



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in Diritto Romano e Diritto Pubblico Interno e Sovranazionale
Dipartimento di Scienze giuridiche della società e dello Sport
IUS/17 – Diritto Penale

Il problema dell'eutanasia nell'ordinamento multilivello: la prospettiva
della tutela dei diritti fondamentali

IL DOTTORE

Riccardo Ercole Omodei

IL COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Antonello Tancredi

IL TUTOR

Chiar.mo Prof. Giuseppe Verde

CO TUTOR

Chiar.mo Prof. Vincenzo Militello

CICLO XXVI
2016

Sommario

IL PROBLEMA DELL'EUTANASIA NELL'ORDINAMENTO MULTILIVELLO: LA PROSPETTIVA DELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI.....	0
INTRODUZIONE	3
CAP I LA DISCIPLINA ITALIANA	9
INTRODUZIONE.....	9
1 IL QUADRO COSTITUZIONALE	10
1.1 <i>Titanomachia</i>	10
1.2 <i>La via della ragionevolezza</i>	14
1.3 <i>la dignità umana come principio cardine del sistema</i>	17
1.4 <i>Tertium genus</i>	22
1.5 <i>l'eutanasia passiva consensuale ed il diritto a rifiutare trattamenti sanitari</i>	26
2. LA LEGISLAZIONE PENALE ITALIANA IN MATERIA DI EUTANASIA	32
2.1 <i>Quale fondamento per un diritto penale moderno?</i>	32
2.2 <i>Il fondamento giuridico dell'attività medico-chirurgica</i>	43
2.2.1 <i>Il consenso come fondamento dell'attività medico-chirurgica</i>	44
2.2.2 <i>Il fondamento costituzionale dell'attività medica</i>	46
2.2.3 <i>Le fattispecie astratte applicabili in ambito medico chirurgico</i>	48
2.2.4 <i>Le Sezioni Unite sul caso Giulini</i>	65
2.2.5 <i>Una visione costituzionalmente orientata della responsabilità medica</i>	72
2.3 <i>La legislazione penale in materia di fine vita</i>	75
2.4 <i>La peculiarità delle condotte eutanasiche</i>	88
CAP II LA CEDU ED IL PROBLEMA DEL FINE VITA	104
1 LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	104
Introduzione	104
1.1 <i>La tutela multilivello dei diritti: tra CEDU e diritto interno</i>	106

1.2 Corti interne e Corti internazionali: gerarchia o pluralismo?	110
1.3 Diritto penale e fonti sovranazionali	116
2 LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU	120
a) Il caso <i>Pretty c. Regno Unito</i>	120
I motivi del ricorso.....	120
La decisione della Corte	123
b) <i>Haas c. Svizzera & Gross c. Svizzera</i>	129
CAP III L'ORDINAMENTO INGLESE	135
1 LA COMPARAZIONE COL REGNO UNITO.....	135
2 LA LEGISLAZIONE INGLESE DI RIFERIMENTO	136
2.1 <i>La ricostruzione giurisprudenziale</i>	137
a) Il caso <i>Bland</i>	137
b) Il caso <i>Purdy</i>	141
2.2 <i>Le Linee guida del DPP</i>	148
3 IL SISTEMA DEL MENTAL CAPACITY ACT	153
3.1 <i>L'accertamento della mental capacity</i>	155
3.2 <i>Il Best interests principle</i>	159
CONCLUSIONI	168
BIBLIOGRAFIA.....	181
RINGRAZIAMENTI.....	193

INTRODUZIONE

Chiarimenti terminologici preliminari e percorso della ricerca

Col termine eutanasia¹, inteso in una sua accezione moderna, si indica generalmente un complesso di condotte, tra loro oltremodo diverse, che nell'ambito medico chirurgico sono finalizzate ad agevolare la morte altrui tramite mezzi indolori volti alla cessazione di un'agonia.

La centralità del suddetto argomento all'interno del dibattito giuridico e sociale è dovuta, prevalentemente, all'immane progresso tecnico scientifico che ha coinvolto il sapere medico. Se da una parte tale progresso ha consentito di affrontare con maggior vigore, ed in taluni casi di debellare, malattie che da sempre affliggevano l'esistenza umana, dall'altra ha comportato, col suo incessante avanzare, l'offuscamento di quelli che una volta erano confini certi tra la vita e la morte. L'incredibile sviluppo che ha investito la medicina ha interessato, infatti, anche l'ambito della terapia intensiva che oggi è in grado di sostituirsi a molte funzioni vitali del malato impedendo in tal modo che la *morte clinica*² degeneri in *morte cerebrale*. Quest'ultimo concetto, nel nostro

¹ Non si vuole qui trattare di forme particolarmente aberranti di eutanasia, quali ad esempio quella a *fini eugenetici* per preservare la purezza della razza o scongiurare il diffondersi di malattie, o ancora *l'eutanasia sperimentale o criminale*.

² “Coincide con la sospensione *ad tempus* delle funzioni vitali che, qualora non sia evoluta repentinamente verso la *morte cerebrale o biologica*, consente, se abbastanza precoce, la riattivazione delle funzioni *de quibus*, salvo il persistere di lesioni permanenti, mediante pratiche rianimatorie nosocomiali o extra nosocomiali”: così in T. SPASARI. *Eutanasia. Profili giuridici e medico-legali*, Roma, 2003, p. 152.

ordinamento, è definito dall'art. 1 della Legge n. 578 del 1993 come la *“cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”*: solo un tale stato può comportare una constatazione dell'avvenuto decesso con successiva redazione, da parte del medico, del certificato di morte. Nel limbo quindi tra morte clinica e morte cerebrale si pongono quelle condizioni cliniche normalmente definite *coma*. Con tale termine si indica *“la privazione totale dello stato di coscienza, con conseguente refrattarietà alle stimolazioni, perdita della motilità volontaria e della sensibilità, associata al persistere delle funzioni vegetative, quali risultano essere quelle cardiocircolatoria e respiratoria”*³. A seconda della gravità della condizione clinica la scienza medica distingue quattro diversi livelli di coma: il *coma vigile* contraddistinto da uno stato di agitazione del paziente che nel sonno, pur delirando, risponde alle richieste verbali, il *coma medio* caratterizzato da reazioni del paziente disordinate e frammentarie, il *coma profondo* dove non vi è risposta nemmeno a stimoli di notevole intensità, ed infine il *coma irreversibile* all'interno del quale il malato cade in uno *stato vegetativo permanente* riscontrato a seguito di *“molteplici parametri ed esami neurologici ed elettrofisiologici, che abbiano univocamente evidenziato la presenza di comprovate lesioni cerebrali irreversibili, così vaste da relegare l'ammalato in una condizione perenne d'incoscienza, senza più speranza di ripristino o di recupero, nemmeno parziale, della funzione intellettiva e cognitiva dell'encefalo”*⁴.

Tali tragiche, e spesso non rimediabili, situazioni cliniche, non comportando una *“cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”*, sono sprovviste dei

³ T. SPASARI op.cit., p. 131.

⁴ T. SPASARI op.cit., p.154.

requisiti legislativi richiesti per dichiarare la morte del paziente, e la loro elevata probabilità di protrarsi a lungo ha destato lo scalpore di gran parte dell'opinione pubblica, all'interno della quale è sorto un aspro dibattito avente ad oggetto l'ampiezza e l'operatività del diritto alla salute. Il duro confronto sociale sorto a riguardo è stato alimentato, inoltre, da altre situazioni mediche estreme generalmente riconducibili al concetto di *malattia terminale*. Si definisce tale “una grave situazione patologica, che, a cagione del nesso causale con la malattia primaria che l'ha determinata, costituisce l'ultima fase di tanti stadi progressivi, il cui esito finale a più o meno breve termine è la morte”⁵ e che, privando il paziente di ogni speranza futura, lo opprime, angustiando la sua esistenza con atroci sofferenze e dolori derivanti dall'evolversi della patologia. L'unica “terapia” fornita nei casi in questione è costituita dalla c.d. *medicina palliativa* che si concretizza nella somministrazione di particolari sostanze, quali gli oppioidi forti come la morfina, che riescono a lenire le sofferenze del malato ma che hanno inevitabilmente degli effetti collaterali non trascurabili quali, ad esempio, l'accorciamento della vita del soggetto oltre che, come nel caso della morfina, una dipendenza fisica alla sostanza.

Gli appena accennati panorami medico chirurgici hanno, quindi, posto il singolo di fronte alla necessità di confrontarsi con nuovi problemi etici che non possono essere affrontati e risolti da una legislazione inerte al cospetto dell'incessante progredire dell'arte e della tecnica. Il cittadino si fa allora portatore di nuove istanze che, nel perdurante silenzio colpevole del Legislatore, sono con difficoltà

⁵ T. SPASARI op.cit., p.138.

affrontate dalla giurisprudenza nel suo costante e flebile tentativo di bilanciare i diritti fondamentali coinvolti nella questione.

Preme precisare che in dottrina sono presenti diverse classificazioni delle condotte eutanasiche. Una prima differenziazione discerne tra eutanasia *attiva* e *passiva*, anche se nella scienza giuridica non vi è concordia circa il criterio discriminatorio da adottare: secondo un orientamento interpretativo occorre in proposito riferirsi alla mera modalità di esecuzione della condotta, avendosi quindi eutanasia attiva tutte le volte in cui il soggetto agente pone in essere un'azione, e passiva quando si ha un'omissione. Secondo invece un orientamento dottrinale divergente la differenziazione tra le condotte attive e quelle passive si dovrebbe individuare avuto riguardo alle modalità con le quali il comportamento umano influisce sul decorso causale. Nell'eutanasia *attiva* la condotta è il fattore causale unico o comunque principale, che porta all'evento morte, mentre, in quella *passiva*, la condotta del medico si inserisce in un rapporto causale già attivatosi autonomamente. Si suole inoltre differenziare le condotte eutanasiche in *consensuali* e *non consensuali*, a seconda che siano sorrette o meno dal consenso del paziente, e in *dirette* e *indirette* se si guarda al fine primario perseguito dalla condotta, costituito dalla morte del soggetto malato nell'eutanasia diretta e dall'alleviare le sue sofferenze fisiche in quella indiretta.

Sulle forme di eutanasia indiretta, tra le quali rientra la terapia del dolore sopra ricordata, vi è un generale consenso che spinge a riconoscerne la liceità, per non dire doverosità, che si è tramutato in una disciplina normativa, dettata dalla Legge n. 12 del febbraio 2001, che ha imposto vincoli molto meno restrittivi ai medici

nella somministrazione delle cure palliative. Le tre forme di eutanasia che invece destano maggiori problematiche, e sulle quali ci si concentrerà, sono: l'*eutanasia attiva consensuale*⁶ e l'*eutanasia passiva consensuale e non consensuale*.

Tali problematiche saranno oggetto del presente studio che adotta un'ottica estesa al di là dell'orizzonte nazionale, imposta dal contemporaneo intersecarsi di diversi piani di tutela (europeo, internazionale ed interno) che interagiscono tra loro ed insieme predispongono una complessa ed articolata disciplina concernente i diritti ed i principi maggiormente rilevanti.

Nel procedere del lavoro si partirà dall'analisi dell'ordinamento penale italiano e dell'incerta soluzione basata sulle recenti pronunce giurisprudenziali, tra le quali spicca sicuramente per eco mediatica la sentenza della Suprema Corte sul caso Englaro. Ci si soffermerà, successivamente, sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che è stata più volte chiamata a decidere su tematiche inerenti la questione eutanasi e che, pur rifugiandosi spesso, per timore reverenziale o per un prudente *self-restraint*, dietro l'istituto del margine di apprezzamento riservato agli Stati contraenti, ha tentato di porre le basi per un futuro riconoscimento di un maggior rilievo pratico al principio di autodeterminazione responsabile in campo medico. Si studieranno, in seguito, le

⁶ L'eutanasia attiva diretta non consensuale è infatti perfettamente sussumibile nella fattispecie astratta dell'omicidio comune di cui all'art. 575 c.p., non essendo tra l'altro configurabile nel nostro ordinamento secondo un orientamento costante della Suprema Corte (Cass. Penale Sez. I, 7 aprile 1989, così come riportata da S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 757) un caso di omicidio per pietà, ai sensi della circostanza attenuante ex art. 62 n 1 c.p., dato che nella società attuale manca quell'incondizionato apprezzamento nei confronti delle pratiche eutanasiche richiesto dalla norma, e anche perché tale attenuante comune risulta soccombente nel giudizio di bilanciamento con le circostanze aggravanti speciali previste dall'art. 577 c.p. quali la premeditazione o l'utilizzo di sostanze venefiche.

diverse soluzioni adottate dai due Paesi europei, Svizzera e Regno Unito, che sono stati convenuti innanzi la Corte EDU per questioni attinenti il diritto alla vita, e la peculiare disciplina dell'eutanasia attiva dettata con legge del 10 aprile 2001 dal legislatore olandese. Infine, si tenterà di delineare un'ipotesi legislativa che permetta di rispondere ai bisogni e agli interessi della compagine sociale, dando pieno e corretto risalto al principio consensualistico in ambito medico-chirurgico, creando quindi un condiviso sentimento di giustizia e di valori che porti a colmare la distanza non così vasta tra le esperienze giuridiche, per poter eliminare o quanto meno ridurre il fenomeno, alquanto sgradevole in materie dove è implicato il diritto alla vita, del *forum shopping*.

CAP I LA DISCIPLINA ITALIANA

INTRODUZIONE

Negli ultimi anni il problema delle scelte di fine vita è stato spesso al centro del dibattito giuridico e culturale. Coinvolgendo questioni etiche di primaria importanza l'argomento è stato aspramente dibattuto dai vari soggetti coinvolti che, specialmente in prossimità temporale agli eventi che maggiormente hanno scosso l'opinione pubblica, si sono sovente atteggiati a vere e proprie "fazioni" di uno scontro, non privo di colpi bassi, che ha visto l'ergere a vessilli sotto i quali combattere il diritto/dovere alla vita, da una parte, ed il diritto all'autodeterminazione dalla parte opposta. Pur comprendendo e giustificando tali atteggiamenti, dovuti alla profondità e delicatezza delle tematiche coinvolte, si deve riconoscere che la faziosità che ha talvolta contraddistinto il dibattito sull'eutanasia ha avuto come unica conseguenza un inasprimento ed un inaridimento della discussione, sociale ed in parte anche giuridica, che non è stata gravida di alcuna seria proposta di riforma. Il presente studio tenterà quindi di svilupparsi all'esclusivo fine di suggerire una soluzione per le controverse e dolorose vicende che quotidianamente si ripetono nei nostri ospedali.

Sembra opportuno chiarire preliminarmente che l'indagine che si svolgerà ha come postulato di base il concetto secondo il quale lo Stato costituzionale di diritto, seppur oggi da molti autori ritenuto in crisi, implica il suo essere laico e pluralista, ossia il porsi in una condizione di neutralità dinnanzi al costante

divenire della società ed alle sue diverse componenti, dotate ciascuna di esse di una differente, ma egualmente rispettabile, visione del mondo e della vita. Si assumerà, quindi, e si chiederà all'interlocutore di assumere, come vera, nel prosieguo del lavoro e senza necessità di dimostrazione, l'asserzione secondo la quale il moderno Stato costituzionale di diritto è uno Stato laico⁷ e pluralista.

1 Il quadro costituzionale

Necessaria risulta a questo punto una piccola parentesi sul tessuto costituzionale italiano delineato dalla Carta e dalla costante attività giurisprudenziale della Consulta. L'inevitabilità di tale digressione è dovuta in modo preminente, oltre che all'ordine logico della gerarchia delle fonti, al costante e peculiare richiamo ai principi che "affligge" la discussione sul fine vita. Ci si concentrerà quindi nel prosieguo sull'analisi dei principi maggiormente richiamati dalla dottrina e sui loro rapporti, per poi volgere lo sguardo alla disciplina di dettaglio prevista dal codice penale italiano in materia di eutanasia.

1.1 Titanomachia

Le difficili scelte inerenti il fine vita che si pongono nella disponibilità del singolo coinvolgono beni ed interessi talmente rilevanti da attirare l'attenzione della società nel suo complesso. A livello di principi si assiste ad un vero e proprio scontro tra Titani difficilmente risolvibile non attingendo direttamente a quel serbatoio di credenze, valori e convinzioni personali che costituisce la morale

⁷ La Corte Costituzionale più volte è intervenuta affermando la supremazia del principio di laicità nel nostro ordinamento. In Corte Cost. 20 novembre 2000 n. 508 si afferma che il principio di laicità "*caratterizza in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse*".

soggettiva, dalla quale però bisogna esser capaci di distanziarsi poiché solo diventando “*spettatori delle altrui come delle proprie azioni*” ci si “*abilita al giudizio politico*”⁸.

Le diverse posizioni che si contendono il campo, all'apparenza irriducibili tra loro, possono essere ricondotte a due grandi macro-aree fondate entrambe sull'assetto costituzionale vigente. Una parte della dottrina, sgomenta di fronte all'incessante avanzare della tecnica e al venir meno di quelli che venivano considerati limiti naturali all'agire umano⁹, cerca protezione e conforto nei principi generali dell'ordinamento. A tal fine riconosce la necessità di una tutela oggettiva ed assoluta della vita umana, anche nei confronti dello stesso titolare, facendo leva sull'art. 2 Cost. Infatti, anche se la nostra Carta non contiene un esplicito riferimento alla tutela della vita umana, come invece fanno altre esperienze costituzionali, ad esempio quella tedesca, il richiamo ai diritti inviolabili dell'art. 2 Cost. sembra coprire, comunque, questo tipo di lacuna. Inoltre il diritto alla vita, in quest'ottica, assume una posizione assolutamente prevalente all'interno dell'ordinamento, anche rispetto ad altri principi

⁸ Sul corretto utilizzo della ragione pubblica interessanti le argomentazioni di R. SALA, *Etica pubblica e biodiritto*, in *Trattato di Biodiritto* a cura di S. CANESTRARI, S. FERRANDO, S. RODOTÀ, S. ZATTI, 2011, p. 131, Giuffrè editore, Milano.

⁹ Emblematiche e dense di significato in tal senso le parole di S.RODOTÀ “*È l'antropologia profonda del genere umano che di colpo, nel giro di pochi anni, viene messa in discussione. Si manifestano angosce, si materializzano fantasmi: e il diritto appare l'unica cura sociale, con una intensa richiesta di norme, limiti, divieti. Perdute le regole della natura, la società si rispecchia nel diritto e ad esso chiede rassicurazione, prima ancora che protezione. Sembra quasi che l'umanità, vissuta fino a ieri al riparo delle leggi di natura, sopra luoghi dove l'irrompere improvviso della libertà si rivela insopportabile. Si rivelano così aree dell'esistenza che dovrebbero comunque essere normate, perché la libertà di scegliere, dove prima era solo caso o destino, spaventa, appare come un pericolo o un insostenibile peso. Se cadono le leggi della natura, l'orrore del vuoto che esse lasciano dovrebbe essere colmato dalle leggi degli uomini*” *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., p. 203.

costituzionalmente rilevanti. La prevalenza di un tal tipo di diritto viene ricollegata al carattere di assoluta indisponibilità della vita umana, come si ricava da disposizioni di legge ordinaria quali l'art. 5 c.c. e gli artt. 579 e 580 c.p. Prosegue tale dottrina, sostenendo che il nostro ordinamento costituzionale si fonda su un principio solidaristico contenuto all'interno dell'art. 2 Cost.¹⁰ e riconosciuto come dovere inderogabile che fa da contrappeso ai diritti inviolabili sanciti dalla Carta. Si tratta, secondo l'impostazione in esame, di un limite all'esercizio degli stessi che si concretizza nell'interesse collettivo, della comunità. Il singolo quindi non può esercitare i propri diritti inviolabili laddove quest'esercizio vada contro l'interesse comune¹¹.

A questo modello, che individua nella vita il valore necessariamente prevalente a discapito della libertà del singolo, si contrappone quella parte della dottrina che ritiene che in un moderno Stato liberale e pluralista, che pone al centro della società l'individuo in quanto tale, la chiave di lettura primaria dei principi supremi deve e può soltanto essere il principio della tutela dell'autonomia dell'individuo e della sua autodeterminazione responsabile. Basandosi prevalentemente sul disposto dell'art. 32 co. 2 Cost. si sostiene che una corretta lettura del dovere di solidarietà non può prescindere da quelli che sono gli interessi concreti dei singoli, e non può mai portare ad una tutela della vita umana che non tenga conto

¹⁰ Per quanto riguarda l'esplicarsi del principio di solidarietà nelle relazioni giuridiche. F. LUCARELLI, *Solidarietà e potere di disposizione*, Napoli, 1968. F. MASTROPAOLO, *Valori fondamentali e persona umana nell'evoluzione del diritto privato*, in *Iustitia*, 1987, p. 193 ss.

¹¹ Così, L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv.it.med.leg.*, 1995, p. 735; A. GAZZON, *Consenso e stato di necessità nell'atto medico*, in *Riv.pen.*, 1967, p. 674. Inoltre L. EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, in C. VIAFORA (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Padova, 1996, p. 243.

della volontà del soggetto e che non venga controbilanciata da altri interessi costituzionalmente tutelati¹².

Le posizioni sommariamente esposte appaiono tra loro del tutto incompatibili, prive di qualsivoglia punto di contatto, facendo leva l'una sull'assoluta primazia del diritto alla vita e della sua tutela che si impone anche sulla stessa volontà del singolo, e l'altra sul principio di libertà che dovrebbe costituire paradigma dei moderni Stati costituzionali.

Data la centralità e la delicatezza dei principi affrontati risulta evidente la necessità di risolvere tale aspro contrasto tramite la predisposizione di un tessuto normativo che possa reggere la complessità ed eterogeneità della società¹³. La sfida per il giurista consiste nel tentare di ridurre la complessità di un siffatto scenario al fine di evitare qualsiasi tipo di abuso o prevaricazione, e nel far ciò può scegliere di percorrere due strade tra loro profondamente diverse. Si può optare per la soluzione volontaristica¹⁴ che ponga fine del tutto, almeno a livello formale-legislativo, alla frammentazione della compagine sociale, imponendo una volontà sovrana prevalente sulle altre concezioni etiche in gioco, reprimendo in tal modo il pluralismo e quindi negando la condizione di base dalla quale siamo partiti, oppure si può percorrere la più complessa ed articolata via della

¹² Sul punto tra gli altri M.B. MAGRO, *“Eutanasia e diritto penale”*, Torino, 2001; A. SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale ruolo ai familiari?*, commento a Trib. Messina 26 Luglio 1995, ufficio G.I.P., in *Dir.pen.proc.*, n.2/1996.

¹³ Come sempre interessanti le parole di D.PULITANO *“Biodiritto e diritto penale”*, in *Trattato di Biodiritto*, Cit., p. 641 *“Il diritto non può proporsi l'obiettivo di dirimere le controversie bioetiche, ma quello di risolvere problemi di disciplina, là dove siano richieste o appaiano opportune soluzioni vincolanti e coercibili. Deve fare i conti con disaccordi più o meno ragionevoli, e andare alla ricerca di auspicabili consensi per intersezione: accordi non completamente teorizzati su soluzioni concrete di problemi bioetici, a partire da premesse divergenti”*.

¹⁴ A tal proposito si rimanda a F.VIOLA *“Debolezza della volontà e incertezza della ragione”*, in *“Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo”*, Il Mulino, Bologna, 2012.

ragionevolezza che giunga, tramite un compromesso, ad un'intesa minima sul bene comune.

Seppur di difficile realizzazione quest'ultima opzione sembra l'unica praticabile in un moderno Stato costituzionale di diritto, anche in materie coinvolgenti temi eticamente sensibili dove la frammentazione sociale è più marcata ed il compromesso viene di norma visto, in un'accezione negativa, come un venir meno ai propri principi morali. Nelle pagine che seguono ci si muoverà quindi, non senza difficoltà, lungo il terreno in parte paludoso del compromesso.

1.2 La via della ragionevolezza

*“Compromise is odious to passionate natures because it seems a surrender and to intellectual natures because it seems a confusion”*¹⁵

Il concetto di compromesso rimanda, da un punto di vista etimologico, ad un accordo raggiunto da più parti, tramite mutue concessioni, che si qualifica spesso come discutibile sul piano morale. Indica quindi una soluzione, talvolta di comodo, che si è raggiunta per motivi contingenti e recedendo parzialmente dai propri principi. Data la sua connotazione eminentemente negativa, sorgono spontanei degli interrogativi circa l'opportunità di un compromesso in campi eticamente sensibili: è realmente auspicabile tentare la strada del compromesso in materia di fine vita? E anche se lo fosse, è un percorso praticabile? Ed ancora, verso che tipo di accordo dovremmo dirigerci?

¹⁵ R.HUXTABLE, *“Euthanasia excused: between prohibition and permission”*, in *Bioethics, medicine and the criminal law*, Cambridge University Press, 2013, p. 56.

Per quanto attiene al *se* tentare la via del compromesso valgono le considerazioni sopra effettuate circa l'incompatibilità tra lo Stato che riconosca il pluralismo come valore e la soluzione volontaristica che imponga la volontà sovrana sulla variegata compagine sociale; si vuole precisare soltanto in questa sede che l'eventuale imposizione di una determinata visione del mondo comporterebbe, per l'ordinamento, una perdita di legittimità nei confronti di quei cittadini che sostengono visioni del bene diverse da quelle imposte, con un ulteriore sfaldamento del già frammentato tessuto sociale.

Più complessa risulta la problematica circa la praticabilità di tale soluzione. Le opposte visioni sul problema inizialmente richiamate appaiono tra loro del tutto incompatibili, incommensurabili, ed entrambe più o meno ampiamente saldate a vaghi richiami costituzionali. Il panorama etico-giuridico si presenta quindi incerto, complesso, eppure proprio in tali contesti ha più senso parlare di compromesso che si denota come la via più giusta per riportare il molteplice al semplice. Per poter far ciò è però necessario che tutte le parti in gioco considerino i propri "contendenti" come controparti le cui legittime pretese devono essere valorizzate nel confronto, l'essenza del compromesso è infatti la negoziazione, che non sussiste senza comunicazione. Bisogna quindi abbandonare l'atteggiamento di ostilità che ha finora contraddistinto la discussione sul fine vita per abbracciare un pieno spirito democratico di tolleranza, di mutuo rispetto¹⁶.

¹⁶ Sulle modalità del compromesso in ambito etico si rimanda alle osservazioni svolte da R.HUXTABLE, "*Euthanasia excused: between prohibition and permission*", op. cit.

A tal fine risulta necessario analizzare con maggiore attenzione il tessuto costituzionale di riferimento per ottenere un'immagine chiara dello scenario all'interno del quale l'operatore giuridico opera. È bene precisare che la tutela di beni e diritti fondamentali non è più predisposta esclusivamente dalla Costituzione, ma si arricchisce di ulteriori testi fondamentali quali la Carta di Nizza e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ai quali si aggiunge in ambito biomedico la Convenzione di Oviedo. Un suddetto approfondimento è dovuto anche alla peculiare circostanza secondo la quale entrambe le suesposte opzioni interpretative fondano le loro ultime argomentazioni sul concetto di dignità.

In modo assolutamente sorprendente, infatti, sia i fautori dell'autodeterminazione sia i sostenitori del diritto alla vita ritengono di dover giustificare le loro argomentazioni richiamando il concetto di dignità della persona umana: non sarebbe degno costringere un uomo a continuare a vivere in determinate circostanze, ma non lo sarebbe nemmeno porre fine alla sua esistenza. Come risolvere quest'apparente contraddizione? La problematica si mostra ancora più pressante data la proliferazione dei riferimenti alla dignità umana in tutto il campo della bioetica, ed il valore assolutamente preminente che acquista tale concetto nelle società secolarizzate contemporanee.

1.3 la dignità umana come principio cardine del sistema

La dignità umana¹⁷ fa il suo ingresso nelle Carte fondamentali in tempi relativamente recenti. È infatti a seguito della tragedia del secondo conflitto mondiale che la collettività percepisce la necessità di porre nuovi limiti ai talvolta terribili poteri statuali, e di cristallizzare questi confini nelle Costituzioni moderne. Si vuole evitare che l'uomo venga nuovamente ridotto a mezzo per raggiungere fini spesso aberranti, quali ad esempio la purezza della razza, e per far ciò si forgia, nella seconda metà del secolo scorso, un concetto di dignità che possa supportare, corroborare, le pretese di libertà del singolo, e che divenga il presupposto ultimo per poter godere di tutti gli altri diritti. La dignità, in questa sua prima accezione, funge quindi da scudo avverso le prevaricazioni di terzi soggetti, è una dignità che si risolve nella libertà della persona, nella sua autodeterminazione.

Col passare del tempo questa accezione “soggettiva” cede terreno ad un'altra interpretazione del valore in questione, andandosi delineando “*all'orizzonte del diritto un'idea meta soggettiva di dignità, che trascende il singolo per abbracciare l'intera comunità degli appartenenti alla specie umana*”¹⁸. Si passa dal concetto di dignità dell'individuo al concetto di dignità umana con l'intento di

¹⁷ Per un'analisi storico-giuridica del concetto di dignità G.RESTA, “*La dignità*”, in *Trattato di Biodiritto* op. cit., p. 259 e ss. Molteplici sono i richiami alla dignità che caratterizzano i più importanti trattati sui diritti fondamentali del novecento: l'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo afferma che “tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti” formula ripresa parzialmente anche dall'art. 2 della Convenzione Unesco sul genoma umano e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina. Rispetto alla Convenzione di Oviedo, dove il concetto di dignità viene esplicitamente richiamato 5 volte, nella Dichiarazione Unesco sulla bioetica e i diritti dell'uomo il richiamo risulta ancora più spasmodico dati i ben 11 impieghi che vengono fatti del concetto di dignità.

¹⁸ G. RESTA, “*La dignità*”, in *Trattato di biodiritto* op. cit., p. 266.

voler creare un nocciolo duro della persona che non possa essere scalfito nemmeno dalla volontà di quest'ultima, la dignità cioè cessa di essere esclusiva fonte di diritti per divenire anche fonte di obblighi.

Tutto ciò è dovuto alla presa di coscienza dei limiti dell'autodeterminazione, dietro la quale talvolta si celano pericoli che non possono essere ignorati dal diritto. È il caso ad esempio della commercializzazione del corpo umano e dei condizionamenti che possono derivare dalla logica del mercato, del piegarsi della volontà del singolo alla forza delle transazioni economiche. L'uomo diventa merce¹⁹, cessa nuovamente di essere fine e torna ad essere mezzo, dietro la maschera dell'autodeterminazione si nascondono striscianti ingerenze esterne non meno pericolose delle prevaricazioni che hanno contraddistinto il nostro recente passato. Si spiegano quindi i limiti posti alla volontà dei singoli di disporre del proprio corpo, i divieti dell'eugenetica di massa e della clonazione riproduttiva.

Il concetto di dignità della persona umana presta quindi il fianco ad una duplice interpretazione: inteso in senso estremamente soggettivo porta a definire degno ciò che ciascuno di noi riconosce come tale, enfatizzando al massimo il ruolo dell'autonomia dell'individuo; adottando all'inverso un'ottica puramente oggettiva sostiene che l'uomo in quanto tale è dotato di un suo concetto di dignità che non rientra nella disponibilità del singolo, sacrificando in tal modo la libertà dell'individuo sull'altare della ragion pubblica. Tra queste due opposte concezioni

¹⁹ Ancora una volta dense di significato le parole di S.RODOTÀ, *“Il nuovo habeas corpus..”* op. cit. *“La realtà è quella di vite che si impadroniscono di altre vite, dove la solidarietà è soltanto la giustificazione per ridurne alcune, quelle dei fornitori di organi, al modello del calcolo economico, con la nascita di una nuovissima forma di cannibalismo civilizzato, con gli abbienti che divorano i corpi dei non abbienti”.*

è possibile individuare una via mediana²⁰ che porti a conciliare le diverse visioni e che costituisca il terreno sul quale porre le basi di un solido compromesso sulle questioni di fine vita.

Prima di delineare i contorni di una concezione della dignità che tenga conto sia della sua componente soggettiva sia di quella oggettiva, si deve giustificare la centralità che nella ricostruzione che si vuole prospettare assume la dignità umana, dati i carenti e talvolta incerti richiami normativi a tale concetto effettuati nel nostro ordinamento.

Infatti la Costituzione italiana rimanda solo vagamente al bene della dignità umana: l'art. 3 afferma che *“tutti i cittadini hanno pari dignità sociale”*, l'art. 36 che *“il lavoratore ha diritto [...] ad un'esistenza libera e dignitosa”* ed il 41 statuisce che *“l'attività economica [...] non può recare danno alla dignità umana”*. Sono tutti richiami *en passant*, spesso realizzati in contesti peculiari come quello economico, che non giustificerebbero da soli la centralità che a tale valore viene assicurata nell'ordinamento contemporaneo. Eppure già dalla sentenza n. 44 del giugno del 1964 la Consulta ha elevato la dignità a principio generale di diritto, rafforzando quel processo di costituzionalizzazione della persona, avviato nel secondo dopoguerra per i motivi storici sopra ricordati, che deve essere inteso come *“l'individuazione di un perimetro all'interno del quale la persona non si rinserra, isolandosi dal mondo e dalle sue difficoltà, ma trova il luogo nel quale costruire in libertà lo svolgimento della propria vita e le relazioni*

²⁰ Come in realtà già da tempo indicato da emerita dottrina A.RUGGERI, *“Dignità versus vita”*, in <http://www.rivistaaic.it/>, 2011, n.1; A.RUGGERI, *“Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale”*, in <http://www.rivistaaic.it/>, 2011, n.1.

con gli altri”²¹. La persona assume, quindi, un ruolo preminente nell’odierno assetto costituzionale, e con essa anche la dignità. Il principio personalista pervade l’intero ordinamento giuridico e data la sua naturale *eccedenza assiologica*²² non può essere racchiuso in un unico enunciato normativo, ma si riscontra nella totalità del tessuto costituzionale, lungo un filo rosso che origina dalla previsione dell’art. 2 Cost.²³, che “*ricosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo*”, e che percorre tutto il perimetro della Carta fondamentale, individuando, tra gli altri agli artt. 13, 27 e 32 Cost., aree di assoluta intangibilità della persona non solo per il potere costituito ma anche, come prevede l’art. 32 Cost., per poteri scientifici come quello medico.

Ad un siffatto processo di *costituzionalizzazione della persona*²⁴ hanno dato ulteriore linfa vitale le numerose Carte e Convenzioni internazionali che sono intervenute sull’argomento, tra le quali spicca sicuramente per importanza, dato il valore preminente acquisito a seguito del Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea²⁵. La Carta di Nizza si dimostra chiarissima in tal senso già nel Preambolo dove, dopo aver riconosciuto la primazia di valori indivisibili ed universali quali la dignità umana, dichiara che l’Unione “*pone la*

²¹ S.RODOTÀ, “*Il nuovo habeas corpus..*” op. cit., p. 202.

²² Sul punto A.RUGGERI, “*il principio personalista e le sue proiezioni*”, in www.federalismi.it, 2013.

²³ Nonostante la sua natura compromissoria è ormai innegabile il ruolo svolto da tale articolo nel panorama giuridico italiano: a riguardo ad esempio si sostiene che esso “*ha rovesciato la visione tradizionale dei rapporti Stato-individuo, la quale si basava sull’anteriorità logica e storica dello Stato, quantomeno nel senso di Stato-legislatore, rispetto ai diritti fondamentali del cittadino, ed ha affermato invece la priorità e preesistenza di questi rispetto ad ogni potere costituito*” (così SILVIA TORDINI CAGLI, “*Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*”, Bonomia University Press, Bologna, 2008, p. 86).

²⁴ Secondo il quale le libertà individuali devono essere finalizzate alla realizzazione della persona.

²⁵ Circa l’analisi sulla tutela della dignità tra Carta di Nizza e Costituzione G.MONACO, “*La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*”, in www.forumcostituzionale.it.

persona al centro della sua azione". Centralità dimostrata dall'intera struttura del trattato che, con scelta di non poco momento, si sviluppa intorno il valore della dignità umana che viene definita all'art. 1 come inviolabile e alla quale è dedicato l'intero capo primo della Carta. La posizione di assoluta prevalenza della persona, e quindi della sua dignità, viene specificata anche dal Presidium, utile strumento di interpretazione delle disposizioni della Carta stessa, che in relazione all'articolo 1 esordisce affermando che *"La dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali"*²⁶.

Risulta quindi chiaro come la dignità diviene il fondamento di ogni altra pretesa giuridica, la bilancia sulla quale contrappesare i valori supremi dell'ordinamento costituzionale²⁷, un bene che non può mai cedere il passo ad altri diritti fondamentali in quanto costituisce l'unità di misura con la quale le operazioni di bilanciamento vengono effettuate.

Individuato il punto di riferimento, a livello di principi, della nostra indagine si deve ora necessariamente analizzare in che modo può giungersi ad un compromesso circa il concetto, spesso volubile, di dignità della persona umana.

²⁶ A sostegno di tale tesi si richiama anche il Preambolo della Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo del 1948 che prevede *"Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà della giustizia e della pace nel mondo"*.

²⁷ Questa la suggestiva immagine suggerita da G. SILVESTRI, *"Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona"*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008.

1.4 Tertium genus

Le opposte concezioni sul fine vita condividono quindi l'idea di fondo secondo la quale la dignità umana rappresenta il limite invalicabile oltre il quale il diritto, e le scelte dei singoli, non devono spingersi. Fanno loro proprie però due diversi significati del concetto in questione: una dignità intimamente legata alla volontà del singolo ed al concetto di qualità della vita, valore supremo interpretato in senso puramente soggettivistico che viene leso ogni qual volta si forza la mano del singolo, ed una dignità che trascende la persona e che diviene propria dell'intera razza umana, che si oggettivizza ed impone la propria realtà sulla contraria volontà dell'interessato. Proprio su tale dato comune si intende concentrare l'azione conciliativa che miri ad individuare un concetto di dignità comprensivo di entrambe le componenti, che si denoti cioè per la sua valenza soggettiva, ma che allo stesso tempo riconosca un nocciolo duro inscalfibile anche dalla volontà dell'individuo.

