione, in

[479] Così conclude la sua riflessione M. DONINI, *Il caso*, cit., p. 911.
[480] Per una panoramica su antigiuridicità formale e materiale, v. C. ROXIN, *Antigiuridicità*, cit., p. 30: «(…) certamente il concetto di antigiuridicità materiale ha un rilevante significato politico-criminale, ma questo si sviluppa, attraverso l'interpretazione del *Tatbestand*, la graduazione dell'illecito ed il bilanciamento degli interessi, nei limiti del diritto vigente. In casi eccezionali (…) il tenore della norma scritta può essere relativizzato attraverso il principio di antigiuridicità materiale; esso, tuttavia, non consente di oltrepassare i limiti del diritto formale garantito in conformità alla Costituzione.».
[481] In particolare: M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., p. 913; S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1563; A. VALLINI, *Rifiuto*, cit., p. 71.

forza del diritto del malato[482]. Altra dottrina ritiene che, in assenza di una norma specifica sulla materia, l'art. 32 Cost. non possa rimanere inattuato e, in definitiva, inapplicabile: d'altra parte, come evidenziato, la scriminante - nei casi giurisprudenziali esaminati - trova la sua fonte direttamente nella norma che garantisce e riconosce il diritto alla salute[483]. Un'altra fonte mette in evidenza un aspetto che fa sorgere diversi dubbi sull'applicabilità dell'art. 51 c.p.: se, come pare evidente, i medici devono avere sempre e comunque diritto all'obiezione di coscienza, nel caso ritengano l'azione causativa della morte, come si può azionare il diritto a rifiutare le cure? Altrimenti detto: come fa a sorgere un dovere giuridico d'azione, se, al contempo, il medico di fiducia del paziente può sottrarvisi legittimamente? Che dovere giuridico è quello che si può rifiutare[484]? Le affermazioni, per quanto non risolutive, centrano bene il tema, non trattato neppure dai codici di deontologia, del potere di obiettare[485]: in questo senso, si può ritenere che il sanitario sia legittimato a non intraprendere un percorso sanitario per ragioni di coscienza[486], finalizzato al distacco di presidi salvavita, ma che tale facoltà non si presenti laddove il percorso terapeutico sia già instaurato. Non diversamente dagli altri casi, si avrebbe - in costanza di rifiuto - un trattamento arbitrario, giuridicamente rilevante[487].

Aldilà di questa critica, la cui validità futura presuppone che si rimettano in discussione i confini di operatività del diritto alla vita e del diritto alla salute, allo stato

---

[482] In questo senso, si veda ancora, S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1564.
[483] A. VALLINI, *loc. ult. cit*., p. 70.
[484] La critica è di, F. GAZZONI, *Sancho Panza*, cit., p. 110 e ss.
[485] S. SEMINARA, *Riflessioni*, cit., p. 696, «(…) il sanitario può perdere la propria posizione di garante ma non può essere certo costretto ad agire violando i suoi convincimenti etici o deontologici. Il vero nodo della questione concerne dunque il potenziale conflitto tra la libertà del malato di lasciarsi morire e la libertà del medico di rispettare le regole della propria coscienza.».
[486] Questi sono i fatti, non giuridicamente sanzionati, che hanno costretto Beppe Englaro a rivolgersi alla giustizia amministrativa per rendere esecutivo il provvedimento dell'Autorità Giudiziaria milanese: nessun ospedale lombardo voleva farsi carico della paziente. V. *supra*.
[487] M. B. MAGRO, *Eutanasia*, cit., p. 148: «L'esercizio del diritto di autodeterminazione del paziente comporta quindi, di nuovo, uno spostamento delle responsabilità, ma in senso inverso: dal garante di nuovo al titolare. Se così si assume, deve concludersi che la volontà del paziente limita gli obblighi di solidarietà-garanzia del medico, il cui comportamento ad oltranza nonostante la contraria volontà potrebbe, al contrario, assumere rilevanza penale.».

permangono interrogativi che necessitano di una soluzione normativa idonea a superare le interpretazioni contrastanti fornite dalla giurisprudenza di merito e di legittimità menzionata[488].

Anzitutto angoscianti interrogativi sulla latitudine soggettiva dell'art. 51 c.p. per l'autore dell'uccisione del malato terminale dietro sua richiesta;in altre parole, per chi vale questa scriminante? I giudici, con grande rigore nel delimitare i principi al caso concreto, confinano l'ambito di applicazione della causa di giustificazione al solo personale medico. L'esercizio esegetico sembra logico, soprattutto in relazione all'attività medica che caratterizza le vicende in commento.

Tuttavia, non irragionevolmente sono emersi forti dubbi sull'interpretazione proposta, generati dalla previsione di un limite soggettivo (l'azione scriminata è dei soli medici) ad un elemento di natura strettamente sostanziale, tratto dai principi generali dell'ordinamento, in assenza di una esplicita legislazione penale speciale che preveda (*rectius*: imponga) l'azione del solo medico[489]. Inoltre, sorge il dubbio su quale medico sia autorizzato a compiere l'azione omicidiaria scriminata.

Partiamo da questo secondo quesito, per poi concludere il paragrafo con ipotesi di soluzione del primo, più ampio, problema. Nel caso del medico che stacca il presidio sanitario al paziente cosciente, si è posta la questione se colui che, nel caso di specie, ha materialmente provveduto alla condotta, non rivestisse alcun incarico terapeutico, limitandosi a prestare la propria competenza tecnica per consentire al paziente una sicura terminazione di una terapia ormai indesiderata[490]. Tale quesitosi prefigge di aprire uno squarcio sul delicato profilo dei limiti soggettivi della

---

[488] In particolare, v. le menzionate pronunce in merito al caso Englaro. *Supra* 3.3.2.

[489] Sul punto, S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1564. Si legge: «Tale limitazione, opportuna su un piano politico-criminale, vale ad accrescere i dubbi sull'operatività dell'art. 51 c.p., evidenziando anche la natura 'sostanzialistica' dell'interpretazione ad esso sottesa.».

[490] In questa direzione M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 905 dove l'A. sostiene che il sanitario intervenuto si è attivato «in via sostitutiva non per curare (come è stato detto con pietosa bugia, quanto pietoso fu l'atto), ma esclusivamente per interrompere la somministrazione dell'ossigeno al posto dei medici "obiettori" e nella intollerata pendenza di un ricorso all'A.G.»; si veda anche *id.*, p. 912, «(…) un dovere terapeutico autonomo *diverso* dalla "cura terminale" (il medico) non l'ha mai assunto,e ciò che ha assunto non era più un dovere inerente a un contratto di cura, ma un obbligo contrattuale indipendente di fine-cura.».

scriminante, che invece presenta *rationes* tutte obiettive. La critica in esame trova comoda risposta nella constatazione del costante bisogno di medici nelle scelte di fine-vita, se è vero, come è stato correttamente affermato, che il distacco da macchinari salva-vita non avviene mai con la semplice "pressione su un bottone", ma si realizza con pratiche sanitarie di alta professionalità. Il Giudice romano ha ridimensionato la questione: la prestazione terapeutica, si è correttamente osservato, prescinde dalla categoria temporale, ben potendo esistere un rapporto terapeutico ed occasionale (la prestazione dell'odontoiatra, del chirurgo dopo una semplice frattura) [491]. Si nota che il rapporto tra medico e paziente è di natura privatistica e questi affidandosi a un certo professionista per una prestazione, lo sceglie come 'suo' medico[492].

Questa lettura dà risposta a entrambi i quesiti posti: la scriminante opera solo per i medici e, in particolare, ovviamente, per i medici curanti, dovendosi accogliere l'accezione più ampia di rapporto terapeutico, che si sostanzia in un accordo tra privati, avente ad oggetto una o più prestazioni tecniche. Si argomenta, in questa direzione: «Né si può negare il carattere strettamente 'medico' della prestazione fornita, nel caso di specie, dall'anestesista. Egli non si è certo limitato a staccare brutalmente il respiratore, ma ha al contrario fornito al paziente una complessa assistenza tecnico-specialistica, necessaria per accompagnarlo senza sofferenza verso la morte: ha fatto, cioè, quello che un medico deve fare e solo un medico sa fare, in casi del genere, nell'adempimento del proprio obbligo di cura, una volta che il rifiuto renda inattuabili altri interventi.[493] ».

---

[491] La posizione trova conforto in qualche autore. tra cui, A. VALLINI, *Rifiuto*, cit., p. 79, che ritiene tali compiti certamente delegabili, a patto che vi sia un assenso del paziente (o, aggiungiamo noi, del suo legale rappresentante).

[492] In questo senso si veda, D. PULITANÒ, E. CECCARELLI, *Il lino*, cit., p.333. Vi si legge: «Non ha alcun rilievo la circostanza (ritenuta invece rilevante dal Gip che aveva imposto di formulare l'imputazione) che il medico imputato non fosse in precedenza il medico curante di Welby. Ciò che conta, come ha correttamente ritenuto il G.u.p., è l'esistenza del rapporto di fiducia nel momento in cui il medico tiene il comportamento di cui si discute. Ciò ovviamente non chiude i problemi di valutazione della condotta del medico, ma impone di considerarlo come parte legittima del rapporto terapeutico, con tutto ciò che ne possa conseguire.».

[493] A. VALLINI, *Rifiuto*, cit., p. 72. Si aggiunge: «Non si nega, da tutt'altro punto di vista che una relazione non abbastanza matura tra il terapeuta ed il malato possa far sorgere dubbi

Il medesimo problema di individuazione dei medici, ai quali si debba ritenere rivolto il giudizio di legittimità del distacco, non si pone affatto nel caso del paziente incapace, in stato vegetativo permanente. Come ha evidenziato la Cassazione, la richiesta del tutore nell'interesse dell'incapace, può essere avanzata soltanto se ricorrano (tra l'altro) specifiche risultanze cliniche, che attestino fermamente l'impossibilità di un recupero. Dunque, non c'è dubbio che l'attività in questione richieda interventi di professionisti del settore sanitario; invero, nel caso *de quo*, non è neppure ipotizzabile una richiesta del tutore che coinvolga solamente i congiunti dell'incapace.

Tuttavia, i dubbi della dottrina persistono non solo sulla base della suggestione di chi rifiuta di classificare l'intervento di distacco come avente natura terapeutica o tecnico-medica[494], ma anche seguendo le notazioni di chi mette in discussione l'estensione della nozione di "attività medica". Pur rimanendo comprensibile la limitazione del raggio d'azione della scriminante alla sola azione medica, la nozione di attività sanitaria non deve basarsi su un criterio soggettivo formale di chi la pratica. Al contrario, sembra preferibile, per non cadere nella tautologia di far dipendere la definizione dell'azione dalla qualifica di chi la compie, un'accezione oggettiva dell'attività medica, che tenga come riferimento l'oggetto e le finalità della prestazione da una parte ed il rispetto delle regole tecniche della professione, dall'altra[495]. D'altronde, si è dubitato dell'effettiva natura 'terapeutica' dell'azione che ottempera alle volontà del malato, considerando che questa volge alla cessazione della cura e che può essere realizzata, in qualche caso, anche da parenti ed amici[496].

---

circa l'avvenuta, piena informazione del secondo da parte del primo; sennonché, nel caso di specie tutti i dati probatori evidenziavano, senz'altro, la profonda consapevolezza di Welby riguardo alle ragioni ed alle implicazioni della propria richiesta, consapevolezza che lo stesso imputato aveva avuto l'accortezza di vagliare e certificare.».

[494] M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 911. L'A., al termine delle sue riflessioni, auspica una soluzione normativa che coinvolga soggetti estranei al nucleo familiare, chiamati a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta interruttiva.

[495] La riflessione è tratta da: F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., p. 99 e 100.

[496] Ancora, M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 912.

Alla luce di tali considerazioni, si offrono all'interprete maggiori strumenti per analizzare la posizione dei parenti del malato che, sostituendosi al personale medico, intervengano in prima persona per interrompere la terapia indesiderata. Per molti autori questa condotta deve essere riportata nella previsione dell'art. 579 c.p., qualora la volontà interruttiva del malato abbia rispettato i parametri del codice che individuano il consenso valido, integrando comunque il fatto tipico, valutato come antigiuridico e, dunque, non scriminato[497]. Tuttavia, considerando le predette circostanze potrebbe affermarsi che il fatto non sia stridente con l'insieme delle norme dell'ordinamento, anche se posto in essere da un individuo non medico, e, dunque, non punibile, ai sensi delle disposizioni penali sull'omicidio. In altri termini, se un parente, magari sostituendosi ai medici obiettori, agisce per azionare il diritto del malato non dovrebbe essere perseguito per omicidio del consenziente, quanto per il reato di esercizio abusivo di una professione, *ex* art. 348 c.p.[498].

Tuttavia, nonostante le suggestioni di alcune voci dottrinali, che sembrano cogliere alcuni paralogismi dell'elaborata scriminante di matrice giurisprudenziale, l'approdo che sembra esimere, nel silenzio della legge, le condotte dei terzi non medici pare stridente con le premesse del ragionamento. Le azioni tipiche, qui in rilievo, si affermano come giustificate in forza del diritto all'autodeterminazione ed al criterio di consensualità del trattamento sanitario. L'inscindibile endiadi tra libertà e consenso assume valore proprio in ragione del suo ambito di applicazione: il diritto alla salute[499]

---

[497] In questo senso, anche, L. RISICATO, *Dal diritto* cit., p. 62. :« *(...)* se la liceità della sospensione della terapia da parte del medico si fonda sull'art. 32, secondo comma, Cost., non ha senso chiamare in causa l'asserito carattere "proprio" del dovere di rispettare la volontà di morire espressa dal malato, posto che essa rileva in modo indifferenziato rispetto a tutti coloro che - beninteso, nel rispetto delle *leges artis* e sul presupposto della natura oggettiva dei trattamenti medici - se ne fanno strumento.».

[498] Così, ancora, F. GIUNTA, *op. ult. cit.*, p. 100. Questa lettura che 'scrimina' anche l'intervento causativo della morte del non medico, è avvalorata, secondo quella dottrina che rifiuta di leggere l'intervento di Riccio come terapeutico, dalla decisione giurisprudenziale sul caso Welby. Infatti la mancata punizione del medico nel caso in esame, è tutt'affatto accostabile all'azione posta in essere dall'estraneo.

[499] In questo senso, C. CUPELLI, *Il diritto*, cit., p. 1830, che delimita il perimetro di applicazione della scriminante dell'adempimento del dovere «(…) che, alla luce del riferimento testuale all'art. 42, comma 2, Cost., al solo "trattamento sanitario" incomberebbe sul solo medico». Coerentemente con l'impianto logico seguito dall'A. egli

che, ancorché declinato nelle sue forme negative - libertà da trattamenti indesiderati -, lascia trasparire in sé la dimensione interna ad un rapporto terapeutico, che deve trovare come interlocutore necessario un professionista dell'area medica. Ciò si afferma anche constatando la fallacia, in punto di fatto, delle ricostruzioni che vorrebbero superflua la partecipazione di medici alle fasi di fine-vita e sull'esigenza pratica di non dare la stura a comportamenti impuniti, a fronte di situazioni per loro natura sottratte a qualsivoglia forma di controllo, quali quelle endofamiliari[500].

D'altro canto, è patente come ragionamenti largamente permissivi aprano spiragli ad azioni non regolate dal diritto, in una materia così delicata come il rispetto e la tutela della vita umana, aumentando il rischio di perdita del controllo pubblicistico sulla linea di difesa del diritto alla vita e offrendo il fianco a quelle letture che vorrebbero il diritto, ed in particolare il diritto penale, fuori dai temi ad alta problematicità etica.

3.7 L'"eterno ritorno" dell'idea dello spazio libero dal diritto come possibile soluzione della tematica: un (inopportuno) spiraglio per la medicina difensiva nelle vicende di fine vita.

La ventilata (e qui rifiutata) valutazione come non antigiuridica e, dunque, scriminata,della condotta attiva di interruzione di cure salvavita, posta in essere da un terzo non medico, pone dei grandi quesiti circa la necessità di una regolamentazione di natura pubblicistica delle dinamiche inerenti al diritto di rifiutare le cure ed alla sua azionabilità.

---

afferma altresì: «L'opzione per l'atipicità della condotta omissiva consentirebbe di distinguere con certezza il comportamento del medico da quello di un qualunque terzo che, al di fuori di un rapporto di responsabilità terapeutica, distacchi il respiratore; in tal caso, la condotta posta in essere va considerata commissiva, non potendo questi spiegare come mancato proseguimento della terapia il suo inserimento attivo nel trattamento medico.».

[500] C. CUPELI, *ibidem*, riferisce correttamente di «doveri di non interferenza» dei terzi rispetto al trattamento medico.

Prima di riflettere su quali potrebbero essere le direttrici di un intervento del legislatore su detta materia, occorre sgombrare il campo dalla tentazione di lasciare questa materia sprovvista di norme cogenti di diritto e in balia della regolazione delle coscienze degli operatori, che si trovano a fronteggiare professionalmente con fattispecie eticamente sensibili.

La scienza giuridica è legittimata ad occuparsi delle scelte di fine vita?[501] Alcuni studiosi hanno affermato che le riflessioni sul valore della vita sono pertinenze dell'universo delle religioni ovvero della filosofia, finendo col proporre di lasciare, in tema di fine vita, uno spazio libero dal diritto e, in particolare, dal diritto penale[502]. L'elaborazione di questa categoria, che dobbiamo alla dottrina tedesca, è stata pensata per quelle tematiche nelle quali il conflitto tra più modelli etici è talmente insanabile, da rendere di fatto impossibile una scelta di autorità da parte del legislatore[503]. In queste materie che toccano le intime convinzioni personali dei singoli, secondo alcuni, il diritto dovrebbe ritrarsi, lasciando la regolazione delle fattispecie conflittuali, dotate di alta carica morale, ad un codice di autodisciplina della società e, in particolare, dei professionisti delle scienze mediche. Si disegna, in tal guisa, un campo vuoto tra il permesso ed il vietato. Si assisterebbe, di fatto, alla nascita di un *tertium genus* tra lecito e illecito, il non vietato, categoria più consona a sistemi in cui l'azione penale, anziché obbligatoria, è soggetta alla discrezione dell'autorità. Non di meno, anche nel nostro panorama nazionale, questo spazio intermedio sarebbe, secondo gli ideatori della categoria, quello nel quale si colloca il problema giuridico del suicidio, non approvato né vietato[504].

---

[501]Il quesito è ripreso da: F. STELLA, *Il problema giuridico*, cit., p. 1009.

[502] Così rileva F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere*, cit., p. 212: «Addirittura si è parlato di arroganza del giurista e di una sua pretesa ad invadere questi problemi, contrapponendo a una tale arroganza l'esistenza di uno "spazio libero dal diritto", cioè di una soluzione di questi problemi che dovrebbe essere delegata totalmente al medico al di fuori di schemi giuridici; questo discorso è svolto soprattutto con riferimento a quei casi in cui l'aiuto a morire costituisce in sostanza una forma di aiuto *passivo* e non *attivo*.».

[503] Sul punto, si veda, M.B. MAGRO, *Eutanasia*, cit., p. 254-255.

[504] In tal senso, C. ROXIN, *Antigiuridicità*, cit., p. 38. Si legge: «Per esempio, secondo una diffusa opinione, è possibile assegnare allo spazio libero dal diritto il suicidio, in quanto né

Lo spazio libero dal diritto, di elaborazione germanica, dovrebbe essere - a parere dei fautori di questa categoria - funzionale proprio alle tematiche di bioetica, nelle quali gli scontri tra modelli di visione del mondo differenti affiorano con maggiore forza. Non soltanto, però: lo spazio libero dal diritto funzionerebbe, più in generale, per le situazioni irrisolvibili di conflitti di doveri, e per le condotte illecite causate da necessità o da legittima difesa. Bisogna, però, rilevare che tanto nelle dinamiche che toccano i confini di tutela del bene vita (ad esempio, l'aborto consentito o non vietato, entro le condizioni stabilite con legge ordinaria e la procreazione medicalmente assistita), quanto nel caso della legittima difesa, non siamo in presenza di fattispecie in uno spazio terzo tra lecito ed illecito, ma siamo nell'area dell'esenzione della pena o della mancanza di antigiuridicità dell'azione. Occorre, in tal senso, segnalare, sulla scorta della dottrina tedesca, che se la categoria dello spazio libero non è da rigettare *a priori* e sembra poter essere adatta a descrivere fenomeni che confinano con il terreno del diritto penale (come il suicidio), d'altro canto, il suo *eterno ritorno* in relazione alle situazioni eticamente problematiche[505] avviene sotto forma di categoria astratta o elemento essenzialmente teorico, in grado di enucleare materie sensibili, dalle quali lo stato deve rinunciare alla punizione[506], lasciando totale autonomia di scelta all'individuo, in assenza di un modello generale preminente.

Con un crudo sguardo alla realtà, viceversa, in nessun modo, fattispecie omicidiarie, socialmente accettate o, quantomeno, non ritenute riprovevoli, possono essere valutate come oggetto di un'autodisciplina dei consociati, specie per la carica simbolica e non infrequentemente ideologica che ne caratterizza il dibattito. Non a

---

permesso né vietato, e dedurre da ciò conseguenze giuridiche per il caso di un salvataggio contro la volontà dell'interessato.».

[505] Commentando il lavoro di W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Strafen im Rechtstaat*, Baden Baden, 2000, p. 109 e ss., M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., p.1274 arguisce che secondo lo spazio libero dal diritto «(…) in materie particolarmente problematiche - aborto, eutanasia, ma non solo - l'ordinamento penale dovrebbe rinunciare a giustificare le condotte deliberatamente lesive del bene vita, definendole invece, al tempo stesso, non conformi al diritto e non vietate.».