L'identificazione della via mediana tra le due opposte visioni si risolve nel riconoscimento del giusto equilibrio tra autonomia e solidarietà. La Costituzione italiana è infatti costantemente scossa dalla tensione, individuata all'art. 2, tra il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo e l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà. Viviamo quotidianamente un contrasto tra ciò che ci viene riconosciuto e ciò che dobbiamo riconoscere, tra libertà e solidarietà, e tale contrasto non può che essere riproposto anche in sede di interpretazione del valore cardine dell'ordinamento, ossia la dignità. Dosare il giusto grado di libertà col

giusto livello di solidarietà costituisce alta attività politica, fine sommo dell'intero ordinamento.

Non si può certamente negare che anche in uno Stato laico e pluralista sorga la necessità di riconoscere dei limiti alla libertà tramite la diffusione e la condivisione di valori comuni alla compagine sociale. Ciò comporta che l'atteggiamento di neutralità che contraddistingue il pluralismo non impone l'assenza di valori condivisi, ma tende semmai a riconoscere il valore della diversità evitando che si possa raggiungere un'uguaglianza forzata di tutti i consociati e scongiurando al contempo la creazione di una società prigioniera di ogni sorta di individualismo, che non si fondi su un'etica pubblica che metta in risalto una componente valoriale diffusa. Estranei debbono rimanere al diritto, e specialmente al diritto penale, compiti di moralizzazione della società, ma al contempo l'ordinamento giuridico non può pensare di sopravvivere alla prova del tempo se non diviene *ordine di valori positivizzati* e condivisi²⁸, che non vengono imposti dal sovrano democratico, ma che trovano riscontro in consuetudini sociali ampiamente diffuse e radicate. In questo senso si deve riconoscere che il concetto di dignità, in una società pluralista, non può che partire da una sua connotazione soggettiva, individuata dal singolo interessato, e possa in talune situazioni limite cedere il passo ad una visione permeata da considerazioni solidaristiche, che indicizzi la vita della persona al servizio della società nel suo complesso. Quale sia tale limite invalicabile non è possibile, né auspicabile, individuare a livello di

²⁸ Sul punto A.RUGGERI, "Dignità versus vita" op. cit. "a me pare indiscutibile che l'ordinamento giuridico non possa trasmettersi nel tempo, quale ordine di valori positivizzati, laddove la percezione e la salvaguardia dei valori stessi dovesse trovarsi abbandonata ad un soggettivismo esasperato e, a conti fatti, inconcludente e distruttivo" p. 10.

massima astrazione concettuale, dato che la vaghezza e delicatezza del valore in discussione richiedono che i singoli bilanciamenti vengano effettuati solo dopo esser stati calati nei contesti di riferimento. Si analizzeranno quindi di seguito i tre casi problematici, normalmente ricondotti al concetto di eutanasia, sui quali si vuole concentrare il presente studio, individuando se già allo stato dell'arte è presente un'ipotesi ricostruttiva plausibile, o se la si deve riformulare anche osservando soluzioni adottate da altri ordinamenti nel panorama europeo.

Prima però di riflettere circa le possibili soluzioni che possono profilarsi in relazione alla tematica eutanastica rimane un ultimo interrogativo al quale si deve rispondere. Ci si deve interrogare infatti circa le modalità tramite le quali giungere a tale compromesso. Esclusa l'ipotesi di uno spazio libero dal diritto, che rappresenta una non-scelta, un abdicare da parte dell'ordinamento ai suoi compiti primari, anche qui le strade percorribili risultano essere due: una ricostruzione giurisprudenziale che possa di volta in volta soppesare gli interessi in gioco e decidere di conseguenza o un confronto che passi dall'organo rappresentativo della comunità nazionale: il Parlamento. La via giudiziaria si presenta, sicuramente, come la strada più vicina ai singoli interessi, che può quindi avere maggiore contezza delle peculiarità dei casi concreti e di conseguenza scegliere con una maggiore quantità di dati a disposizione. D'altro canto però il percorso giurisprudenziale per sua natura si presenta altalenante, rapsodico, spesso contraddittorio, con il conseguente rischio di comportare una profonda disparità e disuguaglianza su tematiche così delicate, che potrebbe risultare marcata da regione a regione, da tribunale a tribunale. Inoltre non si può non prendere in

considerazione l'acuta osservazione²⁹ circa la legittimità che una soluzione così ricostruita possa avere presso il corpo sociale. Una decisione, in campi così eticamente sensibili, presa da un organo non rappresentativo della compagine sociale può, piuttosto che alleviare lo scontro, inasprirlo, facendo percepire la via indicata, a prescindere dalla bontà della soluzione prospettata, come ingiusta e prevaricatoria. Se di compromesso dobbiamo parlare l'unico luogo dove esso può essere realizzato in modo democratico, tramite un confronto delle diverse correnti di pensiero, era ed è il Parlamento. Affermando ciò non si intende screditare l'attività finora compiuta, non senza difficoltà, dai giudici, che agendo in un contesto di legislazione vaga e spesso obsoleta hanno tentato di riconoscere valore giuridico a pretese di cui il Legislatore ancor oggi ha deciso di non farsi carico; si mira semmai a spingere ulteriormente verso una legislazione, attuativa del programma costituzionale, che possa costituire al contempo un punto d'incontro per le varie concezioni in gioco ed una seria soluzione per le tragiche vicende trattate.

²⁹ Interessanti in tal senso risultano le osservazioni svolte da R.DWORKIN, *“Life’s Dominion: an argument about abortion and euthanasia”*, HarperCollins Publisher, London, 1993 secondo il quale l'elevata conflittualità che contraddistingue la discussione sociale sull'aborto in America è dovuta, in parte, alle modalità con le quali si è giunti alla legalizzazione di tale pratica. Non è stato il Parlamento a legiferare in tal senso ma una decisione della Supreme Court (leading case *Roe v. Wade*) facendo percepire al corpo politico tale decisione come una prevaricazione del potere giudiziario.

1.5 l'eutanasia passiva consensuale ed il diritto a rifiutare trattamenti sanitari

All'interno delle dinamiche della complessa relazione medico-paziente bisogna necessariamente distinguere tre diverse situazioni. Un primo gruppo di eventi può ricondursi alla rinuncia o alla sospensione di trattamenti sanitari su richiesta del paziente competente, e viene generalmente classificato alla stregua degli atti di *eutanasia passiva consensuale*. Con il termine *eutanasia passiva non consensuale*, invece, ci si riferisce a tutte quelle situazioni in cui si intende procedere alla sospensione o alla mancata attivazione delle cure, in relazione ad un soggetto incapace di esprimere il proprio consenso attuale. Infine, tutte quelle attività mediche volte a cagionare la morte di un malato, capace di intendere e di volere e di esprimere un consenso attuale, la cui esistenza è angustata da atroci sofferenze, sono ricondotte sotto il *genus* dell'*eutanasia attiva consensuale*.

Per ciascuno di questi tre gruppi di situazioni può essere individuato un corretto bilanciamento tra le due opposte visioni del concetto di dignità sopra ricordate. La classe di eventi di più semplice soluzione risulta essere, alla luce dei principi ispiratori il nostro ordinamento, quella recante il nome di eutanasia passiva consensuale, ed è proprio da questa che si intende prendere le mosse nella stesura del lavoro.

Per ben comprendere la disciplina di questi atti è necessario però approfondire le dinamiche della multiforme relazione terapeutica intercorrente tra il medico ed il malato. Tale rapporto, che nel suo evolversi fisiologico tende a perseguire la

salute del paziente³⁰, è oggi oggetto di una dettagliata normativa multilivello. La relazione terapeutica è infatti disciplinata da norme di rango costituzionale (art. 32), da trattati internazionali (Convenzione di Oviedo, Convenzione sui diritti del fanciullo), da norme europee (Carta di Nizza), da una fitta legislazione ordinaria ed infine dal codice deontologico della professione medica. Quest'*ammasso* di norme, a prima vista complesso, invece di moltiplicare la cifra di complessità del sistema semplifica il lavoro all'operatore giuridico, che non deve far altro che ripercorrere la strada già tracciata dalle fonti che, in modo del tutto peculiare, remano verso la stessa destinazione.

I pilastri portanti della relazione terapeutica sono stati scolpiti dai costituenti nella stessa Carta fondamentale dove, in materia di salute, sono edificati dei vincoli di tale stringatezza da non trovare pari nell'intero tessuto costituzionale. L'art. 32 Cost., oltre a considerare la salute un diritto fondamentale dell'individuo, effettua infatti una scelta, al secondo comma, destinata ad influenzare l'intero edificio del complesso rapporto tra operatore sanitario e cittadino.

La relazione terapeutica è contraddistinta, per sua natura, da una netta preminenza della figura del medico che, in quanto portatore di un sapere tecnico di difficile comprensione all'uomo comune, può facilmente soverchiare la volontà del malato, soprattutto quando questi è afflitto da infermità talmente opprimenti da mutarne le normali facoltà di risoluzione e determinazione. Conscio di tale posizione di sudditanza, e voglioso di restituire al paziente un legittimo spazio di

³⁰ Intesa non come mera assenza di malattia ma, secondo quanto previsto anche dall'OMS, come "*uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale*".

libertà in scelte così rilevanti, il legislatore costituente ha sottratto al potere medico la piena disponibilità del corpo del malato sancendo che *“Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*. Seguendo uno schema non nuovo alla Carta fondamentale³¹, si è quindi creata un’area di assoluta intangibilità della persona all’interno della quale essa è scevra da ingerenze esterne. Il paziente è quindi libero di scegliere a quali trattamenti sottoporsi, in che modalità e per quanto tempo.

La disposizione fondamentale però non si limita a tutelare il cittadino dal potere medico, ma decide di spogliare lo stesso legislatore ordinario del potere di ingerenza nella sfera intima dell’individuo. L’art. 32 Cost. sancisce infatti, in conclusione, che *“La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*. Si crea così al contempo un limite invalicabile per il Parlamento ed una sfera intima propria di ciascuna persona intaccabile da qualsivoglia volontà esterna, fosse anche quella espressa per il tramite di una legge dello Stato³². La Costituzione quindi ritiene che il normale esplicarsi della relazione terapeutica comporti la necessaria sussistenza del consenso del paziente in relazione all’attività medica svolta, un consenso però che non deve essere mera adesione passiva ad un percorso di terapia deciso dall’operatore sanitario e oscuro al cittadino, ma deve contraddistinguersi piuttosto come un’approvazione consapevole dei rischi inerenti il percorso scelto e le sue conseguenze.

³¹ Struttura simile ha, ad esempio, l’art. 13 della Costituzione.

³² A tal proposito si è parlato di un nuovo habeas corpus, dopo quello sancito dalla Magna Charta del 1215, dove il sovrano democratico promette di non “mettere le mani” su ogni uomo libero in materia di scelte mediche. Sul punto S.RODOTÀ *“Il nuovo habeas corpus..”* op. cit. che con la capacità espressiva che gli è propria, osserva: *“nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell’interessato”*.

Proprio per questa ragione una costante giurisprudenza della Consulta parla di consenso informato del paziente, e non di mero consenso³³, ne sottolinea la natura di “*principio fondamentale in materia di tutela della salute*”³⁴.

È necessario quindi che l'intera relazione terapeutica si fondi su un reciproco rispetto e su una profonda comunicazione tra i soggetti coinvolti, tale che il flusso di informazioni possa consentire al malato di scegliere tra tutte le alternative percorribili. Una siffatta ricostruzione del rapporto intercorrente tra il medico ed il paziente è fatta propria anche dalle numerose convenzioni internazionali che regolano la materia, come, ad esempio, la Convenzione di Oviedo del 1997, ratificata con l. 28 marzo 2001³⁵ n. 14512. Essa stabilisce all'art. 5 una regola generale, secondo la quale “*un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero ed informato. Questa persona riceve innanzitutto un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze ed i suoi rischi. La persona interessata può in qualsiasi momento ritirare il proprio consenso*”.

³³ La sent. N. 438/2008 della Corte Costituzionale definisce il consenso informato “*espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico*” e lo configura “*quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»*”.

³⁴ Sentenza 438/2008 della Corte Costituzionale.

³⁵ È pur vero che l'art. 3 della legge delega il Governo ad adottare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge stessa, dei decreti legislativi necessari per adattare l'ordinamento interno ai principi della Convenzione, e che questi decreti non sono mai stati adottati, ma la Corte di Cassazione ha precisato che siffatto accordo “*ha una funzione ausiliaria sul piano interpretativo[...]* può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme” (Cassazione Civile, sez. I, sentenza 16/10/2007 n.21748); inoltre la Corte Costituzionale nelle sentenze 46, 47, 48 e 49 del 2005 ha implicitamente riconosciuto che i principi posti dalla Convenzione fanno oggi parte del nostro sistema, e che da essi non si può prescindere.

Anche l'art 3 della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione Europea afferma analogamente che *“nell’ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato il consenso libero ed informato della persona interessata”*. Lungo la stessa direttrice si muove infine anche il recente codice di deontologia medica, il cui titolo IV è interamente dedicato alla disciplina del consenso e del dissenso informato.

La scelta di far del consenso informato legittimazione del trattamento sanitario costituisce espressione concreta del principio personalistico che pervade la Costituzione, che *“vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del rispetto della persona umana in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive”*³⁶. Sono quindi le stesse norme fondamentali del nostro ordinamento che indicano la strada da seguire in tema di eutanasia passiva consensuale, individuando il consenso espresso al singolo trattamento sanitario come elemento insito al nocciolo duro del concetto di dignità umana che può essere solo eccezionalmente post-posto in nome di un interesse stringente della collettività, in quanto solo per spiccati bisogni di tutela della salute pubblica possono essere imposti al singolo trattamenti a lui non desiderati³⁷.

³⁶ Corte di Cassazione, sentenza n. 21748 del 16.10.2007.

³⁷ D. VINCENZI AMATO, *Commento all’art. 32 secondo comma Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1976, p. 167 e ss.; la Corte Costituzionale ha più volte affermato che il provvedimento che impone i trattamenti sanitari debba essere volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri, e che l’intervento previsto non danneggi, ma anzi, sia utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte Costituzionale sentenze n. 258 del 1994 e 118 del 1996).

Al di fuori di questi casi eccezionali, ed in assenza di un pericolo per la salute pubblica, l'alleanza terapeutica impone al medico il rispetto della volontà del paziente che, dopo aver ricevuto una completa informazione circa le modalità e le conseguenze del trattamento, ha il diritto di dire l'ultima parola sulla praticabilità o meno della terapia, e tale diritto deve essere preso sul serio³⁸. Ciò implica che il dissenso informato del paziente in relazione a trattamenti salvavita deve essere considerato pienamente lecito e vincolante per il medico, e che la rinuncia *“lungi dall'interrompere il rapporto di alleanza terapeutica, determina anzi un rafforzamento dell'elemento fiduciario e del carattere collaborativo che caratterizzano il dialogo tra medico e paziente”*³⁹. Il medico, quindi, di fronte al rifiuto/rinuncia del paziente deve non limitarsi all'interruzione della terapia ma, grazie anche alla sempre crescente considerazione che la medicina palliativa ha acquisito nel panorama contemporaneo, accompagnare il malato nelle fasi terminali della sua esistenza, tentando, laddove possibile, di alleviare le sue sofferenze.

A livello di principi risulta chiaro come un bilanciamento tra le varie componenti del concetto di dignità umana sia già realizzato nel nostro ordinamento almeno in relazione alle fattispecie concrete riconducibili al concetto di eutanasia passiva consensuale; il prosieguo del lavoro impone ora di spostare l'attenzione sulla legislazione di livello ordinario che spesso, almeno in ambito penale, risulta antecedente alla normativa fondamentale poc'anzi richiamata.

³⁸ A riguardo sicuramente interessanti le osservazioni svolte da S.CANESTRARI *“Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte del paziente competente”* in *Bioetica e diritto penale – materiali per una discussione*, Giappichelli, Torino, 2012.

³⁹ S.CANESTRARI *“Rifiuto informato e rinuncia consapevole..”* op. cit., p. 82.

2. La legislazione penale italiana in materia di eutanasia

2.1 Quale fondamento per un diritto penale moderno?

“Ogni pena che non derivi dall’assoluta necessità è tirannica”

È convinzione ormai diffusa e consolidata quella secondo la quale la potestà punitiva dello Stato si giustifichi oggi solo per finalità preventive generali o speciali. Si riconosce infatti che un diritto penale laico non possa perseguire fini etici di moralizzazione della compagine sociale né ideali di giustizia assoluta⁴⁰, ma debba agire al fine di tutelare beni giuridici⁴¹ rilevanti, nel pieno rispetto del principio di *extrema ratio*, marchiato a fuoco nel DNA della dogmatica italiana dalle perpetue parole di Cesare Beccaria.

⁴⁰ Sul punto, fra i molti, S.CANESTRARI, *“Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali”*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* a cura di C.E.PALIERO e E.DOLCINI, Giuffrè, Milano, 2006: *“Il diritto penale non è funzionale a castigare costumi immorali, né a orientare opzioni culturali individuali o collettive, ma a finalità concrete di prevenzione nell’ottica della tutela di beni giuridici”*.

⁴¹ Profonda risulta la relazione tra funzione del diritto penale e natura e caratteristica dei beni giuridici tutelati. Se si ritiene che sia precipuo compito del diritto penale quello di assicurare la realizzazione e conservazione della società organizzata allora si giungerà e riconoscere titolare di ogni bene giuridico la collettività nel suo complesso, così come fanno le teorie monistico-sociali, relegando il singolo al ruolo di mero “gestore” del bene a lui affidato, e riconoscendo al suo consenso una limitata funzione scriminante. Se al converso si sostiene che unico oggetto di tutela del diritto penale non sia la collettività, ma anche il singolo, se ne converrà che potranno essere differenziati beni giuridici individuali, di stretta pertinenza della persona, e beni giuridici superindividuali, facenti capo direttamente alla società. Potrà quindi in quest’ottica, fatta propria delle teorie dualistiche e maggiormente rispondenti al principio personalista che anima la nostra Costituzione, riconoscersi un maggiore spazio operativo al consenso dell’avente diritto almeno in relazione ai beni dei quali il singolo è considerato titolare. Sull’argomento si rimanda a S.TORDINI CAGLI, *“Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto” op. cit.*, p. 143 e ss.

Sulla base di ciò si può ritenere che l'unico principio di criminalizzazione pienamente coerente con un sistema liberale risulta essere il principio del danno⁴², secondo il quale le condotte che possono essere sanzionate dalla legge sono quelle che arrecano danno (*rectius* pongono in pericolo) a terzi soggetti. La libertà dei singoli può quindi essere sottoposta a limitazione solo laddove, utilizzando la terminologia di Mill, si concretizzi in una condotta che leda un diritto e non un semplice interesse degli altri appartenenti alla compagine sociale.

L' *harm principle* inteso come *harm to others* viene di norma contrapposto ad un altro principio di criminalizzazione⁴³: il paternalismo. La visione paternalista ritiene necessario intervenire, tramite la sanzione penale, tutte le volte in cui si intende evitare che il singolo arrechi danno a se stesso, e fa ciò al fine dichiarato di perseguire il benessere della persona. È bene precisare che non è necessario che sussista un ulteriore fine perseguito dall'ordinamento, questo può esserci ed atteggiarsi ad esempio a benessere della Nazione, ma l'ulteriore fine non è implicito al paternalismo che è tale anche solo imponendo un dato comportamento ai consociati per il loro bene, prescindendo dalla volontà dei singoli. Il principio paternalista quindi non lascia ampio margine all'operatività dell'autonomia degli individui e alla loro libera autodeterminazione; di conseguenza esso risulta astrattamente incompatibile con i dettami dello Stato liberale ed in concreto aperto contrasto con il principio personalista che anima la nostra Costituzione.

⁴² La cui paternità è da attribuirsi ad un "padre fondatore" del liberalismo J.S.Mill, che lo delinea nel suo saggio *On Liberty*.

⁴³ Per un'analisi circa i principi di criminalizzazione maggiormente diffusi si rimanda a D.PULITANÒ, "Paternalismo penale", in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 520 e A.SPENA, "Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione" in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, p. 1209 e ss.

Il principio del danno costituisce quindi criterio di criminalizzazione coerente con i moderni sistemi costituzionali occidentali, ma in realtà esso si limita ad indicare una scelta metodologica priva di contenuto valoriale: si qualifica condotta illecita quella che lede un diritto altrui, ma nulla viene aggiunto circa la qualificazione di tale diritto, le sue modalità di selezione e la differenziazione con i semplici interessi.

Tralasciando l'opzione giusnaturalista, che imporrebbe la tutela di beni primari insiti alla natura umana a prescindere dalle norme di riferimento, l'unica strada percorribile risulta essere la strada tracciata dalla volontà collettiva concretizzata nella legge generale ed astratta. Si qualificherebbe come diritto, e non semplice interesse, tutto ciò che la legge definisce tale e rende quindi meritevole di tutela giuridica.

Proiettando il suddetto ragionamento in ambito penale si sfocia nel più rigido tecnicismo giuridico, secondo il quale risulta offensivo qualsiasi fatto tipico delineato dal Legislatore. Sarebbe quindi impossibile criticare una norma penale argomentando circa la non pericolosità della condotta punita dall'imperativo astratto perché tra tipicità ed offensività, in quest'ottica, vige un'intima e profonda relazione biunivoca tale da far regredire la responsabilità penale a mera responsabilità da disobbedienza.

Questa opzione interpretativa estremamente formalista è stata oggetto di critiche all'interno della scienza giuridica italiana che, lentamente dal secondo dopoguerra, ha iniziato ad ipotizzare un possibile scarto tra tipicità ed offesa,

riconoscendo che talvolta il fatto concreto pur essendo tipico, e quindi rispondente ad una fattispecie astratta delineata dal legislatore, non è in grado di ledere un determinato bene giuridico, inteso come “*una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo*”⁴⁴. Fondamentale nel dibattito italiano in materia è stato il tentativo di limitare l'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore dalle teorie formaliste, messo a fuoco nella “Teoria generale del reato” di Franco Bricola⁴⁵.

Intento primario di tale impostazione dogmatica era quello di limitare l'intervento penale ai soli casi di lesione di beni costituzionalmente rilevanti, argomentando che essendo il sistema penale incentrato sulla pena detentiva fortemente limitativa della libertà personale del singolo, bene costituzionalmente tutelato all'art. 13, la stessa poteva essere limitata, tramite la custodia in carcere, solo a seguito di una aggressione ad un bene altrettanto rilevante nell'assetto costituzionale italiano. Il bene giuridico che poteva fondare l'intervento penale era rappresentato quindi dai beni di rango costituzionale più significativi, che potevano essere comparati al sacrificio della libertà personale del reo.

Portando all'estreme conseguenze tale impostazione dogmatica si rischia però di dover restringere eccessivamente l'ambito dell'intervento penale, anche a fronte di offese percepite dalla società come meritevoli di pena, e di minare gravemente

⁴⁴ G.MARINUCCI E.DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, quarta edizione, Giuffré, Milano, 2012 p. 10.

⁴⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol XIX, Utet, Torino, 1973.

la certezza del diritto dato che il singolo operatore giuridico potrebbe decidere se in un particolare caso concreto vi sia reato o meno⁴⁶.

Pur non potendo oggi riconoscere superata la definizione formale del reato, date le carenze ed i pericoli insiti alle varie definizioni realistiche che sono state prospettate nel corso del tempo, si deve riconoscere che la norma penale che individua il fatto di reato, in quanto norma di rango ordinario, deve necessariamente agire all'interno di un ambito di legittima operatività tracciato dalle norme costituzionali, all'interno del cui perimetro deve riconoscersi come operativo il principio di offensività che, come riconosciuto da numerose sentenze della Corte Costituzionale, impone che l'intervento penale venga sottoposto alla effettiva lesività delle condotte che si intende punire e che, pur non costituendo criterio atto a definire il limite di costituzionalità della legge, rappresenta utile strumento ermeneutico a disposizione dell'interprete per discernere i fatti da sottoporre a pena dai fatti assolutamente inoffensivi⁴⁷

Si fa largo quindi nel nostro ordinamento una definizione formale del reato, dotata di profili contenutistici, che afferma la possibilità di variare “*attraverso il meccanismo dell'interpretazione e dell'applicazione di una legge il contenuto di una norma penale [...] secondo le esigenze della società*”⁴⁸.

⁴⁶ Sul punto si rimanda a A.PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, ottava edizione, Giuffrè, Milano, 2003, p. 228 e ss.

⁴⁷ Sull'operatività del principio di offensività si rimanda a V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.VV., *diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G.VASSALLI, Napoli, 2006.

⁴⁸ A.PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, op. cit., p. 222.

Se si considera questa impostazione, si coglie che il principio del danno, almeno preso a sé stante si presenta a ben vedere come una formula vuota per il tramite della quale si può giustificare qualsiasi incriminazione. Esso infatti necessita sempre, per differenziare ciò che costituisce danno rilevante da ciò che invece non lo è, di un contenuto valoriale ben specifico⁴⁹. Tale contenuto, nel nostro ordinamento, non può che coincidere con i valori positivizzati nella Carta fondamentale, tra i quali spicca per importanza gerarchica il concetto di dignità umana.

Quest'operazione di "ancoraggio" dei criteri di criminalizzazione allo spirito costituzionale ed al valore della dignità umana rischia però di risultare assolutamente infruttuosa se non si specificano i contenuti di tale valore chiave. Come già in precedenza ricordato vi è un'ampia divergenza sul contenuto del concetto di dignità, essendo lo stesso ipotizzabile sia in chiave soggettiva sia in chiave oggettiva, e tale incertezza e vaghezza porterebbe ad utilizzare la nozione di dignità come un *passpartout* capace di spalancare le porte del diritto penale a qualsivoglia incriminazione⁵⁰.

⁴⁹ Sul punto, per una più ampia motivazione, si rimanda a A.SPENA, "Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione", op. cit., p. 1229 e ss.

⁵⁰ Sul punto, fra i molti, e in relazione ai profili specifici dell'impatto con i temi bioetici, cfr. STEPHEN W. SMITH "Dignity as a socially constructed value" in *Bioethics, medicine and the criminal law*, Cambridge University Press, 2013, p. 175 e ss. "Unfortunately, dignity's intuitive appeal has often led to its not being discussed in detail. As a result, it becomes a concept that can be used in any and all situations. To take a few examples, those who wish to protect embryos from being destroyed for scientific knowledge invoke dignity. Those hostile to the creation of clones do the same. There are many other, at times idiosyncratic, examples. Against this background the concept often remains ambiguous, and provides no real justification for a particular position. It becomes all things to all people. Indeed, some have questioned whether there is such a thing as human dignity or whether it is merely another way of positing other ethical principles, such as a respect for persons or autonomy."

Risulta quindi necessario tentare di tracciare in modo più definito i contorni del suddetto valore sempre nell'ottica di compromesso che ispira la presente opera, nel far ciò si prenderanno le mosse da due casi giurisprudenziali nei quali si è fatto utilizzo del concetto di dignità umana.

Il primo esempio⁵¹ che si intende riportare riguarda l'attività "sportiva" del "lancio dei nani". In alcuni locali francesi, verso la fine degli anni novanta, era per l'appunto diventato popolare lo "sport" del lancio del nano, ossia i clienti si sfidavano a lanciare più lontano un'altra persona perfettamente consenziente. Tale passatempo fu interrotto dalla polizia per esclusive ragioni di tutela della dignità umana, dato che tutti i partecipanti avevano espresso il loro consenso e nessuno, nel corso della pratica, aveva subito lesioni di alcun tipo. Il caso arrivò fino al Consiglio di Stato che confermò il divieto nonostante le opposizioni dei "lanciati" che sostenevano di trarre beneficio economico dalla presunta attività sportiva.

Il secondo episodio riguarda invece l'attività ludica svolta in un "laserdromo" a Bonn in Germania. Il tutto si svolgeva tramite un'attrezzatura comprendente apparecchi di puntamento a raggi laser, simili ad armi da fuoco, e sensori riceventi installati nei giubbotti indossati da ogni singolo giocatore. Scopo finale era quello di "eliminare" i componenti della squadra avversaria tramite l'utilizzo della propria apparecchiatura. Il Sindaco della città tedesca intervenne vietando lo svolgimento dell'attività in questione, sostenendo che il gioco ledesse la dignità umana dei partecipanti poiché si concretizzava nel "*colpire deliberatamente uomini mediante raggi laser o altri strumenti tecnici*" realizzando in tal modo "*il*

⁵¹ Cons. État Ass., 27.10.1985 (Commune de Morsang-sur-Orge).

*cosiddetto omicidio simulato sulla base della registrazione dei colpi mandati a segno*⁵².

I due casi sopra riportati mostrano l'ampia discrezionalità di cui gode l'interprete nell'utilizzo del concetto di dignità, in entrambi infatti esso è utilizzato come vincolo per il singolo che nel caso francese vede limitata la propria possibile attività "lavorativa", mentre in quello tedesco subisce la proibizione della propria attività ludica. Ma cosa accomuna e cosa differenzia i due esempi precedenti? In essi si è fatto un corretto utilizzo del valore della dignità umana?

Preliminarmente risulta necessario delimitare l'ambito soggettivo di estensione di tale concetto, ossia individuare chi può ritenersi a pieno titolo proprietario del valore di cui si sta discorrendo. Chiaramente ci si riferisce a tutti gli appartenenti alla razza umana, ogni singolo individuo è dotato di dignità, anche se non è sempre immediato e condiviso quando si possa parlare di persona. Non vi infatti è piena concordia nell'individuazione del momento iniziale, in cui si diventa persona e quindi si acquista la dignità umana, e del momento finale, in cui si cessa di esistere. Ai fini dell'indagine che qui si intende svolgere si tralasceranno le problematiche inerenti il quando si acquista la qualità di persona, e le eventuali qualificazioni giuridiche da assegnare all'embrione, mentre si specifica che il momento in cui si cessa di essere persona coincide con la morte cerebrale, ossia con la perdita di tutte le funzioni dell'encefalo, secondo quanto stabilito dalla stessa legge ordinaria.

⁵² Sentenza Corte di Giustizia CE del 14 ottobre 2004 relativa al procedimento C-36/02.

Più complesso risulta individuare i tratti essenziali di tale valore. Come già accennato nel primo paragrafo, un'idea di dignità coerente con la centralità che il principio personalista possiede nel nostro sistema costituzionale spinge a riconoscere come cuore pulsante di tale valore supremo una forte componente soggettiva, che metta in risalto l'autonomia dell'individuo. In un sistema pienamente pluralista è quindi degno ciò che è scelto dal singolo. Se il contenuto del concetto di dignità fosse solo questo non si riuscirebbe a comprendere il motivo che ha spinto gli operatori giuridici nei due casi sopra riportati a bloccare le attività svolte sul mero richiamo della dignità umana. Ma la dignità come valore possiede anche un'altra componente, più marcatamente oggettiva, che prescinde dalla singola volontà e che si impone all'autodeterminazione degli individui.

La volontà dei soggetti, seppur ingranaggio cardine della macchina giuridica, trova nel suo esplicarsi fisiologico una serie di limiti che le vengono posti dalla collettività. Un primo limite è sicuramente costituito dall'interesse della società, secondo il quale il singolo è tenuto all'adempimento dei propri doveri di solidarietà nei confronti degli altri. Il diritto infatti nasce come ordine di regole per un gruppo sociale che nel suo evolversi prende coscienza della necessaria tutela del singolo di fronte al gruppo, ma che non può mai dimenticare la sua vocazione originaria, ossia proprio la necessaria conservazione di una socialità essenziale alla vita contemporanea. Tali doveri di solidarietà impongono ai singoli di contribuire al benessere e all'evoluzione della società nel suo complesso, ma non possono mai portare alla proibizione di pratiche che la collettività ritiene semplicemente "disgustose" o "indecorose", né tantomeno considerare il singolo

come mero strumento della collettività, mezzo per raggiungere fini ulteriori. Tale concetto ci rimanda al secondo limite che incontra la libera determinazione di ognuno di noi: l'impossibilità di ridurre l'uomo a mero mezzo⁵³. Ciò è un contenuto valoriale che si può ritenere proprio della stragrande maggioranza delle correnti etiche, religiose e non, diffuse nei nostri giorni e che quindi deve ritenersi insito al valore della dignità umana. Laicità e pluralismo infatti non sono sinonimi di società "a-valoriali", prive di valori condivisi, ma costituiscono semmai dei *modus operandi* che, partendo dalla centralità della volontà del singolo e dall'atteggiamento assolutamente neutrale che lo Stato adotta nei confronti delle varie correnti filosofiche, tramite un processo di confronto democratico tendono a formulare dei minimi valori condivisi sui quali l'intera compagine sociale deve reggersi.

Per riassumere si può quindi affermare che il concetto di dignità umana si configura come un concetto a naturale vocazione soggettiva. Tale soggettività incontra però due esclusivi limiti individuati nei doveri inderogabili di solidarietà e nell'impossibilità di ridurre l'uomo a mero mezzo per raggiungere fini esterni alla sua persona⁵⁴. Ogni altro limite posto alla libertà del singolo di determinare ciò che per lui deve essere considerato degno è da qualificarsi in contrasto col principio personalista che anima la nostra intera Costituzione.

⁵³ "Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona che in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo" Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), Roma-Bari, Laterza, 1990, p.61.

⁵⁴ Si è pienamente coscienti della vaghezza di tale definizione laddove ad esempio non specifica cosa intende esattamente per doveri inderogabili di solidarietà, ma si crede che a livello astratto concettuale non si possa giungere ad una definizione più precisa senza violare lo spirito di compromesso che anima il presente studio. Sarà quindi necessario di volta in volta, di fronte ai casi concreti che vengono posti all'interprete, tentare di formulare un bilanciamento concreto coerente con il contenuto del valore della dignità sopra esposto.

Si può quindi mettere alla prova pratica tale nozione confrontandola con i casi sopra prospettati. Nel caso francese si assiste ad un'applicazione che potrebbe dirsi coerente con la nozione di dignità appena delineata, infatti l'autodeterminazione dei singoli risulta legittimamente limitata non tanto per doveri inderogabili nei confronti della società, ma piuttosto per il tramite del richiamo alla mercificazione dell'uomo, che viene ridotto a cosa ed in quanto tale si sminuisce, ledendo la sua stessa dignità. Non sembra invece che quanto realizzato in Germania possa qualificarsi come limitazione all'autodeterminazione del singolo coerente con il sistema di valori poc'anzi delineato: per quanto "fastidiosa" possa risultare la pratica ludica del laserdromo essa non costituisce alcuna violazione alla dignità umana, essendo piena espressione della volontà dei singoli esercitata lecitamente nei limiti sopra richiamati.

Individuato il corretto principio di criminalizzazione coerente col nostro ordinamento penale ed il contenuto valoriale che esso acquista nel sistema costituzionale italiano, si può spostare l'attenzione sull'analisi della disciplina penale delle fattispecie eutanasiche maggiormente problematiche, al fine di individuare eventuali carenze e incongruenze del sistema per le quali più in là si tenterà di proporre una soluzione normativa.

2.2 Il fondamento giuridico dell'attività medico-chirurgica

Risulta necessario a questo punto dell'opera affrontare la tematica del fondamento giuridico dell'attività medica, argomento propedeutico al procedere del lavoro e che si analizzerà prendendo le mosse dalla fitta e contrastante giurisprudenza della Cassazione in materia di trattamento sanitario su paziente pienamente competente.

L'analisi di tale settore di operatività del consenso si rivela di primaria importanza per lo sviluppo del discorso poiché mette in risalto la ritrosia dei giudici, e talvolta anche della scienza giuridica, ad adattare l'interpretazione di norme ormai obsolete, come l'art. 5 c.c., all'evolversi del contesto sociale di riferimento.

In precedenza si è sostenuto, trovando supporto anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, che la relazione terapeutica intercorrente tra il paziente ed il sanitario si fonda necessariamente sul consenso del malato che svolge una *“funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale”*⁵⁵.

⁵⁵ Sentenza della Corte Costituzionale n. 438 del 2008.

Il consenso del paziente costituisce quindi elemento indispensabile dell'attività medico-chirurgica e su tale ruolo preminente vi è il pressoché unanime consenso della dottrina e della giurisprudenza, oltre che una costante presa di posizione delle fonti normative più rilevanti. Problematico risulta invece il ruolo che deve essere riconosciuto al consenso in relazione alla legittimazione dell'attività medica, se cioè quest'ultima veda giustificata la sua essenza solo sulla base del consenso del malato o possa trovare fondamento anche altrove. La materia è inoltre resa ancora più complessa dall'assenza di una esplicita previsione che specifichi quali conseguenze giuridiche ricadano sul medico che agisce in violazione di tale diritto della persona. A riguardo, dal 1992 ad oggi, si sono succedute numerose sentenze dalla Corte di Cassazione attestatesi su posizioni tra loro profondamente diverse⁵⁶.

2.2.1 Il consenso come fondamento dell'attività medico-chirurgica

Il primo arresto giurisprudenziale rilevante risale all'aprile del 1992 con la sentenza della V sezione della Suprema Corte n. 5639 (c.d. caso Massimo). Nel caso di specie un'anziana signora aveva concordato con il chirurgo della struttura ospedaliera un intervento di asportazione di un adenoma villosa, accordo non rispettato dall'operatore sanitario che nel corso dell'intervento eseguiva un trattamento, notevolmente più invasivo, concretizzatosi nell'asportazione totale addominoperineale del retto della paziente.

⁵⁶ A tal proposito si rimanda, tra gli altri, a F. BILANCETTI M. BILANCETTI "La responsabilità penale e civile del medico", CEDAM, Padova, 2013.