[506] Secondo W. HASSEMER, come riportato da M. ROMANO, *ibidem*, «Sia lo spazio libero dal diritto, sia le cause di giustificazione procedurali (sulle quali, *infra*) crescono nello stesso clima, in situazioni di necessità esistenziale, nelle quali la forza preventiva della pena evidentemente fallisce e gli obblighi di punire ammutoliscono.».

caso, in dottrina, queste situazioni concrete sono ricondotte alla categoria delle cause di giustificazione, ovvero a quella delle scusanti, mentre allo spazio libero dal diritto viene riconosciuta, appunto, una dimensione retorica[507]. Dunque, non un rifiuto di principio, ma una valutazione alla luce dei fatti concreti che andiamo criticando, impone di rifiutare le c.d. soluzioni *libere dal diritto*; poiché la regolamentazione di tematiche inerenti al fondamentale diritto alla vita non possono essere lasciate ai codici di autodisciplina della società[508].

Ancora concretamente ed in un'ottica -si potrebbe dire- politico-criminale, siano consentite due sintetiche valutazioni che lasciano emergere forti perplessità sull'astensione del diritto su tematiche tanto delicate. In primo luogo, si osservi come le questioni di fine vita siano caratterizzate, già ora da una frequente elezione per soluzioni "*sommerse*"[509]: è noto che, per evitare qualunque tipo di intrusione da parte dell'autorità inquirente, medici e familiari del malato in ricovero e senza speranze di reversione della malattia optino *pietatis causa* per soluzioni eutanasiche tacite e condivise. Tale prassi è davvero un'espressione di illiceità che non può soddisfare sia nell'ottica di tutela e di garanzia del rispetto dei protocolli di sicurezza nell'interesse del malato e dei suoi congiunti, sia in quella del medico, che, in caso di ravvedimento *post mortem* di colleghi o di eredi, potrebbe non avere protezione ed essere costretto a subire minacce di denunce per decorsi ospedalieri illeciti, non consentiti e che abbiano velocizzato il sopraggiungere del decesso.

Su questi aspetti si innesta l'altra perplessità rispetto all'ipotizzato spazio libero in tema di fine vita: non è seriamente negabile che la categoria medica è tra le professionalità più esposte al rischio di criminalizzazione dell'attività lavorativa[510]. La

---

[507] Per questa conclusione si veda, ancora, C. ROXIN, *op. ult. cit.*, p. 39. L'Autore parla dello spazio libero come di un "atto retorico", che descrive fatti che l'ordinamento già contempla e regola con altri nomi.

[508] Ancora, F. BRICOLA, op. ult. cit., in relazione allo "spazio libero dal diritto" osserva: «E' un'impostazione che non può non preoccupare il giurista posto che il compito del diritto penale è proprio quello di disciplinare con regole proprie il bene rappresentato dall'imminente fine della persona.».

[509] Il tema è considerato *supra* e L. STORTONI, *Introduzione*, cit., p. 7 e ss.

[510] Questi aspetti sono il sottotesto anche del parziale *revirement* della Cassazione a SS. UU, nel ricorso Giulini, cit., laddove l'attività medica non si è considerata intrinsecamente

naturale prossimità dell'attività del sanitario con i concetti di lesione e di morte comporta un elevato rischio di incriminazione, a fronte di procedure tecniche errate o anche soltanto non del tutto riuscite. La forte accezione personalistica dei valori sociali ha (per fortuna!) posto nel cuore del ventaglio dei diritti personalissimi degli individui il diritto alla salute, nelle sue accezioni positive e negative, dal che è discesa direttamente (anche se non senza resistenze dottrinarie e giurisprudenziali) l'accresciuta valutazione del consenso informato, vero principio regolatore dell'attività medica lecita, sia pure con incerti confini, di volta in volta ridisegnati dalla giurisprudenza di legittimità[511]. Anche questo aspetto, che costituisce la cartina di tornasole del buon livello di civiltà e di equilibrio dell'attività medica nel paese, espone evidentemente le professionalità mediche a continui controlli e a frequenti rischi di coinvolgimento nel circuito penale. Il confronto con le altre professionalità è un'istantanea molto chiara: senza toccare la peculiare (e molto dibattuta, a torto o a ragione) condizione dei magistrati ordinari ed amministrativi, non c'è dubbio che i notai, i dottori commercialisti, gli avvocati, gli ingegneri, gli architetti, solo per citare alcune specializzazioni professionali, hanno un bassissimo rischio di criminalizzazione dell'errore tecnico (anche solo nelle forme della colpa lieve) nell'espletamento delle proprie mansioni, rispetto ai professionisti del settore medico[512].

---

illecita, addivenendo a ritenere penalmente indifferente l'intervento chirurgo arbitrario con esito fausto.

[511] Si pensi, per tutti, ai contrasti tra le decisioni Cass. Pen. sez. V, 13 maggio 1992, n. 5639, Massimo, *supra*, cit. e Cass. Pen., sez IV, 12 luglio 2001, n. 28132, Barese, in *Riv. pen.*, 2001, p. 806.

[512] Il Legislatore ha riconosciuto il problema dell'eccessiva conflittualità che circonda i trattamenti sanitari ed ha cercato di limitare, con la L. 189/2012 c.d. legge Balduzzi, la rilevanza penale delle condotte mediche ai soli casi di imperizia (art. 3, co. 1). Cionondimeno, da un riscontro delle prime pronunce di merito e di legittimità l'opera di contenimento che si era prefissato il Parlamento sembra essere stata frustrata dall'orientamento giurisprudenziale. V., però, la recentissima Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2015, n. 9923, Manzo ed il commento di P. PIRAS, Culpa levis sine imperitia non excusat: *il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it

Per attuare una naturale tutela della categoria, si assiste al fenomeno della medicina difensiva[513], di cui già si è fatto cenno. Secondo tale uso in voga tra qualche medico, le refertazioni, le attività diagnostiche e terapeutiche non sono più orientate soltanto dal beneficio per il paziente, ma sono altresì guidate da un istintivo senso di protezione della propria persona, che conduce spesso a soluzioni timide, conservative, incerte e finanche pilatesche; in altre parole, le scelte del medico non sono davvero libere ed ispirate serenamente alla migliore scienza attuabile, a causa della perenne minaccia penale e/o risarcitoria[514]. In questo deprecabile scenario di fondo, l'ipotesi di una pacifica autoregolamentazione sociale delle scelte di fine-vita è davvero di difficile supposizione. Come anche emerso nei due casi trattati, i medici nel dubbio tra agire e non agire, in assenza di norme certe sul punto preferiranno omettere (condotta che, anche laddove penalmente rilevante, sarebbe più mite della commissione - volontaria! - di omicidi). Non a caso, Beppe Englaro, il quale, sia detto per inciso, ha dovuto aspettare sedici anni per ottenere che la sorte pietosa della figlia si compisse proprio per il suo mirabile e deciso desiderio di essere autorizzato dalle autorità statali in questo passo (soluzioni sottobanco sarebbero certamente state più rapide, ma meno

---

[513] Sulla questione, anche M. PELISSERO, *Intervento*, cit., p. 460 «(…) la c.d. medicina difensiva (…) in un contesto di sensibile aumento del contenzioso tra pazienti e medici, porta a sviluppare in questi ultimi strategie difensive volte a precostituire prove della correttezza dei flussi informativi con il malato, più che avviare una effettiva comunicazione sull'intervento medico e sui suoi rischi.».

[514] Si vedano i significativi passi di apertura del recentissimo lavoro di A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, qui riportati: «I rapporti tra diritto penale e medicina sono notoriamente sempre stati assai conflittuali, perché si è passati da un primigenio orientamento giurisprudenziale, che giudicava l'operato del medico con "larghezza di vedute e comprensione" ad atteggiamenti sempre più rigorosi sia da parte della giurisprudenza che della dottrina, prova ne sia la ritenuta estraneità dell'art. 2236 c.c. al diritto penale. Va, inoltre, rilevato che, più di recente, la giurisprudenza in almeno due casi, cioè il caso Massimo e il caso Huescher, ha ritenuto, seppur con diversa motivazione, di estendere la responsabilità penale dal tradizionale alveo relativo ai reati colposi addirittura all'omicidio preterintenzionale e, nel caso di lesioni, persino a quelle volontarie. Da ciò, naturalmente, il manifestarsi della c.d. medicina difensiva, nel senso che la recrudescenza della giurisprudenza non poteva che provocare, da parte della classe medica, un atteggiamento di sostanziale *self restraint*, nel senso che, in particolare nei c.d. casi difficili, si tende a non operare, piuttosto che rischiare un'operazione chirurgica particolarmente complessa ed invasiva, con magari ridotte *chances* di riuscita, pur di evitare di finire sotto i rigori della norma penale, o, almeno, "ridurne i danni" con un'imputazione soltanto di carattere omissivo colposo.».

giuste), pure a fronte di permessi ottenuti dall'autorità giudiziaria, si è visto opporre un compatto diniego dalle aziende ospedaliere lombarde ed è dovuto ricorrere alla giustizia amministrativa per ottenere l'esecuzione di quanto era stato deciso.

In considerazione di queste valutazioni, oltreché delle contrastanti soluzioni offerte dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla prassi, appare necessaria una presa di posizione del legislatore che sappia rispettare e contemperare le varie necessità che si evincono dal dibattito giuridico e politico. Parte della dottrina segnala che il modello teorico che impone allo Stato di non prendere posizione su temi eticamente rilevanti e controversi è censurabile almeno sotto tre punti di vista[515]. Innanzitutto, si deve riconoscere una imperdonabile posizione di rinuncia da parte dello Stato, che non può acconsentire a forme di autoregolamentazione in ambiti oggetto di fortissime controversie sociali ; inoltre non pare sembra apprezzabile quell'osservazione secondo cui qualunque presa di posizione del legislatore comporti una soppressione degli altri punti di vista; il principio di laicità, infatti, dovrebbe farsi garante del rispetto di tutte le posizioni individuali dei cittadini. Infine, quando lo Stato ha difficoltà a scegliere un modello etico preferibile rispetto agli altri non può limitarsi a non scegliere, cercando di neutralizzare i valori in campo[516].

Al contrario, in temi così centrali come il rispetto dei beni fondamentali, il legislatore deve saper garantire libertà di scelta ai consociati, non riuscendo in prima persona a riconoscere un modello etico preferibile. Solo così, pertanto, lo Stato può essere buon vettore di principi condivisi, rispettosi delle varie impostazioni concettuali dei problemi esistenti in società[517]. Ancora: nessun soggetto delle fattispecie c.d. di fine-vita potrebbe trarre -ad uno sguardo attento - vantaggio dall'assenza del diritto[518]

---

[515] Così, esplicitamente, L. STORTONI, *Riflessioni*, cit., *passim.*

[516] Proprio negli schemi permissivi che registrano un'*equivalenza* per lo Stato, L. RISICATO, *Dal diritto*, cit., p. 76, intravede una compatibilità «persino con chi veda nella materia dell'eutanasia un doveroso "spazio libero dal diritto"», finendo, però, con condividere la necessità di un intervento "strettamente penalistico".

[517] Sullo spazio libero dal diritto, si veda ampiamente e, in particolare, su queste valutazioni, M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 906.

[518] Conclusivamente, C. ROXIN, *Antigiuridicità*, cit., p. 39, osserva: «Tollerare un "caos giuridico" di questo genere contrasta, però, con il compito del diritto di garantire l'ordine; né si può accettare che la soluzione del conflitto sia semplicemente affidata ai pugni dei più

nell'area delle scelte bioetiche: né il malato che vedrebbe le proprie richieste (*rectius:* i propri diritti) legate al variabile sentire del medico; né il medico che, a causa della mancata chiarezza dei confini di operatività dello *spazio libero*, preso nella morsa della tipicità della condotta causativa della morte (in particolare: omicidio del consenziente, aiuto al suicidio), si vedrebbe attratto nelle dinamiche del processo penale, pur avendo agito in presenza di un diritto del paziente[519].

La linea migliore, con cui il legislatore potrebbe pervenire ad esiti apprezzabili in tematiche controverse come il diritto a rifiutare le cure, è segnalata da diversi studiosi del diritto penale nello schema delle c.d. scriminanti procedurali, che con lo spazio libero condividono l'attitudine a governare le vicende eticamente conflittuali[520] e che si sostanziano in 'procedure' capaci di autorizzare, con il rispetto di condizioni e termini positivizzati, condotte generalmente lesive di beni, che, al di fuori dello schermo di tali scriminanti, risulteranno certamente tipiche ed antigiuridiche, dunque penalmente rilevanti.

3.8 La categoria hassemeriana della scriminante procedurale nella dinamica penalistica per il rifiuto delle cure salvavita.

Per rendere sicura la lettura di liceità - in realtà già desunta già *de jure condito* dai citati approdi giurisprudenziali - delle condotte finalizzate alla realizzazione del diritto costituzionale a rifiutare le cure, occorre, e su ciò la dottrina è concorde, un intervento del legislatore che esprima una valutazione qualitativa sui comportamenti che gli individui intraprendono circa le dinamiche di fine-vita.

---

forti. In tali situazioni difficili di conflitto, ci sono solo tre possibilità che l'antigiuridicità o la colpevolezza o nessuna delle due venga esclusa; uno spazio libero dal diritto, situato dopo il *Tatbestand*, non può essere riconosciuto. ».

[519] F. BRICOLA, *Vita diritto*, cit., p. 218, sostiene che lo spazio vuoto è da evitare al fine di non dare troppa discrezionalità al potere medico e «al fine di fornire determinazioni il più possibile precise e vincolanti per lo stesso potere giudiziario.».

[520] M. ROMANO, *Scriminanti*, cit., p. 1274, come già visto *supra*, evidenzia la «esplicita prossimità alla nota tesi del c.d. spazio libero dal diritto» delle scriminanti procedurali.

Come già detto, la dottrina penalistica dominante ha criticato, ritenendola insoddisfacente, la teoria dello spazio libero dal diritto. Del pari, è stata oggetto di critiche anche l'impostazione del problema sollevata dalla giurisprudenza del caso Welby.

Parte degli studiosi sostengono che la maniera per garantire l'estraneità di queste condotte dal circuito del processo penale risieda in una scriminante procedurale[521].

Ai fini di una migliore comprensione della la collocazione sistematica delle scriminanti procedurali, è opportuno prendere le mosse dal citato lavoro di Hassemer, oggetto di un' approfondita riflessione da parte di Mario Romano[522].

L'occasione che ha dato vita alla riflessione della dottrina tedesca è rappresentata da una pronuncia della Corte Costituzionale di oltr'alpe sulla causa di liceità dell'interruzione volontaria di gravidanza. Il dibattito è stato posto in tali termini: non antigiuridicità, come previsto dalla legge, ovvero non tipicità? I giudici costituzionali optano per la seconda soluzione, osservando che, rispetto al paradigma delle scriminanti, la questione concreta difettasse di entrambi i requisiti richiesti dal codice: la presenza di un "diritto migliore"[523] e l'accertamento in concreto delle condizioni giustificanti[524], operato dal Giudice ovvero da un'altra figura di pubblica garanzia. Mancando nei casi di in esame entrambi i presupposi, il fatto potrà ritenersi non tipico, ma non invece giustificato.

La pronuncia generò una vivida *querelle* in seno alla dottrina penalistica (e non solo) atteso anche che si trattò di una decisione molto controversa, caratterizzata da ben due opinioni dissenzienti. La seconda di esse, sottoscritta da due componenti della

---

[521] Questa soluzione è adottata da S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1567; M. DONINI, *Il caso*, cit., p. 907 e ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia*, cit., p. 253 e ss.

[522] Il riferimento è ancora, come *supra*, a W. HASSEMER, *Procedurale*, cit., e M. ROMANO, *Scriminanti*, cit.

[523] La Corte parte dal presupposto che la tutela del nascituro non può essere in ogni caso denegata: in tal senso, l'aborto consultivo continua ad avere una valenza negativa per l'ordinamento.

[524] Nell'IVG non c'è accertamento dell'A.G.: le condizioni per accedere all'interruzione si esauriscono nella dinamica consultiva.

Corte, «pone invece l'accento sulla presenza nella disposizione normativa, quanto allo *status* di diritto fondamentale della donna in attesa, un elemento di natura procedurale.[525]». I giudici dissenzienti da ciò traggono quale conseguenza che «l'ipotesi di una situazione eccezionale, in funzione giustificatrice dell'interruzione di gravidanza è compatibile con la Costituzione anche senza che si preveda l'accertamento dei presupposti da parte di terzi.[526]».

Su questo si basano le riferite osservazioni di Hassemer che - condividendo le valutazioni del BVerfG sui requisiti necessari delle cause esimenti, qui assenti - introduce, al fianco delle scriminanti *classiche*, un ulteriore paradigma di giustificazione che si distingue per la sua proceduralizzazione. In sostanza, le *scriminanti procedurali* verrebbero in rilievo sul terreno delle scelte eticamente sensibili, nelle quali non sussiste una scelta «giusta». Lo Stato non ha alcun "controargomento" rispetto alla scelta individuale e, dunque, non opera un giudizio di prevalenza tra interessi in conflitto, lasciando all'individuo la scelta e rinunziando alla repressione di questa. Il *deficit* in punto di apprezzabilità della scelta individuale, viene compensato proprio dalla procedura, nel cui rispetto lo Stato esaurisce la sua forma di controllo. Evidentemente, il ricorso alla procedura svolge la funzione di recintare lo spazio di invocabilità della giustificazione e - *a contrario* - quello di tollerata lesione di un bene giuridico protetto: diversamente dalle cause di giustificazione classiche, in quelle procedurali il controllo si individua nel rispetto dei presupposti e delle scansioni della procedura[527]. Non di meno, l'effetto giuridico che si avrà sul fatto sarà sempre quello di escludere l'antigiuridicità.

Si è osservato che la proceduralizzazione è un fenomeno già molto utilizzato nel diritto penale della tecnologia e delle professioni. In tal senso, vengono ricondotte alle scriminanti procedurali le attività generalmente ritenute lecite, ma comunque a rischio

[525] Così, M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1273.
[526] Il passaggio della sentenza BVerG, è tratto ancora da M. ROMANO, *ibidem*.
[527] In queste righe si è provato a dare uno sguardo di insieme sulle caratteristiche delle scriminanti nel pensiero di W. HASSEMER, *Prozedurale*, cit., p. 121 e ss. Pare il caso di evidenziare che l'A. riferisce dell'assenza del diritto migliore, in ragione della mancanze di un sapere scientifico certo, su cui basare le determinazioni del diritto penale. Cfr. M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1275.

criminale[528], sicché le procedure delimitano l'area del consentito ed il controllo amministrativo è finalizzato a verificare il rispetto di tali parametri[529]. Uguali e contrarie si presentano quelle attività intrinsecamente pericolose od illecite, che - in presenza di specifiche autorizzazioni dell'autorità - si debbono considerare lecite: in questi casi, a ben vedere, l'integrazione del tipo sarà da considerare scriminata (a differenza del primo gruppo di controllo procedurale, in cui, nel rispetto dei parametri è insita la non tipicità del fatto)[530]. In entrambi i casi riportati, si ritiene che le scriminanti in questione conferiscano una non antigiuridicità, per così dire, *dichiarativa*, nel senso che gli elementi di liceità del fatto preesistono rispetto all'accertamento.

Dai descritti modelli di scriminante procedurale, se ne può distinguere un altro, del tutto peculiare e più rispondente all'intima natura dell'atipica causa di giustificazione, descritta da Hassemer: ci si riferisce alle vicende ad alto significato etico, e, in particolare, nei casi di conflitti di doveri, nei quali - onde seguire la propria convinzione morale - l'individuo afferma una propria facoltà, ledendo un altro bene giuridico.

Come detto, in tali casi l'ordinamento non premia la preminenza di un interesse sull'altro, limitandosi a ritenere consentita qualsiasi scelta individuale[531].

Questi secondi casi, meno numerosi e di elevato rilievo morale, ben si attagliano ai grandi dilemmi etici nei quali, come detto, l'Autorità statuale si limita a consentire, a certe condizioni, la scelta. Ovviamente, posto che in questi casi si disquisisce, quasi sempre, di temi che toccano il bene della vita e le sue concezioni, dovrà convenirsi che varrà il ragionamento opposto a quello sopra evidenziato: le lesioni al bene si considerano di regola rilevanti, salvo il ricorrere di talune circostanze

---

[528] Vedi, M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 907.
[529] Esemplificativamente, si pensi al trattamento dei rifiuti, ovvero - *mutatis mutandis* - alle misure di sicurezza sul lavoro.
[530] Si tratta, per questo gruppo, della legislazione in tema di esplosivi ed armi, ovvero di sostanze stupefacenti. Cfr., ancora, M. DONINI, *ibidem*.
[531] In questa direzione anche M. B. MAGRO, *Eutanasia*, cit., p. 255.

che ne possono determinare la (eccezionale) giustificazione. In tal senso, la procedura diviene costitutiva della liceità della condotta.

Una parte della dottrina, ritiene possibile *de lege ferenda* una modifica tale da far rientrare nel primo gruppo di scriminanti procedurali le condotte interruttive in presenza di dissenso esplicito del paziente vigile, viceversa di ricondurre al secondo gruppo i casi in cui il malato sia in stato di incoscienza e la scelta venga pressa per (meglio: con) lui da suoi rappresentanti[532].

Altri autori hanno sostenuto, commentando le sentenze più volte evidenziate in queste pagine, che i giudici avrebbero ricavato dai dati positivi esistenti, primi fra tutti quelli costituzionali, una scriminante procedurale, basata sul principio del consenso informato, valido ed attuale[533].