Successivamente per complicanze sopravvenute all'intervento la paziente periva ed il medico veniva sottoposto a procedimento penale per omicidio preterintenzionale ex art. 584 c.p. Il caso giunse sino alla Corte di Cassazione che confermò la condanna per omicidio preterintenzionale, sostenendo che la finalità terapeutica perseguita dal medico che, in assenza di consenso e di necessità terapeutiche, sottopone il paziente ad un trattamento più grave rispetto a quello pattuito è del tutto irrilevante, ed il sanitario, quindi, pone in essere una condotta pienamente sussumibile sia sul piano oggettivo sia su quello soggettivo nella fattispecie astratta di lesioni personali ex art. 582 c.p.

Se dalle lesioni cagionate ne deriva la morte del paziente dovrà allora applicarsi la norma sull'omicidio preterintenzionale con conseguente irrogazione della relativa sanzione all'operatore sanitario.

Idea di fondo di tale posizione giurisprudenziale è quella secondo la quale il consenso dell'avente diritto (in questi casi del paziente) scrimina l'attività medica che risulta quindi non antigiuridica o per il tramite del richiamo all'art. 50 c.p. o per un eventuale stato di necessità. Secondo tale impostazione, l'attività medica trova quindi il suo fondamento giuridico nel consenso del paziente, senza del quale essa si pone in contrasto con l'ordinamento giuridico in quanto lesiva dell'integrità fisica della persona.

Identica impostazione adotta un'altra decisione della Suprema Corte⁵⁷ che però giunge a conclusioni leggermente divergenti. Nel c.d. caso Barese i giudici, pur muovendo dallo stesso assunto di base, riconoscono l'impossibilità di configurare

⁵⁷ Cass. Sez. IV, 9 marzo 2001 n. 28132.

il reato di cui all'art. 584 c.p. in capo al sanitario che operi in assenza di consenso del paziente. Il ragionamento giuridico svolto dalla Cassazione in tale pronuncia si fonda sull'idea di non poter conciliare il dolo intenzionale che necessariamente deve reggere le lesioni dell'omicidio preterintenzionale con la finalità terapeutica perseguita dal sanitario.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale a cui si rifanno le due sentenze ora citate, l'attività medico chirurgica risulta dunque pienamente lecita solo laddove sia sorretta dal consenso del paziente; in sua assenza, se ne ricorrono i presupposti, l'attività chirurgica sarà configurabile alla stregua degli illeciti penali di cui agli articoli 582 e 584 c.p.

2.2.2 Il fondamento costituzionale dell'attività medica

Agli inizi degli anni duemila è sorto in seno alla Suprema Corte un diverso indirizzo interpretativo mirante a mitigare l'eccessiva rigidità sanzionatoria della giurisprudenza allora dominante, e volto inoltre a tentare di porre un freno al dilagare della c.d. medicina difensiva, ossia quell'atteggiamento fin troppo prudente degli operatori sanitari sorretto dal timore per le conseguenze giuridiche scaturenti dal loro *agere*.

Secondo quest'indirizzo giurisprudenziale l'attività medica non trova il suo fondamento nel consenso del malato ma direttamente nel tessuto costituzionale⁵⁸. Infatti, essa è per sua natura rivolta a tutelare la salute del paziente, bene costituzionalmente garantito all'art. 32, e svolge una funzione sociale di tale

⁵⁸ Consultare a riguardo Cass. Sez. IV n 35822 del 11 luglio 2001, Cass. Sez. I n 26446 del 29 maggio 2002.

spessore da rendere paradossale che la stessa attività terapeutica, laddove correttamente svolta, possa essere trattata alla stregua di un qualsivoglia comportamento illecito. L'attività medica quindi si autolegittima a prescindere degli esiti che dalla stessa possano derivare, siano essi fausti o infausti; per tale ragione, in assenza di esplicita volontà del malato che sorregga l'intervento, lo stesso non potrà mai configurarsi come lesioni personali volontarie.

Prosegue tale impostazione affermando che il consenso del malato è da considerarsi sempre elemento essenziale dell'attività medica, ma lo stesso diviene decisivo solo laddove si configuri come esplicito ed informato dissenso, ossia il medico non è titolare di un diritto di curare il paziente poiché la sua professione, per quanto assoggettata al bene comune, deve rispettare la volontà del singolo e, quindi, se l'operatore sanitario agisce nonostante il dissenso del paziente il suo comportamento diverrà penalmente illecito.

Questo filone giurisprudenziale, più garantista, ritiene comunque impossibile assimilare l'attività chirurgica alle lesioni personali, e sostiene ciò sulla base dell'idea secondo la quale la singola lesione chirurgica si pone all'interno di un contesto più generale, l'intervento nel suo complesso, che è genericamente finalizzato a liberare il paziente dal male che lo affligge. La condotta del medico che quindi agisce in disprezzo del dissenso del paziente potrà, laddove ne ricorrano i presupposti, configurare il reato di violenza privata ex art. 610 c.p.

Sul palese contrasto giurisprudenziale sono intervenute le Sezioni Unite con la sentenza del 18 Dicembre 2008 n 2437. Prima però di vagliare la soluzione

prospettata in tale decisione risulta necessario analizzare più nel dettaglio le fattispecie astratte che sono state fino ad ora chiamate in causa.

2.2.3 Le fattispecie astratte applicabili in ambito medico chirurgico

La giurisprudenza di legittimità ritiene, con posizioni in parte ondivaghe, astrattamente applicabili alla condotta del sanitario che agisce in assenza di volontà conforme del paziente tre diverse fattispecie astratte: lesioni personali (art. 582 c.p.), omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.) e violenza privata (art. 610 c.p.). Prima però di affrontare l'analisi di tali norme incriminatrici risulta necessario soffermarsi sulla causa di giustificazione disciplinata dall'art. 50 del codice Rocco, dato che una parte della giurisprudenza fonda su tale norma la liceità dell'attività medico-chirurgica.

a) la scriminate del consenso dell'avente diritto

Si definiscono cause di giustificazione l'insieme di quelle norme che escludono l'antigiuridicità della condotta rendendo doveroso, o facoltativo, un determinato comportamento che astrattamente potrebbe essere configurato come illecito⁵⁹. Tra le scriminanti espressamente ricomprese nella parte generale del Codice vi è anche la causa di esclusione dell'antigiuridicità del consenso dell'avente diritto,

⁵⁹ Chiaramente tale definizione acquisterà un senso se si riconosce come elemento autonomo del reato la categoria dell'antigiuridicità obiettiva, diversa dalla mera antigiuridicità penale, e quindi si abbraccerà un'ottica tripartita. Sul punto, per le diverse impostazioni, si rimanda a A.PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 251 e ss; G.MARINUCCI E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 235 e ss.

disciplinata dall'art. 50 c.p., secondo il quale *“non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre”*.

Tale causa di giustificazione trova la sua ragion d'essere, così come le altre scriminanti delineate nella parte generale del codice, nel principio di bilanciamento tra interessi contrapposti, nello specifico tra le varie forme che assume la libertà individuale e l'interesse dello Stato a tutelare beni giuridici, ma al contempo si caratterizza per la spiccata soggettività che anima la suddetta causa di giustificazione. Già la lettera della legge, però, mostra la limitata efficacia del consenso della vittima ai soli casi in cui la persona può validamente disporre del diritto, non aggiungendo altro a riguardo, lasciando quindi all'interprete l'onere di riempire di contenuto l'astratta previsione normativa. Si tratta quindi di individuare quali beni possono considerarsi di valore superiore alla libertà individuale e quindi prevalere nel giudizio di bilanciamento con quest'ultima, comportando una non operatività scriminante del consenso dell'avente diritto.

Il consenso si considera validamente prestato laddove rispetti determinate condizioni. Innanzitutto legittimato a prestare il consenso è soltanto il titolare del diritto, ovvero il suo legale rappresentante, e costui deve possedere la capacità intellettuale necessaria per contemperare gli interessi in gioco e valutare l'opportunità del sacrificio. Il consenso, inoltre, deve, ai fini della sua validità, essere: attuale, ossia contestuale o prossimo all'azione posta in essere dal soggetto attivo; manifesto, ossia espresso in modo chiaro ed inequivocabile, anche in forma non scritta; libero e consapevole, immune quindi da vizi ed ingerenze esterne tali da coartare la volontà dell'interessato; e revocabile in qualsiasi momento dal

titolare del diritto. Esso deve essere inoltre giuridicamente permesso cioè avere ad oggetto diritti che siano pienamente disponibili dal suo titolare. Sono quindi da escludere dal novero dei diritti che possono essere scriminati dal consenso ex art. 50 c.p. le posizioni giuridiche soggettive che fanno capo ad una collettività nel suo insieme. Solo all'interno dei diritti individuali si potrà discernere tra diritti disponibili e diritti indisponibili e solo in relazione ai primi potrà essere prestato un valido consenso scriminante.

La dottrina tradizionale di norma classifica come disponibili i diritti patrimoniali ed alcuni diritti personalissimi, quali il diritto all'onore e alla libertà morale, ritiene, invece, assolutamente indisponibili il diritto alla vita e l'integrità fisica. L'indisponibilità di tale bene viene derivata di norma dalla disposizione civilistica contenuta all'art. 5 c.c., che pone due differenti ordini di limiti agli atti di disposizione del proprio corpo: vengono limitati quantitativamente tali atti laddove cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, e qualitativamente nel caso in cui essi siano contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. Dell'art. 5 c.c. però spesso si dà un'interpretazione letterale-restrittiva che risulta ancorata a dei principi non più regolanti il nostro ordinamento.

La disposizione civilistica in questione fu introdotta nel 1942⁶⁰ con uno specifico intento: quello di porsi in una funzione fortemente repressiva per preservare le

⁶⁰ La disposizione in questione fu introdotta per limitare la portata dell'art. 50 del c.p., che era stato tacciato dell'accusa di aver lasciato una lacuna all'interno dell'ordinamento, lacuna portata alla luce da un caso concreto in cui un giovane studente si era sottoposto, dietro pagamento di compenso, ad un intervento chirurgico di trapianto di una delle ghiandole sessuali in favore di un

condizioni fisiche dell'uomo che sono essenziali allo svolgimento delle singole attività sociali e familiari, in un'ottica paternalistica e fortemente pubblicistica dello Stato.

Nella visione della società fascista la vita del singolo e la sua integrità fisica acquistano valore perché indirizzate alla potenza dello Stato e quindi sono al di fuori della disponibilità del singolo, celandosi dietro la tutela della vita della persona la tutela di un interesse più generale, sovraordinato a quello del soggetto. Risultano, dunque, vietati tutti quegli atti di disposizione del proprio corpo che comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica perché lesivi dell'interesse supremo dello Stato.

La portata del principio sancito dalla disposizione in questione è andata dilatandosi finendo col divenire una norma di interpretazione autentica dell'art. 50 c.p., e assurgendo persino a principio generale dell'ordinamento tramite il quale interpretare norme di rango costituzionale.

Un tal tipo di ricostruzione non sembra oggi coerente con i principi di autodeterminazione responsabile e di autonomia che impregnano l'intero ordinamento costituzionale, con la conseguenza che bisogna individuare un nuovo contenuto ed una nuova portata per la disposizione in questione. Innanzitutto, devono considerarsi abbandonate quelle tendenze paternalistiche ed assolutistiche che volevano l'interesse della collettività sempre prevalente su quello del singolo, concependo i singoli diritti individuali solo in chiave ed in funzione collettivistica.

anziano americano. Sull'origine dell'art. 5 c.c. M.B. MAGRO, *"Eutanasia e diritto penale"*, Torino, 2001, p. 61 e ss.

Oggi il principio cardine è il principio personalista, che pone al centro dell'ordinamento la persona con i suoi bisogni; in tale contesto una disposizione come l'art. 5 c.c. si svuota di significato e ricade sull'interprete il dovere di tracciare una nuova linea interpretativa conforme ai principi generali, laddove ciò sia possibile.

In un sistema regolato dal principio di autodeterminazione responsabile, gli atti di disposizione del proprio corpo non possono essere vietati *sic et simpliciter* in quanto comportano una diminuzione permanente dell'integrità fisica, perché si deve inevitabilmente tener conto di quella che è la volontà del singolo ed i suoi bisogni ed interessi, che oggi non sono più ontologicamente soccombenti rispetto a quelli statali.

La disposizione civilistica, in questa nuova visione personalistica, sancisce la libertà di disporre del proprio corpo, con determinati limiti; ed il limite non può essere individuato nella mera permanenza della diminuzione fisica, ma deve essere identificato nel rispetto della persona umana e della sua dignità. Oggigiorno sorge la necessità di limitare l'agire economico, l'incessante avanzare del mercato che ormai quotidianamente occupa le nostre esistenze, ed evitare che parti del nostro corpo, o l'uomo stesso, entrino a far parte dello scambio commerciale come mera merce⁶¹, ed in questo senso l'art. 5 c.c. deve essere letto in riferimento agli atti negoziali e alla possibilità, esclusa dalla norma, che dall'atto derivino degli effetti obbligatori volti ad attribuire a terzi diritti sul proprio corpo⁶².

⁶¹ Si rimanda ancora a di S.RODOTÀ, "Il nuovo *habeas corpus*.." op. cit.

⁶² A tal proposito M.B. MAGRO, *op. cit.*, p. 80 e ss.

È pur vero che gli interessi della collettività ancor oggi rivestono un ruolo essenziale nella dinamica sociale tramite il richiamo ai doveri inderogabili di solidarietà, ma l'ingerenza del bene comune, lungi dall'atteggiarsi ad imperativo opprimente così come nel recente passato, non può portare ad affermare un generale divieto agli atti di disposizione del proprio corpo e della propria vita che non tenga conto delle peculiari circostanze all'interno del quale esso è calato. Non si può infatti negare che, fermo restando il divieto di disporre della propria vita, testimoniato da fattispecie astratte quale gli articoli 579 e 580 c.p. di cui più in là si tratterà, nelle peculiari situazioni in cui si riconosce il diritto a non curarsi indirettamente si incide sulla disponibilità della vita da parte del suo titolare. Nell'interpretare norme limitative dell'autodeterminazione del singolo bisogna quindi sempre agire con cautela, prendendo in considerazione le peculiarità della situazione concreta, per assicurare al principio personalista ed alle sue singole specificazioni, tra le quali rientra il principio *volenti non fit iniuria*, la centralità che gli spetta in seno al nostro ordinamento costituzionale, avendo sempre l'interprete come stella polare della sua azione l'essenza di *extrema ratio* del diritto penale, di risposta ultima dell'ordinamento a quelle offese che sono lesive di singoli interessi e non di interessi astratti e lontani dall'individuo.

Seppur quindi in generale può ritenersi corretto l'indirizzo interpretativo che ritiene non validamente prestato il consenso dell'avente diritto in relazione alla lesione della propria vita, si deve però riconoscere che gli articoli testé analizzati debbono essere interpretati alla luce dei precetti costituzionali, e nello specifico dell'art. 32 comma 2 Cost., e che quindi “*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 e inscindibile della persona come tale; e, quindi, in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo”⁶³.

Si ritiene, in conclusione, così come sostenuto da attenta dottrina⁶⁴, che il binomio diritto disponibile-indisponibile risulta sicuramente utile all’operazione di bilanciamento sottesa alla scriminante in questione, ma si presenta al contempo come non esaustivo, ponendosi di fronte all’interprete talvolta casi non preventivamente classificati dal legislatore. Zone di confine dove è impervio individuare una possibile soluzione in termini generali e che necessitano, per la risoluzione del conflitto, di un bilanciamento in concreto non più esclusivamente riferito ad una fonte astratta, ma rivolto ai “*profili fattuali e motivazionali legati all’atto di disposizione*”⁶⁵. Al di fuori quindi dei casi in cui risulta chiara la natura del diritto coinvolto, toccherà all’interprete realizzare un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco, facendo sempre riferimento, oltre che agli elementi fattuali, ai principi generali animanti il nostro ordinamento. Tra queste situazioni limite rientra sicuramente la prestazione del consenso in ambito biomedico, per la quale quindi non devono ritenersi automaticamente operanti i limiti generalmente riconosciuti all’art. 50 c.p..

⁶³ Cassazione penale, SS.UU., sentenza 21.01.2009 n° 2437.

⁶⁴ Sul punto si rimanda all’attenta e approfondita analisi della portata della scriminante in questione negli ordinamenti italiano e tedesco svolta in S.TORDINI CAGLI, “*Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*”.

⁶⁵S.TORDINI CAGLI, “*Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*”, op. cit., p. 224.

b) Violenza privata

L'art 610 c.p. punisce con la reclusione fino a 4 anni chiunque “*con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa*”. Bene giuridico tutelato dalla norma in commento, come suggerito dalla sezione stessa del Codice, è costituito dalla libertà morale, intesa come libertà di formare e attuare in piena autonomia la propria volontà. Non tutte le interferenze altrui alla propria libertà morale sono però rilevanti penalmente, talché il delitto di violenza privata si presenta come un reato d'evento a condotta vincolata. L'intromissione nell'altrui libera autodeterminazione avrà quindi rilevanza penale solo se realizzata secondo le modalità previste dall'art. 610 c.p., ossia tramite violenza o minaccia.

Risulta allora necessario definire con il massimo grado di precisione tali concetti per evitare che il delitto in questione da reato a forma vincolata degeneri in reato a forma libera, contravvenendo in tal maniera alla volontà espressa del Legislatore. Il concetto di minaccia⁶⁶ viene di norma ricondotto alla prospettazione di un male ingiusto, il cui verificarsi risulta indipendente dalla volontà del soggetto passivo. Costituisce quindi un mezzo di coartazione dell'altrui volontà che agisce per il tramite della prefigurazione di un male ingiusto e che può essere espressa in qualsiasi forma, sia essa orale o scritta, esplicita od implicita.

Maggiori problematiche pone invece l'altra modalità di realizzazione della condotta: la violenza. La posizione prevalente in dottrina identifica il concetto di

⁶⁶ Si rimanda per un'approfondita e recente analisi sull'operatività della condotta di minaccia nel diritto penale italiano a G.L.GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Aracne, Roma, 2013.

violenza non soltanto nell'impiego di energia fisica su persone o cose ma in generale in *“qualsiasi altro mezzo, diverso dalla minaccia, idoneo a coartare il soggetto passivo”*⁶⁷. Si può quindi distinguere una violenza propria, che si caratterizza per l'utilizzo di energia fisica, da una violenza impropria, consistente nell'utilizzo di ogni altra modalità coartante. Una siffatta ricostruzione tende a svilire la struttura dell'illecito in questione riportando nell'alveo del penalmente rilevante ogni fatto che riesca a coartare la volontà del soggetto, a prescindere dalle modalità realizzative, tramutando il delitto di violenza privata da fattispecie a forma vincolata a reato a forma libera.

Proprio per ovviare a tale conseguenza è stata prospettata in dottrina⁶⁸ una nozione restrittiva di violenza sulla persona, che permetta di delineare una modalità realizzatrice dell'illecito in questione coerente con l'impianto legislativo in una interpretazione adeguata del complesso di norme in gioco. Secondo tale impostazione per violenza sulla persona può intendersi esclusivamente l'offesa attuale a beni attinenti la dimensione fisica del soggetto passivo, ossia l'integrità fisica, la vita e la libertà di movimento. La nozione di violenza si riavvicina così al suo concetto sociale, pregiuridico, di aggressione fisica alla persona ed ha il pregio di riconsegnare all'illecito ex art. 610 c.p. la forma sua propria di reato a condotta vincolata.

⁶⁷ F. VIGANÒ (a cura di) *Reati contro la persona* estratto dal VII volume del Trattato teorico-pratico di Diritto penale diretto da F. PALAZZO C.E. PALIERO, Giappichelli editore, Torino, 2011, p. 231.

⁶⁸ F. VIGANÒ, *“La tutela penale della libertà individuale. Vol I l'offesa mediante violenza”*, Giuffrè, Milano, 2002.

Le modalità della condotta, così come delineate fino ad ora, devono causare una costrizione a *“fare, tollerare od omettere qualche cosa”*. Evento del reato è quindi costituito dal costringimento della vittima a compiere, o a non impedire che qualcuno compia, un atteggiamento che egli altrimenti non avrebbe tenuto. Il momento consumativo del reato coincide con la realizzazione del costringimento, prima del quale potrà aversi esclusivamente un tentativo punibile.

Elemento soggettivo del delitto di violenza privata è costituito dal dolo generico, che deve ricoprire tutti gli elementi del reato, infatti nel caso in cui l'agente agisca nell'erronea supposizione del consenso della vittima non sarà configurabile il reato data l'assenza del requisito della costrizione.

c) Lesioni personali

L'art. 582 c.p. sanziona la condotta di colui che *“cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente”*. Il delitto in questione si presenta quindi come un reato comune, d'evento e a forma libera, tutelante l'incolumità individuale altrui, che dovrebbe essere intesa, più che come mero sinonimo della nozione di integrità fisica, alla stregua del più ampio concetto di salute costituzionalmente rilevante. Il reato di lesioni personali può quindi essere commesso con qualunque mezzo idoneo, anche per il tramite di una condotta omissiva secondo lo schema dell'art. 40 co 2 c.p.

La dizione della norma sembra riferirsi ad una duplicità di eventi, la lesione e la conseguente malattia, e ha spinto la giurisprudenza dominante a supportare una struttura della norma caratterizzata da un evento (le lesioni), nei confronti del

quale deve dirigersi l'oggetto del dolo dell'agente, ed una condizione obiettiva di punibilità⁶⁹ (la malattia), che viene imputata oggettivamente al reo. Di diversa opinione la dottrina prevalente che, pur riconoscendo l'infelice dizione della norma, ritiene la duplicità di eventi un errore interpretativo. Muovendo dallo schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, dove il reato in oggetto era formulato incentrandosi sul "cagionare una malattia nel corpo e nella mente", il pressoché unanime indirizzo della scienza giuridica ritiene il richiamo alla lesione effettuato nell'articolo una mera ripetizione del *nomen iuris* della norma⁷⁰ e riconosce come unico evento del reato, capace di differenziare l'ambito applicativo del delitto di lesioni da quello dell'art. 581 c.p., la malattia nel corpo o nella mente.

La struttura della fattispecie astratta è quindi delineata intorno tale evento che desta non poche problematiche in relazione all'individuazione del suo corretto ambito applicativo. La giurisprudenza pressoché dominante accoglie un concetto di malattia di matrice prettamente tecnico-giuridica e la riconosce sussistente in presenza di *qualsiasi alterazione, non solo funzionale ma anche meramente anatomica, dell'organismo*. Si tratta di un concetto di malattia non rispondente né al sapere scientifico-medico né al comune sentire della società, e che acquisisce una latitudine tale da ricomprendere anche alterazioni localizzate, di lieve entità e assolutamente ininfluenti sulle condizioni generali del corpo della vittima.

⁶⁹ Che nel caso di specie agirebbe come condizione intrinseca di punibilità concretizzandosi in un "accadimento lesivo del bene protetto". Sul punto A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*; cit, p. 395.

⁷⁰ Così sul punto F. VIGANÒ (a cura di) *Reati contro la persona* cit., p 93 "Il richiamo all'evento intermedio rappresentato dalle lesioni deve, quindi, essere reputato un semplice pleonasma, configurandosi il reato ogniqualvolta l'agente cagioni una malattia in capo alla vittima".

Costituisce inoltre un indirizzo ermeneutico tale da portare in concreto ad un abolizione tacita del reato di percosse, il cui ambito applicativo risulterebbe quasi totalmente limitato. Proprio per tali ragioni si è prospettata in dottrina una definizione medico-legale del concetto di malattia, dotata della capacità di porre maggiormente in risalto la modificazione funzionale e non meramente anatomica dell'organismo dell'offeso, secondo la quale costituisce evento del reato di lesioni qualsiasi *processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno grave compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo*⁷¹.

Elemento soggettivo del reato è costituito dal dolo generico che, se si accoglie la tesi della duplicità degli eventi, deve consistere nella mera volontà e consapevolezza di cagionare una lesione a terzi e non estendersi anche al risultato di tale azione. Si avrebbe quindi un'assoluta identità tra il dolo di percosse ed il dolo di lesioni. Se invece si riconosce la malattia come unico evento del reato si deve necessariamente convenire che la stessa rientra inevitabilmente nell'oggetto del dolo, potendo in quest'ottica disconoscere l'identità tra il dolo di percosse e quello del delitto di cui si tratta.

d) Omicidio preterintenzionale

L'art. 584 c.p., rubricato omicidio preterintenzionale, punisce la condotta di chi *“con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo”*. Tale figura di reato costituisce, insieme all'aborto

⁷¹ F. VIGANÒ (a cura di) *Reati contro la persona* estratto cit. p. 93.

preterintenzionale ex art. 18 comma 2 l. n 174/1998, unica⁷² applicazione del criterio di imputazione soggettiva di cui all'art. 43 co 2 c.p., e solleva in dottrina numerose problematiche in relazione alla struttura della sua condotta. In particolar modo è la formula, alquanto controversa, degli “atti diretti a commettere” che ha destato l’attenzione della scienza giuridica.

Tale dizione normativa richiama inequivocabilmente l’istituto del tentativo di delitto, ma allo stesso tempo se ne discosta dato che l’art. 56 c.p. ritiene necessari, per la realizzazione di tale forma di manifestazione del reato, “*atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere*”. L’art. 584 c.p. si differenzia dalla disposizione generale poiché richiede espressamente soltanto il requisito della direzione degli atti e non anche l’univocità e l’idoneità degli stessi, così come richiesto per il tentativo.

Sulla base del diverso tenore normativo, una parte della dottrina⁷³ ha sostenuto che per configurare la condotta base del reato di cui all’art. 584 c.p. sia sufficiente un *generico comportamento minaccioso e/o aggressivo*, non ritenendo quindi necessario che la condotta del reo si attesti sul livello del tentativo punibile di lesioni o di percosse. Un preferibile orientamento dottrinario⁷⁴ e

⁷² Per un’analisi sulle varie posizioni dottrinali in merito alla categoria dei delitti preterintenzionali si rimanda a E.DOLCINI G.MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, III Edizioni, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2011, p. 5351 e ss.

⁷³ INSOLERA, “*Riflessioni giuridiche sulla natura soggettiva della preterintenzione*”, in *Indice Penale*, 1981, p. 763; MARINI, “*Omicidio*” in *Digesto Penale*, VIII, Torino, 1994, p. 519.

⁷⁴ G.ZUCALÀ, “*Il delitto preterintenzionale*”, Priulla, Palermo, 1952; F. MANTOVANI, “*Diritto Penale. Parte generale*”, CEDAM, Padova, 2011; M. SPASARI, “*Osservazioni sulla natura giuridica del c.d. delitto preterintenzionale*”, in *Arch. Pen.*, 1957, p. 250; S. SCOTTI, “*Brevi riflessioni in tema di omicidio preterintenzionale*”, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, p. 843; A. CALVI, “*Reato aberrante e omicidio preterintenzionale*”, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1962, p. 1141; E. GALLO, “*Delitti aggravati dall’evento e delitti di attentato*”, in *Giur. It.*, 1990, p. 414; F. GIANNELLI, “*La figura del delitto preterintenzionale*”, CED Edizioni, Napoli, 1990.

giurisprudenziale, opposto e prevalente, si scosta da questa rigida interpretazione letterale, assumendo come indefettibile la sussistenza di almeno il tentativo di delitto ai fini dell'integrazione dell'omicidio preterintenzionale, e ritiene ciò sia sulla base di argomenti di politica criminale, in quanto si rischierebbe di allargare eccessivamente l'ambito di applicazione della norma in questione, sia di ragioni logico giuridiche, essendo difficoltoso ipotizzare atti astrattamente inidonei a ledere e capaci al contempo ex post di cagionare la morte di un uomo.

Ma è sul versante dell'elemento soggettivo che il panorama dogmatico diviene altamente variegato, attestandosi su posizioni tra loro profondamente diverse. La tesi accolta in giurisprudenza ritiene la preterintenzione una combinazione di dolo, in relazione all'evento meno grave, e di responsabilità oggettiva, rispetto all'evento più grave. La suddetta posizione giurisprudenziale è stata però oggetto di aspre critiche dottrinali ⁷⁵ fondate prevalentemente sull'assunto dell'incompatibilità tra la responsabilità obiettiva ed il principio di personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27 Cost.

La dottrina maggioritaria, sulla base dell'illegittimità della responsabilità oggettiva, tende a classificare la preterintenzione ora come forma di dolo misto a colpa specifica, ritenendo colposa la condotta che ha violato il precetto penale di non ledere l'integrità fisica altrui, ora ancora come dolo misto a colpa generica, prospettando regole cautelari nell'agire umano illecito, o talvolta parlando di dolo misto a colpa generica oggettivizzata. Tali ricostruzioni sono sicuramente spinte

⁷⁵ Sul punto si rimanda a F. VIGANÒ (a cura di) *Reati contro la persona* estratto dal VII volume del Trattato teorico-pratico di Diritto penale diretto da F. PALAZZO C.E. PALIERO, Giappichelli editore, Torino, 2011, p. 77 e ss.; S. CANESTRARI ET AL., *Diritto penale lineamenti di parte speciale*, sesta edizione, Monduzzi editoriale, Bologna, 2014, p. 524 e ss.

da un intento nobile, assicurare una più ampia e corretta applicazione del principio di colpevolezza nel nostro ordinamento, ma acquistano, a parere di chi scrive, una piena valenza solo *de iure condendo* solo quindi in ottica di politica criminale, spingendo verso una riforma che attribuisca espressamente per colpa l'evento preterintenzionale. Peccano invece di eccessiva astrattezza concettuale e rischiano di distaccarsi dai dati normativi in possesso dell'interprete.

Le teorie sommariamente enunciate traggono tutte origine dallo stesso assunto di base secondo il quale la personalità della responsabilità penale, sancita in Costituzione, debba necessariamente essere intesa come responsabilità per dolo o per colpa. Questa posizione ermeneutica va però oltre il dato normativo che prevede, in Costituzione, che "*la responsabilità penale è personale*" e non colpevole, e che contempla, nella parte generale del codice, espressamente forme di responsabilità penale oggettiva.

È precipuo compito del giurista procedere, nella sua attività dogmatica, vagliando tutte le possibili opzioni interpretative nel tentativo di individuare i percorsi capaci di conciliare la legge ordinaria con i principi generali, essendo reso impossibile all'operatore giuridico lo stravolgimento del tenore delle norme di legge. Si intende quindi in questa sede aderire alla soluzione prospettata da quella parte della dottrina⁷⁶ che ritiene che il principio di colpevolezza, lungi dal richiedere necessariamente il dolo o la colpa, esige piuttosto che il soggetto sia eticamente rimproverabile per quel fatto concreto, e che quindi abbia espresso un

⁷⁶ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*; op. cit.; S. ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento*, Giuffrè, Milano, 1984; V. MILITELLO, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Digesto Penale VIII Ed.*, Torino, 1994, A.M. STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Jovene, Napoli, 1989.

dominio personale sull'evento realizzato. La personalità della responsabilità penale si concretizza nella "*possibilità del controllo finalistico dell'accadere*" che si traduce "*nella duplice esigenza della prevedibilità ed evitabilità dell'evento nella situazione concreta*". La responsabilità oggettiva sarà quindi pienamente coerente col principio generale ex art. 27 co 1 Cost. laddove il soggetto agente, nel caso concreto, abbia avuto la possibilità di prevedere ed impedire l'evento attraverso il suo attivarsi finalistico.

Dopo aver riconosciuto la legittimità di una siffatta responsabilità obiettiva, tale dottrina prosegue sostenendo che tutti i casi di responsabilità oggettiva previsti nel nostro ordinamento sono in realtà casi all'interno dei quali il reo agisce assumendosi un rischio totalmente illecito a seguito della violazione di una norma penale. L'intero rischio dell'azione posta in essere deve quindi ricadere, sotto forma di conseguenza penale, sul soggetto agente, che risponderà per quanto cagionato con l'irrogazione di una pena più grave rispetto a quella prevista per il reato colposo, dato che in quest'ultima forma di reato l'ordinamento solleva il reo dalla responsabilità per il rischio lecitamente corso. La responsabilità oggettiva oggi quindi si qualifica esclusivamente come responsabilità da rischio totalmente illecito che può presentarsi o in forma pura, ad esempio l'art. 116 c.p., oppure mista a dolo, come nel caso della preterintenzione.

Elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale è quindi costituito dal dolo misto a responsabilità oggettiva in relazione alla morte del soggetto passivo, purché chiaramente tale evento sia concretamente prevedibile ed evitabile dal colpevole. Il soggetto agente di tale reato deve quindi essere mosso da un chiaro

animus laedendi e non anche da un *animus necandi*, infatti, sussistendo quest'ultimo, la cui esistenza deve essere scandagliata in sede giudiziale tramite una rigorosa valutazione degli elementi oggettivi, si configurerà il più grave delitto di omicidio volontario.

Problematiche sorgono anche in relazione al criterio di imputazione soggettiva dell'evento meno grave, ossia le percosse o le lesioni. La lettera della legge infatti parla di atti diretti a ledere o percuotere, facendo presumere, con ciò, la necessità che l'elemento soggettivo delle lesioni o delle percosse assuma la forma del dolo intenzionale od almeno del dolo diretto, risultando in tal maniera il dolo eventuale incompatibile con la fattispecie astratta oggetto di analisi.

La posizione appena espressa, che ritiene il requisito della direzione degli atti incompatibile col dolo eventuale, pur non essendo assolutamente pacifica in dottrina e nella giurisprudenza più recente, si presenta però come maggiormente rispondente ai principi ispiratori il nostro diritto penale. Infatti, nonostante la teoria della responsabilità da rischio totalmente illecito abbia avuto il pregio di riconciliare, con gli strumenti normativi oggi disponibili al giurista, l'istituto della responsabilità oggettiva con il principio di personalità della responsabilità penale, le residue ipotesi normative di tale responsabilità che ancora popolano il sistema penale italiano sono da considerarsi del tutto eccezionali, ed in quanto tali l'operatore giuridico deve darne un'interpretazione il più restrittiva possibile, che eviti di ampliare oltremodo l'ambito del penalmente rilevante dettato da disposizioni incriminatrici al limite della legittimità costituzionale.

2.2.4 Le Sezioni Unite sul caso Giulini⁷⁷

Dopo aver analizzato le norme richiamate dalla giurisprudenza in ambito medico-chirurgico si intende ora concentrare l'attenzione sul recente arresto delle Sezioni Unite, al fine di comprendere se gli interrogativi posti dal peculiare contesto sanitario riescono a trovare risposta nella legislazione vigente, o se si presenta come necessario un intervento chiarificatore del Legislatore.

La vicenda dalla quale ha tratto origine la sentenza della Suprema Corte riguardava un intervento di salpingectomia mirante ad asportare la tuba sinistra della paziente, intervento eseguito secondo le *legis artis* ma effettuato senza il consenso validamente prestato della donna, che era stata informata solo a riguardo all'intervento meno invasivo di laparoscopia. La vicenda giudiziaria arrivò fino alla sez. V della Cassazione che decise di rimettere alle sezioni unite la questione di diritto vertente sulla rilevanza penale della condotta del sanitario che, in assenza di consenso informato del paziente, abbia sottoposto lo stesso ad un intervento chirurgico conclusosi con esito fausto.

Il caso concreto affrontato dalla Corte è sicuramente differente dalle vicende sopra analizzate, essendosi concluso con esito fausto, e forse è destinato ad avere un ambito applicativo ristretto, dato che le maggiori problematiche sorgono nelle vicende contraddistinte da esiti dell'attività terapeutica notevolmente negativi per

⁷⁷ Cass., Sez. Un., 18/12/2008-21/01/09, n. 2437. Per un commento sulla sentenza delle Sezioni Unite: F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass.Pen.*, 2009, p. 1811 e ss.

la salute del paziente; ciò nonostante tale pronuncia costituisce un importante tassello nel panorama interpretativo della responsabilità penale del medico.

Nel suo procedere questa volta la Suprema Corte prende le mosse da un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in ambito medico-chirurgico e, a seguito di ciò, ritiene di poter fondare la legittimità dell'attività sanitaria direttamente nelle norme costituzionali. I supremi giudici sostengono che procedere nel tentativo di individuare una scriminante per un'attività che dallo stesso Legislatore penale viene definita di pubblica necessità costituirebbe operazione paradossale, che porrebbe sullo stesso piano l'attività medica con qualsivoglia attività illecita. È nella stessa Costituzione, e nella finalità terapeutica propria della medicina, che si deve rinvenire il fondamento di tale professione che risulta legittima per il fine suo proprio di tutela della salute ex art. 32 Cost.

Ma i giudici di piazza Cavour si spingono oltre riconoscendo che dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori discende che il consenso informato del paziente, in quanto espressione della libertà di curarsi, diviene presupposto indefettibile che giustifica il singolo trattamento sanitario. Sulla base di queste premesse vengono ritenuti sicuramente *contra ius* gli atti medici realizzati in presenza di dissenso del paziente⁷⁸, mentre i giudici si soffermano sulle possibili conseguenze penali della condotta medica realizzata in assenza di consenso informato ed in presenza di un beneficio per la salute del paziente.

⁷⁸ La Corte non si sofferma sul punto, non delineando quindi le possibili conseguenze penali per tale *agere* medico, limitandosi ad affermare che “*Ferma restando, dunque, la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili “contro” la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall’esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell’altrui volere*”.

Nel far ciò la Suprema Corte rigetta l'impianto accusatorio che aveva qualificato la condotta del soggetto agente come violenza privata, ritenendo impossibile la sussistenza di tale delitto nel caso di specie. Nell'art. 610 infatti, come sopra evidenziato, la condotta violenta diviene un mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore, che può concretizzarsi anche in un mero "tollerare", ma che deve comunque essere qualcosa di naturalisticamente diverso dalla condotta delittuosa. Nel caso di specie la condotta violenta, l'operazione priva di consenso, e l'evento tollerato dalla vittima, l'operazione stessa, vengono a coincidere rendendo quindi impossibile rinvenire la fattispecie astratta nella situazione concreta.