E', comunque, un'opinione generalmente condivisa (e, ci permettiamo) condivisibile, quella di affidare la legislazione in materia di rifiuto delle cure e del connesso diritto a lasciarsi morire alle scriminanti procedurali[534]. Si afferma questo, nonostante alcune resistenze dommatiche secondo le quali, dietro le remore delle scriminanti procedurali si maschererebbe un'imparzialità dell'ordinamento rispetto ai beni giuridici in tensione soltanto apparente: il sistema giuridico sa bene quale diritto migliore scegliere e lo fa per il tramite di strumenti tutt'affatto noti ed in nulla innovativi. Le scriminanti procedurali, si osserva in conclusione, intervengono semplicemente sull'antigiuridicità del fatto: in nulla, dunque si discostano dalle scriminanti *classiche.* Non meraviglia, pertanto, la mancanza di fortuna dell'istituto nella manualistica di diritto penale[535].

---

[532] In questo senso, L. RISICATO, *Dal diritto*, cit., p. 77. Si legge: «Nelle ipotesi di eutanasia passiva *consensuale*, infatti, la pregnante rilevanza del'art. 32 Cost. permetterebbe di attribuire alla procedura scriminante un'efficacia solo *dichiarativa* di presupposti sostanzialmente già esistenti (…) Nei diversi ed eterogenei casi - assai più problematici - di eutanasia passiva *non consensuale*, l'individuzione di una scriminante procedurale avrebbe per contro piena efficacia *costitutiva*.».

[533] Così, S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1567.

[534] Conformemente, M. DONINI, *op., ult. cit*., p. 916 e ss.; L. RISICATO, *op. ult. cit*., p. 78; M. B. MAGRO, *op. ult. cit*., p. 254 e ss.

[535] Questi argomenti critici sull'istituto della scriminanti procedurali sono mutuati da M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., *passim*, in particolare, v. p. 1085 e ss. Come detto,

Quanto al contenuto delle ipotetiche scriminanti procedurali per il fine-vita, è stato sottolineato come un ruolo fondamentale dovrà essere rivestito da una commissione di esperti (non solo medici), che possa apprezzare la presenza dei requisiti, positivizzati, del consenso - attuale o, auspicabilmente, anche *ora per allora*; espresso o anche ricostruito presuntivamente nel perseguimento del *best interest* - per procedere al distacco di strumenti salva-vita. Ovviamente, sarà sempre centrale una corretta diagnosi delle patologie che colpiscono i soggetti che richiedono l'interruzione[536], ma con diverse screziature: per i pazienti coscienti, ciò sarà fondamentale al fine di valutare la correttezza dell'informazione che costituisce presupposto di validità del consenso; per gli incoscienti, prima di questo aspetto, si pone il tema dell'irreversibilità dello stato di assenza di attività cerebrale, condizione alla quale deve essere subordinata la possibilità di avanzare una richiesta interruttiva.

Su questi aspetti convergono la gran parte dei disegni di legge presentati nelle ultime legislature, che si offrono come appendice, al fine di valutare concretamente lo stato del dibattito (non più di grande attualità) sui temi del rifiuto delle cure.

Come si vedrà, le proposte - pur di varia provenienza politica - non prendono in considerazione il tema tabù dell'eutanasia vera e propria (o, come sovente si dice, *attiva*), con ciò lasciando aperto il discrimine tra chi - potendo - si suicida e chi - non potendo - deve vivere. Tali limitazioni alle proposte di legge paiono ragionevoli e offrono la dimensione di quanto sia delicato il compito del giurista sui temi ad alta valenza etica. Per tali semplici constatazioni, sembra che il modello delle scriminanti procedurali si palesi come il più idoneo a regolare un legittimato accoglimento delle

---

l'A. approfondisce il tema dell'interruzione di gravidanza, rispetto al quale contesta l'ipocrisia della previsione di condizioni per procedere all'aborto nei primi 90 giorni di attesa, constatando che si tratti di condizioni verificabili solo dalla stessa donna, dunque *tamquam non essent*; non diversamente, non è vero che l'ordinamento non abbia scelto un "diritto migliore" tra quelli oggetto del bilanciamento, la scelta c'è ed è in favore della donna. Coerentemente, l'A. auspica una rimozione della previsione delle condizioni per procedere lecitamente all'IVG e ritiene il fatto giustificato in ragione di una *classica* scriminante.

[536] Sulla centralità della diagnosi nella procedura, v. M. B. MAGRO, *Eutanasia* cit., 255.

"pietose richieste" che arrivano dalla società, senza esprimere, imponendola, la supposta superiorità di un modello etico migliore e vincente.

Quanto al contenuto della procedura, lo studio delle legislazioni europee[537] in materia, sia pure tarato sulle differenze giuridiche ed anche sulle peculiarità dei sistemi sanitari di ogni paese[538], può offrire l'occasione per una riflessione sulle migliori soluzioni adottabili dal legislatore italiano, al fine di comprendere se e quali requisiti possano rendere scriminata l'azione causativa della morte, posto che, come già affermato, «Una legge, se presente, sarà sempre e comunque più restrittiva e più garantista di una regolamentazione dove ogni decisione è lasciata al paziente, ai singoli o al medico.[539]».

[537] In particolare, sulle legislazioni nordeuropee (soprattutto olandese) si segnala la seguente bibliografia *minima* A. RONZIO, *Olanda: la scelta della legalizzazione*, in *Il diritto di morire bene*, cit., p. 109 e ss.; M. GUGLIELMI, *Eutanasia attiva e passiva: aspetti di diritto comparato*, in *Giur. mer.*, 1999, p. 931; G. CIMBALO, *Eutanasia nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Eutanasia e diritto*, cit., p. 150 e ss.; G. BOGNETTI, *La legge olandese su eutanasia e suicidio assistito*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 701 e ss.; non mancano spunti interessanti per quanto riguarda la legislazione spagnola, sulla quale, v. S. CAGLI, *La regolamentazione giuridica dell'eutanasia in Spagna ed in Germania*, in *Eutanasia e diritto*, cit., p. 95 e ss.; C. SUAREZ-MIRA PRIETO, A. JUDEL PRIETO, J.R. PINOL RODRIGUEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial*, La Coruna, 2005, p. 74 e ss.; L. MONTICELLI, *L'eutanasia nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 923 e ss.

[538] Sul punto, elementi interessanti ancora da M. B. MAGRO, *op. ult cit*., p. 257.

[539] La riflessione è tratta da: F. BOTTI, *L'eutanasia in Svizzera*, Bologna, 2007, p. 44.

Epilogo.

In considrazione di quanto osservato in tema di fine-vita, alcuni dati possono dirsi già acquisiti *de lege lata*, altri hanno invece bisogno di una presa di posizione del legislatore, per essere meglio definiti. Pur in assenza di una legge organica sul punto, il principio del consenso informato al trattamento medico è ormai riconosciuto dalla giurisprudenza e, ciò che più conta, dagli operatori del settore medico. Il consenso, d'altra parte, è il portato diretto di una libertà di autodeterminazione degli individui descritta dalla Costituzione e dall'interpretazione che di essa hanno fornito i giudici di legittimità e delle leggi[540].

In questo senso, si può affermare che le concezioni liberali dell'intervento del diritto penale, quale *extrema ratio*, limitato alle sole situazioni che cagionano un danno altrui[541], parrebbe conseguenza naturale del principio di autonomia e della libertà individuale sul corpo. Si pongono in continuità con tale concezione quelle visioni *personali* del bene giuridico[542], elaborate dalla dottrina tedesca[543] e fatte proprie da qualche studioso italiano[544]. L'offensività, in questo senso, imporrebbe la penalizzazione delle sole condotte lesive di un bene protetto, soltanto in assenza del consenso del titolare e in costanza di pregiudizi per i terzi: la teoria del bene giuridico, secondo questa lettura e per quei beni aventi caratura *soggettiva*, limiterebbe la legittima reazione penale dell'ordinamento solo quando l'individuo non abbia *disposto* del proprio bene giuridico, in ossequio alla propria libertà di autodeterminazione.

---

[540] Rimandando per ogni richiamo bibliografico al testo, sia qui sufficiente il rimando a D. PULITANÒ, *Doveri del medico* cit., p. 1195.

[541] Secondo le concezioni classiche dei giuristi liberali: per tutti, J. S. MILL, *On Liberty*, Londra, 1859; J. FEINBERG, *The moral Limits of the Criminal Law, Harm to others*, New York – Oxford, 1984.

[542] Si pensi al «la concezione liberale del bene giuridico, orientata all'individuo», di cui tratta apertamente C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione* cit., p. 126.

[543] Ci si riferisce a W. HASSEMER, *Grundlinen einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus: Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1989, nella ricostruzione italiana fornita da S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione* cit., 148 e ss.

[544] G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Il diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Milano, 1985, p. 139 e ss.

Ciò non significa che l'ordinamento statuale sia delegittimato dalla funzione di tutela, tuttavia i possibili contrasti con le volontà degli individui, in tema di fine vita, appaiono come una situazione di conflitto tra più interessi dello Stato, che necessitano di essere bilanciati: la tutela della vita dei consociati e la loro libertà di autoderminazione. E' tutta qui, nella comparazione tra valori sociali, la valutazione sulla esclusione dell'antigiuridicità dell'azione tipica, che si risolve, in definitiva, nella risoluzione di un conflitto[545].

Mettendo a sistema le poche valutazioni conclusive sin qui enucleate, si può affermare che, in applicazione dell'autonomia del singolo, *sub specie* 32, secondo comma Cost., l'espresso dissenso rispetto a cure salva vita parrebbe già oggi irrilevante penalmente, con alcune differenze di inquadramento. L'iniziale rifiuto della cura da arte del paziente, escluderà la stessa tipicità del fatto (il medico non agisce e non assume alcun obbligo impeditivo); viceversa, l'interruzione della cura già in atto integrerà il fatto tipico, ma scriminato, quale adempimento del dovere, con le ibride screziature di *consenso* e di *esercizio di una facoltà legittima*, di cui si è detto. D'altra parte, la dottrina ha da sempre osservato che le situazioni conflittuali di difficile soluzione, finiscono per essere sciolte mediante il ricorso all'art. 51 c.p., nella forma dell'adempimento del dovere[546]. Seppure in dottrina e oramai in giurisprudenza tali approdi siano generalmente condivisi, la mancanza di certezze in un campo di tale delicatezza equivale ad un'alta probabilità di incorrere in un procedimento penale, il cui esito è sempre, notoriamente incerto.

I passi ulteriori riguardano i soggetti in stato di incapacità, malati con prognosi di irreversibilità e dipendenti da macchine salva vita. Per le sempre più numerose vicende

---

[545] In questo senso, C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione,* cit., p. 43 e ss. Si legge (p. 46): «se si vuole formulare un principio onnicomprensivo, esso sta nell'idea secondo cui tutte le cause di giustificazione hanno per scopo la regolazione socialmente giusta di interessi confliggenti».

[546] Così anche E. MEZZETTI, «*Necessitas non habet legem»,* cit., p. 124. «Il comun denominatore di tutte queste ipotesi è che il comportamento del soggetto risulta conforme alle aspettative della collettività perché osservante dell'obbligo *prevalente* nella scala – esplicitamente od implicitamente richiamabile – dei valori di ordinamento. Il fatto, pertanto, risulta "giustificato" dall'adempimento di *un* dovere (art. 51 c.p.).»

di questi soggetti, il conflitto è ancora più netto: l'elemento della volontà viene meno, mentre gli interessi statuali al mantenimento in vita del malato incosciente permangono immodificati. Qui la necessità di interventi normativi è avvertita ancora maggiormente, anche in ragione delle risposte positive che l'ordinamento deve apportare alle modifiche al bene vita connesse all'inarrestabile progresso tecnologico medico.