Negata quindi la possibilità di qualificare la condotta del medico alla stregua del delitto di violenza privata, i giudici di legittimità si concentrano sull'analisi dell'altro reato generalmente chiamato in causa nei contesti medici: le lesioni personali. A tal proposito, pur avendo rinvenuto il fondamento dell'attività medico chirurgica nella finalità costituzionale di tutela della salute del singolo, l'organo giudicante, in contraddizione con le premesse di principio, nega che il contesto terapeutico all'interno del quale si pone l'atto chirurgico sia incompatibile con la volontà lesiva del reato ex art. 582 c.p., affermando che l'antigiuridicità della singola operazione "non può che ricondursi alla disamina del corretto piano relazionale tra medico e paziente: in una parola, al consenso informato". Riconoscendo quindi la tipicità della condotta medica, che è *costretta a ledere per curare*, e l'antigiuridicità che le è propria, laddove sia priva del consenso del paziente, la Cassazione si concentra sull'evento del delitto in questione analizzando quando possa ritenersi realizzata la malattia di cui all'art.

582 c.p. Sul punto la Corte, sorprendentemente, sconfessa la giurisprudenza fino ad allora dominante, facendo suo proprio il concetto medico legale di malattia inteso come *“processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell’assetto funzionale dell’organismo”* e rigettando la posizione ermeneutica che considera malattia qualsiasi alterazione anatomica.

Ai fini dell’individuazione della causazione della malattia, intesa in chiave funzionale, i giudici ritengono necessario indagare gli esiti dell’operazione e quindi, nel caso in cui la stessa si sia conclusa a beneficio della paziente, l’attività terapeutica non potrà aver cagionato nessun evento lesivo rilevante ai sensi dell’art. 582 c.p., dovendosi piuttosto sostenere che la condotta del medico che agisce senza il consenso informato del paziente non potrà avere rilevanza penale qualora abbia avuto esito fausto, migliorando le condizioni di salute del malato.

La pronuncia in commento ha quindi tentato di risolvere il problema della responsabilità penale del medico attraverso una ricostruzione i cui pilastri fondamentali possono essere individuati in tre passaggi chiave dell’argomentare giuridico della Corte:

1) Il fondamento dell’attività medica è da rintracciarsi nella Carta Costituzionale e nella tutela della salute cui è indirizzata la stessa arte medica, è possibile quindi sostenere che la professione sanitaria sia tutelata giuridicamente da una “scriminante costituzionale” che trovi fondamento direttamente nell’art. 32 Cost., evitando così di passare per l’angusto sentiero dell’art. 50 c.p. così come ancor

oggi interpretato. Costituisce però indefettibile elemento di correttezza dell'attività terapeutica il consenso del paziente, dato l'odierno paradigma del diritto alla salute;

2) Si deve ritenere possibile, seppur con qualche difficoltà palesata dagli stessi giudici, distinguere tra esiti fausti ed infausti, riconoscendo l'intervento come benefico per il paziente tutte le volte in cui vi sia un *“miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare che possa essere soltanto la monologante scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, negligendo ciò che il paziente abbia potuto indicare a riguardo”*;

3) Potendo distinguere le conseguenze dell'attività terapeutica la Corte ritiene di non poter configurare l'evento del reato di lesioni personali (la malattia) nei casi in cui l'operazione si concluda con esito fausto.

L'incerta soluzione attuale

Volendo quindi tentare di tirare le fila delle argomentazioni fino ad ora svolte, e dei richiami giurisprudenziali effettuati, si può sostenere che allo stato dell'arte, tralasciando i casi in cui l'operatore sanitario agisca non seguendo le *legis artis*, possono differenziarsi quattro diverse situazioni tipo con differente rilievo penale:

1) Intervento con esito fausto ed in mancanza di consenso del paziente: Secondo il principio di diritto posto dalle Sezioni Unite, il comportamento del medico non

sarebbe penalmente rilevante né ai sensi dell'art. 610 c.p., in quanto viene a coincidere evento del reato e condotta, né per l'art. 582 c.p., perché manca l'evento del reato (la malattia)

2) Intervento con esito fausto ed in presenza di dissenso del paziente: a differenza dell'ipotesi precedente il sanitario in questi casi potrebbe essere chiamato a rispondere del reato di violenza privata essendo scindibile la condotta violenta, il porre il paziente in stato di incapacità per effettuare l'intervento, dall'evento del reato, il tollerare l'operazione.

3) Intervento con esito infausto ed in mancanza di consenso del paziente: sul punto non si è pronunciato il supremo collegio lasciando quindi le ipotesi maggiormente problematiche in balia dei differenti filoni giurisprudenziali. Si può però tentare di indagare gli *obiter dicta* della sentenza in questione alla ricerca di una possibile soluzione. In caso di esito infausto è infatti chiaramente configurabile l'evento-malattia del reato ex art. 582 c.p., potendo quindi il medico essere chiamato a rispondere del reato di lesioni personali se se ne si riconosce sussistente il dolo. È però plausibile che il terapeuta agisca in tale contesti presupponendo quel consenso che la Corte, nella sentenza Giulini, qualifica come non ben definita scriminante costituzionale, agendo quindi erroneamente con la convinzione della sussistenza di una causa di esclusione dell'antigiuridicità, e rispondendo, laddove il suo errore sia determinato da colpa, del reato di lesioni colpose, secondo la disciplina dettata dall'art. 59 c.p.

4) Intervento rifiutato dal paziente e con esito infausto: l'ipotesi sicuramente più controversa riguarda l'intervento del medico in caso di espresso dissenso del malato. Le soluzioni prospettate sono le più diverse. Secondo l'impostazione giurisprudenziale più risalente, che ritiene sussistente nelle lesioni volontarie una duplicità di eventi, si configurerebbe il reato ex art. 582 c.p. essendo sufficiente che il dolo del soggetto ricopra l'evento delle lesioni dalle quali discenderà, per mero collegamento causale, la malattia. Secondo questo orientamento, inoltre, se dalle lesioni deriva la morte del paziente il medico potrebbe rispondere di omicidio preterintenzionale, a patto che si ritenga che l'evento meno grave di tale figura delittuosa possa essere retto dal dolo eventuale.

Se invece si conviene che unico evento del reato di cui all'art. 582 c.p. sia costituito dalla malattia, intesa in chiave funzionalistica e non come mera alterazione anatomica, allora non si potrebbe ritenere configurato nell'ipotesi in questione il delitto di lesioni per carenza di elemento soggettivo, dato che il dolo deve necessariamente comprendere anche l'evento del reato ed è altamente improbabile che, in contesti terapeutici, il medico agisca rappresentandosi e volendo realizzare un'alterazione funzionale dell'organismo del paziente.

Tale ultima ricostruzione ermeneutica, maggiormente rispondente ai canoni di un diritto penale moderno, porta però a conclusioni paradossali. Se infatti si accoglie il concetto medico-legale di malattia, e la si qualifica come evento del reato, si giunge ad escludere che il medico possa volere tale evento come conclusione della propria condotta terapeutica, anche se l'operatore sanitario agisce in presenza di esplicito dissenso del paziente. Ciò porta a ritenere penalmente sanzionabile,

sotto-forma di lesioni colpose, la condotta del medico che opera in assenza di consenso, per le ragioni sopra richiamate, ed a qualificare al contempo penalmente lecita l'attività terapeutica del chirurgo che volontariamente sottopone il malato ad un intervento che egli sa non essere gradito al paziente.

Per evitare questa inaccettabile contraddizione, parte della scienza giuridica sostiene che nelle ipotesi in commento non può che concludersi per una responsabilità per lesioni colpose dell'operatore sanitario⁷⁹, laddove la colpa dovrebbe risiedere nella cosciente violazione da parte del medico della regola del consenso informato, regola di cui può però essere, legittimamente, discussa la natura cautelare, essendo la stessa non tanto preordinata ad evitare eventi non voluti ma piuttosto indirizzata a realizzare un corretto soddisfacimento del diritto alla salute del paziente. Si può quindi concludere, non senza difficoltà, che nell'ipotesi in cui il terapeuta agisca in palese contrasto col consenso del paziente, cagionandone una malattia, lo stesso, secondo l'impostazione in esame, andrebbe incontro a responsabilità per lesioni colpose.

2.2.5 Una visione costituzionalmente orientata della responsabilità medica

La decisione delle Sezioni Unite n. 2437/2008 costituisce un importante approdo giurisprudenziale in ambito medico-chirurgico che però non si è dimostrato capace di ridurre la cifra di complessità del sistema.

⁷⁹ Sul punto nuovamente F.VIGANÒ “*Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*”, Cit.

L'ambito della responsabilità penale dell'operatore sanitario è infatti scosso da una continua tensione, avvertibile nella stessa pronuncia, tra norme di rango ordinario tendenzialmente inadeguate e fonti costituzionali e sovranazionali che ricostruiscono l'intera relazione terapeutica alla luce di un forte principio libertario improntato al riconoscimento della piena autodeterminazione per il malato. L'inadeguatezza della legge ordinaria emerge dai forti contrasti giurisprudenziali che sono emersi nella breve disamina che precede e si palesa, più che nelle norme incriminatrici, nell'interpretazione fortemente letterale che la giurisprudenza dà all'intero corpo normativo codicistico, che in tale maniera si presenta incapace di rispondere ai nuovi bisogni che animano il corpo sociale.

La carenza dell'odierno tessuto normativo ordinario, e dell'interpretazione suggerita dalla giurisprudenza, si presenta in tutta la sua portata nella pronuncia del 2008 dove, continuando a ritenere pienamente operanti i limiti classici imposti dall'art. 5 c.c. alla scriminante del consenso dell'avente diritto, la Corte, consapevole del nuovo atteggiarsi dell'arte medica, è "costretta" a rintracciare nell'apparato costituzionale una non meglio definita scriminante, i cui contorni sono del tutto vaghi e sconosciuti. Si avverte quindi nell'atteggiamento dei giudici un certo timore ad utilizzare il principio consensualistico in campo medico, che viene relegato "in soffitta" come regola generale ispiratrice l'intero sistema ma incapace di sovvertire o modificare i rapporti di forza tra le disposizioni ordinarie.

Tale impostazione risulta inaccettabile, non solo su un piano giuridico, in quanto portatrice di una concezione delle norme costituzionali ormai abbandonata, ma anche sul piano logico, aumentando esponenzialmente la complessità delle

argomentazioni, dimenticando che a parità di fattori la spiegazione più semplice è sempre da preferire.

In campo medico, come ricordato nel primo paragrafo, il consenso del paziente diviene elemento imprescindibile il corretto svolgimento dell'attività terapeutica, costituendone quindi fondamento. Nell'interpretare le norme che ineriscono l'attività medica è quindi necessario dare piena applicazione a tale principio procedendo ad uniformarvi le norme di rango ordinario.

In quest'ottica è quindi necessario ritenere l'attività medica fondata sulla scriminante del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. la cui portata è ampliata dall'art. 32 Cost. in materia medico chirurgica, non costituendo più l'art. 5 c.c., secondo la ricostruzione prospettata in precedenza, limite inderogabile e perpetuo alla libera autodeterminazione del paziente. Partendo da questo presupposto si ritiene impossibile poter proseguire a differenziare gli esiti dell'operazione chirurgica su una base oggettiva, senza tener conto della volontà del malato. Il principio personalistico che permea la nostra Costituzione, e che in ambito medico è maggiormente marcato, porta necessariamente a ritenere il paziente unico arbitro degli esiti dell'attività terapeutica, che quindi può avere esiti fausti solo laddove sia coerente con la volontà del malato. Sulla base di ciò il panorama giuridico penale della responsabilità del medico deve essere ricostruito come segue:

1) Attività terapeutica svolta col consenso del paziente: pienamente scriminata ex art. 50 c.p.

2) Attività terapeutica in assenza di consenso: fuori dai casi di urgenza terapeutica, dove subentra la scriminante dello stato di necessità, se le conseguenze dell'operazione non sono accettate dal paziente, il medico, laddove sia stato in errore circa la sussistenza del consenso del malato, risponderà di lesioni colpose.

3) Attività terapeutica su paziente dissenziente: risentendo la nozione di malattia ex art. 582 c.p. dell'influenza della volontà del paziente, il medico che agisce nonostante il dissenso espresso dell'interessato sarà rimproverabile per aver dolosamente posto in essere un'operazione che egli sapeva costituire alterazione funzionale inaccettabile per il paziente, e verrà quindi punito per lesioni personali volontarie.

2.3 La legislazione penale in materia di fine vita

Una corretta lettura delle norme ordinarie in materia di responsabilità medica, maggiormente coerente con i principi costituzionali, permette quindi di “dilatare” i limiti tradizionalmente riconosciuti al potere di disporre del proprio corpo in ambito chirurgico e di riconoscere pienamente al singolo il diritto a rifiutare trattamenti sanitari a lui non desiderati.

Da ciò non si può trarre come conseguenza la piena disponibilità della vita da parte del suo titolare, che viene infatti posta in discussione da tutte quelle

fattispecie astratte che vanno a sanzionare condotte volte a ledere *manu alius* i beni personalissimi, ancorché sorrette dal consenso dell'avente diritto.

Emblematiche in tal senso sono le due disposizioni contenute all'interno del codice penale tuttora vigente, agli articoli 579 e 580.

a) Omicidio del consenziente

L'art. 579 rubricato "*omicidio del consenziente*" sanziona con la reclusione da sei a quindici anni "*chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui*". La norma in questione costituì una novità assoluta al momento dell'entrata in vigore del codice Rocco, in quanto la precedente legislazione non conosceva una disposizione simile, essendo prevista e punita espressamente la sola partecipazione all'altrui suicidio, mentre l'omicidio del consenziente veniva riportato sotto la previsione dell'omicidio comune.

Il reato di cui trattasi è un reato comune, dato che la legge non richiede che siano sussistenti requisiti di nessun tipo nel soggetto attivo al momento della commissione del fatto. L'elemento che caratterizza questo titolo autonomo di reato rispetto all'omicidio ex art. 575 c.p. è la sussistenza del consenso della persona offesa alla lesione del bene. Tuttavia, nella norma in questione, il consenso non opera secondo lo schema tipico e generale dell'art. 50 c.p., ovvero come causa oggettiva che esclude l'antigiuridicità del fatto, ma come elemento che rileva dal punto di vista sanzionatorio, giustificando un trattamento più mite in virtù della minore gravità del fatto e pericolosità del reo.

Il consenso deve inoltre possedere determinate caratteristiche per poter la fattispecie concreta rientrare nella previsione normativa: in particolare si desume dalla stessa e, più precisamente, dal contenuto del terzo comma, che si applicherà la disciplina dell'omicidio semplice tutte le volte in cui risultino viziate le modalità di formazione del consenso, ed anche in tutti quei casi in cui lo stesso sia prestato da una persona che non si ritiene in grado di assumere la decisione in modo pienamente libero e consapevole.

Per non risultare viziato, il consenso deve essere quindi esplicito e non equivoco e perdurare fino al momento in cui il soggetto attivo commette il fatto. La volontà può essere espressa esclusivamente dalla persona offesa, senza alcuna possibilità di sostituzione o delega, ed inoltre deve essere spontanea e seria, cioè non il risultato di una pressione indebita da parte di terzi. Il soggetto attivo può esercitare pressione indebita tramite: violenza che limita in modo assoluto la volontà; minaccia volta ad influenzare il processo volitivo della vittima, prospettandole la possibilità di un danno futuro per sé o per altri; inganno con il quale si rappresenta in modo falsato la realtà circostante al soggetto passivo ed infine suggestione. Quest'ultima non deve essere intesa nella sua accezione di suggestione ipnotica, ma come la *“insistente e lenta opera di persuasione che fiacca la volontà della vittima e fa questa succube del colpevole”*⁸⁰.

Da quanto fin qui esposto si evince come nelle intenzioni del legislatore codicistico il consenso debba pervenire da un soggetto che conservi integre le

⁸⁰ Così come emerge dalla stessa relazione ministeriale legata ai lavori preparatori del codice Rocco.

proprie capacità mentali, affinché lo stesso risulti pienamente cosciente delle conseguenze delle sue azioni e ne voglia lucidamente il realizzarsi

Nonostante la forma ed il modo di espressione del consenso non rilevino ai fini della tipicità del fatto, le eventuali condizioni o riserve poste dal titolare del diritto, laddove non vengano rispettate, assumeranno rilevanza comportando l'applicazione della fattispecie astratta dell'omicidio comune⁸¹. Il consenso può essere oggetto di revoca in qualsiasi momento ma, ai fini della punibilità del soggetto attivo, bisogna individuare in quale momento la revoca è intervenuta nell'evoluzione del processo causale diretto alla morte della vittima: se, infatti, la revoca interviene in un momento in cui l'autore della condotta omicidiaria è ancora *dominus* degli eventi e, quindi, può attivare la propria condotta indirizzandola all'evitare la morte del soggetto passivo, allora, laddove ciò non avvenga, il fatto sarà imputabile al reo a titolo di omicidio semplice; se, invece, la revoca interviene in un momento successivo non avrà più rilevanza ai fini penali.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, è configurabile soltanto l'ipotesi dolosa del reato. In particolare, il dolo è identico a quello previsto dalla fattispecie ex art. 575 c.p., con l'aggiunta della consapevolezza di agire con il consenso del soggetto passivo. Tale ulteriore elemento fonda quindi la *ratio* del trattamento sanzionatorio attenuato rispetto all'ipotesi generale, e permette di rispondere all'interrogativo circa la disciplina giuridica da applicare al soggetto che agisce

⁸¹ Tale conclusione ha suscitato qualche perplessità. Un orientamento dottrinale ritiene assolutamente irrilevante la scelta dell'*instrumentus sceleris* rispetto alla concreta volontà manifestata dalla vittima. Questa parte della dottrina comunque arriva a riconoscere rilevanza alle modalità di esecuzione del delitto, laddove le stesse costituiscano l'unico motivo, o comunque il principale, che ha spinto il soggetto passivo a compiere una tale scelta.

ignorando il consenso in realtà esistente. In queste ipotesi sarà configurabile il reato di omicidio comune, non potendosi riconoscere al consenso il ruolo suo proprio di fattore determinante dell'*agere* delittuoso⁸²

Problematiche sorgono invece in dottrina per quanto riguarda il caso dell'errore del soggetto attivo sull'esistenza del consenso della vittima.

Una parte della scienza giuridica afferma l'applicabilità dell'art. 579 c.p. e la giustifica richiamando il principio sancito dall'art. 59 c.p. ultimo comma, che estende l'efficacia delle circostanze di esclusione della pena al soggetto che le ritiene erroneamente sussistenti⁸³.

Qui si intende aderire all'opposto orientamento⁸⁴ che ritiene inapplicabile al caso di specie l'art. 59 c.p., visto che il consenso dell'art. 579 c.p. viene in considerazione solo ai fini della tipicità del fatto e non come circostanza di esclusione della pena che fa venir meno l'antigiuridicità della condotta, quindi, come causa di giustificazione. La questione va affrontata facendo riferimento all'art. 47 c.p. secondo comma, secondo il quale "*l'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso*", in base a ciò la condotta del soggetto che agisce supponendo un consenso che in realtà manca è inquadrabile nella fattispecie dell'omicidio comune ex art. 575 c.p..

Oggetto di tutela della disposizione penale di cui si discute è sicuramente il bene della vita umana, che risulta intangibile da parte di terzi soggetti anche in presenza

⁸² Nello stesso senso G. MARINI, *Delitti contro la persona*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 91.

⁸³ Su tutti F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte spec., 15° ed. integrata e aggiornata a cura di C.F.GROSSO, Giuffrè, Milano, 2008, p. 65.

⁸⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte spec., vol. I, *Delitti contro la persona*, 3° Ed., Cedam, Padova, 2008, p. 114; V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Cedam, Padova, 1984.

del consenso dell'offeso. Il nostro ordinamento ritiene necessario sanzionare ogni intromissione che possa portare ad una lesione gravissima ed irreversibile di beni giuridici personalissimi, al fine di tutelare la pace e l'ordine sociale, affinché si possa assicurare che scelte destinate a nascere, maturare e definitivamente delinearsi nella singola coscienza del soggetto interessato non subiscano interferenze esterne. Al fine di consentire che tali drammatiche decisioni siano il più possibile serie e personali, il legislatore pone il divieto assoluto a terzi soggetti di sostituirsi nella realizzazione di scelte autolesioniste⁸⁵.

Se, dunque, l'assoluta indisponibilità *manu alius* di beni personalissimi risulta giustificata anche oggi alla luce dei principi costituzionali, maggiori problematiche sorgono in relazione all'altra fattispecie astratta di cui si vuole trattare, ossia l'art. 580 c.p. rubricato "*Istigazione o aiuto al suicidio*".

b) Istigazione o aiuto al suicidio

Emerge subito dall'intitolazione della norma la sua peculiarità, avendo il Legislatore scelto di tipizzare delle condotte concorsuali che normalmente non assumono un rilievo autonomo, se non in relazione ad un altro fatto previsto dalla legge come reato. Risulta quindi necessario ai fini della nostra indagine comprendere il trattamento che l'ordinamento italiano riserva al suicidio.

⁸⁵ M.B. MAGRO, *op. cit.*, p. 220-222; S. TORDINI CAGLI, *op. cit.*, p. 136 e ss.

Una parte della dottrina⁸⁶ ritiene che data l'assenza di una specifica incriminazione del fatto suddetto, ovviamente nella sua forma del reato tentato, lo stesso sarebbe assolutamente lecito, si potrebbe, anzi, configurare un vero e proprio diritto al suicidio, alla luce anche dei principi costituzionali. Tale diritto, a parere di chi scrive, non risulta assolutamente configurabile nel panorama giuridico italiano, dove tutt'al più è rintracciabile un diritto all'autodeterminazione del paziente in ambito medico, che si differenzia notevolmente da un diritto a morire o diritto al suicidio, non solo per la portata generale ma anche per le conseguenze⁸⁷, in parte paradossali, che un suddetto diritto comporterebbe.

Non si può non convenire inoltre che una norma incriminatrice del tentato suicidio sarebbe assolutamente inefficace, soprattutto dal punto di vista della sua funzione general-preventiva: un soggetto giunto a maturare l'estrema decisione di porre fine alla propria vita non viene certamente scoraggiato nel compimento del proprio atto auto-lesionista da una specifica incriminazione. Se, quindi, da quanto fin qui detto non si può trarre la liceità del suicidio, dagli stessi argomenti però non può essere tratta la sua contrarietà all'ordinamento giuridico.

⁸⁶ Riconosce una vera e proprio facoltà di suicidarsi ed un diritto di morire con dignità S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv.It.Dir.Pro.Pen.*, 1995, p. 676.

⁸⁷ Come descrive S. CANESTRARI, *le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2003, p. 763 e ss., p. 770-771, "Per intanto un diritto garantito sarebbe attuabile come pretesa di fronte allo Stato, che avrebbe l'obbligo di soddisfare la volontà di quei soggetti che, per inabilità fisica, non sono in grado di suicidarsi da soli (proprio sulla base dello stesso art. 2 Cost., al fine di rimuovere una possibile discriminazione). Inoltre, sarebbe incriminabile la condotta di salvataggio di un terzo nei confronti del suicida come violenza privata e, per converso, si dovrebbe scriminare per legittima difesa il comportamento del suicida che uccida il soccorritore. Infine, e soprattutto, se di diritto di disporre della propria vita si tratta, la garanzia non dovrebbe essere limitata alla sola condizione di malattia o di sofferenza, ma a qualsiasi scelta maturata in un contesto di libertà".

L'atto suicida ha sempre, nella storia dell'uomo, avuto un forte impatto sociale, ma la sua valutazione da parte dei consociati è andata notevolmente variando nel tempo⁸⁸. Ad una accezione neutra che caratterizzava il mondo ellenistico si è sostituita una più marcata visione cristiana, secondo la quale l'atto suicida cominciò ad esser visto come un fatto gravissimo, assolutamente riprovevole, accompagnato da sanzioni giuridiche ricadenti sia sul suicida quanto sulle persone a lui vicine. Tali ricadute giuridiche hanno iniziato a cedere il passo, intorno la fine del XVIII sec., ad una depenalizzazione della condotta, che, in Italia, venuta meno l'era dei codici pre-unitari nei quali l'incriminazione persisteva ancora, spariva dal panorama giuridico con i codici Zanardelli prima e Rocco poi, lasciando spazio a quella di cui ora si discute.

Mutata però è la *ratio* dell'incriminazione: se prima i suicidi tentati o consumati venivano perseguiti sullo sfondo di una morale religiosa, col codice del 1930 l'incriminazione dell'atto suicida in sé viene meno, ma permane l'illiceità della condotta partecipativa, sia fisica che psichica, all'altrui suicidio. Questi atti sono considerati antigiuridici sulla base di un'innegabile filosofia di fondo che vuole nel suicidio una violazione di un dovere giuridico, o più generalmente sociale, verso lo Stato. Ancora una volta torna in risalto una visione dell'interesse collettivo assolutamente prevalente rispetto a quello individuale, anche relativamente a diritti che si pongono come assolutamente personali. Un tal tipo di chiave di lettura non è più possibile alla luce della Costituzione repubblicana e

⁸⁸ Per un *excursus* sul trattamento del suicidio nella tradizione giuridica, M.B. Magro, *op.cit.*, p. 180 e ss.

dell'affermarsi del principio di autodeterminazione responsabile come valore supremo dell'ordinamento.

Sembra più corretto quindi che la legge consideri il suicidio come un mero fatto, senza qualificarlo in senso positivo o negativo, qualifiche che sono lasciate alla morale collettiva ed individuale e che solo in quell'ambito devono rimanere. Se in una tale ottica si cerca di individuare una nuova *ratio* all'art. 580 c.p., una interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo e basata su un principio personalistico può condurre ad individuare la necessità che la volontà del singolo soggetto sia libera, consapevole e non il frutto delle interferenze di terzi. Una scelta così personale come quella di porre fine alla propria esistenza deve essere lasciata libera da qualsiasi qualificazione giuridica, in quanto il diritto non dovrebbe preoccuparsi né di sancire problematici diritti al suicidio né di sanzionare tali atti, limitandosi piuttosto ad intervenire tutte le volte in cui è lecito presumere che l'interferenza di un terzo soggetto nel decorso volitivo possa distorcerne le conclusioni. In quest'ottica deve essere interpretato ed analizzato l'articolo in questione.

La disposizione in esame prevede e sanziona tre diverse condotte: le prime due di mera partecipazione morale, ossia il “*determinare altri al suicidio*” ed “*il rafforzare l'altrui proposito*”, la terza di mera partecipazione materiale consistente “*nell'agevolarne in qualsiasi modo l'esecuzione*”. Il legislatore quindi ha deciso di sanzionare ogni atto di partecipazione psichica o fisica all'altrui suicidio. Soggetto attivo del reato può essere chiunque, mentre soggetto passivo è ovviamente il suicida, dovendo precisare però che non è necessario che la

condotta sia indirizzata ad un soggetto specifico, potendo la stessa rivolgersi ad un numero indeterminato di persone⁸⁹.

La norma dell'art. 580 c.p. richiede, inoltre, per la punibilità del reo che dall'istigazione o agevolazione derivi la morte del soggetto o delle lesioni gravi o gravissime per quest'ultimo. Sul piano dogmatico si discute se si tratti di elementi che devono essere individuati come facenti parte dell'evento di reato, o piuttosto come condizioni obiettive di punibilità, per le quali il codice si limita a dettare la peculiare disciplina d'imputazione (art. 44 c.p.), ma non accenna ad una definizione dell'istituto.

La specificazione di tale concetto è fornita dalla dottrina⁹⁰ che definisce le condizioni obiettive di punibilità come quell'elemento esterno alla condotta illecita che interviene in un momento successivo all'aggregarsi di tutti gli elementi costitutivi della condotta. Il reato quindi, al momento del verificarsi della condizione, è già perfetto in tutte le sue componenti, sia oggettive che soggettive. Pur ritenendo legittima la categoria, negata da una parte della scienza giuridica, delle condizioni intrinseche di punibilità, riconoscendo che talvolta gli eventi dai quali dipende il verificarsi della condizione comportano un'ulteriore offesa al bene protetto dalla norma, nel caso in esame non si ritiene di poter riscontrare nell'evento suicidio una condizione obiettiva di punibilità. Infatti il suicidio risulta rientrare pienamente nell'oggetto del dolo, essendo l'evento essenziale della fattispecie penale sul quale deve necessariamente ricadere la volontà del soggetto

⁸⁹ È il caso, realmente accaduto, di una setta che fa propaganda per spingere i propri adepti al suicidio di massa.

⁹⁰ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit. p. 393 e ss.

attivo del reato, dolo che si concretizza nella volontà cosciente e libera di indurre o aiutare qualcuno a compiere un atto suicida⁹¹.

L'articolo in commento pone due diverse problematiche, in relazione alla sua formulazione, attinenti alle divergenti modalità di realizzazione della condotta. *In primis* l'articolo pone sullo stesso piano, ritenendole equivalenti, la condotta di determinazione e quella istigativa. Le due condotte sono invece tra loro profondamente diverse⁹², concretizzandosi la determinazione in un apporto causale realmente condizionalistico⁹³, escluso il quale viene meno la condotta suicida della vittima, e l'istigazione in un vero e proprio concorso morale nel fatto altrui capace di influire sulle scelte del singolo, magari in merito alle modalità esecutive, ma non realmente idoneo a determinarlo.

Sulla base di questa differenziazione si può ritenere che la condotta determinativa, in quanto maggiormente carica di disvalore, debba essere punita con un diverso rigore sanzionatorio dal legislatore rispetto alla relativa condotta istigativa. Tale diversificazione dei trattamenti sanzionatori potrebbe però attirare sull'articolo in commento censura di incostituzionalità, sulla falsariga del rilievo mosso dalla Consulta avverso la, ormai superata, fattispecie di plagio. Potrebbero infatti sollevarsi a proposito le medesime problematiche circa l'intellegibilità del precetto che affliggevano l'art. 603 c.p. non più vigente, col rischio di ampliare a

⁹¹ GUP Catanzaro, 14 febbraio 2001, VONO, Cass. Pen. 2003, p. 633.

⁹² Sul punto si rimanda a L.RISICATO, *“La causalità psichica tra determinazione e partecipazione”*, Giappichelli, Torino, 2007, A.SERENI, *“Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale”*, CEDAM, Padova, 2000.

⁹³ L.RISICATO *La causalità psichica, op. cit.*: *“Solo la determinazione, vale la pena di ripetere, evoca infatti un autentico problema di causalità in senso condizionalistico, perché in rapporto ad essa si può assumere che l'autore non avrebbe avuto alcun motivo di commettere il reato”*, p. 82.

dismisura la discrezionalità dell'interprete, non avendo lo stesso a disposizione strumenti razionali per accertare il fenomeno ipotizzato.

Nel pieno campo della causalità psichica diviene infatti impossibile discernere tra persuasione e suggestione, e quindi distinguere i casi di determinazione da quelli di semplice istigazione dell'altrui volere, con la conseguenza che legare l'applicazione di una pena più grave all'istinto e alla discrezionalità del singolo operatore giuridico comporterebbe un'inevitabile lesione del principio di tassatività, e per tale ragione, pur ritenendo sussistente la differenziazione tra determinazione ed istigazione, si ritiene che il richiamo alla prima modalità di condotta, in quanto inutile ridondanza, debba essere espunto da una possibile riformulazione dell'articolo in questione.

Anche l'altra modalità di concorso morale, la condotta istigativa di rafforzamento dell'altrui proposito suicida, desta non poche perplessità. Le problematiche tipiche dell'istigazione sono infatti qui enfatizzate dalla liceità della condotta di base, il suicidio, che si è visto non costituire alla luce dei principi generali atto illecito nel nostro ordinamento.

Se da una parte devono escludersi sicuramente dall'ambito del penalmente rilevante le condotte semplicemente solidali con l'attività della vittima, che nulla aggiungono alla decisione dell'autore, operante in piena autodeterminazione⁹⁴, si deve al contempo convenire che le condotte di vero e proprio rafforzamento, che normalmente in un contesto di concorso di persone nel reato trovano esplicita rilevanza penale negli artt. 110 e ss c.p., non dovrebbero essere sanzionate per il

⁹⁴ Sul punto A.SERENI *Istigazione al reato*, op. cit., p. 22.

semplice fatto di aver supportato l'attività suicida altrui, attività a tutti gli effetti lecita. Il fine che l'ordinamento vuole perseguire, evitare il compimento di atti tragici seppur leciti, non è infatti realizzabile con la clava del diritto penale, che rischia di portare ad un ulteriore isolamento del soggetto coinvolto, ma deve essere raggiunto tramite concrete politiche di sostegno sociale e familiare.

La peculiare struttura della norma incriminatrice in commento tradisce quindi la sua reale natura di fondo, oggi inaccettabile alla luce dei principi di incriminazione operanti, che vede nel suicidio un atto illecito e che quindi, coerentemente con tale impostazione, tende ad evitare qualsiasi concorso nel fatto illecito altrui. Il legislatore dovrebbe allora preoccuparsi di ridefinire il contenuto della fattispecie astratta in questione forgiandole un volto maggiormente in sintonia con la necessaria concezione del suicidio che un ordinamento laico deve far propria.

In quest'ottica l'incriminazione del rafforzamento dell'altrui proposito suicida può trovare asilo nel nostro sistema penale solo laddove sia caratterizzato da una volontà criminale tale da giustificare l'intervento sanzionatorio. Sulla falsariga del codice penale svizzero, che all'art. 115⁹⁵ sanziona l'istigazione al suicidio realizzata per motivi egoistici, potrebbe quindi ipotizzarsi una nuova formulazione dell'art. 580 c.p. che vada a sanzionare le condotte di istigazione e di aiuto all'altrui suicidio sorrette dal dolo specifico di trarne profitto. Dolo specifico che in questo caso sarebbe in grado di caricare la condotta del soggetto agente di quel

⁹⁵ “*Chiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria*”.

disvalore necessario per azionare la macchina penale, rendendo l'art. 580 c.p. coerente con la posizione di neutralità che deve contraddistinguere l'ordinamento in relazione all'atto suicida⁹⁶.

2.4 La peculiarità delle condotte eutanasiche

Le norme fin qui analizzate sono espressione di un'ideologia oggi del tutto abbandonata in favore della nuova etica costituzionale e pongono non poche problematiche in relazione alla loro applicazione alle fattispecie eutanasiche. Esse infatti, oltre ai rilievi sopra effettuati, comportano un trattamento sanzionatorio spesso molto rigido, che non tiene conto delle peculiarità tipiche delle condotte normalmente riconducibili al concetto di eutanasia, del particolare *animus* del soggetto agente e del condizionamento psicologico che potrebbe subire quest'ultimo “*dalle richieste insistenti e persuasive della vittima*”⁹⁷.

L'inadeguatezza di tali norme, e la necessità di un intervento del Legislatore, emerge dall'analisi dell'incerta giurisprudenza di merito e di legittimità che ha dovuto, suo malgrado, affrontare questioni di fine vita con strumenti legislativi a dir poco obsoleti. In entrambi in casi che ora saranno affrontati, in realtà tra loro profondamente diversi, si è palesato l'imbarazzo dei giudici “costretti” a forzare il dato normativo per adattarlo alla multiforme compagine sociale.

⁹⁶ In dottrina si è ampiamente dibattuto sul ruolo da affidare alla norma incriminatrice in commento laddove si abbandonano l'idea dell'illiceità del suicidio, e parte della scienza giuridica ha riletto l'articolo in questione individuandolo alla stregua di un baluardo avverso prevaricazioni, o illecite intrusioni, di terzi nel processo volitivo del suicida. Sul punto nuovamente si rimanda a M.B.MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 200 e ss.

⁹⁷ L. MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *Indice penale*, 1998, p. 491

Il primo dei casi che ci si accinge ad affrontare è quello relativo alla vicenda del sig. Piergiorgio Welby.

a) Il caso Welby

Al signor P. Welby veniva diagnosticata nel 1963 una distrofia fascio-scapolo-omerale, patologia che secondo la letteratura medica attuale viene definita 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 specifiche: il medico è costretto ad assistere impotente alla progressione inesorabile della perdita di forze e della atrofia⁹⁸”*. Le terapie somministrabili avverso tale tipo di patologia sono unicamente volte a rallentare l’evoluzione della malattia ed a lenire le sue manifestazioni più eclatanti; inoltre la suddetta patologia *“lascia intatte le facoltà intellettive, costringe il malato a confrontarsi con tutti gli handicap conosciuti, da claudicante a paraplegico, da paraplegico a tetraplegico, poi arriva l’insufficienza respiratoria e la tracheotomia⁹⁹”*.

Nel luglio del 1997 si realizzava un aggravamento delle condizioni del paziente, che perdeva i sensi e cadeva in coma, veniva tracheotomizzato e da quel momento la sua sopravvivenza era assicurata per mezzo di un respiratore automatico. Dopo anni di cure, e dopo essere stato pienamente e debitamente informato sui trattamenti sanitari possibili e sulle conseguenze degli stessi, nel novembre del

⁹⁸ Tribunale penale di Roma, Ufficio G.U.P., sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049.

⁹⁹ Tribunale penale di Roma, Ufficio G.U.P., sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049.

2006 il signor P. Welby chiedeva alla struttura ospedaliera, ed ai medici che lo assistevano, di interrompere le terapie cui era sottoposto.

Dinanzi a tale richiesta il medico curante oppose il suo rifiuto, riconoscendo in capo a se stesso l'obbligo di attivarsi per evitare la morte del paziente. Il signor Welby si vide quindi costretto, per realizzare il proprio diritto all'autodeterminazione terapeutica, a presentare ricorso giurisdizionale ex art. 700 c.p.c., nel quale chiedeva al giudice di ordinare ai medici l'interruzione della terapia, ormai proseguita contro la sua volontà. Il giudice civile dichiarava inammissibile il ricorso, non già sulla base dell'inesistenza di un diritto a rifiutare le cure, ma adducendo a fondamento delle proprie ragioni l'impossibilità di rintracciare all'interno dell'ordinamento una concreta tutela del suddetto diritto, essendo la richiesta rimessa alla totale discrezionalità del medico, quindi *“in assenza di una previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato accanimento terapeutico, va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito”¹⁰⁰*.