Una legislazione minima dovrebbe prevedere – quantomeno – l'istituzione delle direttive anticipate (o: testamento biologico), attraverso le quali il soggetto può indicare, ora per allora, i trattamenti indesiderati ed i soggetti fiduciari incaricati di far rispettare tali volontà. Le disposizioni in parola (al pari di quelle organiche, tutt'ora assenti, sul consenso informato) avrebbero natura extrapenale[547], ma non potrebbero che avere un'efficacia mediata anche sulla criminalizzazione delle situazioni di fine vita. Molti progetti di legge sono stati presentati, specie nelle ultime tre legislature, tuttavia il Parlamento non ha ad oggi trovato una sensibilità comune per legiferare sul punto.

Anche su questo punto, le pronunce permissive della giurisprudenza non sembrano uno strumento tale da far ritenere appianata la questione giuridica che la situazione concreta, eticamente sensibile, pone.

La strada per una normazione più organica parrebbe quella della scriminante procedurale, istituto in grado di concedere limitati spazi di esclusione dell'antigiuridicità per i fatti tipici lesivi del bene vita. Gli argomenti che fanno propendere per una tale soluzione non coincidono, tuttavia, con quelli individuati dalla dottrina tedesca per le cause di giustificazione procedurali[548]. Non si tratterebbe, a ben vedere, della positivizzazione della rinnovata neutralità assiologica dell'ordinamento,

---

[547] La questione è all'attenzione del Legislatore nazionale dal 1990, come ha evidenziato, G. ALPA, *Laicità e diritto privato,* in *Laicità e stato di diritto* cit., p. 268 e ss. L'A., peraltro riconosce un valore formale all'invocata innovazione: (p. 270) «Infatti era convinzione di tutti i firmatari della proposta di legge emersa al convegno *Politeia* che essa non portasse innovazioni di sostanza ma piuttosto di forma, e che le regole sottoposte alla attenzione del legislatore servissero soltanto a semplificare l'applicazione delle direttive anticipate, ma non a conferire loro una rilevanza giuridica che già ad esse si riconosceva.»

[548] Il riferimento è a W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen,* cit., p. 121 e ss.

né un tentativo di scriminare condotte riguardanti campi "scientificamente incerti o non univoci".

A ben vedere, il principio di autodeterminazione riveste un ruolo di assoluto protagonismo nel panorama costituzionale, sicché il legislatore ben può riconoscere alle libertà che ne conseguono una preminenza rispetto agli interessi sociali del mantenimento in vita dei consociati. Un bilanciamento, come detto, connaturato alla stessa esclusione della antigiuridicità, che appare ancor più risolvibile alla luce della constatazione che le questioni di fine vita pongono sulla bilancia esclusivamente interessi del soggetto che richiede (direttamente o anche indirettamente) la lesione del bene giuridico di propria pertinenza, a differenza delle ipotesi di procreazione medicalmente assistita e di aborto (fattispecie che, non a caso, aveva generato la riflessione che ha portato all'elaborazione della categoria delle cause di giustificazione procedurali). Dunque, la causa di giustificazione proceduralizzata assumerebbe, in effetti, una funzione servente rispetto al valore in conflitto ritenuto prevalente (in questo caso, la libertà di autodeterminazione) e porterebbe agli stessi esiti, in termini di teoria del reato, della scriminante classica (l'esclusione dell'antigiuridicità)[549].

La propensione per la proceduralizzazione rispetto alla scriminante classica, allora, trova altrove le proprie ragioni d'essere, da individuarsi nelle tecniche di normazione della tecnologia, della complessità e dei saperi scientifici. Non a caso, nei pur eterogenei progetti di legge sul tema, presentati nella corrente legislatura, la procedura riguarda commissioni di esperti (medici e giuristi) e la rigida previsione di valutazioni prognostiche, che necessitano evidentemente il dominio dell'area medica. La scriminante procedurale, nei progetti di legge riguarda anche le ipotesi di richiesta attiva di morte, non evitando di proporre soluzioni innovative per superare la tabuizzazione dell'eutanasia e rinvenendo nel comune elemento dell'autodeterminazione il sostrato che richiede, per ragioni di uguaglianza e non discriminazione, l'omologazione della situazione del soggetto dipendente da presidi

[549] Così M. ROMANO, *Cause di giustificazione,* cit., p. 1085 e ss.

medici salvavita e quella del paziente affetto da malattie degenerative, terminali o comunque senza possibilità di prognosi positive[550].

Pur non indugiando su tali orizzonti, non oggetto dell'approfondimento concluso, si può affermare che una causa di giustificazione procedurale perseguirebbe l'obiettivo di normare il fine vita, ma, proprio al contrario di quanto teorizzato da Hassemer, ponendo un forte accento sull'affidabilità dei pareri scientifici e con una decisa presa di posizione assiologica del legislatore, del resto insita nel vigente tessuto costituzionale: una presa di posizione che potrebbe pienamente garantire l'esercizio delle libertà personali degli individui riguardo il proprio corpo, senza costringimenti di sorta per i soggetti che, per ragioni etiche, morali o religiose ritengano per sé inaccettabile ogni scelta di morte, in qualunque condizione di salute.

[550] Sul punto, criticamente,v. M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 916.

Ringraziamenti.

Al termine del mio percorso dottorale, intendo ringraziare il mio Maestro, Enrico Mezzetti. Ringrazio il dott. Stefano Passera per aver neutralizzato a più riprese la mia allergia per le scadenze, gli adempimenti formali e la puntualità in genere. Ringrazio prima di tutti Martina, per il supporto e l'incrollabile pazienza.

Bibliografia.

AA.VV., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, 1982.

AA. VV., *La vittima del reato, questa dimenticata, tavola rotonda nell'ambito della conferenza annuale della ricerca. (Roma, 5 dicembre 2000)*, Roma, 2001.

AA. VV., *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Pisa, 1988

AA. VV. *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004

AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011

AA. VV., *Studi in onore di G. Delitala*, Milano, 1984

AGNINO F., *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico. Profili penalistici e civilistici*, Torino, 2006.

AGRÒ A. S., *Commento all'art. 3, primo comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna - Roma, 1976.

ALPA G., *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Studi in Onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011.

ALPA G., *Laicità e diritto privato*, in *Laicità e stato di diritto*, a cura di A. Ceretti, L. Garlati, Milano 2007, p. 209 e ss.

ALTAVILLA V., *Il suicidio nella psicologia, nell'indagine giudiziarie e nel diritto*, Napoli, 1932.

ALTAVILLA E., voce: *Omicidio del consenziente,* in *Enciclopedia Forense*, Milano, 1961, vol. V, p. 296 e ss.

AMATO S., *Eutanasie, Il diritto di fronte alla fine della vita,* Torino, 2011

ANGELINI ROTA, GUALDI, *In tema di consenso del minore al trattamento medico-chirurgico,* in *Giust. Pen.*, 1995, p. 368 e ss.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale,* Milano, XIV ed., 2002, parte speciale, vol. I.

ARCERI A., *Riflessi penalistici dell'esito infausto dell'attività medico-chirurgica*, in *Giur. Merito*, 1993, p. 890 e ss.

ARMENTA DEU T., LUPARIA L. (a cura di), *Linee guida per la tutela delle vittime vulnerabili*, a cura di., Milano, 2011.

BAIOCCO F., *Il punto di vista del medico,* in *Le decisioni di fine vita*, a cura di Bianca M., Milano, 2011.

BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali,* Torino, 1997.

BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza.* Milano, 1963.

BARBUTO G., *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico chirurgico,* in *Cass. Pen.*, 2003 p. 322 e ss.

BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?,* in *Dir. pen e proc.*, 2014, p. 661.

BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1965.

BECCHI P., *La giustizia tra la vita e la morte. Welby, Englaro e il testamento biologico.* Torino, 2012.

BELLAVITE V., *Il diritto di morire: un documento disatteso,* in *Dolentium Hominum,* n. 68/2008.

BIANCA M. (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Milano, 2011.

BIFULCO R., *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,* in *Scritti in memoria di Livio Paladin,* Napoli, 2004.

BOCCAGNA S. (a cura di), *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione. Profili giuridici del caso Englaro,* Roma, 2014.

BOGNETTI G., *La legge olandese su eutanasia e suicidio assistito,* in *Corr. Giur.*, 2001, p. 701 e ss.

BONIOLO G., *Introduzione,* in *Laicità e Stato di diritto,* a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano 2007.

BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, Bologna, 2007.

BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione,* Bologna - Roma, 1976.

BRANCACCIO M., FIDELBO G., *Considerazioni sul principio del* ne bis in idem *nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia,* in www.cortedicassazione.it

BRICOLA F., *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia,* a cura di L. Stortoni, Trento, 1992, p. 211 e ss.

CADOPPI A., *Una polemica* fin de siècle *sul "dovere di vivere: Enrico Ferri e la teoria dell'"omicidio-suicidio*", in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia,* a cura di L. Stortoni, Trento, 1992, p. 125 e ss.

CAGLI S., *La regolamentazione giuridica dell'eutanasia in Spagna ed in Germania*, in *Eutanasia e diritto,* a cura di S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo, Torino, 2003, p. 95 e ss.

CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente,* Roma, 1970.

CANESTRARI S., GAMBERINI, INSOLERA, MAZZACUVA, SGUBBI, STORTONI, TAGLIARINI, *Diritto penale, lineamenti di parte speciale,* IV ed., Bologna 2006.

CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci,* a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano, 2006, p. 139 e ss.

CANESTRARI S., *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile,* in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, p. 751 e ss.

CANESTRARI S., CIMBALO G., PAPPALARDO G., *Eutanasia e diritto,* Torino, 2003.

CANESTRARI S., CADOPPI A., PAPA M.(a cura di), "*Reati contro la persona",* Torino, 2006.

CARETTI P. , *I diritti fondamentali*, Torino, 2005,

CARRARA F.,*"Programma del corso di diritto penale, parte speciale",* 4 ed., Lucca, 1878.

CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione,* in *Quad. cost.*, 2008

CASSANO G., CATULLO F.G., *Eutanasia, giudici e diritto penale,* nota a: C. Ass. App. Milano, 24/4/2002, n. 23, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1354 e ss.

CECCHI R, *La Corte di Cassazione – sez I civile – inquadra finalmente in modo corretto la questione dell'idratazione e alimentazione artificiali in soggetti in stato vegetativo permanente*, sul sito *www.liberuscita.it/online/?p=128*.

CELOTTO A., BIFULCO R., OLIVETTA M., *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

CENDON P., *Prima della morte. I diritti dei malati terminali*, in *Politica dir.*, 2002, p. 491.

CERETTI A., GARLATI L. (a cura di), *Laicità e Stato di diritto,* Milano 2007.

CERULI IRELLI V., *In margine al caso E. Sui limiti della funzione legislativa*, in *Pol. dir.* 2009, p. 437.

CESAREO V., *Società multietniche e multiculturalismi*, Milano, 2000.

CHAUSSOY F., *Non sono un assassino*, Bologna, 2007.

CIMBALO G., *Eutanasia nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio,* in *Eutanasia e diritto*, a cura di CANESTRARI S., CIMBALO G., PAPPALARDO G., Torino 2003, p. 133 e ss.

COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, sul sito: *www.governo.it/BIOETICA*

CORTE COSTITUZIONALE, *Raccolta ufficiale delle sentenze e delle ordinanze della Corte Costituzionale*, vol. LXIX, Roma, anno 1985.

CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di* non perseverare*)*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 1807 e ss.

D'AMBROSIO P., RODI M.T., *Il dibattito negli Stati Uniti*, in *Il diritto di morire bene*, a cura si SEMPLICI S., Bologna, 2002, p. 184 e ss.

D'ANDRIA M., *Commento all'art. 579 c.p.* in LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. XI, Milano, 2010.

DANOVI A.G., *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*, in *Dir fam. e pers.*, 1-2008, p. 131 ss.

DE CUPIS A. , voce *Integrità fisica*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma, 1989.

DE GIORGI R. (a cura di), *Il diritto e la differenza, scritti in onore di Alessandro Baratta*, Lecce, 2003.

DEL VECCHIO G., *Morte Benefica*, Torino, 1928.

DEFANTI C. A., *Il caso Englaro, un anno dopo*, in *Bioetica*, 2010, p. 281 e ss.

DE MAGLIE C., *Culture e diritto penale: premesse metodologiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1117 e ss.

DE MAGLIE C., *Società multiculturali e diritto penale. La* cultural defense, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, p. 215 e ss.

DE VERO G., *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico,* in *Arch. Pen.*, 1976, p. 8 e ss.

DI GIOVINE O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica,* Torino, 2009.

DOLCINI E., PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006.

DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 902 e ss.

DURKHEIM E., *Le suicide. Etude de sociologie*, Paris, 1897.

ESER A., "*Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico"*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia,* a cura di L. Stortoni, Trento 1992, p. 71 e ss.

EUSEBI L., *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006, p. 252 ss.

FASSONE E., *Sciopero della fame autodeterminazione e libertà personale*, in *Quest. giust.*, 1982, p. 335 e ss.

FEINBERG J., *The moral Limits of the Criminal Law, Harm to others*, New York – Oxford, 1984.

FERRI E., *L'omicidio-suicidio*, Torino IV ed. 1895.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte speciale*, Bologna, 2007.

FIANDACA G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Il diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, 1985, p. 139 e ss.

FIANDACA G., *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Quest. Giust.*, 1982, p. 309 e ss.

FLORIT F., *Guantanamo: l'alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame* 'put on screen', in *Quest. Giust.* (edizione telematica, *www.questionegiustizia.it*).

FLICK G. M., *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure...*, in *Le decisioni di fine vita*, a cura di BIANCA M., Milano, 2011.

FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, p. 283 e ss.

GALGANO F., *Commentario compatto al Codice Civile*, Piacenza, 2008.

GAZZONI F., *Continua la crociata parametafisica dei giudici - missionari della c.d. "morte dignitosa"*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 299 e ss.

GAZZONI F., *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della separazione dei poteri)*, in *Dir. Fam. e delle pers.*, vol. 1, 2008, p. 107 e ss.

GEMMA G., *Sterilizzazione e diritti di libertà* in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.* 1978, p. 254 e ss.

GEMMA G., Voce: *Vita (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1999, vol. XIV, p. 672 e ss.

GIORELLO G., *Relativismo*, in *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano 2007.

GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2008.

GIOVANNI PAOLO II, discorso: *Life-sustaining and vegetative state: scientific advances and ethical dilemmas*, Roma, 20 marzo 2004.

GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica, in Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 74 e ss.

GIUNTA F., *"Il morire tra bioetica e diritto penale"* in *Pol. Dir.*, 2003 n. 4, p. 552 e ss.

GIUNTA F.,*"Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche"* in *Riv. It. Dir e proc. pen.*, 2001, p. 377 e ss.

GRAVELLI, nota a: Cass. Sez. I, 7 aprile 1989, Billo, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 1778 e ss.

GRIFFITHS J, *Euthanasia & law in Europe*, Oxford, 2008.

GRISPIGNI F., *Il consenso dell'offeso,* Roma, 1924.

GROPPI T., *Il caso Englaro: viaggio alle origini dello stato di diritto e ritorno*, in *Pol. dir.* 2009, p. 483.

GUGLIELMI M. *Rifiuto di cure 'salvavita' e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza, Eutanasia attiva e passiva: aspetti di diritto comparato*, in *Giur. Mer.* 1999, p. 920 e ss.

HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia.* Milano, 1996.

HABERMAS J., *Tra scienza e fede*, Bari, 1997.

HASSEMER W., *Grundlinen einer personalen Rechtsgutslehre,* in *Jenseits des Funktionalismus: Festchrift für Arthur Kaufmann,* Heidelberg, 1989

HASSEMER W., *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Strafen im Rechtstaat*, Baden Baden, 2000, 109 e ss.

IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 2668 e ss.

ILLICH I., *Nemesi medica. L'espropriazione della salute.* Milano, 2004.

IADECOLA G., *Eutanasia e sue problematiche giuridiche*, in *Giust. Pen.* 1985, p. 190 e ss.

INTRONA F., *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2005, p. 9 e ss.

KADISH S.H., *Consenso a morire e pazienti incapaci*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di L. STORTONI, Trento 1992, p. 189 e ss.

KEWON J, *Commento alla sentenza sul caso Tony Bland: Uscire dalla "via mediana": la depenalizzazione giudiziaria dell'eutanasia passiva non volontaria*, in *Bioetica*, 1997, pp. 313 e ss.

KOSTORIS R. E., *Il ruolo della vittima nel procedimento penale*, in AA. VV., *La vittima del reato, questa dimenticata, tavola rotonda nell'ambito della conferenza annuale della ricerca. (Roma, 5 dicembre 2000)*, Roma, 2001.

LATTANZI G., LUPO E., *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. XI, Milano, 2010.

LOMBARDI G., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967.

LOPES MAIA GONÇALVES M., *Codigo penal portugues anotado e comentado,* Coimbra, 2005.

LORD GOFF OF CHIEVELY, *parere*, in *La sentenza della House of Lords britannica sul caso Tony Bland*, in *Bioetica*, 1997, p. 309 e ss.

LOZZI G., *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.* 2003, p. 611 e ss.

LUCIANI M., *L'emanazione presidenziale dei decreti legge (spunti sul caso E.)*, in *Pol. dir.* 2009, p. 409 e ss.

MACCHIARELLI L., ALBARELLO P., CAVE BONDI G., DI LUCA N.M., FEOLA T., *Compendio di medicina legale*, Torino, 2006.

MAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2003

MAGLIONA B., *Il consenso informato: da enunciazione di principio a criterio che legittima l'attività medico chirurgica,* in *Dir. pen. e proc.* 1996, p. 776 e ss.

MAGRO M.B., *Diritto penale e eutanasia*, Torino, 2001.

MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute.* Pisa, 2014.

MANNA A., *Reati contro la persona*, Torino, 2008.

MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico chirurgico*, Milano, 1984.

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2005.

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte speciale*, Padova, 2005.

MANTOVANI F., *Umanità e razionalità nel diritto penale*, Padova, 2008.

MANTOVANI F., *Trapianti e sperimentazione umana*, in *Riv. It. Medicina legale*, 1983, p. 843 e ss.

MANTOVANI F., *Tutela della vita e della persona umana (articoli 2, 31 e 32 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p. 195 e ss.

MANTOVANI F., voce: *Eutanasia*, in *Dig. Discipl. Pen.*, vol. IV, p. 422 e ss.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V edizione, a cura di G. D. Pisapia e P. Nuvolone, Torino, 1986.

MARANDOLA A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen e proc.*, 2014, p. 674 e ss.

MARCHIO A., *Principio di autodeterminazione, consenso informato e decisioni di fine vit*a, in *Le decisioni di fine vita*, a cura di M. Bianca, Milano, 2011.

MARINI G., *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 359 e ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, parte generale*, II ed., Milano, 2006.

MARRA R., *Suicidio, diritto e anomia. Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, Napoli, 1987.

MASSA T., "*Il consenso informato: luci ed ombre"*, in *Quest. Giust.*, 1997, p. 415 e ss.

MCCALL SMITH A., *Suicidio ed aiuto al suicidio negli ordinamenti di common law*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia,* a cura di L. Stortoni, Trento 1992, p. 180 e ss.

MELILLO G., *Condotta medica arbitraria e responsabilità penale*, nota a: Cass. sez. V, 21 aprile, 1992, ric. Massimo, in *Cass. Pen*, 1993, p. 65 e ss.

MEZZETTI E., *"*Necessitas non habet legem*"? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella strutture dello stato di necessità.* Torino, 2000.

MILL J. S., *On Liberty*, Londra, 1859.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Relazione al Libro II*, in *Lavori preparatori del c.p. c del c.p.p.*, Roma, 1930.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Atti della Commissione Parlamentare, Parere sul Progetto del Libro Primo del Codice Civile, Delle persone*, Roma, 1942.

MINISTERO PER LA COSTITUENTE, COMMISSIONE DI STUDI ATTINENTI ALLA RIORGANIZZAZIONE DELLO STATO, *Relazione alla Assemblea Costituente,* Roma, 1946.

MOCCIA. S. (s cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996.

MOCCIA S., *Bioetica o 'biodiritto'? Gli interventi dell'uomo sulla vita* in fieri *di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto.* In, *Riv. it. dir. pen. e proc.,* 1990, p. 863 e ss.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore,* Napoli, 1992.

MONTANARI VERGALLO G., ZAAMI S., in *Compendio di medicina legale*, a cura di L. Macchiarelli, P. Albarello, G. Cave Bondi, N.M. Di Luca, T. Feola, Torino, 2006.

MONTICELLI L., *L'eutanasia nel codice penale spagnolo del 1995*, in *Ind. Pen*., 1999, p. 923 e ss.

MONTUSCHI L., *Commento all'art. 32*, in *Commentario della Costituzione,* a cura di G. BRANCA, Bologna - Roma, 1976.

MORACE PINELLI A., *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita,* in *Le decisioni di fine vita*, a cura di M. Bianca, Milano, 2011.

NERI A. in *"Della partecipazione al suicidio e della uccisione del consenziente*", Padova, 1901.

NEVES CASAL N., *Homicidio privilegiado por compaixao*, Coimbra, 2004.

NICOTRA GUERRERA, *"Vita" e sistemi di valori nella Costituzione,* Milano, 1997.

ONIDA V.,, voce*: Costituzione italiana,* in *Digesto delle discipline pubblicistiche,* Torino, 1989.