Si era giunti ad un *impasse*, la Corte riconosceva il diritto del soggetto a rifiutare le cure ma non il corrispondente obbligo del medico a sospendere le terapie; si riconosceva dunque l'esistenza di un diritto soggettivo imperfetto, per il quale l'ordinamento non prevede alcuna tutela. Lo stesso PM presentava presso il Tribunale di Roma reclamo avverso l'ordinanza in questione, affermando che

¹⁰⁰ Così, Tribunale di Roma, Sezione Prima Civile, Ordinanza del 16 dicembre 2006.

l'organo giudicante incorreva in un inammissibile *non liquet*, lasciando senza risposta una pretesa giuridicamente riconosciuta dall'ordinamento.

Nonostante la presa di posizione del giudice civile, il paziente continuò ad attivarsi alla ricerca di una possibilità di porre fine alle proprie sofferenze, e riuscì, tramite l'associazione "Luca Coscioni", ad entrare in contatto con un medico anestesista disponibile ad interrompere le terapie. La sospensione delle stesse avvenne la sera del 20 dicembre 2006, sopraggiungendo poco prima della mezzanotte la morte del paziente per arresto cardiorespiratorio secondario a grave insufficienza respiratoria. A seguito della conduzione delle indagini preliminari il PM richiedeva, in data 5 marzo 2007, l'archiviazione del procedimento nei confronti dell'anestesista, in quanto egli aveva agito conformemente alla richiesta formulata dal paziente, volontà espressione di un diritto riconosciuto e tutelato dall'ordinamento. In sede di esame della richiesta di archiviazione il GIP imponeva al PM di formulare imputazione coatta nei confronti dell'anestesista per omicidio del consenziente. Con sentenza depositata il 17 ottobre 2007, il GUP dichiarava il proscioglimento del medico perché non punibile in virtù dell'applicazione dell'esimente ex art. 51 c.p..

Occorre ora soffermarsi sulle motivazioni che il giudice per l'udienza preliminare ha addotto nella sua dichiarazione di non luogo a procedere nei confronti dell'anestesista.

L'organo giudicante ha inizialmente analizzato l'ordinanza civile depositata il 16 dicembre 2006, con la quale si negava la possibilità di riconoscere in capo al

medico curante il dovere di interrompere le cure. Con riguardo a questa pronuncia si è criticata l'idea di base secondo la quale in assenza di una normativa specifica la tutela del diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari sia concretamente irrealizzabile. Inoltre, si è criticato il contenuto che il giudice civile aveva dato al diritto all'autodeterminazione informata del malato, limitandolo alla sola cessazione di quelle terapie qualificabili come accanimento terapeutico. Secondo il giudice penale, quindi, identificare il contenuto del diritto di cui si discute come un baluardo avverso l'accanimento terapeutico risulta errato almeno per due diversi motivi: il primo riguarda l'inesistenza giuridica del concetto stesso, che risulta dai confini incerti e poco chiari; il secondo attiene all'impossibilità di individuare, nella previsione costituzionale dell'art. 32 secondo comma, alcun riferimento, letterale o interpretativo, che possa rimandare al concetto di accanimento terapeutico.

Necessita in questa sede una puntualizzazione: la definizione di accanimento terapeutico rimanda ad un concetto, dal punto di vista medico/scientifico, estremamente labile e variabile. In linea di massima vi è consenso nella scienza medica nel definire tale nozione come la *“sproporzione tra la rilevanza dei mezzi usati e il carattere provvisorio e limitato del risultato medico previsto”*¹⁰¹. Dal carattere della definizione si evince come la portata del concetto sia assolutamente poco chiara e dai confini oscuri. Se proprio si deve ricorrere in campo giuridico ad un tal tipo di nozione, bisogna partire dal presupposto che nessuna cura medica a priori può essere definita come accanimento sulla base di concezioni e di ipotesi

¹⁰¹ L. MONTICELLI, *op.cit.*, p. 478.

astratte, purché la terapia abbia ovviamente un intento curativo, ma semmai bisogna approdare all'idea che tutte le cure costituiscono accanimento terapeutico nel momento in cui sono rifiutate dal paziente.

Il giudice penale nella sua decisione dell'ottobre del 2007, prende posizione sull'argomento, riconoscendo un diritto al rifiuto di trattamenti sanitari, diritto che nasce perfetto dalla norma costituzionale e che trova piena applicazione solo all'interno di una relazione terapeutica; i limiti al principio di inviolabilità ed indisponibilità della vita vengono individuati proprio nell'esercizio del diritto ex art. 32 Cost., che assume una rilevanza nel nostro ordinamento solo all'interno di una relazione medico/paziente e solo avuto riguardo a trattamenti sanitari, ma che non è legato ad alcun concetto di difficile connotazione come quello di accanimento terapeutico.

Il GUP fa discendere dalla disposizione costituzionale in questione non solo il diritto di cui si discute, ma anche uno specifico dovere in capo al medico, infatti *“solo su tale soggetto[...]incomberà un dovere di rispettare la volontà di segno negativo del paziente, in ragione del rapporto instauratosi, che pone in relazione i due per l'espletamento di una condotta di natura sanitaria a contenuto concordato, con la conseguenza che, se egli dovesse porre in essere una condotta direttamente causativa della morte del paziente per espressa volontà di quest'ultimo, risponderà ad un preciso dovere che discende dalla previsione dell'art. 32 comma 2 Cost.”*¹⁰². La condotta del medico anestesista, pur essendo assolutamente tipica sia sotto il profilo psicologico che sotto quello materiale,

¹⁰² Tribunale penale di Roma, Ufficio G.U.P., sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049.

risulta non antiggiuridica, data l'applicazione della scriminante dell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p.

La ricostruzione del giudice penale appare essere assolutamente meritevole, perché cerca di assicurare l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito all'interno del sistema penale; incriminare il medico anestesista, che si è limitato a dare attuazione alla volontà di un paziente, non solo lecita ma di assoluto rilievo costituzionale, sarebbe stata una conseguenza assurda dovuta ad una ingiustificabile lacuna del nostro ordinamento.

Ciò premesso, è pur vero che anche la soluzione accolta dal G.U.P. desta qualche perplessità. La costituzione di un dovere giuridico in capo al medico nel caso di specie risulta eccessivamente forzata, infatti, l'esistenza di un siffatto dovere non può prescindere da una esplicita norma giuridica che imponga all'operatore sanitario il comportamento dovuto, o da una norma che indirettamente identifichi tale dovere, riconoscendo al medico la facoltà di astenersi dal comportamento sollevando obiezione di coscienza¹⁰³.

Il far derivare l'esistenza di tale obbligo dalla stessa natura del diritto all'autodeterminazione terapeutica risulta più rispondente ad esigenze concrete, che l'organo giudicante si è trovato ad affrontare nel caso di specie, che giustificato da considerazioni giuridiche. Risulta evidente, quindi, la lacuna dell'ordinamento e la necessità che il legislatore ordinario intervenga per dare piena attuazione al dettato costituzionale e al principio riconosciuto in esso,

¹⁰³ In tal senso, S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1561 e ss.

perché per poter assicurare l'effettiva applicazione dell'art. 32 secondo comma Cost. è necessaria una disciplina normativa che preveda delle regole, circa i destinatari del dovere e il contenuto dello stesso, regole a cui devono attenersi gli operatori sanitari nei casi simili a quelli di cui si discute. Senza un tal tipo di normativa il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari rischia di rimanere lettera morta all'interno del nostro sistema penale e di divenire possibile strumento di prevaricazione sui soggetti più deboli.

La sentenza di cui si discute risulta oggetto di disputa anche per quanto riguarda un altro problema giuridico, ossia la qualificazione della condotta come *eutanasia attiva*. Si è già accennato in precedenza alla diversa qualificazione che talvolta viene data all'interruzione dei trattamenti sanitari, qui si intende solo sottolineare come lo stesso giudice di merito sia incorso in notevoli difficoltà nella qualifica suddetta, dovendo egli stesso precisare che *“in ogni caso l'azione di interruzione di una terapia non può essere concettualmente assimilata all'espletamento di un trattamento diretto a provocare la morte del paziente, poiché la prima costituisce mera cessazione di una terapia precedentemente somministrata mentre il secondo è l'attivazione ex novo di un intervento terapeutico finalizzato al decesso del paziente”*¹⁰⁴. Sarebbe stato quindi possibile, e forse avrebbe reso la decisione più coerente nel suo complesso, qualificare la condotta dell'operatore sanitario alla stregua di una vera e propria eutanasia passiva, data la sostanziale equivalenza tra il rifiuto di cure e la richiesta di una loro interruzione, e quindi ritenere il medico non sanzionabile penalmente per carenza di tipicità del fatto in virtù della non

¹⁰⁴ Tribunale penale di Roma, Ufficio G.U.P., sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049.

sussistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento richiesto dall'art. 40 co2 c.p. per la rilevanza penale dell'omissione.

Il caso preso in esame costituisce infatti classico esempio di reato omissivo mediante attività¹⁰⁵. La volontà del medico è inevitabilmente indirizzata alla cessazione delle cure e l'evento morte sarà quindi a lui imputabile secondo uno schema causale all'interno del quale la cessazione della terapia si pone come una condizione necessaria per cagionare l'evento ma non sufficiente in assenza di altre precise concause. Nelle fattispecie attive di reato invece la condotta del soggetto attivo è causa da sé bastevole a realizzare l'evento, come nel caso della somministrazione di una dose mortale di un determinato medicinale.

b) La sentenza Englaro

Un'altra vicenda che ha attirato l'attenzione dell'opinione pubblica e che ha dato, suo malgrado, un ulteriore impulso al dibattito dottrinale è quella relativa alla storia di Eluana Englaro.

La sentenza della I sezione della Cassazione Civile del 16/10/2007 n. 21748 è intervenuta nel caso di specie, dirimendo la complicata questione e sancendo un

¹⁰⁵ Si intende aderire a quell'orientamento della dottrina che incentra l'indagine giuridica sul significato umano e sociale del fatto e non si ferma al mero dato naturalistico. Sulla base di ciò delinea un concetto di azione generale all'interno del diritto penale, comprensivo sia dei reati dolosi che di quelli colposi e valevole sia per i reati caratterizzati da azioni in senso stretto che da omissioni. Secondo tale orientamento "*il nucleo centrale del concetto di azione è costituito da una volontà che si realizza*" tale tipo di concetto, prosegue l'Autore, non deve essere "*un doppione del concetto di comportamento doloso commissivo*". Si sono individuate, quindi, quattro diverse categorie di reati: i delitti commissivi mediante attività, corrispondenti in pieno ai reati attivi anche da un punto di vista meramente naturalistico, i delitti commissivi mediante inattività, i delitti omissivi mediante attività, dove la volontà del soggetto è diretta comunque ad un risultato negativo seppur la sua realizzazione comporta un determinato facere e, infine, i delitti omissivi mediante inattività. Entrambi i reati omissivi si caratterizzano perché in essi la volontà del soggetto si "*indirizza alla negazione di un risultato esteriore*". Sul punto A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 332 e ss.

importante principio di diritto. Ricorrenti erano sia il tutore che il curatore della ragazza; la stessa si trovava in una condizione clinica qualificabile come *stato vegetativo permanente* dal 1992 a seguito di un incidente stradale che le aveva provocato un trauma cranico-encefalico e la cui sopravvivenza era assicurata con l'alimentazione e l'idratazione artificiale somministrate attraverso un sondino nasogastrico. Col ricorso principale il tutore chiedeva alla Suprema Corte di sancire come principio di diritto il divieto di accanimento terapeutico, e di riconoscere una rilevanza assoluta al principio di autodeterminazione del malato nella relazione medico/paziente. Alle stesse conclusioni giungeva il ricorrente incidentale. La particolarità della situazione risiedeva proprio nell'impossibilità di estrapolare un consenso attuale alla ragazza, che si trovava in uno stato di totale incoscienza e, quindi, nella difficoltà di applicare nel caso concreto il principio di autodeterminazione, comportando una inevitabile discriminazione tra i soggetti capaci di prestare il proprio consenso e quelli impossibilitati a far ciò. In questo preciso caso, la condotta di sospensione di cure si qualifica come *eutanasia passiva non consensuale*.

In dottrina si è dibattuto tanto sulla qualifica giuridica che deve essere data a tali tipi di condotte. Nonostante la maggioranza della dottrina ritenga illecita l'*eutanasia passiva non consensuale*, una parte minoritaria ritiene la stessa, in presenza di alcuni presupposti, legittima, per non dire addirittura doverosa, da parte del medico. Il ragionamento di questi Autori parte dall'analisi di alcuni casi limite, come ad esempio lo stato vegetativo permanente; queste situazioni cliniche conoscono un'eccessiva ingerenza della scienza e della tecnica medica: in questi

casi estremi infatti *“il medico si spinge al massimo dell’intrusione nella sfera individuale dell’altra persona, addirittura modificando, o quanto meno spostando, le frontiere tra la vita e la morte”*¹⁰⁶. Lo stesso protrarsi del vivere diviene artificiale, ovvero si trasforma nel risultato dell’azione dello specialista che si intromette nella sfera individuale del malato, che viene costretto a sopravvivere. Per questa parte della dottrina, in situazioni cliniche assolutamente irreversibili, nelle quali l’organismo umano diventa una macchina e la perdita della coscienza diviene permanente, *“il dovere del medico si arresta anche indipendentemente dal consenso preventivo del paziente, non essendo rilevante l’interesse a procrastinare un’esistenza irrimediabilmente compromessa e puramente biologica, poiché l’intervento terapeutico servirebbe solo a posporre la morte”*¹⁰⁷. In realtà affermare che la prosecuzione di trattamenti sanitari costituisca di per sé un accanimento terapeutico e, quindi, si ponga come inutile a prescindere dal consenso del malato, laddove avvenga nei confronti di soggetti in stato vegetativo permanente, sembra ledere la dignità umana di questi soggetti, non riconoscendo loro la qualità di persona. Si condivide qui la tesi di quegli Autori che ravvedono nell’impostazione ora enunciata lo stesso integralismo che caratterizza la teoria dell’assoluta indisponibilità della vita umana¹⁰⁸. L’unica strada percorribile, anche in questi casi estremi, sembra essere quella del diritto all’autodeterminazione, ed è proprio questa la soluzione scelta dalla Suprema Corte nel caso in esame.

¹⁰⁶ Cassazione Civile, sez. I, sentenza 16/10/2007 n. 21748.

¹⁰⁷ M.B. MAGRO, *op. cit.*, p. 165; a favore di questa tesi anche D. SERREVALLE, *Brevi cenni in materia di eutanasia*, in *Legalità e giustizia*, 1988, p. 319.

¹⁰⁸ S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, *cit.* p. 1566.

La Cassazione infatti parte, nel suo ragionamento, dal pieno riconoscimento della qualità e della dignità della persona umana ai soggetti che si trovano in stato vegetativo permanente, che proprio in ragione della loro debolezza devono essere oggetto di maggior tutela da parte dell'ordinamento e riconosce, quindi, l'obbligo del medico, in base ai principi costituzionali di ispirazione solidaristica, di effettuare quegli interventi che risultino necessari per l'interesse terapeutico del paziente. La Corte prosegue affermando che, superata l'urgenza dell'intervento, il principio di parità di trattamento tra gli individui impone di dare rilevanza al consenso del malato e di *“ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, tramite il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati”*¹⁰⁹. La Corte procede quindi ad una ricostruzione delle funzioni e dei limiti del tutore, riconoscendo in capo ad esso un esplicito dovere di cura, che si sostanzia nel prestare il consenso al trattamento medico che ha come destinatario la persona incapace. L'intervento del legale rappresentante sulla salute del rappresentato incontra alcuni limiti, che sono insiti all'interno dello stesso carattere del personalissimo diritto alla salute che, come afferma la Cassazione, *“presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa[...] quindi squisitamente soggettive”*. Sulla base di questo presupposto i giudici negano che la rappresentanza trasferisca al tutore un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di

¹⁰⁹ Cassazione Civile, sez. I, sentenza 16/10/2007 n. 21748.

incoscienza; al contempo affermano che il rappresentante sia guidato e costretto, nella sua azione, da un duplice ordine di limiti: infatti egli non solo deve agire nell'esclusivo interesse dell'incapace, ma deve decidere con e non al posto dello stesso, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente. Se, quindi, sulla base del primo limite alla sua azione, il tutore deve agire a garanzia dell'incapace tutelandone la vita, non può in virtù del secondo vincolo imposto dalla Corte trascurare l'idea di dignità della persona propria del paziente, manifestata prima di cadere in stato di incoscienza. Connotato da questi nuovi caratteri, il potere di rappresentanza può portare all'interruzione delle cure dell'incapace in presenza di due essenziali presupposti, ossia *“che la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico[...]che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza[...]e che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita del rappresentante[...]ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona”*. In presenza di questi presupposti il giudice può dar corso, su richiesta del tutore, ed in contraddittorio con il curatore speciale, all'interruzione dei trattamenti medici che tengono ancora in vita l'incapace.

Il ragionamento della Corte permette, dunque, di eludere la discriminazione tra i soggetti coscienti e quelli incapaci di esprimere il proprio consenso attuale, e di evitare che questi ultimi siano costretti a vivere, a condizione che ovviamente

possa essere dimostrata la loro reale contraria volontà. Ed è proprio su tale processo ricostruttivo della presunta volontà del paziente che qui ci si vuole soffermare. Infatti la Corte di Cassazione, nel sancire il principio di diritto, si è inevitabilmente ispirata alla giurisprudenza di altre Corti Supreme, come quella degli Stati Uniti nel caso Vacco e nel caso di Nancy B. Cruzan¹¹⁰. Nell'applicare tal principio bisogna esser cauti ed evitare di sovrapporre una propria decisione, del giudice o del tutore, a quella che è la reale, ma sconosciuta, volontà del paziente. Un non corretto utilizzo del principio di autodeterminazione può comportare il prevalere nel caso concreto delle volontà di terzi soggetti su quella del malato incosciente, nelle difficili fattispecie come quelle ora analizzate. Per evitare ciò, il procedimento di ricostruzione delle reali intenzioni dell'incapace deve essere il più completo e approfondito possibile, così come richiesto dalla Corte. In realtà, però, fondare il presunto consenso dell'avente diritto su testimonianze che attestino dichiarazioni rese in contesti del tutto diversi da quelli in cui il soggetto si trova, e che molto probabilmente non sono espressione di una seria e ponderata considerazione, sembra operazione molto fuorviante dal punto di vista giuridico e non rispondente allo stesso principio del quale vuole essere espressione, ovvero il principio di autodeterminazione terapeutica. L'unico modo per assicurare che anche il consenso del paziente incapace venga riconosciuto all'interno dell'ordinamento e funga da guida per l'attività medico-chirurgica è quello di riconoscere rilevanza giuridica alle "dichiarazioni anticipate di trattamento", conosciute anche come testamenti biologici.

¹¹⁰ Per un'analisi dei casi giurisprudenziali stranieri più rilevanti, A. MANNA, *Le cc.dd. direttive anticipate di trattamento tra fughe della giurisprudenza e spinte regressive da parte del legislatore*, in *Studi in onore di Mario Romano*, p. 1561 e ss.

Nella sentenza del caso Englaro la Suprema Corte sembra riconoscere valenza all'interno dell'ordinamento a questi specifici atti, laddove ripetutamente li richiama e ne riconosce, seppur in modo indiretto, la validità giuridica. Nonostante ancora una volta la giurisprudenza si dimostri più recettiva, rispetto all'attività del Legislatore, dei reali bisogni della comunità civile, l'introduzione dei cc.dd. *living will* non può prescindere da una esplicita disciplina legislativa, che ne chiarisca i punti controversi e ne definisca il contenuto.

I testamenti di vita trovano le loro origini nel mondo anglosassone. La prima legge che ne disciplinò il contenuto fu il “*Natural Death Act*” del 1976, dello Stato della California, che “*riconosce il diritto di ogni maggiorenne a compiere per iscritto una disposizione che dia istruzioni al proprio medico di non impiegare o di interrompere le terapie di sostegno vitale qualora egli versi in condizioni terminali*”¹¹¹. Nel 1985 gli Stati Uniti hanno emanato una legislazione federale volta ad armonizzare la disciplina nei vari Stati sull'argomento. Ma normative del genere sono rintracciabili anche a livello europeo. Ad esempio in Spagna la legge riconosce valore vincolante per il medico alle direttive anticipate indicate dal paziente, mentre in Francia le stesse assumono un mero valore indicativo per l'attività medico-chirurgica. In Italia si riscontra un inspiegabile ritardo sulla materia e, come si è avuto modo di vedere, la giurisprudenza è chiamata al difficile compito di risolvere i casi di specie.

Le dichiarazioni anticipate di trattamento sono l'unico strumento che consente di estendere il principio di autodeterminazione nella relazione terapeutica, anche ai

¹¹¹ A. MANNA, *Le cc.dd. direttive anticipate*, cit. p. 1562.

casi all'interno dei quali il paziente non è più cosciente. Tramite i testamenti biologici quindi si evita il rischio di sovrapporre la volontà di terzi soggetti a quella del malato, e allo stesso tempo, si ricostruisce quella dualità tra medico e curato che la Suprema Corte ha riconosciuto come fondante la legittimità di ogni tipo di intervento medico. Proprio per tale centralità dell'istituto si ritiene necessaria una disciplina dettagliata, che vada a sciogliere quei dubbi che parte della dottrina legittimamente solleva.

L'analisi sin qui svolta sullo stato della legislazione penale italiana in materia di responsabilità medica in generale, e di fine vita in particolare, ha mostrato l'arretratezza e l'anacronismo di un'impalcatura normativa forgiata su principi totalitari oggi non più operanti. Tale trama giuridica, oltre a presentarsi spesso in contrasto con la centralità che la persona acquista nel nostro sistema costituzionale, si palesa incapace nel risolvere le delicate questioni di fine vita che la giurisprudenza ha dovuto affrontare. Proprio per tali ragioni risulta necessario un intervento normativo che porti chiarezza nella materia de qua, predisponendo una disciplina idonea a realizzare una corretta tutela della dignità umana nel nostro ordinamento. Si tenterà di delineare più avanti nel lavoro possibili scenari di interventi normativi, solo dopo aver affrontato il problema dell'eutanasia nell'ottica internazionale della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed a seguito di un'analisi comparata con l'ordinamento inglese, che presenta una fitta ed interessante casistica in materia di fine vita.

CAP II LA CEDU ED IL PROBLEMA DEL FINE

VITA

1 La Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo

Introduzione

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) viene proclamata a Roma nel 1950 ed entra in vigore soltanto tre anni dopo. All’indomani del secondo conflitto mondiale il suo obiettivo principale, più o meno dichiarato, risulta essere il rafforzamento dei regimi democratici europei, in contrapposizione al blocco comunista, per il tramite della creazione di un ordine pubblico europeo fondato su una comunanza di ideali ed una comune identità.

La fisionomia della Convenzione muta però col passare del tempo, conoscendo un ampliamento del numero degli Stati contraenti ed un mutamento del meccanismo di implementazione della Convenzione stessa. Si assiste infatti ad una centralità sempre più marcata della Corte di Strasburgo che, venuto meno il filtro operato dalla Commissione, diviene “*il principale artefice nel continente europeo [...] di un catalogo dei diritti improntato ad una lettura non solo incrementale, ma anche progressista delle libertà*”¹¹².

Ad essa si rivolgono, e si sono rivolti, i cittadini degli Stati contraenti, nel costante tentativo di individuare un fondamento giuridico alle pretese da loro sostenute.

¹¹² D.Tega, *I Diritti in crisi*, op. cit., p. 5

Mentre però le rivendicazioni dei privati originariamente vertevano in ambiti più classici di contrasto con la pubblica autorità: in materia di equo processo, di diritto di proprietà o di divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, nell'ultimo ventennio i singoli hanno spesso posto in difficoltà la Corte, adandola in materie eticamente sensibili, dando il La ad una giurisprudenza confusa ed altalenante che, dovendo fare i conti con diverse tradizioni giuridiche consolidate, non è riuscita a soddisfare la sete di giustizia dei molteplici soggetti coinvolti.

Da una parte infatti si è criticato spesso il *self restraint* della Corte, che tramite lo strumento del margine di apprezzamento statale ha deciso di non intromettersi in scelte ritenute di stretta competenza del Legislatore nazionale, facendo quindi sorgere il legittimo dubbio circa la reale efficacia delle sempre maggiori e prolifiche elencazioni dei diritti.

D'altro canto però la fiducia che parte dei singoli pongono in tali tipi di istituzioni tecniche, accompagnata al contempo da una sempre più diffusa crisi dei sistemi politici europei, spinge parte della dottrina a diffidare da tali istituzioni internazionali, che vengono viste come uno strumento atto a soverchiare il principio democratico di maggioranza, in favore di un rigido tecnicismo capace di superare le scelte democratiche dei parlamenti nazionali.

Resta, a prescindere dalle critiche che le si vuole muovere, il dato di fatto secondo il quale con sempre maggior frequenza le persone decidono di giungere sino a Strasburgo per far valere le loro pretese in campi eticamente sensibili, e che nei

casi decisi dalla Corte Edu in materia di fine vita si palesano tutte le difficoltà che il giudice internazionale incontra nell'affrontare tali questioni.

Prima però di analizzare nello specifico i casi che hanno impegnato la Corte nel recente passato risulta necessario affrontare, seppur velocemente, la tematica della difficile relazione tra l'ordinamento CEDU e quello interno.

1.1 La tutela multilivello dei diritti: tra CEDU e diritto interno

Il modello di tutela dei diritti fondamentali, che nel secondo dopoguerra era ad esclusivo appannaggio delle Carte Costituzionali e delle Corti poste a loro presidio, risulta oggi del tutto mutato e si denota per un elevato grado di complessità. Il panorama giuridico si presenta infatti a riguardo articolato su vari livelli di tutela, tra loro interagenti, tra i quali non è possibile individuare una rigida struttura gerarchica tipica degli ordinamenti giuridici classico-liberali.

La disciplina dei diritti fondamentali trova sede oggi, oltre che nelle Costituzioni nazionali, nella Carta di Nizza, a livello europeo-comunitario, e nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, dando così vita ad un sistema multiforme ed articolato che conosce, non solo la compresenza di diversi testi normativi di riferimento, ma l'interazione tra loro di diversi soggetti giuridici, la cui coesistenza non è regolata da norme di alcun tipo e tra i quali è quindi reso possibile il sorgere di conflitti costituzionali non facilmente risolvibili.

In un sistema così articolato il ruolo del singolo giudice diviene centrale nell'ambito di attuazione dei diritti fondamentali, contribuendo lo stesso, nell'esercizio di un potere che non si stenta a definire creativo, ad armonizzare il sistema tramite la propria attività interpretativa, non più rigidamente chiusa nella stretta gerarchia degli ordinamenti nazionali, ma libera di spaziare tra le pieghe del sistema multilivello, ora interpretando conformemente a Costituzione, ora enfatizzando il testo Convenzionale, ora ancora chiamando in causa la Corte di Giustizia.

Contro tale deriva "anarchica" del sistema di tutela dei diritti fondamentali ha tentato di porre un argine la Consulta con le sentenze n. 348 e 349 del 2007. Nelle celebri decisioni la Corte Costituzionale ha infatti disconosciuto il potere del giudice ordinario di disapplicare la singola norma interna ritenuta in contrasto con la CEDU, ed ha tentato di revitalizzare il suo ruolo di giudice ultimo sui diritti umani riconoscendo, in capo al singolo operatore giuridico, l'obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117 Cost., della norma interna in contrasto con la normativa Convenzionale.

Nella ricostruzione prospettata dal giudice italiano la CEDU acquista quindi valore di parametro interposto sovraordinato alla legge, in quanto capace di riempire di contenuto il disposto dell'art. 117 Cost., ma al contempo sottoposto al rigido scrutinio della Consulta circa la sua compatibilità con la Legge fondamentale.

In quest'ottica è lasciata al giudice ordinario la sola possibilità di tentare la strada dell'interpretazione conforme della normativa interna con la CEDU, ma nel caso in cui ciò non dovesse essere possibile, al singolo operatore interno non si presentano alternative: non potendo disapplicare la legge italiana deve portare la questione innanzi la Corte.

La soluzione appena descritta, che mira a riportare razionalità formalistica nel sistema, è stata oggetto di critiche in seno la giurisprudenza italiana, specialmente quella amministrativa¹¹³. Si è infatti sostenuto che a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non potesse considerarsi ulteriormente valido il presupposto del ragionamento della Corte Costituzionale, data la nuova formulazione dell'art. 6 TUE.

La Corte infatti, nelle sentenze 348 e 349, ha sostenuto di poter ritenere valido il meccanismo della disapplicazione al solo diritto comunitario in virtù della cessione di sovranità che lo Stato italiano aveva fatto nei confronti dell'UE, cessione assente nel caso della Convenzione europea¹¹⁴. I giudici amministrativi invece, facendo leva sulla nuova formulazione dell'art. 6 TUE e sull'adesione dell'Unione alla CEDU, hanno sostenuto di poter ritenere direttamente applicabili,

¹¹³ Si rimanda a Cons. St. sentenza n. 1220/2010 e Tar Lazio (Roma) sentenza n. 11984/2010. Per un'analisi del dialogo tra giustizia amministrativa e Corte costituzionale in merito ai rapporti tra CEDU e ordinamento interno A. BASILICO, "Disapplicazione di leggi interne contrastanti con la CEDU? Il punto di vista della Corte di Giustizia", in www.rivistaaic.it 3/2012.

¹¹⁴ In merito non sono mancate la voci in dottrina contrarie a tale impostazione teorica, riconoscendo come la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo abbia le caratteristiche per considerarsi un ordinamento giuridico limitante la sovranità dello Stato Italiano, essendo dotata, tra gli altri, di un organo in funzione nomofilattica capace con le proprie decisioni di incidere direttamente nel nostro ordinamento. A. RUGGERI, "Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: Profili teorici e questioni pratiche", in www.forumcostituzionale.it ; R. MORELLI, "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce delle recenti novità del trattato di Lisbona" in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2010, p. 413.

al pari del diritto comunitario, le disposizioni della Convenzione con conseguente disapplicazione della normativa interna contrastante.

Avverso tale posizione interpretativa si è però espressa la Corte Costituzionale che con la sentenza 80/2011 ha riaffermato il proprio monopolio in relazione al giudizio di conformità tra la legge italiana e la CEDU, riconoscendo che l'art. 6 TUE si limita ad autorizzare l'UE ad entrare a far parte della Convenzione e che il processo di adesione non è ancora concluso¹¹⁵. Ha sostenuto quindi la Consulta che solo a conclusione del procedimento di adesione potrà sostenersi la diretta applicabilità del testo Convenzionale nel diritto italiano¹¹⁶, fermo restando la soggezione dello Stato contraente all'interpretazione della Corte di Strasburgo.

Le dinamiche relazionali tra diritto interno e CEDU sono, per quanto riguarda il nostro ordinamento, chiarite dall'opera razionalizzatrice della Consulta, ma le maggiori problematiche che pone il sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali vertono, non tanto su tali rapporti, piuttosto sulle relazioni intercorrenti tra i singoli operatori giuridici coinvolti (Corte Costituzionale, Corte EDU, Corte di Giustizia) e sulle influenze che tali relazioni hanno sulle scelte sovrane effettuate dai Parlamenti nazionali.

¹¹⁵ Di recente il procedimento di adesione dell'Unione Europea alla Convenzione ha subito una battuta d'arresto con il parere 2/2016 della Corte di Giustizia che ha dichiarato l'attuale accordo di adesione incompatibile con l'art. 6 comma 2 TUE.

¹¹⁶ Tale decisione sembra inoltre corroborata dalla presa di posizione della Corte di Giustizia nel caso Kamberaj. Causa C-571/10 del 24 aprile 2012.

1.2 Corti interne e Corti internazionali: gerarchia o pluralismo?

Il sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, oggi operante nel continente europeo, con la sua natura flessibile, imperniata sul ruolo del singolo giudice, ha stravolto la classica struttura gerarchica degli ordinamenti giuridici. L'idea infatti dello Stato liberale con al centro il Parlamento, espressione della sovranità popolare, ed un sistema giudiziario fortemente verticistico ed interamente finalizzato all'interpretazione della norma scritta, cristallizzazione della volontà comune, viene quotidianamente posta in discussione dall'ordinamento contemporaneo imperniato non più sul Parlamento nazionale e su un unico testo di riferimento, la Costituzione, ma articolato piuttosto su vari testi normativi fondamentali cui fanno riferimento altrettanti operatori giuridici.

Si passa quindi da una struttura gerarchica di tutela dei diritti fondamentali ad un sistema contraddistinto dal c.d. pluralismo costituzionale, ossia ad un insieme omogeneo di attori giuridici che operano, o dovrebbero operare, in armonia tra loro con l'unico fine di assicurare un corretto sviluppo dei diritti fondamentali. Centro del sistema diviene quindi il singolo giudice, protagonista indiscusso della scena, che si qualifica come l'unico soggetto capace di mediare tra le varie fonti di riferimento, non più inquadrate secondo una rigida gerarchia ma suddivise in ragione della loro competenza.

Si rischia, venuto meno il ruolo centrale del Parlamento, un preoccupante deficit democratico, che diviene ancor più pressante in relazione alle dinamiche della Convenzione Europea.

La Corte Edu, interprete ultimo della Convenzione, fuoriesce infatti da qualsiasi circuito rappresentativo e potrebbe fungere, tramite la propria giurisprudenza, da egemone tiranno in materia di diritti fondamentali. Esaminando lo stato dei fatti, così non è sinora stato, dato che il giudice di Strasburgo non si è certo dimostrato parsimonioso nell'utilizzo del margine di apprezzamento statale in campi eticamente sensibili, dando spesso la luce a sentenze che, come vedremo a breve, si connotano per la loro struttura incerta.

Dinanzi quindi all'immobilismo dei Parlamenti nazionali, vittime spesso della logica del consenso e quindi sovente incapaci di decidere in campi delicati inerenti questioni etiche complesse, la Corte ha dovuto fronteggiare le richieste di giustizia provenienti dai singoli e lo ha fatto spesso con decisioni ambigue, tanto progressiste nelle enunciazioni di principio quanto vincolate allo *status quo* nella decisione concreta, salvando frequentemente la scelta del singolo Legislatore in quanto ritenuto *better placed* e quindi dotato di una cognizione migliore.

Per quanto tempo ancora la Corte possa mantenere questo atteggiamento di rispettoso distacco non è facilmente individuabile, è probabile però che, dinanzi a richieste sempre più numerose e pressanti, la giurisprudenza di Strasburgo si "lasci andare" tentando di trovar risposta a quesiti ignorati dagli ordinamenti nazionali. Per assicurare allora che anche in questo circuito giurisprudenziale di

tutela vengano in qualche modo “rappresentate” le singole peculiarità nazionali è però necessario che tra i vari operatori giuridici, che oggigiorno si dividono il campo in materia di diritti fondamentali, sorga e si sviluppi un dialogo¹¹⁷ costruttivo atto a far sì che le decisioni assunte in sede internazionale non si presentino come del tutto avulse dai contesti interni.

In presenza di un innegabile sistema multilivello¹¹⁸, difficilmente riconducibile ad un unico ordine legale gerarchicamente strutturato, l’unica via esistente capace di superare eventuali conflitti interni al sistema rimane quella del dialogo fra Corti, inteso come l’insieme di quelle tecniche che permettono ai singoli giudici di rifarsi alle decisioni di altre Corti al fine di armonizzare la tutela e di mediare il conflitto tra differenti sistemi costituzionali.

Tale dialogo, proprio per evitare l’egemonia della Convenzione, non deve concretizzarsi in un appiattimento dell’interpretazione del giudice interno al testo internazionale, ed alla interpretazione che ne dà la Corte, ma deve semmai connotarsi alla stregua di un vero e proprio rapporto dialogico che, basandosi sulle peculiarità del contesto interno, porti l’operatore giuridico nazionale a divenire attore primario in sede di interpretazione del testo CEDU.

Del dialogo fra Corti sembra pure interessarsi la Consulta nelle recente pronuncia n. 49/2015 che, nonostante continui a far propria l’ideologia di fondo secondo la

¹¹⁷ C.MURPHY, “*Human rights law and the challenges of explicit judicial dialogue*”, in Jean Monnet Working paper 10/2012.

¹¹⁸ Sul punto C.Murphy, “*Human rights law and the challenges of explicit judicial dialogue* op. cit. : “The explanatory claim of constitutional pluralism remains compelling. The existence of multiple legal systems in Europe is clear as Member State, EU and Council of Europe systems co-exist in precisely the fashion identified by MacCormick almost two decades ago. The attempts by monist to reconstruct a unified legal order, though perhaps admirable, fail to adequately account for the conflicting claims to authority that remain in the European legal landscape.

quale sussiste una gerarchia tra Carte e quindi tra Corti¹¹⁹, sembra abbracciare l'idea secondo la quale una corretta evoluzione di un "diritto vivente europeo", e quindi della tutela dei diritti fondamentali, presupponga necessariamente una fitta comunicazione tra organi giurisdizionali.

Una suddetta attività comunicativa, per essere foriera di una seria evoluzione interpretativa, deve strutturarsi secondo gli schemi della c.d. disobbedienza funzionale¹²⁰. Tale concetto si denota come una disobbedienza qualificata, non fine a sé stessa ma dovuta a ragioni di particolare valore, e viene presa in prestito dagli studi manageriali e dalla teoria dell'organizzazione aziendale. Tramite essa l'operatore giuridico interno si discosta, pur prendendola in considerazione, dalla soluzione adottata dal giudice convenzionale, ed invocando il principio pluralista fondante la CEDU al contempo richiede allo stesso, per il mezzo di argomentazioni giuridiche, un ripensamento sull'interpretazione fornita.

La dottrina che più si è interessata a questi aspetti del rapporto tra le Corti ritiene che un disaccordo interpretativo, per essere qualificato alla stregua di un atto di disobbedienza funzionale, debba essere caratterizzato dai seguenti elementi: *in primis*, l'attività del giudice interno deve essere guidata da un atteggiamento di *apertura* nei confronti del testo Convenzionale, tale da spingere l'operatore giuridico ad assumere come parametro per l'interpretazione della singola disposizione non solo la costituzione nazionale ma anche gli strumenti di diritto internazionale; in aggiunta, in virtù della natura procedurale dell'obbligo di

¹¹⁹ A.RUGGERI, "Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno", in www.penalecontemporaneo.it.

¹²⁰ Come sempre interessanti le osservazioni di G.MARTINICO, "Corti costituzionali (o supreme) e disobbedienza funzionale", in www.penalecontemporaneo.it.

interpretazione conforme alla Corte Edu il giudice ha la facoltà di discostarsi dall'interpretazione dominante del dato convenzionale argomentando per una diversa lettura fondata sulle peculiarità del contesto interno (l'Autore in questi casi parla di *distinzione fra interpretazione e argomentazione*); tale contrasto non nasce al fine di riaffermare una supremazia dell'ordinamento interno ma è finalizzato a provocare un ripensamento giurisprudenziale in sede convenzionale (*funzionalità*); infine, tali atti di disobbedienza, maturati in un contesto di mutuo rispetto e di pari dignità, fanno sorgere fenomeni di *dialogo* volti ad appianare gli eventuali contrasti.

In presenza di tali elementi avremo di fronte un dialogo costruttivo tra Corti, intento a far sì che l'interpretazione dei diritti CEDU avvenga in chiave pluralista, tenendo conto anche delle peculiarità dei contesti nazionali, e non porti a soluzioni interne irragionevoli frutto di pigre interpretazioni del dato convenzionale. Nella stessa direzione sembra muoversi la Convenzione europea, all'interno della quale si sta attuando un meccanismo, il Protocollo n 16, atto ad implementare la comunicazione tra i vari soggetti giuridici, prevedendo la possibilità per i giudici nazionali di richiedere in via preventiva un parere consultivo alla Corte di Strasburgo.

Che questa sia la strada che gli organi giurisdizionali stanno cercando di tracciare è attestato anche dalla recente pronuncia n.49/2015¹²¹ della Consulta, dove viene

¹²¹ Corte Cost. n 49/2015 “È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi

enfaticamente la fase dialogica in chiave non meramente recettiva per il giudice interno, e viene prospettata una relazione tra Corti non improntata ad una struttura verticistica, ma aperta al libero argomentare dei singoli giudici, fondato sulle peculiarità nazionali.

Le relazioni fra Corti sembrano quindi dirette verso una nuova impostazione, finalizzata a far emergere un maggiore pluralismo nel panorama della Convenzione, per il tramite della partecipazione dei singoli giudici nazionali al procedimento di formazione del diritto vivente europeo, che dovrebbe costituire standard minimo di tutela dei diritti fondamentali nel panorama continentale.

Nonostante questa maggiore considerazione delle peculiarità nazionali, che sono tenute in considerazione nella formazione di questo nuovo *ius commune*, la problematica di fondo inerente il ruolo da affidare ai Parlamenti in questo nuovo contesto permane.

Dall'approvazione del Protocollo n. 11 infatti il numero di ricorsi individuali innanzi la Corte di Strasburgo è andato in costante aumento, e con esso anche l'incisività delle decisioni della Corte negli ordinamenti interni, suscitando talvolta il fastidio degli Stati contraenti che si sono visti scavalcare da un organo giurisdizionale che va lentamente delineandosi alla stregua di una Corte costituzionale europea.

compresa la Corte costituzionale. Si tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali".

Le colpe di questa tormentata relazione sono però sicuramente da attribuire agli organi di rappresentanza democratica negli Stati membri che, spesso incapaci di tenere il passo dei sempre più rapidi mutamenti sociali, si sono mostrati inerti di fronte alle nuove richieste dei cittadini ed hanno quindi porto il fianco alle “intromissioni” della Corte. Se i Parlamenti intendono riappropriarsi del loro ruolo cardine nel sistema di tutela dei diritti devono uscire dallo stato di torpore che contraddistingue le democrazie pluraliste vittime della ricerca del consenso, e devono agire, per il tramite della funzione legislativa, al fine di mediare il conflitto sociale, per far sì che gli appartenenti alla comunità nazionale possano trovare risposta alle loro rivendicazioni nel contesto interno.

1.3 Diritto penale e fonti sovranazionali

Prima di passare all’analisi dei casi, inerenti il fine-vita, che hanno interessato la Corte di Strasburgo bisogna brevemente soffermarsi sul come gli ordinamenti penalistici hanno risentito dell’attuale sistema multilivello.

Il diritto penale infatti è sempre stato un settore dell’ordinamento custodito gelosamente dai singoli Stati e che quindi ha trovato scarso riscontro nelle fonti internazionali. I primi tentativi di accordi in campo penale si sono sviluppati lungo l’asse direttrice rivolta ad istituire organi sovranazionali di giurisdizione volti a perseguire i responsabili dei c.d. crimini di guerra¹²², mentre solo dalla

¹²² Oltre ai più celebri Tribunali di Norimberga e di Tokyo, che destarono già allora problematiche inerenti il rispetto dei principi fondamentali in materia penale, già il Trattato di Versailles del 1919, concludente la prima guerra mondiale, disponeva esplicitamente che il Kaiser Guglielmo II

seconda metà del secolo scorso i trattati internazionali hanno iniziato a porre le basi per una cooperazione giudiziaria e poliziesca, e ad incidere esplicitamente negli ordinamenti interni per il tramite di disposizioni volte alla repressione di fenomeni criminali aventi ormai natura sovra- e transnazionale.

Un siffatto intervento delle fonti internazionali ha posto non poche problematiche all'operatore giuridico in relazione all'operatività dei classici principi di matrice illuministica regolatori la materia penale, tanto da far sostenere a parte della scienza giuridica che è in atto un vero e proprio processo di *decostruzione*¹²³ dei principi costituzionali ad opera delle fonti sovranazionali.

L'ordinamento multilivello, al quale si è accennato nei paragrafi precedenti, è ormai concetto non più ristretto all'ambito suo proprio del diritto internazionale ma è entrato a pieno titolo nel bagaglio della scienza giuridica penale. Sono infatti innumerevoli i settori di intervento penale oggetto di normazione da parte di fonti sovranazionali: la materia della criminalità organizzata discende direttamente dai protocolli ONU di Palermo, come la disciplina della criminalità informatica trova fondamento nella Convenzione di Budapest, e sempre più ampio diviene il campo di intervento del diritto europeo.

venisse processato per aver offeso la moralità internazionale e la santità dei trattati. Processo che non si svolse mai per l'opposizione dei Paesi Bassi, paese che ospitava il Kaiser, all'estradizione, opposizione fondata proprio sulle critiche inerenti il mancato rispetto del principio di legalità. Per un'analisi storica si rimanda a A. ZANOBETTI, "Giurisdizioni internazionali e principi generali del diritto penale", in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2008.

¹²³ Sul punto F. SGUBBI, "Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali", in D. Fondaroli (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2008.

Sin dal Trattato di Amsterdam infatti l'Unione ha la possibilità, espressamente riconosciuta, di dettare norme minime in relazione alla definizione dei reati e delle relative pene: l'obiettivo di riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia penale è infatti divenuto primario a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e col venir meno della rigida divisione in pilastri. Armonizzazione che emerge inoltre sia dagli artt. 82 e 83 del TUE, sia dalle conclusioni del Consiglio di Tampere, e che è rafforzata dalle numerose decisioni quadro del Consiglio emanate negli ultimi anni.

Molteplici sono però anche le difficoltà che spesso le decisioni internazionali pongono quando si rivolge al settore penalistico, dovute in parte all'atteggiamento di ritrosia che contraddistingue non solo i singoli Legislatori nazionali ma anche, e forse soprattutto, la scienza giuridica¹²⁴, ancorata a concetti e principi che non trovano riscontro in sede sovranazionale, dove necessariamente si deve mediare tra le peculiarità dei singoli ordinamenti e si giunge quindi ad abbandonare le categorie concettuali classiche del diritto penale.

Nonostante ciò il processo di armonizzazione in materia penale che sta investendo l'Unione Europea, pur procedendo a rilento o "a parabola" come sostenuto da parte della scienza giuridica, inizia a mostrare i suoi (forse ancor scarsi) frutti come ad esempio in materia di criminalità organizzata¹²⁵.

¹²⁴ Sui rapporti tra la scienza giuridica e l'ordinamento multilivello, e sul ruolo della dogmatica nel nuovo contesto internazionale si rimanda a V. MILITELLO, "L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello", in Riv. It. Dir. Proc. Pen., Fasc. 1/2014.

¹²⁵ Si condividerà il significato di tale espressione solo accettando un concetto di armonizzazione del diritto, come proposto da V. MILITELLO, "I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all'interno dell'Unione Europea", in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, che "non equivale infatti ad unificazione, che può essere

La reticenza dei vari ordinamenti è ancor oggi elevata, così come il grado di divergenza tra gli stessi, dovuta, come si è già avuto modo di affermare, alle diverse esperienze storiche dei sistemi giuridici ed alle differenti categorie dogmatiche che si sono elaborate nel corso del tempo. Potrebbe però in tale processo di armonizzazione assumere un ruolo chiave la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che, nell'ottica di dialogo poc'anzi analizzata, è già intervenuta, per il tramite della giurisprudenza di Strasburgo, nella cultura penalistica italiana rimediando sovente a distorsioni applicative¹²⁶. L'intervento della Corte, meno invasivo rispetto al diritto europeo e maggiormente pluralistico se si abbracciano i termini del dialogo fra giurisdizioni come richiamato in precedenza, può infatti far maturare nei singoli ordinamenti interni sensibilità nuove, idonee, col passare del tempo, a creare quell'humus comune a livello internazionale necessario per implementare l'attività di armonizzazione che oggi a stento si porta avanti.

semmai obiettivo di uno Stato unitario [...] L'unificazione anzi non è neanche auspicabile, se non si vuole trascurare quella aderenza fra il contesto di una società e il sistema penale in cui la stessa si riconosce, evitando di dare corpo ai fantasmi evocati da chi dietro i processi di armonizzazione del diritto penale vede un moloch colonizzatore da esorcizzare negandoli in radice”.

¹²⁶ D.PULITANÒ, “Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015” in www.penalecontemporaneo.it.

2 La giurisprudenza della Corte Edu

È giunto il momento di analizzare nello specifico i casi affrontati dalla Corte Europea dei diritti umani in relazione alla problematica eutanasica nel contesto continentale, problematica che i singoli ricorrenti hanno spesso legato ad una corretta articolazione del valore della dignità umana, e nei confronti della quale la giurisprudenza di Strasburgo ha palesato numerose difficoltà.

a) Il caso Pretty c. Regno Unito

Il primo importante caso inerente la materia del fine vita che ha investito la cognizione della Corte Edu riguarda il ricorso n. 2346/02 deciso con sentenza del 29 aprile 2002.

I motivi del ricorso

La ricorrente, Diane Pretty, era affetta da anni da una malattia degenerativa comportante un progressivo deterioramento del tessuto muscolare corporeo, e per la quale non sussisteva trattamento medico capace di interrompere l'avanzare dello stato patologico. Le aspettative di vita della ricorrente erano quindi molto basse. La stessa, a seguito di profonda ponderazione, aveva deciso di evitare i passaggi finali della propria malattia poiché ritenuti estremamente dolorosi e contrari al comune concetto di dignità umana. Dignità lesa anche dalla totale assenza di autonomia della sig.ra Pretty che manteneva ormai intatte esclusivamente le proprie capacità intellettive.

Ferma nella propria volontà la ricorrente necessitava però, per realizzare il proposito di porre fine alle proprie sofferenze, dell'intervento del marito che rischiava, così facendo, di essere penalmente perseguito ai sensi della *Section 2* del *Suicide Act*¹²⁷ del 1961 che, pur non prevedendo come reato il suicidio, punisce con la reclusione fino a 14 anni chiunque aiuti alcuno a commettere l'atto suicida. La peculiarità del sistema penale inglese, così come vedremo nel terzo capitolo, permette al *Director of Public Prosecutions (DPP)* di esercitare un potere discrezionale in merito all'esercizio dell'azione penale, che può essere quindi in determinate circostanze non azionata, pur in presenza di un fatto tipico. La Sig.ra Pretty chiedeva quindi al DPP di garantire l'immunità a suo marito per l'aiuto che le avrebbe prestato e, di fronte al rifiuto della pubblica autorità, confermato da una sentenza della *House of Lords*¹²⁸, decise di rivolgersi alla Corte Europea sostenendo che il rifiuto del DPP e l'attuale stato della legislazione inglese violassero i suoi diritti riconosciuti dagli artt. 2,3,8,9 e 14 della Convenzione.

Risulta quindi ora necessario analizzare le ragioni sostenitrici dei principali motivi di ricorso (artt. 2, 3, 8) e le statuizioni della Corte a riguardo, muovendoci sull'elencazione realizzata dalla stessa ricorrente.

¹²⁷ Tale legge dopo aver previsto alla *Section 1* che non costituisce più reato l'atto suicida in se, specifica alla *Section 2* che “*a person (D) commits an offence if (a) D does an act capable of encouraging or assisting the suicide or attempted suicide of another person, and (b) D's act was intended to encourage or assist suicide or an attempt at suicide*” <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/9-10/60> .

¹²⁸ R. (on the application of Pretty) v. DPP, House of Lords 29 Novembre 2001.

In relazione al primo motivo di ricorso la ricorrente sosteneva che la situazione normativa in Inghilterra ledesse l'art. 2 della Convenzione¹²⁹, in quanto lo stesso non si limita a riconoscere e tutelare esclusivamente il diritto alla vita ma comprende anche il suo lato negativo, ossia il diritto di scegliere se continuare o smettere di vivere per sfuggire a sofferenze ritenute insopportabili. L'art. 2 si premura quindi di tutelare la vita, più che contro il suo stesso titolare, contro azioni illegittime di terzi, specialmente se poste in essere dalla pubblica autorità; d'altronde, concludeva la ricorrente, se così non fosse le legislazioni degli Stati che permettono il suicidio assistito sarebbero in aperto contrasto con la norma in commento.

In secondo luogo la sig.ra Pretty contestava la violazione dell'art. 3¹³⁰. Su di esso la ricorrente aveva imperniato le proprie doglianze, sostenendo che il progredire della malattia le avrebbe necessariamente arrecato dolori atroci ed irreversibili, specialmente in fase terminale, del tutto assimilabili a veri e propri trattamenti inumani e degradanti, dolori che il Governo inglese avrebbe l'obbligo di evitare, per il tramite di apposite misure, sulla base del richiamo all'articolo in questione.

Il divieto di tortura di matrice internazionale, dotato di carattere assoluto all'interno dell'impianto convenzionale, sarebbe quindi stato violato dallo *status*

¹²⁹ **Article 2 – Right to life**

1 Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2 Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

- *In defence of any person from unlawful violence*
- *In order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained*
- *In action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection*

¹³⁰ **Article 3 – Prohibition of torture**

No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment

attuale del diritto anglosassone, comportante un divieto generale di suicidio assistito, che non tiene in considerazione le peculiarità dei singoli casi.

In ultimo si riscontrava un'ulteriore violazione in merito all'art. 8¹³¹ della Convenzione che, secondo la ricostruzione della ricorrente, nel riconoscere e tutelare il concetto di vita privata include anche il diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Le doglianze della ricorrente a riguardo supportavano un'interpretazione della Convenzione interamente orientata al riconoscimento del diritto all'autodeterminazione, animante l'intero testo internazionale, e sancito più o meno esplicitamente dall'art. 8. Il riconoscimento di tale diritto comporterebbe, per la ricorrente, la possibilità di disporre del proprio corpo e di decidere quando e come morire, scelte intimamente connesse alla profonda coscienza della persona ed in concreto vietate dalla disciplina dettata dal Suicide Act.

La decisione della Corte

Nel ripercorrere i motivi di ricorso la Corte si mostra tranciante in relazione alla prima questione non palesando incertezze di alcun tipo.

Essa nega infatti la possibilità di individuare il diritto di morire come corollario del diritto alla vita sancito dall'art. 2 CEDU, che diviene la base per il godimento

¹³¹ **Article 8 – Right to respect for private and family life**

Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights or freedoms of other

degli altri diritti e delle altre libertà, e che impone agli Stati contraenti di prendere le opportune precauzioni per tutelare la vita dei soggetti sotto la loro giurisdizione, rimandando quindi ad altri articoli della Convenzione la problematica della qualità della vita e della tutela del singolo avverso le interferenze dell'apparato pubblico in relazione alle difficili scelte inerenti il se e come morire¹³².

Anche le rimostranze di cui all'art. 3 CEDU sono respinte dalla Corte che, pur riconoscendo il carattere assoluto della disposizione in questione e compartecipando ai timori della ricorrente, giunge alla conclusione che nell'art. 3 non possa assolutamente riconoscersi l'obbligo positivo per lo Stato convenuto di impegnarsi a non perseguire il marito qualora lo stesso avesse deciso di aiutare la moglie a porre fine alle sue sofferenze. Ciò sulla base del richiamo all'approccio elastico e dinamico all'interpretazione della Convenzione, intesa come un *living instrument*, all'interno della quale ogni singola disposizione deve essere interpretata coerentemente agli obiettivi fondamentali perseguiti dal sistema europeo di protezione dei diritti umani.

L'art. 3 deve essere quindi letto insieme alla previsione precedente che non contiene un diritto del singolo di esigere che lo Stato agevoli o consenta la propria

¹³² “The Court is not persuaded that the “right to life” guaranteed in article 2 can be interpreted as involving a negative aspect. Article 2 is unconcerned with issues to do with the quality of living or what a person chooses to do with his or her life. To the extent that these aspects are recognised as so fundamental to the human condition that they require protection from State interference, they may be reflected in the rights guaranteed by other Articles of the Convention, or in other international human rights instruments. Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely right to die; nor can it create a right to self determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life [39]”.

morte. Sulla base di ciò la Corte sostiene che nel caso della sig.ra Pretty non si è riscontrata nessuna responsabilità in capo le autorità britanniche dato che la sofferenza dovuta ad una malattia può rientrare nell'ambito di operatività dell'art. 3 solo se viene posta in essere, o è comunque aggravata, da un trattamento degradante imposto dalle autorità. Nel caso di specie, non avendo il Governo inflitto alcunché, lo stesso non è stato ritenuto responsabile di nessun trattamento disumano o degradante¹³³, non potendosi forzare l'interpretazione dell'obbligo positivo scaturente dall'art. 3 sino al punto di delinearlo ai sensi di una necessaria approvazione pubblica a comportamenti autolesionisti dei privati.

Il punto di maggior criticità della decisione è sicuramente quello riguardante l'eccezione di cui all'art. 8 CEDU. La Corte a tal proposito effettua una ricostruzione di principio coerente con le richieste della ricorrente, precisando che, essendo la dignità e la libertà dell'uomo l'essenza stessa della Convenzione, la nozione di qualità della vita, che non trova riparo sotto l'ombrello dell'art. 2, si riempie di significato grazie al concetto di *private life* ex art. 8.

Tale concetto infatti, pur non essendo suscettibile di una definizione esaustiva, è ritenuto, secondo un'interpretazione ormai consolidata dei giudici di Strasburgo, il

¹³³ “Article 3 imposes a primarily negative obligation on States to refrain from inflicting serious harm on persons within their jurisdiction. However, in light of the fundamental importance of Article 3, the Court has reserved to itself sufficient flexibility to address the application of the Article in other situations that might arise. [50].

In particular the obligation of Article 1 of the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment, including such treatment administered by private individuals. [51].

The suffering which flows from naturally occurring illness, physical or mental may attain the minimal level of severity so as to be covered by Article 3, where it is, or risks being, exacerbated by treatment, whether flowing from conditions of detention, expulsion or other measures, for which the authorities can be held responsible. There is no relevant act or treatment on the part of the United Kingdom in the present case. [52-53].

baluardo dietro il quale riconoscere e tutelare margini di operatività all'autonomia personale del singolo, sotto la cui egida hanno trovato riparo elementi quali: l'identità fisica e sociale dell'individuo¹³⁴, la sua integrità fisica e morale¹³⁵ ed ancora la sua vita e le sue tendenze sessuali¹³⁶.

Respingendo esplicitamente la posizione del Governo britannico, intervenuto in giudizio, i giudici sostengono che la facoltà di condurre la propria esistenza come meglio si crede, riconosciuta dall'art. 8, può anche includere la possibilità di porre in essere attività pregiudizievoli o pericolose per la propria persona. Di conseguenza, le eventuali intrusioni dello Stato, per il tramite di misure coercitive o di carattere penale, nelle lecite scelte del singolo, anche di natura potenzialmente letale, costituiscono lesione della vita privata così come tutelata dall'art. 8 e quindi, per non essere ritenute contrarie alla Convenzione, devono trovare giustificazione ai sensi del secondo comma dello stesso articolo¹³⁷.

Dopo quindi aver affermato a livello di principi la legittimità delle scelte del singolo di rifiutare i trattamenti sanitari salvavita, e più in generale delle scelte di porre fine alle proprie sofferenze, i giudici di Strasburgo ritengono però in

¹³⁴ Sent. Mikulic c. Croazia n. 53176/99.

¹³⁵ Sent. X e Y c. Paesi Bassi del 26 Marzo 1985, Serie A n. 91.

¹³⁶ Sent. B. c. Francia del 25 Marzo 1992, Serie A n. 232-C.

¹³⁷ *“The ability to conduct one’s life in a manner of one’s own choosing may also include the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically or morally harmful or dangerous nature for the individual concerned. However, even when the conduct poses a danger to health or is of a life-threatening nature, the State’s imposition of compulsory or criminal measures may impinge on the private life of the applicant within the scope of Article 8(1) and require justification in terms of Article 8(2) [62].*

In the medical sphere, the refusal to accept a particular treatment might lead to a fatal outcome, yet the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person’s physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8(1). A person may claim to exercise a choice to die by declining to consent to treatment which might prolong life [63].

concreto lecite le scelte legislative inglesi, riconoscendo che in materia di attività pregiudizievoli per la vita e per la sicurezza il diritto di ingerenza dello Stato, tramite l'applicazione del diritto penale, diviene più pressante, e che quindi il generale divieto di suicidio assistito non costituisce misura sproporzionata ai sensi dell'art. 8¹³⁸.

Da una parte quindi la Corte riconosce il diritto del soggetto a determinarsi in relazione alle fasi terminali della sua esistenza, posizione giuridica soggettiva particolarmente tutelata in ambito medico ed in capo a soggetti affetti da malattie incurabili comportanti spesso atroci sofferenze; pur tuttavia al momento della soluzione del caso concreto la giurisprudenza di Strasburgo sembra rinnegare quanto definito in linea di principio, riconoscendo un ampio margine di apprezzamento statale in materia.

Analizzando nello specifico la questione ci si accorge però che le conclusioni della Corte non avrebbero potuto essere, e non sarebbe stato nemmeno auspicabile che fossero, divergenti da quelle precisate. Pur essendo, infatti, le decisioni della CEDU strettamente legate al caso concreto, ogni sentenza resa nei casi individuali “rischia” di assurgere a precedente estendibile ad altre fattispecie. Una conclusione del caso in favore alla ricorrente avrebbe quindi comportato profondi attriti col sistema britannico, almeno in relazione a due questioni cruciali.

¹³⁸ “Therefore, the blanket nature of the ban on assisted suicide is not disproportionate. It does not appear arbitrary for the law to reflect the importance of the right to life by prohibiting assisted suicide while providing for a system of enforcement – which requires the consent of the Directors of Public Prosecutions – and adjudication which allows due regard to be given in each particular case to the public interest in bringing a prosecution, as well as to the fair and proper requirements of retribution and deterrence. Nor is anything disproportionate in the refusal to give and advance not to prosecute the applicant’s husband. [76-77].

In primo luogo, l'attenuazione del divieto generale del suicidio assistito comporta, così come sostenuto dalla stessa Corte, la ponderazione di divergenti interessi e problematiche, che possono essere pienamente valutate solo in sede nazionale. Solo in tale ambito infatti possono essere considerate le diverse condizioni in cui può trovarsi un soggetto sofferente di una malattia in fase terminale e può quindi dettarsi una disciplina capace di stimare gli eventuali rischi di abuso che l'attenuazione del divieto implicherebbe.

Ma l'eventuale decisione in favore della ricorrente avrebbe scosso il sistema costituzionale inglese, nelle sue fondamenta, in relazione soprattutto al secondo punto critico. La sig.ra Pretty aveva adito la Corte, infatti, affinché la stessa imponesse al DPP di assicurare l'immunità a suo marito per l'aiuto concessogli. I giudici di Strasburgo erano però perfettamente a conoscenza che un impegno del genere sarebbe stato per il DPP, così come sostenuto dalla stessa House of Lords, impossibile da realizzare, poiché avrebbe comportato una violazione del Bill of Rights del 1689, assicurando al Director un generale potere, non dispensato dal Parlamento, di concessione dell'immunità che travalica il normale potere discrezionale di esercizio dell'azione penale riconosciutogli dalla legge¹³⁹.

In quest'ottica non stupisce la decisione finale assunta dalla Corte Edu, che anzi può essere inquadrata come una sentenza volta al dialogo, e non allo scontro, col

¹³⁹ House of Lords 29 Novembre 2001 R (on the application of Pretty) v. DPP “*Wheter or not the Director has the power to make such a statement he has no duty to do so, and in any event what was asked of the Director in this case was not a statement of prosecuting policy but a proleptic grant of immunity from prosecution. That, I am quite satisfied, the Director had no power to give. The power to dispense with and suspend laws and the execution of laws without the consent of Parliament was denied to the Crown and its servants by the Bill of Rights 1689. [39] .*

sistema anglosassone che, come vedremo nel terzo capitolo, sembra aver prodotto, in quell'ordinamento, i suoi (seppur scarsi) frutti.

b) Haas c. Svizzera & Gross c. Svizzera

In altri due casi i giudici di Strasburgo hanno dovuto confrontarsi con la questione eutanassica, relazionandosi però con una legislazione, quella svizzera, sicuramente più permissiva rispetto alla disciplina anglosassone poc' anzi analizzata.

Il primo dei due casi in questione riguarda il ricorso n. 31322/07 (Haas c. Svizzera) deciso con sentenza del 20 Gennaio 2011.

Il ricorrente, affetto da un disordine bipolare da circa vent'anni, durante i quali provò due volte a porre fine alle proprie sofferenze e fu ammesso in più occasioni al ricovero in cliniche psichiatriche, decise di adire le autorità svizzere dopo che si vide opposto il rifiuto di diversi dottori al rilascio della prescrizione di una sostanza, il pentobarbital sodico, generalmente impiegato per i suicidi assistiti, e che il sig. Haas voleva utilizzare per porre fine alla propria vita in modo indolore e senza rischi di ulteriori fallimenti. Di fronte al rifiuto della Corte Federale Svizzera di assicurargli tale tipo di sostanza, il ricorrente propose ricorso innanzi la Corte Europea, sostenendo che le limitazioni dettate dalla legislazione federale per l'accesso alla sostanza ledessero il proprio diritto all'autodeterminazione contenuto all'art. 8 della CEDU.

Nonostante la questione posta alla Corte si caratterizzasse in termini diversi rispetto al caso precedente, riguardando l'obbligo positivo per lo Stato di assumere le misure necessarie per permettere la realizzazione di un suicidio

dignitoso, la decisione dei giudici di Strasburgo ripercorre, pur con le dovute differenze, le tappe già tracciate nel caso di Diane Pretty.

Riconferma infatti che la libertà di autodeterminazione ex art. 8 comporta il diritto di un individuo di decidere come e quando porre fine alla propria vita, pur sostenendo poco dopo che data la mancanza di un esplicito consenso tra gli Stati del Consiglio d'Europa sull'argomento gli stessi godano di un ampio margine di discrezionalità¹⁴⁰, specialmente nei casi in cui il richiedente non si trovi in fase terminale di una malattia degenerativa incurabile, e soprattutto in relazione agli obblighi gravanti su uno Stato di assicurare gli strumenti necessari per permettere un suicidio dignitoso. Il giudizio quindi verteva non sulla rimozione di un divieto ma circa l'imposizione di un obbligo in capo lo Stato contraente, avente ad oggetto la concessione della sostanza impiegata per il suicidio assistito.

Proiettandosi in una lettura onnicomprensiva del testo convenzionale la Corte ritiene però di non poter assecondare la richiesta del ricorrente. Il sistema svizzero, già permissivo in ambito di fine vita, prevede infatti correttamente, a giudizio della Corte, dei limiti per l'ottenimento della sostanza letale, limiti posti a protezione dei singoli in quanti volti a prevenire abusi e decisioni affrettate, che adempiono all'obbligo contenuto all'art. 2 di assicurarsi che le decisioni di un

¹⁴⁰ *“The notion of private life under Article 8 was a broad concept, which encompassed, inter alia, the physical and moral integrity of the person. The right of an individual to decide how and when to end his life, provided that he was in a position to make up his own mind in that respect and to take the appropriate action, was one aspect of the right to respect for private life within the meaning of the Article 8.” [50-51].*

“Given the absence of any consensus amongst the Member States of the Council of Europe with the regard to the right of an individual to choose how and when to end his own life, each State enjoyed a wide margin of appreciation in that respect” [55].

individuo riflettano la sua libera volontà. I giudici quindi sostengono che anche nell'ottica svizzera di approccio liberale al suicidio assistito *“The requirement of a prescription, issued on the basis of a full psychiatric report, constituted a means of fulfilling that obligation”*.

Se quindi tale decisione della Corte Edu appare equilibrata se relazionata al *petitum*, ossia alla possibilità di riconoscere in capo al singolo Stato l'obbligo di assecondare le richieste suicide dei singoli soggetti sottoposti alla sua giurisdizione, maggiori problematiche pone la sentenza più recente pronunciata nei confronti dell'ordinamento svizzero.

Nel più recente caso, deciso il 14 Maggio 2013 (67810/10), la Corte ha affrontato una fattispecie analoga, riguardante il diritto di decidere in quale modo ed in che momento porre fine alla propria vita da parte di una ricorrente che aveva tentato invano di ottenere la stessa sostanza letale, il pentobarbital sodico. Sussiste però, tra le due decisioni, una differenza fondamentale: la sig.ra Gross, non affetta da alcuna malattia letale, aveva deciso di porre fine alla sua vita in modo libero e consapevole, così come attestato da numerosi referti psichiatrici, per non assistere impotente al declino delle sue facoltà fisiche e mentali.

La ricorrente quindi non chiedeva di porre fine alle proprie sofferenze fisiche dovute ad una malattia incurabile, mirava piuttosto ad aver riconosciuto il proprio diritto al suicidio inteso come il diritto di ognuno di decidere quando smettere di vivere, e nel far ciò si appellava proprio all'art. 8 della Convenzione.

Sorprendentemente i giudici di Strasburgo, con una decisione a stretta maggioranza (4 v. 3), hanno accolto il ricorso della ricorrente, riconoscendo che il diritto da lei reclamato viene pienamente tutelato dall'art. 8 CEDU e che le autorità svizzere, non predisponendo delle chiare linee-guida che permettessero anche a chi non è affetto da una malattia terminale di ottenere la sostanza letale ed assecondare i propri desideri, hanno violato tale previsione rendendo in concreto inattuabile tale diritto alla ricorrente¹⁴¹.

La decisione sembra non tenere in alcuna considerazione il margine di apprezzamento statale, di norma molto ampio in materie così delicate, ed appare in palese contrasto con le soluzioni adottate nei casi che precedono.

In realtà i tre casi sono legati da un chiaro filo rosso che ha ispirato l'interpretazione della Corte. Le differenti soluzioni apprestate, infatti, si fondano tutte sul medesimo presupposto logico e giuridico: l'art. 8 della Convenzione, ed il concetto di vita privata contenuto al suo interno, pur essendo di difficile e non sempre chiara interpretazione contiene al primo comma il diritto del singolo di

¹⁴¹ “*The medical ethics guidelines on the care of patients at the end of their life referred to by the Federal Supreme Court were issued by a non-governmental organisation and were not law. They applied to patients whose death was imminent and the applicant’s case did not fall within the scope of the guidelines. There was a lack of clear guidance regarding the issue of a prescription for sodium pentobarbital to a patient who was not suffering from a terminal illness but has reached a decision to end his or her life. This had resulted in doctors declining to issue prescriptions in such circumstances due to a fear of negative professional consequences. The absence of state-approved guidelines had caused the applicant anguish and uncertainty regarding the extent of her right to end her life. The difficulties in finding the necessary political consensus did not absolve the authorities from fulfilling their obligation in this regard. [65-66]. Swiss law provided for the issuing of a lethal dose of sodium pentobarbital on prescription but failed to ensure that the extent of such a right was clear. The absence of clear and comprehensive guidelines on whether and in what circumstances a person in the applicant’s situation could acquire a lethal dose of medication to end their life violated the applicant’s right to respect for her private life under art.8. [67-69].*

autodeterminarsi, che si denota, in relazione alle fasi finali dell'esistenza, come un diritto di scegliere come e quando morire.

Non può quindi oltremodo dubitarsi del riconoscimento di tale diritto in seno la Convenzione che però permette agli Stati contraenti di porre numerose eccezioni al suo riconoscimento. E difatti se nel caso *Pretty c. Regno Unito* i giudici di Strasburgo hanno deciso, per le ragioni giuridiche sopra enunciate, di non intervenire sconfessando al contempo una delicata normativa penale ed una norma di fatto costituzionale, ed in *Haas c. Svizzera* le evidenti circostanze di fatto, la malattia psichica del ricorrente, spingevano a dubitare circa la libera e cosciente volontà di quest'ultimo, nell'unico vero caso in cui la Corte si è trovata libera di agire da vincoli giuridici inerenti lo Stato convenuto o da circostanze peculiare del caso concreto, essa ha potuto finalmente affermare in tutta la sua ampiezza il diritto di autodeterminazione contenuto nella CEDU.

Ciò detto sembra comunque che la Corte si sia spinta un po' oltre, giungendo a riconoscere un vero e proprio diritto al suicidio slegato da qualsivoglia contesto terapeutico. La creazione di un comune sentire europeo infatti non può che avvenire per piccoli passi che, in materie così delicate, devono necessariamente mirare ad un accordo minimo su ciò che viene considerato bene comune. L'attività giurisprudenziale della Corte quindi, con le sue fughe in avanti nelle enunciazioni di principio, è rivolta prevalentemente agli Stati con l'intento di spingerli verso una più uniforme regolamentazione delle nuove pretese giuridiche che la società si pone. Tali pretese però, a parere di chi scrive, devono trovare risposta nei singoli contesti nazionali perché, così come fatto notare nella

dissenting opinion di *Gross c. Svizzera* le autorità statali sono “*by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of the countries, in a better position than an international court to give an opinion, not only on the exact content of the requirements of morals in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet such requirements*”.

CAP III L'ORDINAMENTO INGLESE

1 La comparazione col Regno Unito

Dall'analisi sin qui svolta è emersa chiaramente la necessità di un intervento legislativo in materia di fine vita, capace di dettare una disciplina volta ad individuare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco nei tre casi di eutanasia maggiormente problematici.

Nel tentare di delineare una possibile soluzione legislativa alle questioni di cui si discute si ritiene particolarmente utile un'indagine comparata con l'ordinamento britannico, che presenta una legislazione penale repressiva sotto molto aspetti simile alla nostra ed al contempo una casistica giurisprudenziale inerente il fine vita sicuramente più sviluppata.

L'ordinamento inglese risulta degno di attenzione anche per la peculiare disciplina, dettata dal Mental Capacity Act 2005 e dal Mental Health Act 1983, che regolamenta il campo di operatività del principio di autodeterminazione in ambito medico. Una suddetta disciplina è del tutto assente nel panorama italiano, e proprio per tale motivo si concentrerà l'indagine, in questo capitolo, prevalentemente sulla normativa inglese di settore, al fine di vagliarne possibili spunti per una regolazione della materia nell'ordinamento italiano.

La circolazione dei modelli, oltre a rappresentare tipica funzione della comparazione giuridica¹⁴², può costituire infatti un ulteriore passo in avanti verso l'armonizzazione del diritto degli ordinamenti europei in ambito penale e biomedico.

2 La legislazione inglese di riferimento

Risulta essenziale precisare, a questo punto, una scelta terminologica e metodologica. Si utilizzerà infatti nel prosieguo del lavoro il termine legislazione in un'accezione peculiare, che tiene conto delle caratteristiche dell'ordinamento inglese. Lo stesso infatti conosce, anche in materia penale, l'invasivo intervento della giurisprudenza, che non si limita ad interpretare la disposizione legislativa dettata dal Parlamento ma si spinge oltre, creandone di nuove, sulla base di un riconoscimento ormai secolare di tale potere negli ordinamenti di *common law*.

È pur vero che anche nel sistema penale inglese si è ormai affermato il principio di legalità, o *rule of law*, che impone che il singolo possa prevedere, per il tramite di norme generali ed astratte, le conseguenze penali della propria condotta; e che la *House of Lords* già dal celebre caso *DPP v Shaw [1962]* ha riconosciuto al Parlamento l'esclusivo potere di creare norme incriminatrici, limitando il ruolo del giudice all'interpretazione delle disposizioni esistenti, siano esse di origine consuetudinaria o parlamentare.

¹⁴² A. GAMBARO, P.G. MONASTERI, R. SACCO, *La comparazione giuridica*, in *Dig IV, disc. priv.*, Vol III, Torino 1988, p. 48 e ss.; E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2001

Nonostante il sempre maggior riconoscimento che la *rule of law* ha acquisito nell'ordinamento inglese, quest'ultimo presenta ancora elementi di estraneità al classico concetto di legislazione fatto proprio dagli ordinamenti continentali, basti pensare al potere che i giudici hanno ancor oggi di creare nuove *defences* per i singoli reati previsti, o la differenziazione degli stessi, in base alla loro origine, come *common law offences* e *statutory offences*. Nell'analizzare il sistema inglese, quindi, si utilizzerà il termine legislazione in riferimento all'intero complesso normativo britannico, sia esso di origine parlamentare o giurisdizionale, per facilità di esposizione, essendo comunque a conoscenza dell'utilizzo improprio di tale concetto.