ORRÙ G., *"La tutela della dignità umana del morente",* in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia,* a cura di L. Stortoni, Trento 1992.

PADOVANI T., *Violenza carnale e tutela della libertà,* in *Riv. it. dir. pen. e proc.* 1989, p. 1301 e ss.

PAGLIARO A., *La rilevanza della vittima nel diritto penale sostanziale,* in AA. VV., *La vittima del reato, questa dimenticata, tavola rotonda nell'ambito della conferenza annuale della ricerca. (Roma, 5 dicembre 2000),* Roma, 2001

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale,*VIII ed., Milano, 2003.

PALAZZO F., voce *Personalità (diritti della),* in *Enc. del dir.,* vol. XXXIII, p. 355 e ss.

PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale,* Padova, 2000.

PALERMO FABRIS E., *"Diritto di morire" e diritto penale: una breve riflessione sul tema alla luce dei casi Welby e Englaro,* in *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione. Profili giuridici del caso Englaro,* a cura di S. BOCCAGNA, Roma, 2014, p. 83 e ss.

PALMARO M., *Eutanasia: diritto o delitto? Il conflitto tra i principi di autonomia e di indisponibilità della vita umana,* Torino, 2012

PANNAIN B., SCLAFANI F., PANNAIN M., *"L'omicidio del consenziente e la questione eutanasia"*, Napoli, 1988.

PANNAIN R., *I delitti contro la vita e la incolumità individuale*, Torino, 1965.

PAPPALARDO G., *L'eutanasia pietosa: profili di interesse medico legale*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia,* a cura di L. Stortoni, Trento 1992, p. 116 e ss.

PARDOLESI P., nota a: Cass. Civile, sez. III, 23 maggio 2001, n.7027, in *Foro it.*, 2001, p. 2504 e ss.

PARIOTTI E., *"Prospettive e condizioni di possibilità per un biodiritto europeo a partire dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina"*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 561.

PARODI GIUSSINO M., *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro It.*, 1983, p. 2660 e ss.

PASQUINO T., *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, Milano, 2011.

PATALANO V., *I delitti contro la vita*, Padova 1984.

PAVAN G., *I casi Welby e Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *Ind. Pen.* 2009, p. 227 e ss.

PECES G., MARTINEZ B., voce *Diritti e doveri fondamentali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, vol. V, p. 139 e ss.

PELLAZZA M., *L'alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it)

PELISSERO M., *Intervento chirurgico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *dir. pen. e proc.*, 2009, p. 455 e ss.

PELISSERO M., *L'intervento medico in assenza di consenso; riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 372 e ss.

PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1883.

PIOGGIA A., *Il rifiuto di cure e l'integrità del corpo: oneri e responsabilità delle strutture sanitarie*, in *Le decisioni di fine vita*, a cura di M. Bianca, Milano, 2011.

PIRAS P., Culpa levis sine imperitia non excusat: *il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it

PIZZETTI F. G., *Diritto di morire? Considerazioni sui principali profili del quadro costituzionale tracciato dalla Corte di Cassazione nella decisione sul "caso Englaro"*, in *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione. Profili giuridici del caso Englaro*, a cura di S. Boccagna, Roma, 2014, p. 19 e ss,

PIZZETTI F. G., *Sugli ultimi sviluppi del "caso Englaro": limiti della legge e "progetto vita"*, in *Pol. Dir*., 2009, p. 445 e ss-

PONZANELLI G., *Eutanasia passiva: sì, se c'è accanimento terapeutico,* in *Foro It.*, 2000, p. 2022 e ss.

PONZANELLI G., *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro It.*, 1988, p. 292 e ss.

PONZANELLI G., *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati Uniti e il 'right to die',* in *Foro It.*, 1991, p. 66 e ss.

PORTIGLIATTI BARBOS M., *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Dir pen e proc.*, 1998, p. 895 e ss.

PORZIO M., voce: *Eutanasia*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, p. 106 e ss.

PULITANÒ D., *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale,* in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 1195 e ss.

PULITANÒ D., voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere,* in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, p. 320 e ss.

PULITANÒ D., CECCARELLI E., *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona,* in *Riv. It. Med. Leg*, 2008, p. 330 e ss.

PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 55.

RAMACCI F., *Corso di diritto penale,* IV ed., Torino 2007.

RAMACCI F., *"I delitti di omicidio"* II ed., Torino, 1997.

RAMACCI F., "*Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire"* in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Pisa, 1988, p. 202 e ss.

RAMAJOLI S., *Intervento chirurgico con esito infausto senza che sussistano lo stato di necessità e il "consenso informato" del paziente: conseguenze penali a carico dell'operatore*, in *Giust. Pen.*, 1996, II, p. 127 e ss.

RAWLS J., *Liberalismo politico*, Milano 1994.

RESCIGNO G. U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita,* in *Dir. Pubbl.* 2008, p. 85 e ss.

RESCIGNO P., *La società pluralista*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966.

RESCIGNO P., voce: *Testamento biologico*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, XXI secolo, appendice VII, Roma, 2007, p. 367 e ss.

RISICATO L., *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*. Torino, 2008.

RISICATO L., *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2009, www.statoechiese.it

RIZ R., "*Il consenso dell'avente diritto",* Padova, 1979.

RODOTÀ S., *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte,* in *Il diritto di morire bene*, a cura di S. Semplici, Bologna, 2002, p. 39 e ss.

RODOTÀ S., *La vita e le regole*, Milano, 2006.

ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.* 2007, p. 1269 e ss.

ROMBOLI R., Commento all'articolo 5. In *Commentario del Codice Civile*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1988.

ROMBOLI R., *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali* in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia,* a cura di L. Stortoni, Trento 1992, p. 19 e ss.

RONZIO A., *Olanda: la scelta della legalizzazione*, in, *Il diritto di morire bene*, a cura di S. SEMPLICI, Bologna 2002, p. 109 e ss.

ROSSI E., Commento all'articolo 2 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di A. Celotto, R. Bifulco, M. Olivetta, Milano, 2006.

ROXIN C., *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1996.

RUSCONI G. E., *Laicità ed etica pubblica*, in *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano 2007.

SALITO G., *Testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, p. 196 e ss.

SANTOSUOSSO A., *Il consenso informato. Tra giustificazione del medico e diritto del paziente.*, Milano, 1996.

SANTOSUOSSO A., *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*; in *Foro It.*, 1991, p. 66 e ss.

SANTOSUOSSO A., *Novità e remore sullo "stato vegetativo persistente",* in *Foro It.*, 2000, p. 2025 e ss.

SAPIENZA R., *La convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina"* in "*Riv. it. di dir. internaz.*, 1998, p.459 e ss.

SARTORI G., *Pluralismo, multiculturalismo ed estranei. Saggio sulla società multietnica*, Milano, 2000.

SCOLETTA M., *Il doppio binario sanzionatorio del* market abuse *al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al* ne bis in idem, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it)

SEMINARA S., *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p- 1561 e ss.

SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia* in, *Riv. It. Dir. e proc. Pen*, 1995, p. 670 e ss.

SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato,* in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1983, p. 1125 e ss.

SEMINARA S., *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere,* in *Dir. pen. e proc*., 2004, p. 533 e ss.

SEMPLICI S. (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002.

STELLA F., *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1984, p. 1016 e ss.

STELLA F., *La laicità dello stato: fede e diritto penale* in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, 1985, p. 310 e ss.

STORTONI L. (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia,* Trento, 1992.

STORTONI L.,*"Riflessioni in tema di eutanasia"*, in *Indice Penale* 2000, p. 480 e ss.; anche in *Il diritto e la differenza, scritti in onore di Alessandro Baratta*, a cura di De Giorgi R., Lecce, 2003.

SUAREZ-MIRA PRIETO C., JUDEL PRIETO A., PINOL RODRIGUEZ J.R., *Manual de derecho penal. Parte especial*, La Coruna, 2005

TABANELLI F., *Eutanasia passiva e attiva: opportunità di una riconsiderazione delle disposizioni del codice penale in materia*, in *Crit. Pen.*, 1989, p. 50 e ss.

TALLARITA R., *L'eutanasia nel Regno Unito*, in *Il diritto di morire bene*, a cura di S. Semplici, Bologna, 2002, p.137 e ss.

TASSINARI D., *Gli attuali progetti di legge sul così detto "testamento biologico": un breve sguardo d'insieme,* in *Criminalia*, 2006, p. 266 e ss.

TASSINARI D., *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in *Eutanasia e diritto*, S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo, Torino, 2003, 115 e ss.

TESAURO A., *riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista,* Torino, 2013.

TONINI P., *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato,* in *Studi in onore di G. Delitala,* Milano, 1984, p. 1578 e ss.

TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.

TOSATO E., *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato,* in AA.VV., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, 1982.

TRIPODI A. F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato,* in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemopraneo.it)

TRIPODINA C., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2004.

VALLINI A., *A proposito del 'Caso Welby',* in *Problemi dell'informazione,* marzo 2007, p. 35 e ss.

VALLINI A., *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico e diritto del malato?,* in *Studium Iuris,* 2007, p. 539 e ss.

VALLINI A., *Rifiuto di cure 'salvavita' e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2008, p. 59 e ss.

VANNINI O., *Il delitto di omicidio*, Milano 1935.

VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

VASSALLI G., *Sintesi conclusiva* in AA. VV., *La vittima del reato, questa dimenticata, tavola rotonda nell'ambito della conferenza annuale della ricerca. (Roma, 5 dicembre 2000)*, Roma, 2001

VERDUCCI M. L., *Scelte di fine vita e diritto penale*, Torino, 2014

VEZZADINI S., *La vittima del reato, tra negazione e riconoscimento*, Bologna, 2006

VIANO C. A., *Laici in ginocchio*, Roma - Bari, 1996.

VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis in idem*: verso una applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte Edu)*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it).

VIGANÒ F., *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen e proc.*, 2007, p. 5 e ss.

VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico senza il consenso del paziente*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 2004, p. 154 e ss.

VIGANÒ F., *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 1035 e ss.

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazioni e delle scusanti*, Milano, 2000.

VIOLA F., *La disponibilità della vita umana*, in *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione. Profili giuridici del caso Englaro,* a cura di S. Boccagna, Roma, 2014, p. 11 e ss.

VIRGADAMO P., *L'eutanasia e la Suprema Corte, dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere,* in *Dir. di Fam. e Pers*., 2008, p. 592 e ss.

VISCO A., *L'omicidio e la lesione del consenziente*, Milano, 1929

VISCO A., *L'omicidio del consenziente nel nuovo codice penale*, in *Rivista penale*, 1933, p. 180 e ss.

VOENA G. P., *La tutela del danneggiato nel processo penale,* in AA. VV., *La vittima del reato, questa dimenticata, tavola rotonda nell'ambito della conferenza annuale della ricerca. (Roma, 5 dicembre 2000)*, Roma, 2001

WELBY P., *Lasciatemi morire*, Milano, 2006,

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.