2.1 La ricostruzione giurisprudenziale

I sistemi di Common law in generale, e quello inglese in particolare, conoscono un consolidato riconoscimento del diritto a rifiutare trattamenti sanitari¹⁴³, anche quando lo stesso possa mettere in pericolo la sopravvivenza del paziente.

Una siffatta operatività del principio di autodeterminazione in campo medico è stata modellata nel corso degli anni dall'attività delle supreme corti inglesi, e fonda le sue radici nel caso, deciso dalla House of Lords il 4 febbraio 1993, di *Airedale N.H.S. Trust v Bland*.

a) Il caso Bland

Il caso in questione, dal quale poi è scaturita la pronuncia ancor oggi riconosciuta come precedente giurisprudenziale principale nel campo dell'autodeterminazione

¹⁴³ F. CONSORTE, *Scelte di fine vita nei paesi di Common law*, in (a cura di) A. CADOPPI *Laicità, valori e diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

medica, presenta numerosi punti di contatto con la triste vicenda di Eluana Englaro affrontata dalla Cassazione.

Anthony Bland si trovava da più di tre anni in un persistente stato vegetativo conseguito ad un tragico evento traumatico. Nonostante il suo corpo respirasse e reagisse a stimoli esterni di notevole intensità, non risultava alcuna attività corticale dagli esami prodotti, ed il paziente non aveva alcuna consapevolezza di ciò che gli accadeva intorno. Lo stato vegetativo, dichiarato da diversi dottori come irreversibile, comportava inoltre la necessità di idratazione e alimentazione artificiale, per il tramite di appositi macchinari, e la necessità di numerosi interventi chirurgici a seguito delle frequenti infezioni sorte.

Era quindi chiara, secondo le conoscenze mediche del tempo ed attuali, l'assoluta irreversibilità dello stato patologico, comportante l'impossibilità di qualsivoglia miglioramento. Di fronte ad un quadro clinico del genere i medici dell'ospedale, pienamente supportati dai genitori e dalla famiglia del paziente, decisero di adire la Corte per ottenere il suo assenso all'interruzione dei trattamenti medici di alimentazione e idratazione artificiali che tenevano ancora in vita Anthony Bland.

In relazione ad un siffatto scenario netta si è configurata la presa di posizione della House of Lords, all'interno della quale non si è sviluppata nessuna dissenting opinion.

La decisione della Corte, e più precisamente di Lord Keith of Kinkel, origina dal presupposto secondo il quale somministrare cure ad un adulto capace e cosciente senza il suo consenso, secondo quanto già stabilito in *Re F. (Mental patient:*

sterilisation) [1990], è sicuramente contrario alla legge¹⁴⁴, e che quindi ogni singolo soggetto ha il diritto di rifiutare le cure che ritiene inopportune, anche se necessarie per mantenerlo in vita¹⁴⁵.

Nonostante la legislazione inglese sia sotto molti punti di vista simile all'ordinamento italiano, conoscendo una specifica previsione normativa in tema di aiuto ai suicidio, i giudici escludono che l'operato del medico possa in tali ipotesi integrare la fattispecie astratta in questione, avendo agito l'operatore sanitario nel pieno rispetto dei propri doveri terapeutici¹⁴⁶. Il ragionamento dei Lords prosegue distinguendo nettamente l'interruzione di cure dall'eutanasia attiva, illecita nel Regno Unito, sulla base di una interpretazione finalistica dell'agire umano secondo la quale la mera interruzione di cure deve necessariamente qualificarsi alla stregua di una condotta omissiva, non rimproverabile penalmente in assenza di un dovere di intervenire, poiché l'interruzione di un supporto vitale, in questo contesto, non può essere differenziato dal non inizio della terapia e che quindi, usando le parole di Lord Goff of Chieveley, il dottore "*is simply desisting from taking a step which might prevent his patient from dying as a result of his pre-existing condition*".

¹⁴⁴ Integrando la suddetta condotta il reato di *battery*, da considerare ancor oggi una common law offence nonostante la section 39 del Criminal Justice Act 1988. *Battery* che consiste in una *unlawful application of force* simile al reato di Percosse.

¹⁴⁵ "*Such a person is completely at liberty to decline to undergo treatment, even if the result of his doing so will be that he will die*" [857].

¹⁴⁶ "*There is no question of the patient having committed suicide, nor therefore of the doctor having aided or abetted him in doing so. It is simply that the patient has, as he is entitled to do, declined to consent to treatment which might or would have the effect of prolonging his life, and the doctor has, in accordance with his duty, complied with his patient wishes*" [864].

La peculiarità della decisione inglese, rispetto al caso Englaro affrontato dalla Cassazione, si rinviene nella scarsa attenzione posta dai Lords alla ricostruzione della volontà del paziente. I giudici inglesi infatti fondano la loro decisione sul *best interest*, individuato sulla base delle conoscenze mediche diffuse.

Nel caso in cui quindi il malato sia incapace di esprimere un consenso attuale, ed al contempo non abbia preventivamente esternato la propria volontà in merito alla prosecuzione della terapia, i medici debbono proseguire le cure solo ed esclusivamente se le stesse si pongono nell'interesse del paziente, che non è necessariamente individuato nel suo mantenimento in vita, ma che deve anche tener conto delle possibilità di miglioramento della situazione clinica e delle sofferenze che il malato subisce a seguito della terapia.

La pronuncia in oggetto è stata al centro di aspre critiche da parte della dottrina anglosassone¹⁴⁷, culminate nella presentazione di un disegno di legge, il *Medical Treatment (prevention of Euthanasia) Bill*, mirante a riconoscere illiceità penale alle condotte di interruzione di trattamenti sanitari. L'articolo 1 del suddetto disegno di legge recita infatti *"It shall be unlawful for any person responsible for the care of a patient to withdraw or withhold from the patient medical treatment or sustenance if his purpose or one of his purpose in doing so is to hasten or otherwise cause the death of a patient."*

Il su accennato d.d.l. non ha mai trovato approvazione dal Parlamento inglese, arenandosi, a seguito dell'opposizione della BMA (British Medical Association),

¹⁴⁷ Si rimanda tra gli altri a J.M. FINNIS, *"Bland: Crossing the Rubicon?"*, in *Law Quarterly Review*, 1993; J. KEOWN, *"Protecting patients"*, in *New Law Journal*, 2000; K. DOYLE & A. CARROLL, *"The Slippery slope"*, in *New Law Journal*, 1996.

tra i Bills dimenticati o messi da parte. La decisione appena analizzata ha quindi ancora la forza di precedente in materia di rifiuto di cure e di fine vita, ed infatti lo stesso principio sancito in essa è stato più volte approfondito ed applicato nei numerosi casi che sono seguiti alla vicenda di Tony Bland e che si analizzeranno di seguito.

b) Il caso Purdy

Successivamente alla suesposta presa di posizione la giurisprudenza inglese ha avuto modo di ampliare e specificare il principio di diritto affermato nel *leading case*.

In *Pretty v DPP*, caso già analizzato nel capitolo precedente, la *House of Lords* ha disconosciuto la possibilità al *Director of Public Prosecutions* di impegnarsi a non perseguire una condotta astrattamente sussumibile nella fattispecie astratta di cui al *Suicide Act*, mentre in *B v NHS Hospital Trust* la Family Division ha riconosciuto ad un paziente affetto da una grave disabilità fisica il potere di rifiutare i trattamenti sanitari.

Ma il caso che ha destato maggior scalpore nell'opinione pubblica, ed ha attirato l'attenzione della dottrina del settore, è senza ombra di dubbio quello inerente la richiesta della sig.ra Purdy, deciso dalla House of Lords con sentenza del 30 luglio 2009. Esso si pone inoltre in una linea di continuità con la più celebre vicenda di *Pretty v DPP*, e rappresenta, ad avviso di chi scrive, un esempio di decisione frutto del dialogo costruttivo tra Corte Edu e Corti interne.

La ricorrente era affetta da anni da una sclerosi multipla per la quale non sono conosciute cure efficaci. Di fronte all'incessante progredire della malattia decise quindi di recarsi in Svizzera per ottenere dall'associazione Dignitas l'aiuto necessario per porre fine alle sue sofferenze. Per far ciò aveva però bisogno, in virtù del suo stato di salute, dell'aiuto del marito che, quindi, proprio come nel caso *Pretty*, avrebbe rischiato l'avvio di un procedimento penale a suo carico per violazione del *Suicide Act 1961*. La ricorrente richiese quindi, invano, al DPP i fattori che egli avrebbe tenuto in considerazione per l'esercizio dell'azione penale in materia di aiuto al suicidio, e, avverso il rifiuto dell'organo pubblico, propose *judicial review* per violazione dell'art. 8 della CEDU.

Seguendo il principio sancito in *Pretty v DPP*, la *Divisional Court of Queen's Bench Division* prima, e la *Court of Appeal* dopo, rigettarono le richieste della ricorrente e quando il caso giunse alla *House of Lords* era presumibile aspettarsi un'altra decisione in tal senso.

La Corte suprema inglese, invece, mostrando un'attitudine collaborativa col giudice internazionale, ha mutato parzialmente avviso.

Le doglianze della ricorrente si concentravano sulla discrezionalità riconosciuta al DPP, il cui consenso è necessario per perseguire il reato di aiuto al suicidio sulla base della *Section 2 (4)* del *Suicide Act 1961*¹⁴⁸. Tale ampia discrezionalità non risultava ben delineata dal *Code for Crown Prosecutors* che indicava solo due criteri generali per l'esercizio dell'azione penale: uno di natura oggettiva,

¹⁴⁸ “No proceedings shall be instituted for an offence under this section except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions” <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/9-10/60>

consistente nei gravi indizi di colpevolezza capaci di sostenere l'accusa in giudizio, e l'altro relativo all'interesse pubblico alla persecuzione dell'illecito¹⁴⁹. L'indeterminatezza della rimproverabilità penale della singola condotta di aiuto al suicidio era emersa in tutta chiarezza nel caso di *Daniel James*¹⁵⁰, dove il DPP aveva deciso di non esercitare l'azione penale avverso i genitori del ragazzo, che lo avevano aiutato a raggiungere la Svizzera per porre fine alle sue sofferenze, sul presupposto di carenza dell'interesse pubblico alla perseguibilità del fatto.

La sig.ra Purdy sosteneva quindi che l'assoluta indeterminatezza della fattispecie ledesse il suo diritto di autodeterminazione ex art. 8 CEDU, dato che l'imperscrutabile necessario consenso del *Director* rendeva in concreto poco preciso e poco certo il divieto di assistenza al suicidio, e quindi non permetteva con certezza l'identificazione dei limiti della libertà personale, così come sancita dal testo convenzionale.

Nonostante il ricorso avesse quindi un oggetto diverso rispetto a quanto richiesto dalla sig.ra Pretty, vertendo sull'obbligo del DPP di esplicitare preventivamente i fattori che avrebbe tenuto in considerazione per l'esercizio dell'azione penale e non su una richiesta di immunità successiva al compimento del fatto, la *House of Lords* si era però già espressa nel caso precedente dove, oltre ad aver sancito che “*the current state of English law is consistent with the Convention*”, aveva inoltre

¹⁴⁹ Sul punto si rimanda a G. WILLIAMS, “*Assisting suicide, the Code for Crown Prosecutors and the DPP’s discretion*”, in *Common Law World Review*, 2010

¹⁵⁰ Per una panoramica sul caso: http://www.cps.gov.uk/news/articles/death_by_suicide_of_daniel_james/.

incidentalmente precisato che il *DPP* “*could not be compelled to issue a statement of policy*”¹⁵¹.

La decisione della Corte inglese in favore della ricorrente si presenta quindi come un’assoluta novità che a pochi anni di distanza sconfessa quanto precedentemente affermato, e fa ciò basandosi esplicitamente sulla giurisprudenza di Strasburgo.

Risulta essenziale concentrarsi sul ragionamento di *Lord Hope*, che più di altri ha focalizzato il proprio argomentare sul rapporto tra il diritto interno e la CEDU.

Nel riformare la decisione della Court of Appeal, infatti, Lord Hope afferma che a seguito della decisione della Corte Edu non può più sostenersi il principio di diritto, sancito dalla House of Lords in *Pretty*, che disconosce all’interno dell’art. 8 della Convenzione il diritto a decidere quando e come morire, e sostiene ciò sulla base di un aperto dialogo con la Corte di Strasburgo.

Il Lord parte nel suo ragionamento dal riconoscimento della necessaria libertà di cui gode la House of Lords nel dare attuazione pratica alla giurisprudenza convenzionale¹⁵², e prosegue riconoscendo la necessità di confrontare le decisioni interne con le sentenze internazionali¹⁵³ contrastanti. Continua, quindi, riconoscendo operante, in contesti peculiari come ad esempio quello medico, il

¹⁵¹ *Pretty v DPP*, Lord Hope par. 82.

¹⁵² “*The House is, of course, free to depart from its earlier decision and to follow that of the Strasbourg court. As Lord Bingham said in R (Ullah) v Special Adjudicator [2004] 2 AC 323 , para 20, it is ordinarily the clear duty of our domestic courts to give practical recognition to the principles laid down by the Strasbourg court*” [par 34].

¹⁵³ “*But it is obvious that the interests of human rights law would not be well served if the House were to regard itself as bound by a previous decision as to the meaning or effect of a Convention right which was shown to be inconsistent with a subsequent decision in Strasbourg. Otherwise the House would be at risk of endorsing decisions which are incompatible with Convention rights.*” [par 34].

diritto di decidere come e quando morire, e sostenendo che tale posizione giuridica soggettiva, cui l'ordinamento inglese riconosce ormai tutela, è sicuramente coinvolta nella questione¹⁵⁴, giungendo quindi ad una conclusione opposta rispetto a quella presa nel più celebre precedente.

L'influenza della giurisprudenza di Strasburgo la si individua, nel caso di cui si discute, non soltanto in merito all'art. 8 della Convenzione ma anche, e soprattutto, in relazione all'operatività del principio di legalità. Infatti la House of Lords sostiene che non solo la restrizione alla libertà di autodeterminazione deve avere un fondamento legale, ma che la stessa limitazione deve essere individuata con sufficiente precisione tale da permettere al singolo di prevedere le conseguenze penali della propria condotta¹⁵⁵, e non deve comportare un'applicazione assolutamente arbitraria¹⁵⁶ della normativa.

¹⁵⁴ “I would therefore depart from the decision in *R (Pretty) v Director of Public Prosecutions (Secretary of State for the Home Department intervening)* [2002] 1 AC 800 and hold that the right to respect for private life in article 8(1) is engaged in this case.”[par 39].

¹⁵⁵ “Accessibility means that an individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the court's interpretation of it what acts and omissions will make him criminally liable: see also *Gülmez v Turkey (Application No 16330/02)* (unreported) given 20 May 2008, para 49. The requirement of foreseeability will be satisfied where the person concerned is able to foresee, if need be with appropriate legal advice, the consequences which a given action may entail”[par 41].

¹⁵⁶ “The Convention principle of legality requires the court to address itself to three distinct questions. The first is whether there is a legal basis in domestic law for the restriction. The second is whether the law or rule in question is sufficiently accessible to the individual who is affected by the restriction, and sufficiently precise to enable him to understand its scope and foresee the consequences of his actions so that he can regulate his conduct without breaking the law. The third is whether, assuming that these two requirements are satisfied, it is nevertheless open to the criticism that it is being applied in a way that is arbitrary because, for example, it has been resorted to in bad faith or in a way that is not proportionate. I derive these principles, which have been mentioned many times in subsequent cases, from *Sunday Times v United Kingdom* (1979) 2 EHRR 245, para 49 and also from *Winterwerp v The Netherlands* (1979) 2 EHRR 387, para 39; *Engel v The Netherlands (No 1)* (1976) 1 EHRR 647, paras 58–59 which were concerned with the principle of legality in the context of article 5(1), *Silver v United Kingdom* (1983) 5 EHRR 347, paras 85–90; *Liberty v United Kingdom* (2008) 48 EHRR 1, para 59 and *Sorvisto v Finland (Application No 19348/04)* (unreported) given 13 January 2009, para 112.”[par 40].

Pur riconoscendo quindi che una norma penale la cui applicazione sia discrezionale non è di per sé arbitraria, Lord Hope precisa che, per proteggere i singoli da un'eccessiva arbitrarietà nell'applicazione della norma, l'esercizio del potere discrezionale deve essere individuato con sufficiente chiarezza.

Sulla base delle suesposte argomentazioni, quindi, ravvisando l'assoluta inconsistenza ed imprecisione del Code for Crown Prosecutors in materia di assistenza al suicidio, la House of Lords, sconfessando quanto precedentemente affermato in *Pretty*, ordina al DPP di promulgare delle linee guida identificanti fatti e circostanze da prendere in considerazione nell'esercizio dell'azione penale inerente il reato di cui al Suicide Act 1961.

La sentenza testé analizzata risulta meritevole di attenzione per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, come già sostenuto, rappresenta un interessante passo avanti che il Supremo collegio inglese fa verso un più aperto dialogo con la Corte di Strasburgo. Si apprezza ancor più tale apertura se si considera che innanzi la House of Lords si presentava come percorribile, per risolvere la questione, un'ulteriore strada che i giudici inglesi hanno deciso di non seguire.

Era possibile infatti negare la giurisdizione inglese in merito all'aiuto prestato ad un suicidio commesso in territorio estero, così come sostenuto da parte della dottrina anglosassone¹⁵⁷, poiché in assenza di una specifica previsione legislativa il diritto penale inglese è regolato dal *territorial principle*, secondo il quale sono

¹⁵⁷ M. HIRST, "Suicide in Switzelarnd: complicity in England?", in *Criminal Law Review*, 2009.

punibili secondo tale complesso di norme i soli fatti realizzati nel territorio dell'Inghilterra e del Galles. Pur essendo numerose le eccezioni di legge a tale regola generale, nella previsione contenuta nel Suicide Act non è rinvenibile alcuna disposizione in tal senso, con la conseguenza che l'applicazione del reato di aiuto al suicidio sottostà alla disciplina dettata dal principio generale.

Prima della riforma, intervenuta con il *Coroners and Justice Act* del Novembre 2009¹⁵⁸, e quindi al momento della decisione dei giudici inglesi, il reato di cui si tratta doveva inevitabilmente configurarsi alla stregua di un *result crime*¹⁵⁹, necessitando, per la punibilità della condotta concorrente, della realizzazione del suicidio. Poiché però il suicidio sarebbe dovuto avvenire in Svizzera, il mero atto del concorrente commesso in Inghilterra non avrebbe potuto costituire condotta illecita e quindi, secondo la ricostruzione qui prospettata, il marito della ricorrente non sarebbe stato penalmente perseguibile. La House of Lords ha deciso però di scartare, senza argomentare particolarmente, questa ricostruzione, impostando quindi la decisione su un rapporto dialogico più incisivo con la Corte di Strasburgo.

Ma la decisione sul caso Purdy dei giudici inglesi risulta di notevole importanza anche per un secondo aspetto. Essa infatti apre la strada, non senza criticità così

¹⁵⁸ Entrato in vigore per espressa volontà legislativa solo dal 1 Febbraio 2010.

¹⁵⁹ Successivamente alla riforma invece, così come sostenuto dallo stesso autore (M. HIRST, "Assisted suicide after Purdy: the unresolved issue", in *Criminal Law Review*, 2009) in virtù dell'aggiunta della Section 2 (1B) al Suicide Act (*D may commit an offence under this section whether or not a suicide, or an attempt at suicide, occurs*) il reato deve essere considerato un *conduct crime*.

come fatto notare dalla scienza giuridica inglese¹⁶⁰, ad una seppur lenta decriminalizzazione dell'aiuto al suicidio nel contesto medico, attuata non per il tramite della volontà parlamentare, ma per mezzo delle linee guide, che ora si analizzeranno, emanate dal Director of Public Prosecutions.

2.2 Le Linee guida del DPP

Successivamente alla sentenza sul caso Purdy, ed all'ordine impartito dalla suprema autorità giurisdizionale inglese, il DPP emanò il 23 Settembre dello stesso anno una disciplina ad interim, ed avviò al contempo un procedimento consultivo invitando, vista l'ampia conflittualità che caratterizza il tema oggetto di disputa, i cittadini britannici ad indicare quali fattori dovevano essere presi in considerazione per l'esercizio dell'azione penale.

Al termine di tale procedimento, durato 12 settimane, il Director formulò la disciplina definitiva, volta ad integrare il Code for Crown Prosecutor, e pubblicò le linee guida così individuate il 25 Febbraio 2010.

Secondo l'attuale formulazione, la policy¹⁶¹ individua sedici fattori che verranno presi in considerazione per l'esercizio dell'azione penale:

1. *The victim was under 18 years of age;*
2. *The victim did not have the capacity (as defined by the Mental Capacity Act 2005) to reach an informed decision to commit suicide;*

¹⁶⁰ J.R.SPENCER, "Assisted suicide and the discretion to prosecute", in *Cambridge Law Journal*, 2009 che pone la questione di legittimità della scelta della corte chiedendosi "Is it really compatible with the rule of law that, when an Act of Parliament makes a certain form of behaviour a criminal offence, the DPP should in effect decriminalise it, in whole or in part, by saying when it will and will not be prosecuted?".

¹⁶¹ https://www.cps.gov.uk/publications/prosecution/assisted_suicide_policy.html.

3. *The victim had not reached a voluntary, clear, settled and informed decision to commit suicide;*
4. *The victim had not clearly and unequivocally communicated his or her decision to commit suicide to the suspect;*
5. *The victim did not seek the encouragement or assistance of the suspect personally or on his or her own initiative;*
6. *The suspect was not wholly motivated by compassion; for example, the suspect was motivated by the prospect that he or she or a person closely connected to him or her stood to gain in some way from the death of the victim;*
7. *The suspect pressured the victim to commit suicide;*
8. *The suspect did not take reasonable steps to ensure that any other person had not pressured the victim to commit suicide;*
9. *The suspect had a history of violence or abuse against the victim;*
10. *The victim was physically able to undertake the act that constituted the assistance him or herself;*
11. *The suspect was unknown to the victim and encouraged or assisted the victim to commit or attempt to commit suicide by providing specific information via, for example, a website or publication;*
12. *The suspect gave encouragement or assistance to more than one victim who were not known to each other;*
13. *The suspect was paid by the victim or those close to the victim for his or her encouragement or assistance;*
14. *The suspect was acting in his or her capacity as a medical doctor, nurse, other healthcare professional, a professional carer [whether for payment or not], or as a person in authority, such as a prison officer, and the victim was in his or her care;*
15. *The suspect was aware that the victim intended to commit suicide in a public place where it was reasonable to think that members of the public may be present;*
16. *The suspect was acting in his or her capacity as a person involved in the management or as an employee (whether for payment or not) of an organisation or group, a purpose of which is to provide a physical*

environment (whether for payment or not) in which to allow another to commit suicide

A fronte di questa elencazione il DPP ha individuato altri sei fattori tendenti ad escludere l'esercizio dell'azione penale:

- 1. The victim had reached a voluntary, clear, settled and informed decision to commit suicide;*
- 2. The suspect was wholly motivated by compassion;*
- 3. The actions of the suspect, although sufficient to come within the definition of the offence, were of only minor encouragement or assistance;*
- 4. The suspect had sought to dissuade the victim from taking the course of action which resulted in his or her suicide;*
- 5. The actions of the suspect may be characterised as reluctant encouragement or assistance in the face of a determined wish on the part of the victim to commit suicide;*
- 6. The suspect reported the victim's suicide to the police and fully assisted them in their enquiries into the circumstances of the suicide or the attempt and his or her part in providing encouragement or assistance.*

Nonostante nell'introduzione alla policy il Director si preoccupi di specificare in più punti come né il caso Purdy né le sue linee guida cambiassero la legge, comportando una decriminalizzazione del suicidio¹⁶², di fatto tale effetto si è realizzato nell'ordinamento inglese a seguito della sentenza della House of Lords del 2009 dato che, così come riportato dalla Commissione sull'aiuto al suicidio istituita in Inghilterra, dalla pubblicazione delle linee guida più di 40 casi sospetti sono stati denunciati al Crown Prosecution Service (CPS) ed in nessuno di essi è

¹⁶² “This policy does not in any way ‘decriminalise’ the offence of encouraging or assisting suicide. Nothing in this policy can be taken to amount to an assurance that a person will be immune from prosecution if he or she does an act that encourages or assists the suicide or the attempted suicide of another person.” Policy for prosecutors in respect of cases of encouraging or assisting suicide, Introduction (Update October 2014).

stata esercitata l'azione penale¹⁶³. Si può quindi, cautamente, affermare che il sistema britannico è giunto ad una sostanziale decriminalizzazione dell'aiuto al suicidio anche se si può legittimamente dubitare della bontà di tale soluzione.

Il sistema così individuato risulta infatti foriero di dubbi e problematiche di primo rilievo. In primo luogo, nonostante la specificazione dei fattori contenuta nella policy, quest'ultima risulta ancora particolarmente vaga, con il conseguente rischio di concentrare eccessiva discrezionalità in un solo soggetto (il DPP) che non presenta le garanzie tipiche dell'organo giurisdizionale, ed i cui atti quindi sono sottoposti ad un controllo meno penetrante da parte dell'opinione pubblica.

Inoltre, tale disciplina, che di fatto legalizza l'aiuto al suicidio, ha il grave difetto di porsi esclusivamente a valle dell'atto autolesionista, non curandosi del procedimento di formazione della volontà suicida e quindi intervenendo solo a fatto compiuto.

Ma la disciplina risulta problematica soprattutto in relazione al ruolo degli operatori sanitari, cui è dedicato un esplicito richiamo tra i fattori che spingono verso la illiceità della condotta. L'aver indicato il ruolo del medico tra gli elementi a carico dell'indagato, ed al contempo non aver preso in considerazione la grave patologia che può affliggere il malato, ha spinto i terapeuti inglesi a presentare numerose rimostranze, tutte vertenti sulla pericolosità di tale scelta, che in concreto isola il singolo, non permettendogli di accedere al consulto degli specialisti, e lo spinge ad affidarsi all'aiuto di persone non preparate col rischio di una morte lunga e dolorosa.

¹⁶³ Final Report, *Commission on assisted dying*, p. 50.

Sull'argomento è intervenuta, nel Giugno 2014, la UK Supreme Court con la decisione nel caso noto come *Nicklinson v Ministry of Justice*. In tale occasione la Suprema Corte inglese ha disconosciuto la possibilità di poter ordinare al DPP un esplicito contenuto della policy senza violare le prerogative costituzionali del Director, ma ha al contempo puntualizzato che, pur non potendo i dottori suggerire ai pazienti le modalità tramite le quali porre fine alle loro sofferenze, rientra tra le prerogative degli operatori sanitari, non solo consigliare le opzioni cliniche disponibili nel caso in cui il soggetto dovesse trovarsi in stato di incoscienza, ma anche il procedere alle cure palliative necessarie per alleviare il dolore susseguente al tentato atto suicida¹⁶⁴.

Allo Stato attuale la legislazione inglese, pur non prevedendo a livello formale legislativo un'apposita regolamentazione del fenomeno eutanasi e conoscendo norme incriminatrici molto severe, è riuscita in parte a far fronte alle richieste rivolte dai cittadini per il tramite dell'elasticità del suo sistema normativo.

Risulta però elevata la cifra di ipocrisia del sistema anglosassone dove l'eutanasia attiva è punita, in mancanza di una norma sul mercy killing, alla stregua di un qualsiasi *manslaughter*, mentre l'aiuto al suicidio risulta quasi del tutto decriminalizzato, nonostante permanga il Suicide Act 1961, dato che nei 215 casi

¹⁶⁴ “A doctor may not advise a patient how to kill himself. But a doctor may give objective advice about the clinical options (such as sedation and other palliative care) which would be available if a patient were to reach a settled decision to kill himself. The doctor is in no danger of incurring criminal liability merely because he agrees in advance to palliate the pain and discomfort involved should the need for it arise. This kind of advice is no more or less than his duty. The law does not countenance assisted suicide, but it does not require medical practitioners to keep a patient in ignorance of the truth lest the truth should encourage him to kill himself. The right to give and receive information is guaranteed by article 10 of the Convention. If the law were not as I have summarised it, I have difficulty in seeing how it could comply.” UKSC *Nickilnson v Ministry of Justicy*, Par [255].

(tra il 1998 ed il 2011) in cui cittadini britannici si sono recati in Svizzera per ottenere aiuto al suicidio non è stata mai esercitata l'azione penale, e che delle 85 denunce che, tra il 1 Aprile 2009 ed il 1 Ottobre 2013, sono pervenute alla polizia una sola ha dato avvio ad un procedimento penale.

3 Il sistema del Mental capacity Act

Dall'analisi sin qui svolta è emersa la tendenza dell'ordinamento inglese a dare rilevanza, nei processi decisionali inerenti le scelte di fine vita, sia all'autonoma presa di posizione del richiedente sia al suo *best interest*. Tali concetti sono stati oggetto di una esplicita disciplina legislativa concretizzatasi nel *Mental Capacity Act 2005*¹⁶⁵, che mira per l'appunto a delineare un corretto bilanciamento tra i due principi in questione per il tramite della predisposizione di un contesto legale di riferimento all'interno del quale, a determinate condizioni, si può agire e prendere decisioni per conto di individui incapaci di badare a loro stessi.

Che tale atto di normazione primaria sia prevalentemente finalizzato ad assicurare una piena operatività al principio di autodeterminazione del singolo emerge immediatamente dalla lettura dell'articolo che apre il testo legislativo¹⁶⁶, che

¹⁶⁵ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/contents> .

¹⁶⁶ L'articolo 1 della legge in questione infatti afferma “*The following principles apply for the purposes of this Act. (2)A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity. (3)A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success. (4)A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision. (5)An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests. (6)Before the act is done, or the decision is made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less*

enuncia, tra i principi regolatori l'applicazione della legge in questione, la regola secondo la quale ogni persona deve essere considerata capace sino a quando non è accertato il contrario, specificando inoltre che la sua incapacità non deve dedursi esclusivamente dalla volontà di compiere una scelta apparentemente insensata.

Sempre dall'*incipit* della legge emerge il rapporto che, nell'ordinamento inglese, sussiste tra i due principi oggetto di analisi, laddove l'articolo 1 co 5 prevede la possibilità di utilizzare il *best interests test* solo nel caso in cui il soggetto sia incapace di prendere una decisione consapevole sul proprio stato di salute.

La legislazione inglese risulta però degna di attenzione nel presente studio in relazione a due punti centrali della sua disciplina, che costituiscono al contempo le maggiori questioni dolenti della stessa¹⁶⁷. Il sistema anglosassone si mostra infatti rispettoso della scelta del paziente in ambito terapeutico solo nel caso in cui lo stesso sia dotato della *mental capacity*, e predispone un procedimento volto ad accertare la capacità del singolo. Solo nel caso in cui questo si mostri incapace potranno intervenire gli operatori sanitari, che dovranno agire nel rispetto dell'interesse del paziente. Il cuore quindi di questa normativa deve essere individuato nelle disposizioni che delineano i presupposti necessari per la

restrictive of the person's rights and freedom of action."
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/section/1> .

¹⁶⁷ Sul punto si rimanda a G. RICHARDSON, "*Mental capacity in the shadow of suicide: what can the law do?*" in *International Journal of the Law in Context*, 2013; e C. MACKENZIE & W ROGERS, "*Autonomy, vulnerability and capacity: a philosophical appraisal of the Mental Capacity Act*", in *International Journal of the Law in Context*, 2013; J. CRAIGIE, "*Capacity, value neutrality and the ability to consider the future*", in *International Journal of the Law in Context*, 2013; M. DONNELLY, "*Legislating for incapacity: developing a rights-based framework*", in *Dublin University Law Journal*, 2008; A. MARTIN, "*Power of attorney – peace of mind or out of control?*", in *Conveyancer and Property Lawyer*, 2008; D. HILL, "*The Hague Convention on the international protection of adults*", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009..

sussistenza della *mental capacity*, ed i limiti e il contenuto del giudizio di *best interests*.

3.1 L'accertamento della *mental capacity*

La fase dell'accertamento della capacità d'intendere e di volere costituisce certamente un ostacolo rilevante per qualsiasi Legislatore che intenda disciplinare la materia del fine vita, poiché, dato i primari beni coinvolti, le carenze del processo di accertamento di tale capacità inevitabilmente avranno conseguenze considerevoli. Se infatti vengono richiesti dalla norma presupposti troppo rigidi si rischia di delineare un test eccessivamente severo, che quindi limiterà la reale portata della libera autodeterminazione degli individui. Al contrario, in presenza di requisiti vaghi, si darà rilievo a decisioni frutto di una non genuina e corretta ponderazione, negando in concreto lo stesso principio fondante la normativa in questione.

L'ordinamento inglese ha optato, con la legge del 2005, in favore di una diagnosi meramente oggettiva della capacità dei pazienti, concentrandosi quindi esclusivamente sul c.d. *decision-making process*. La verifica dello stato mentale del singolo viene effettuata su due piani diversi, in primo luogo si accerta se l'interessato è affetto da qualche disturbo psichico, successivamente si indaga se tale disturbo influisce sulle capacità cognitive del soggetto. Dopo aver infatti statuito alla Section 2 che una persona è incapace nel caso in cui "*he is unable to make a decision for himself*", la stessa legge specifica, all'articolo successivo, quando un soggetto deve considerarsi incapace di prendere una decisione. La Section 3, nel far ciò, delinea un test meramente cognitivo che non tiene conto

delle emozioni e dei sentimenti propri di quel soggetto in quel determinato momento, e che si basa sulla capacità del malato di: comprendere le informazioni rilevanti, trattenerle, usarle nel processo di formulazione della decisione ed infine comunicare la sua decisione¹⁶⁸. Il giudizio viene quindi subordinato alla mera abilità di carpire le informazioni, elaborarle e comunicarle, escludendo dall'analisi tutte le possibili componenti esterne alla capacità cognitiva, predisponendo quindi un giudizio assolutamente neutrale da un punto di vista valoriale.

La scelta dell'ordinamento anglosassone è improntata sulla necessità di evitare che considerazioni soggettive di terzi soggetti influiscano nel giudizio di accertamento della capacità, ed è quindi finalizzata a far sì che le uniche valutazioni rilevanti in tale giudizio siano quelle del paziente. Questo approccio è stato oggetto di aspre critiche da parte della scienza giuridica inglese¹⁶⁹, che ne ha posto in rilevanza la carenza strutturale, dovuta alla sua natura prettamente razionale ed alla convinzione di base secondo la quale un singolo soggetto sarebbe capace di prendere delle decisioni in solitudine, isolandosi dal contesto circostante, non subendo quindi dallo stesso alcuna interferenza rilevante nel processo di scelta.

¹⁶⁸ *“For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable - (a) to understand the information relevant to the decision, (b) to retain that information, (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means)”* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/section/3>.

¹⁶⁹ Tra gli altri si rimanda a: C. MACKENZIE & W ROGERS, *“Autonomy, vulnerability and capacity: a philosophical appraisal of the Mental Capacity Act”* cit.; J. CRAIGIE, *“Capacity, value neutrality and the ability to consider the future”* cit.

Le critiche su esposte si sono acuite a seguito di un caso giurisprudenziale¹⁷⁰ riguardante il rifiuto, ritenuto lecito, di terapie salvavita da parte di una donna che aveva subito l'amputazione di entrambe le gambe ed era stata da poco lasciata dal marito. Parte della dottrina, e dell'opinione pubblica, hanno osservato come la natura oggettiva dell'approccio del Mental Capacity Act porta ad avere una visione solo parziale dell'agire del singolo, e quindi può dare risalto a scelte non realmente ponderate, frutto di inevitabili influenze esterne. D'altro canto però affermare che la protagonista della triste vicenda abbia effettuato la tragica scelta sulla base della sua situazione soggettiva, e quindi impedirle di rifiutare i trattamenti, avrebbe chiaramente comportato una sovrapposizione delle valutazioni soggettive del singolo operatore alla reale volontà del malato.

Il caso appena descritto spinge l'interlocutore a riflettere su come l'accertamento dell'incapacità non sia frutto di un secco giudizio, ma si attinga piuttosto alla stregua di una vera e propria operazione graduale, dove non sussistono soltanto gli estremi, ma sono presenti un insieme di posizioni intermedie problematiche dotate di un diverso livello di vulnerabilità. Se la vulnerabilità di tipo interno attiene alle caratteristiche intellettive della persona, originando ad esempio da un handicap o da una malattia mentale, e non pone peculiari problematiche nel sistema inglese, la vulnerabilità esterna, che deriva dal contesto sociale, ambientale ed economico all'interno del quale il soggetto agisce, rischia di essere trascurata dalla legislazione anglosassone.

¹⁷⁰ Il caso è riportato in J. CRAIGIE, "Capacity, value neutrality and the ability to consider the future", in *International Journal of the Law in Context*, 2013.

L'approccio cognitivo del Mental Capacity Act assicura la neutralità valoriale necessaria per evitare che un contrasto tra i valori e le credenze del malato e dei medici porti alla soccombenza della volontà del primo, per il tramite di un riconoscimento di uno stato di incapacità di prendere decisioni particolarmente delicate come quelle inerenti il fine vita. Le carenze di tale metodologia, consistenti nella totale irrilevanza dei fattori di vulnerabilità c.d. esterni, sono però talmente evidenti e significative da non poter essere ignorate.

Nonostante ciò si ritiene non debba essere negata la bontà della soluzione d'oltremarica, che necessiterebbe tutt'al più di un lieve correttivo volto a rendere la decisione del paziente maggiormente dialogica, rafforzandola quindi con il supporto di uno specialista.

Un *supported decision making model* è in realtà già esistente nel Regno Unito ma il suo ambito applicativo è particolarmente ristretto, poiché è limitato alle sole persone incapaci o capaci parzialmente. È infatti previsto che nel processo di accertamento del *best interest* del paziente, che verrà analizzato nel prossimo paragrafo, gli operatori dell'ospedale tengano in considerazione le valutazioni dei familiari o comunque delle persone prossime al malato e che, in assenza di questi ultimi, debba essere¹⁷¹ nominato un *Independent Mental Capacity Advocate* (IMCA) il cui compito consiste nel rappresentare le volontà e le opinioni dell'incapace, emerse dialogando con lo stesso, ai medici che devono effettuare la scelta sulla praticabilità del trattamento.

¹⁷¹ Il comma 3 della Section 37 del Mental Capacity Act sancisce infatti che “*Before the treatment is provided, the NHS body must instruct an independent mental capacity advocate to represent P.*” <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/section/37> .

Tale sistema di scelta supportata potrebbe risultare utile, con le dovute differenze, anche nel caso dell'individuo perfettamente capace, poiché il confronto con un terzo soggetto metterebbe alla prova la convinzione e la volontà del malato, testando la reale rilevanza dei fattori di vulnerabilità esterni, pur rimanendo quest'ultimo il soggetto preposto alla decisione finale.

Associare, quindi, ad un metodo di accertamento della capacità meramente cognitivo un modello di sostegno alla formazione della decisione del malato potrebbe colmare, seppur parzialmente, le lacune del sistema anglosassone, e costituire un ottimo termine di paragone da utilizzare per la predisposizione della normativa italiana.

3.2 Il *Best interests principle*

La disciplina inglese si presenta degna di attenzione per un altro punto nodale della sua normativa: il principio degli interessi prevalenti del malato, o *best interests principle*. Il principio è sancito in apertura al Mental Capacity Act, che alla Section 1 statuisce che “*an act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests*”. Laddove il singolo non sia capace di prendere una decisione, e non abbia precedentemente predisposto delle direttive anticipate di trattamento, gli operatori sanitari sono quindi onerati del compito di effettuare la scelta migliore per il malato. Il controverso contenuto del *best interests principle* è delineato, non

senza difficoltà, sia dalla legge sia dal codice¹⁷² che accompagna l'applicazione della normativa primaria.

L'articolo 4 della legge del 2005 obbliga infatti il medico ad incoraggiare la partecipazione del diretto interessato, nei limiti del possibile, e a considerare, oltre allo stato di salute, i desideri ed i sentimenti (*wishes and feelings*) presenti e passati del paziente, le credenze ed i valori (*beliefs and values*) che avrebbero influenzato la sua decisione e tutti gli altri fattori potenzialmente rilevanti. Gli operatori sanitari sono inoltre tenuti a consultare tutte le persone coinvolte nella cura e nel benessere della persona che possono coadiuvare il medico nell'opera di ricostruzione della possibile reale volontà del paziente, medico che è inoltre tenuto, secondo il *code of practice*, a documentare, verbalizzare, l'attività svolta¹⁷³.

La natura del giudizio in questione è stata specificata in un recente caso giurisprudenziale deciso dalla Supreme Court¹⁷⁴. La decisione¹⁷⁵ ha tratto origine dal ricorso, della vedova del signor James, avverso la sentenza della Court of Appeal, che autorizzava il Trust dell'ospedale a non predisporre ulteriori terapie nel caso in cui la situazione clinica del paziente fosse degenerata.

¹⁷² È la stessa legge che alla Section 42 incarica il Lord Chancellor di predisporre un codice per l'applicazione del Mental Capacity Act 2005, codice consultabile al seguente link: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpgacop_20050009_en.pdf.

¹⁷³ “Any staff involved in the care of a person who lacks capacity should make sure a record is kept of the process of working out the best interests of that person for each relevant decision”

¹⁷⁴ Aintree University Hospital NHS Foundation Trust v. James [2013].

¹⁷⁵ Sul punto si rimanda a M. BELLAMY, “Justices rule on best interests test”, [www.newLawjournal.co.uk](http://www.newlawjournal.co.uk) e C. FOSTER, “Taking an interest in best interests”, in www.newLawjournal.co.uk.

David James, ritenuto dai medici incapace secondo i dettami del Mental Capacity Act per via del suo stato neurologico notevolmente compromesso, aveva perso la vita dieci giorni dopo la sentenza della Corte di secondo grado a seguito di un arresto cardiaco.

Il paziente viveva ormai da anni in una situazione clinica particolarmente compromessa, contraddistinta dal necessario e costante ausilio di macchinari per la respirazione, l'alimentazione e l'idratazione artificiali. La gravità della sua prognosi aveva spinto lo staff medico a diagnosticare uno stato patologico irreversibile tale da ritenere che, in caso di aggravamento delle condizioni del paziente, non sarebbe stato nel suo miglior interesse predisporre ulteriori trattamenti salvavita. Avverso tale richiesta resistette, innanzi la Court of Protection, la famiglia del paziente, basando la propria opposizione sulla convinzione della contraria volontà dell'interessato che, secondo i parenti, traeva ancora piacere di vivere dai momenti trascorsi insieme ai suoi cari.

Per la prima volta dall'emanazione della legge del 2005 si poneva innanzi ad un'autorità giudiziaria la problematica relativa la corretta individuazione del contenuto del giudizio di best interests, e le contrastanti decisioni degli organi giurisdizionali nei tre gradi di giudizio hanno evidenziato ulteriormente la delicatezza di tale operazione.

La Court of Protection, giudice di prima istanza, respinse la pretesa dei terapeuti a seguito di un bilanciamento tra i fattori tendenti alla prosecuzione, e se necessario all'implementazione, delle terapie e quelli invece contrari. Decisive in tal senso si

mostrarono le osservazioni dei familiari, miranti a dimostrare come il paziente traesse ancora godimento dalla sua esperienza di vita, e quindi a provare come i trattamenti non potessero in alcun modo essere dichiarati futili, superflui. Si propendeva quindi per un giudizio non squisitamente oggettivo, fondato sullo stato di salute del paziente, ma connotato da una forte componente soggettiva, all'interno della quale però emergevano più i sentimenti e le aspettative delle persone care legate al paziente che le sue stesse convinzioni.

L'esito del giudizio fu completamente ribaltato in sede di appello, dove i giudici decisero di accogliere la richiesta del Trust basandosi su ragioni squisitamente oggettive di inutilità della terapia e di totale mancanza di possibilità di recupero del malato.

Nonostante nelle more del giudizio sopraggiunse la morte del sig. James, la questione giunse innanzi la Supreme Court che autorizzò la vedova ad impugnare la decisione di appello.

La più alta autorità giurisdizionale inglese confermò l'appello pur riconoscendo che i giudici fossero giunti ad una corretta decisione per il tramite di un percorso errato. Lady Hale, cui fu affidato il compito di redigere la decisione dagli altri componenti dell'unanime collegio, pose alla base del proprio ragionamento l'asserzione, già fatta propria da Lord Goff of Chieveley nel caso Bland, secondo la quale l'operatore giuridico deve chiedersi, preliminarmente, se ricade nel miglior interesse del paziente il prolungamento ad oltranza della sua esistenza per

il tramite della prosecuzione del trattamento medico¹⁷⁶. Solo nel caso in cui a tale quesito dovesse darsi risposta negativa lo staff medico avrebbe potuto lecitamente astenersi dall'intervenire¹⁷⁷ senza incorrere in alcun tipo di conseguenza giuridica.

Il giudice estensore si concentra successivamente sulla natura del giudizio di best interests, delineandolo alla stregua di una vera e propria valutazione olistica, che tiene conto non soltanto dell'aspetto medico ma anche di quello sociale e psicologico¹⁷⁸. Gli operatori sanitari debbono quindi, dopo aver accertato le conseguenze e le prospettive di successo del trattamento, indagare la probabile attitudine dell'interessato nei confronti della terapia, e nel far ciò devono consultare le persone vicine al paziente¹⁷⁹.

¹⁷⁶ “In *Bland’s case* [1993] AC 789, Lord Goff of Chieveley (with whose judgment Lord Keith of Kinkel and Lord Lowry expressly agreed) pointed out that “the question is not whether it is in the best interests of the patient that he should die. The question is whether it is in the best interests of the patient that his life should be prolonged by the continuance of this form of medical treatment” [21] *Aintree University Hospital NHS Foundation Trust v. James* [2013].

¹⁷⁷ “Hence the focus is whether it is in the patient’s best interests to give the treatment, rather than whether it is in his best interests to withhold or withdraw it. If the treatment it is not in his best interests, the court will not be able to give its consent on behalf and it will follow that it will not be lawful to give it. It also follows that (provided of course that they acted reasonably and without negligence) the clinical team will not be in breach of any duty towards the patient if they withhold or withdraw it.” [22] *Aintree University Hospital NHS Foundation Trust v. James* [2013].

¹⁷⁸ “The advantage of a best interests test was that it focused on patient as an individual, rather than the conduct of the doctor, and took all the circumstances, both medical and non-medical, into account. But the best interests test should also contain a strong element of substituted judgment, taking into account both the past and present wishes and feelings of the patient as an individual, and also the factors which he would consider if able to do so. This may include altruistic sentiments and concern for others. The Act has helpfully added a reference to the beliefs and values which would be likely to influence his decision if he had capacity. Both provide for consultation with carers and others interested in the patient’s welfare as to what would be in his best interests and in particular what his own views would have been. This is, as the Explanatory Notes to the Bill made clear, still a best interests rather than a substituted judgment test, but one which accepts that the preferences of the person concerned are an important component in deciding where his best interests lie.” [24] *Aintree University Hospital NHS Foundation Trust v. James* [2013].

¹⁷⁹ “They must consider the nature of the medical treatment in question, what it involves and its prospects of success; they must consider what the outcome of that treatment for the patient is likely to be; they must try and put themselves in the place of the individual patient and ask what his attitude to the treatment is or would be likely to be; and they must consult others who are looking

Proseguendo con l'argomentazione la Corte ha sostenuto, in disaccordo col giudice di secondo grado, che la futilità del trattamento non deve ricollegarsi esclusivamente alla sua capacità di curare o di alleviare la malattia ed i dolori del paziente, poiché una terapia può comportare dei benefici per il malato anche senza migliorarne lo stato patologico, ma limitandosi ad assicurare il mantenimento di una qualità della vita che il paziente percepisce come *worthwhile*¹⁸⁰. Risulta quindi essenziale ricostruire i desideri e le credenze del malato per poter correttamente sviluppare il giudizio di best interests, ed in tale processo devono essere coinvolte le persone care dell'interessato. In conclusione, nonostante i desideri del sig. James portassero a considerare il suo stile di vita come voluto e difeso dallo stesso, la Corte decise di respingere il ricorso sostenendo che l'eventuale somministrazione di ulteriori trattamenti, nel caso di nuove crisi nello stato di salute del paziente, avrebbe quasi certamente comportato un aggravamento delle condizioni del malato, con susseguente venir meno di quella qualità della vita che il sig. James aveva mostrato di apprezzare. Sulla base di ciò quindi i trattamenti sono stati dichiarati futili e qualificata come corretta la decisione del giudice di secondo grado.

Il giudizio sull'interesse prevalente del paziente, posto al centro del sistema britannico, lungi dall'atteggiarsi ad una valutazione oggettiva sull'eventuale

after him or interested in his welfare, in particular for their of what is attitude would be"[39] Aintree University Hospital NHS Foundation Trust v. James [2013].

¹⁸⁰ "I also disagree with the statement that <no prospect of recovery> means <no prospect of recovering such a state of good health as will avert the looming prospect of death if the life-sustaining treatment is given>. [...] But where a patient is suffering from an incurable illness, disease or disability, it is not very helpful to talk of recovering a state of good health. The patient's life may still be very well worth living. Resuming a quality of life which the patient would regard as worthwhile is more readily applicable, particularly in the case of a patient with permanent disability." [44] Aintree University Hospital NHS Foundation Trust v. James [2013].

accanimento terapeutico, si delinea come un accertamento nel quale non possono essere ignorate le valutazioni soggettive del diretto interessato. Tale ricostruzione del volere dell'incapace rischia di qualificarsi spesso come fallace, concretizzandosi in realtà in una sovrapposizione delle credenze e dei valori del singolo operatore sulle reali, ma nascoste, intenzioni del malato.

Così come già sostenuto nel primo capitolo in relazione alla sentenza della Suprema Corte sul caso Englaro, qualsiasi attività ricostruttiva a posteriori tende facilmente a confondere i valori in gioco, facendo emergere per l'appunto le credenze dei soggetti attivi coinvolti nel procedimento, siano essi i giudici, i familiari o gli amici dell'incapace.

Laddove, quindi, non può essere ricostruita una certa volontà dell'interessato l'ordinamento deve desistere da qualsiasi azione che rischi di ledere beni preminenti della persona, optando per una piena applicazione del principio del *in dubio pro vita*.

Tutt'al più una soluzione maggiormente coerente col principio di autodeterminazione del singolo può essere individuata nella predisposizione di direttive anticipate di trattamento. Anche tale soluzione desta non poche perplessità, come è già emerso in precedenza, ma essa costituisce un ottimo compromesso tra le problematiche in gioco, permettendo al soggetto di rendere nota, in un momento di piena capacità di intendere e di volere, la propria volontà in relazione a particolari trattamenti sanitari.

L'ordinamento inglese riconosce pieno valore alle *advance decisions to refuse treatment*, disciplinandole nello stesso Mental Capacity Act. La Section 24¹⁸¹ definisce infatti disposizione anticipata la decisione, presa da un soggetto maggiorenne e capace, di non proseguire o non iniziare specifici trattamenti, che troverà applicazione nel caso in cui il disponente sia divenuto in seguito, anche solo momentaneamente, incapace.

Tale decisione avrà piena validità e dovrà essere rispettata dall'operatore sanitario, anche nel caso in cui si riferisca a trattamenti salvavita, laddove la stessa possedga i requisiti formali richiesti dalla legge¹⁸², purché chiaramente i trattamenti da applicare corrispondano a quelli effettivamente specificati nel *living will*, e non vi siano circostanze concrete che se conosciute dall'incapace al momento della predisposizione delle sue volontà avrebbero sicuramente influenzato la sua decisione¹⁸³. È inoltre previsto che la stessa Court of Protection possa essere

¹⁸¹ *Advance decision*” means a decision made by a person (“P”), after he has reached 18 and when he has capacity to do so, that if— (a) at a later time and in such circumstances as he may specify, a specified treatment is proposed to be carried out or continued by a person providing health care for him, and (b) at that time he lacks capacity to consent to the carrying out or continuation of the treatment, the specified treatment is not to be carried out or continued. (2) For the purposes of subsection (1)(a), a decision may be regarded as specifying a treatment or circumstances even though expressed in layman's terms. (3) P may withdraw or alter an advance decision at any time when he has capacity to do so. (4) A withdrawal (including a partial withdrawal) need not be in writing. (5) An alteration of an advance decision need not be in writing (unless section 25(5) applies in relation to the decision resulting from the alteration). <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/part/1/crossheading/advance-decisions-to-refuse-treatment> .

¹⁸² Secondo l'articolo 25 comma 6 “A decision or statement complies with this subsection only if— (a) it is in writing, (b) it is signed by P or by another person in P's presence and by P's direction, (c) the signature is made or acknowledged by P in the presence of a witness, and (d) the witness signs it, or acknowledges his signature, in P's presence.

¹⁸³ (4) An advance decision is not applicable to the treatment in question if— (a) that treatment is not the treatment specified in the advance decision, (b) any circumstances specified in the advance decision are absent, or

coinvolta nel procedimento di applicazione della disposizioni anticipate di trattamento al fine di accertarne la validità e l'applicabilità al caso concreto¹⁸⁴.

Il sistema anglosassone analizzato propone una disciplina volta a normare i casi limite del contesto sanitario che, pur presentando alcune contraddizioni, è sicuramente lodevole nel tentativo di dare voce a sempre più pressanti esigenze sociali. La normativa inglese, avuto speciale riguardo al Mental Capacity Act, costituisce, nonostante le problematiche riscontrate, un ottimo modello cui fare riferimento nel tentare di tracciare le linee guida di una legislazione italiana che finalmente, dopo anni di colpevole silenzio, si faccia carico delle richieste della collettività, e che possa rappresentare un primo importante tassello di una normativa volta ad affrontare le tematiche, spesso controverse, del fine vita.

In conclusione del lavoro si concentrerà quindi l'attenzione sulle esigenze di modifica del nostro tessuto legislativo, per renderlo maggiormente rispondente all'ottica costituzionale delineata in avvio, e per tentare di predisporre un bilanciamento tra le opposte concezioni della dignità umana a riguardo delle tre problematiche ipotesi di eutanasia che si intende affrontare.

(c) there are reasonable grounds for believing that circumstances exist which P did not anticipate at the time of the advance decision and which would have affected his decision had he anticipated them.

¹⁸⁴ (4) *The court may make a declaration as to whether an advance decision—*

(a) exists;

(b) is valid;

(c) is applicable to a treatment.

Conclusioni

L'analisi sin qui svolta ha evidenziato le profonde lacune normative presenti nel nostro ordinamento in materia di fine vita, che spingono i consociati a cercare tutela giuridica alle proprie pretese non protette nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Si è inoltre avanzata l'idea secondo la quale lo strumento internazionale, per le ragioni sopra enunciate, si presenta come la sede meno adatta a regolare tali tipi di richieste e che, se i singoli Parlamenti nazionali intendono preservare un proprio margine di autonomia in scelte etiche delicate limitando le sempre più plausibili future ingerenze della Corte, gli stessi hanno l'onere di farsi carico delle nuove pretese giuridiche, intevenendo con normative adeguate all'attuale contesto.

La necessità di una dettagliata disciplina giuridica emerge inoltre, e forse soprattutto, dall'assoluto anacronismo dell'apparato normativo italiano, che pone non poche problematiche alla giurisprudenza nella risoluzione dei casi controversi, realizzando quindi le condizioni di base per la proliferazione di discriminazioni ancor più odiose poiché coinvolgenti scelte intimamente legate all'animo umano.

L'azione del Legislatore deve ricostruire dalle fondamenta l'edificio normativo in materia medica, in modo da renderlo coerente con l'assetto costituzionale odierno.

Vista la ritrosia della giurisprudenza ad abbandonare categorie dogmatiche e concettuali ormai obsolete, tali da comportare un'applicazione schizofrenica del diritto nel campo della responsabilità medica, potrebbe ipotizzarsi un intervento

legislativo mirante a sanzionare esplicitamente la condotta dell'operatore sanitario che agisce in disprezzo della volontà del paziente.

Più che di una norma incriminatrice però il nostro sistema penale, se si accoglie la ricostruzione della responsabilità medica avanzata nel primo capitolo, necessita di una disciplina mirante a riconoscere un più ampio margine di operatività al principio personalista in ambito ospedaliero. Un insieme di regole quindi sanciti in modo chiaro l'obbligo del medico di rispettare la volontà del malato, con la conseguente cogente interruzione o non inizio dei trattamenti sanitari, e con una maggiore corretta applicazione del principio di cui all'art. 50 c.p..

Una disciplina che dovrebbe necessariamente occuparsi della delicata questione della capacità dei soggetti richiedenti l'interruzione dei trattamenti, prendendo spunto da quanto previsto dal *Mental Capacity Act*. L'approccio cognitivo/oggettivo, come si è avuto già modo di specificare, è l'unico che consente di non sovrapporre i valori e le convinzioni di terzi alle scelte dell'avente diritto e, quindi, di assicurare una piena operatività al principio consensualistico in ambito medico. D'altronde i suoi limiti possono essere superati, o comunque smussati, per il tramite della predisposizione di un modello di scelta supportata che, attraverso l'ausilio di specialisti, miri ad individuare la solidità e serietà della volontà espressa.

Un'operazione legislativa di tal sorta, oltre a costituire scelta coerente con i numerosi testi sovranazionali operanti in ambito biomedico, si qualificerebbe alla stregua di una vera e propria corretta esplicazione dei principi supremi

dell'ordinamento italiano, rappresentando una valida concretizzazione del valore della dignità umana, e quindi si presenta come una seria risposta del Legislatore alle sempre più numerose istanze dei cittadini.

Maggiormente complessa invece diviene la strada che da percorrere per disciplinare le altre due fattispecie eutanasiche oggetto del presente studio. Avuto riguardo ad esse, e soprattutto all'eutanasia attiva consensuale, le contrapposizioni etico sociali si fanno infatti più marcate ed aspre e diviene quindi più articolata l'attività di proposizione di una possibile soluzione normativa.

Le limitazioni legislative poste alle condotte inquadrabili nello schema dell'eutanasia attiva in ambito medico risultano in realtà non giustificate se le si confrontano con il valore della dignità umana così come delineato in precedenza. I due limiti riconosciuti all'accezione soggettiva e personale del valore della dignità non si rinvergono nel caso del malato che, afflitto da una malattia terminale, richieda al proprio medico di porre fine alle sue sofferenze. Tali richieste però acquistano oggi un sempre maggior rilievo anche a seguito della sentenza della Corte Edu nel caso *Koch c. Germania*¹⁸⁵. Nella vicenda tedesca il giudice internazionale ha ritenuto infatti contrario alla Convenzione il rifiuto dell'autorità nazionale ad esaminare nel merito la richiesta della paziente, non terminale, alla somministrazione di un medicinale letale, riconoscendo quindi una, seppur

¹⁸⁵ *Koch c. Germania*, 19 luglio 2012, ric. n 497/09.

minima, legittimità della volontà del malato indirizzata alla cessazione delle sue sofferenze¹⁸⁶.

Si va quindi profilando all'orizzonte una sempre maggior consapevolezza e apertura nei confronti di tali pratiche che non sono contrarie alla dignità umana, ma che ancora non riscuotono un generale consenso presso l'opinione pubblica.

La normativa interna fortemente repressiva si pone quindi nettamente in contrasto con il nuovo apparato di valori costituzionale-repubblicano e necessita, urgentemente, di una profonda revisione. L'opera di cambiamento però non può e non deve giungere per il tramite dell'attività della Consulta, ma l'attuazione del programma costituzionale già esistente deve pervenire per mezzo del Legislatore ordinario.

L'estromissione del Giudice delle Leggi è dovuta prevalentemente a due ragioni: una di ordine pratico, l'altra metodologico. Come già specificato in apertura un intervento "di forza" di un organo tecnico, non democraticamente eletto, rischierebbe soltanto di inasprire il dibattito, così come accaduto negli Stati Uniti in merito all'aborto, e quindi spingerebbe a percepire la soluzione prospettata come ingiusta e prevaricatoria.

Ma l'attivismo della Corte deve essere scongiurato anche per il metodo di ragionamento usato e per gli effetti che una eventuale pronuncia di accoglimento potrebbe causare. Lo schema del giudizio di bilanciamento, struttura portante di

¹⁸⁶ Si rimanda a E. CRIVELLI, *"Koch c. Germania: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge"*, www.rivistaaic.it, aprile 2012.

tutte le argomentazioni della Consulta, risulta infatti troppo scarno e sintetico per valutare i molteplici interessi in gioco, e agirebbe sul tessuto normativo italiano alla stregua di una vera e propria mannaia, quando in realtà lo stato attuale dell'ordinamento necessita dell'attenta azione di un bisturi.

Ribadito ancora una volta, quindi, che solo per il tramite di una specifica disciplina normativa si può giungere ad una regolamentazione delle fattispecie suddette si specifica come in tal senso punto di riferimento, coerente con le argomentazioni svolte nel presente studio, risulta essere la normativa olandese in tema di eutanasia attiva, dettata con legge del 10 aprile del 2001, che costituisce in realtà momento terminale di un processo avviato nella società e nelle Corti olandesi già a metà degli anni '70, e che tende a regolamentare delle condotte già ampiamente praticate, seppur segretamente.

Tale soluzione desta particolare interesse data la similarità che l'ordinamento penale estero presenta con quello italiano.

Nonostante infatti la legge penale dei Paesi Bassi conosca norme simili sull'omicidio su richiesta e sull'aiuto al suicidio a quelle del nostro codice Rocco, la giurisprudenza olandese già dal 1973 tendeva ad escludere la punibilità del medico che agevolava la morte del paziente afflitto da malattia terminale, richiamando la causa di esclusione del reato della forza maggiore¹⁸⁷. Nel silenzio del legislatore, i giudici hanno proseguito per la loro strada, individuando i criteri e le condizioni secondo i quali gli atti eutanasi potessero essere considerati

¹⁸⁷ A tal proposito, G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foto it.* 2003, p. 32 e ss.

leciti, laddove ovviamente posti in essere da personale sanitario. Tutto ciò ha spinto il legislatore ad intervenire, prima con una legge del 1993 e, successivamente, con la legge del 10 aprile 2001¹⁸⁸. L'attuale legislazione non ha però comportato una totale disponibilità del bene vita, ma si è limitata a dettare una normativa assolutamente particolareggiata, volta ad individuare un procedimento che consente al medico la non perseguibilità penale nel caso in cui venga pedissequamente rispettato. Infatti, la responsabilità del medico non sarà sussistente solo nel caso in cui saranno rispettati i “*requisiti dell'assistenza dovuta*”, indicati dall'articolo 2 della stessa legge del 2001, ovvero solo laddove:

1. La richiesta del paziente sia volontaria e ben ponderata.
2. Le sofferenze del paziente siano lunghe ed intollerabili.
3. Il medico abbia informato il malato della sua situazione clinica e delle sue prospettive.
4. Sia stato consultato almeno un altro medico indipendente che ha visitato il paziente, e ha prestato il proprio parere scritto.
5. Il medico ha posto fine alla vita o assistito al suicidio con la dovuta assistenza.

È bene precisare che, ai sensi della normativa attuale, il medico non ha l'obbligo di adempiere alla richiesta del paziente, ma nel caso in cui lo ritenga opportuno, può dare esecuzione alle volontà del malato, rispettando la procedura prevista. Non è stato quindi legalizzato un diritto al suicidio o a morire, visto che l'art. 293

¹⁸⁸ Il testo italiano della legge può essere reperito tramite, G. GIUSTI, *La legge olandese sull'eutanasia e il suicidio assistito*, in Riv. it. med. leg., 2001, p. 1103 e ss.

del codice penale olandese incriminante l'omicidio su richiesta ancora sussiste, semmai si è scelto di inserire una scriminante procedurale¹⁸⁹ che fa venir meno l'illiceità della condotta.

Il legislatore del caso di specie evita di prendere posizione apertamente su una questione etica di notevole importanza, decidendo di disciplinare un fenomeno sommerso per evitare ogni possibile arbitrio, e dettando una regolamentazione empirica che realizza un compromesso tra diverse concezioni ideali e politiche. La soluzione adottata può forse apparire teoricamente fragile o in taluni aspetti contraddittoria, data la mancata presa di posizione sul problema della disponibilità del bene vita, ma ciò permette di assicurare una regolamentazione ed un controllo pubblico volto ad evitare abusi o prevaricazioni degli operatori sanitari, a danno di soggetti deboli come i malati terminali.

Un tale tipo di controllo¹⁹⁰ è assicurato, dalla legge del 2001, da un articolato procedimento, che vede l'attivarsi di commissioni regionali di controllo istituite per vagliare l'operato del medico. Infatti, in tutti quei casi in cui l'operatore sanitario si adopera per assecondare la volontà suicida del malato terminale, deve essere stilato un apposito rapporto, che perverrà al comitato regionale avente il compito di esaminare tutti i rapporti per accertare che siano stati rispettati i requisiti di necessaria assistenza dovuta dal medico. Laddove, nelle successive sei settimane, la commissione non rilevi nulla di irregolare, il parere verrà

¹⁸⁹ Sul punto vedere, M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in Cass. pen., 2007, p. 902 e ss.

¹⁹⁰ Sul procedimento di controllo vedere anche, D. VISENTIN, *La legge olandese sull'eutanasia: un esempio da seguire?*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2002, p. 663 e ss.

comunicato al medico, altrimenti sarà informato il Procuratore competente per l'avvio della relativa azione penale.

Che la suesa posta normativa, oltre a rappresentare un solido e coerente compromesso per le questioni di fine vita, costituisca anche un valido strumento di controllo sull'operato dei sanitari emerge dai continui reports che vengono realizzati e pubblicati periodicamente della commissioni di verifica. Gli studi¹⁹¹ maggiormente rilevanti sull'argomento sono stati compiuti nel 1995 nel 2001 e nel 2005 e mostrano come la paura di una c.d. *slippery slope* sia del tutto immotivata. Se infatti il numero di casi di eutanasia attiva e di PAS (acronimo per *Physician Assisted Suicide*), includendo anche i casi nei quali i trattamenti sono stati interrotti o ritirati, è aumentato dagli 8900 del 1995 ai quasi 9700 del 2001, in regime di "legalizzazione" giurisprudenziale dell'eutanasia, esso ha subito una brusca riduzione nei 4 anni di vigenza della legge attestandosi intorno agli 8400 casi. Di questi solo 1765 sono casi di eutanasia attiva e 132 di suicidio assistito. Tale proporzione non deve stupire, le c.d. PAS presentano infatti maggiori rischi e sofferenze per il paziente rispetto all'eutanasia attiva e quindi sono praticate in misura nettamente inferiore.

Il sistema olandese, pur presentando chiaramente alcune criticità, pone in essere una disciplina coerente col principio di autodeterminazione in campo medico, e rappresenta una piena realizzazione del valore della dignità umana nei contesti terapeutici di fine vita, assicurando al contempo un controllo pubblico sull'attività

¹⁹¹ Si rimanda a G. LEWY, *Assisted death in Europe and America*, Oxford University Press, 2011.

svolta che dovrebbe permettere di evitare abusi che possono chiaramente sorgere laddove sono coinvolti soggetti particolarmente deboli.

Maggiormente lineare ed attenta si presenta la casistica dei Paesi Bassi rispetto a quella Svizzera dove è assente una disciplina generale, e le varie associazioni (Exit tedesca, Exit francese, Dignitas) agiscono ai limiti della legalità, prive di qualsivoglia controllo pubblico. La correttezza delle attività¹⁹² di assistenza di fine vita è quindi rimessa esclusivamente alle verifiche interne alle associazioni, che si discostano notevolmente l'un l'altra per standard di tutela assicurati. Se le due Exit, tra loro assolutamente indipendenti, sembrano maggiormente attente, nella loro regolamentazione, alle problematiche dell'autodeterminazione, prevedendo ad esempio l'apertura dell'associazione ai soli cittadini svizzeri, l'assenza di compensi per l'assistenza prestata, se non la piccola quota annuale (35 franchi circa), e determinati requisiti affinché la richiesta possa essere assecondata¹⁹³, assolutamente lacunosa risulta la regolamentazione interna dell'associazione Dignitas.

L'organizzazione suddetta ha infatti dato avvio ad un vero e proprio "turismo del suicidio", aprendo le proprie iscrizioni anche ai cittadini non svizzeri, e basa la propria struttura finanziaria non soltanto sulla quota annuale di iscrizione, ma su una costosa remunerazione che chi intende ottenere l'ausilio dell'associazione deve pagare e che può raggiungere, per gli stranieri, i 3500 franchi. L'intera struttura di Dignitas ed il suo funzionamento sono inoltre del tutto poco

¹⁹² Anche sull'ordinamento svizzero interessanti le analisi di G. LEWY, *Assisted death in Europe and America*, op. cit.

¹⁹³ È previsto ad esempio, per Exit-German, che il soggetto richiedente sia competente, fermo nella propria volontà suicida e affetto da una malattia che gli procuri sofferenze insopportabili.

trasparenti poiché a capo della stessa non vi è un Comitato Etico, come per le associazioni precedenti, ma un unico socio fondatore, fuoriuscito da Exit, che è da molti accusato di lucrare su tali tristi vicende¹⁹⁴.

Le autorità svizzere non sono mai intervenute sull'argomento, disciplinando adeguatamente la materia per assicurare uno standard minimo di tutela comune, nascondendosi dietro la pretesa completezza del sistema legislativo nazionale¹⁹⁵ e, quindi, implicitamente sostenendo lo *status quo* con le sue innumerevoli e pericolose carenze. A livello locale le singole amministrazioni hanno però tentato di assicurare un maggior controllo pubblico sulle attività di aiuto al suicidio, per il tramite di specifici accordi stipulati con le organizzazioni più trasparenti. È il caso ad esempio dell'accordo datato 15 settembre 2009 tra il Canton Zurigo ed Exit Germania, che prevede un costante monitoraggio dell'attività dell'associazione, e dei requisiti più stringenti per assecondare le richieste del malato.

L'esperienza svizzera mostra quindi come un'apertura parziale al diritto all'autodeterminazione, priva del controllo pubblico, possa risultare fonte di abusi avverso diritti assolutamente preminenti, ma al contempo la casistica di paesi a noi vicini, come il Regno Unito, ha reso ancor più evidente l'anacronismo del divieto assoluto di assistenza ad un malato, affetto da una grave patologia, che richiede di porre fine alle sue sofferenze.

¹⁹⁴ La stampa internazionale torna periodicamente ad occuparsi dell'ordinamento svizzero e del triste fenomeno del forum shopping che esso ha originato. Per quanto riguarda la controversa figura di Ludwig Minelli <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1289217/Dignitas-founder-Ludwig-Minelli-multi-millionaire.html>.

¹⁹⁵ <http://www.parlament.ch/i/mm/2012/Pagine/mm-rk-n-2012-03-30.aspx>.

Le dovute modifiche della normativa penale in materia di aiuto al suicidio, necessarie per assicurare una maggiore corrispondenza dell'articolo 580 al tessuto costituzionale di riferimento, rendono la scelta legislativa costruita sulla falsariga del sistema olandese l'unica pienamente corretta, che permette un penetrante controllo pubblico sull'attività svolta, e che si sviluppi per il tramite di un rigido approccio cognitivo indirizzato all'accertamento della capacità del malato, unito ad un modello di scelta supportata che possa essere utilizzato anche in contesti di eutanasia attiva, per accertare la ferma e consapevole volontà dell'avente diritto, e che al contempo però non può prescindere da un apparato sanitario pubblico che si faccia pienamente carico della cura del paziente, in modo tale da ridurre al minimo i fattori di vulnerabilità esterni e di non gravare eccessivamente sulla famiglia dell'interessato.

Infatti, un sistema che riconosce solo parzialmente la libera autodeterminazione del singolo in campo medico, come ad esempio quello svizzero, risulta, oltre che poco coerente, eccessivamente lacunoso e colmo di zone grigie nelle quali possono annidarsi non corrette applicazioni del diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari, rendendo doveroso quindi, è bene ancora una volta precisare, un procedimento di verifica affidato alle pubbliche autorità.

Differente approccio deve invece essere assunto nei confronti delle pratiche inquadrabili nell'eutanasia passiva non consensuale, ossia nelle attività mediche volte ad interrompere le terapie di pazienti incapaci ad esprimere un consenso attuale. Si è avuto modo infatti di soffermarsi sugli strumenti che vengono di norma richiamati per risolvere tali questioni, i living will o direttive anticipate di

trattamento, e sulle problematiche da loro poste. Si intende in questa sede ribadire come i testamenti biologici rischiano spesso di concretizzarsi in una falsa e non corretta applicazione del principio di autodeterminazione, riducendosi piuttosto ad una valutazione sull'irreversibile stato di salute del malato avvalorato da una presunta volontà passata e forse oggi non più sussistente.

Nei peculiari contesti terapeutici contraddistinti dall'assenza di coscienza del malato, quindi, sembrerebbe maggiormente coerente con l'impianto costituzionale una normativa che non dia valore né ad un non ben precisato procedimento di accertamento del miglior interesse del paziente, sulla falsariga del *best interests* britannico, né a testamenti biologici sottoscritti mesi prima, potendosi tutt'al più riconoscere rilevanza alla volontà che il malato ha espresso direttamente al terapeuta prima di cadere in stato di incoscienza.

La ricostruzione del valore chiave della dignità qui prospettata spinge quindi il Legislatore ad intervenire massicciamente nella materia del fine vita, predisponendo un insieme di norme volte ad assicurare alla singola persona la centralità che le spetta nell'ordinamento italiano, individuando una disciplina volta ad assicurare concreta attuazione al diritto di rifiutare trattamenti sanitari, per modificare l'arretrata legislazione penale in materia di aiuto al suicidio e al contempo intervenire con una disciplina ad hoc sull'eutanasia attiva per evitare i vuoti di tutela che sono emersi nell'ordinamento svizzero ed in parte anche in quello d'oltremontana. Normativa che avrebbe anche il pregio di dare risposta ad

interrogativi e richieste che, non trovando riparo nell'apparato regolamentare, tentano sempre più spesso la strada internazionale.

Laddove il Legislatore decida però di rimanere sordo a tali istanze e non intenda seguire la strada della legalizzazione dell'eutanasia attiva deve comunque necessariamente prendere atto della carenza della legislazione penale italiana che sanziona un medico che pone fine alla vita di un malato terminale, su insistente richiesta di quest'ultimo, con lo stesso rigore di un omicida comune. Risulta anche in questo caso necessaria, quindi, una modifica legislativa che introduca una nuova fattispecie astratta, diversa da quella dell'omicidio del consenziente, e sulla falsariga dell'art. 59 n. 1 e 3 del Progetto Pagliaro di riforma al codice penale, che prevede un trattamento sanzionatorio più mite per quel soggetto che commette il fatto *“con mezzi indolori e per esclusivo motivo di pietà verso la persona incapace di prestare un consenso valido, la quale per ragioni di malattia si trovi in irreversibile condizione di sofferenza fisica insopportabile o particolarmente grave, quando sia stata constatata l'impotenza dei trattamenti antalgici”*¹⁹⁶. L'urgenza della regolamentazione, non lascia spazio al Legislatore di temporeggiare oltremodo: la giurisprudenza sta cercando di sopperire nel migliore dei modi l'assenza di una disciplina, ma la delicatezza del tema e le possibili discriminazioni che possono intervenire nei casi concreti, anche solo in linea teorica, devono spingere il Parlamento ad intervenire il prima possibile, con una disciplina che non funga da manifesto politico/ideologico, ma che sia realmente rispondente dei bisogni e delle richieste della compagine sociale.

¹⁹⁶ S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in Riv. it. med. leg., 2003, p. 772.

BIBLIOGRAFIA

Monografie ed articoli

AQUINO M. TALLARITA R., *L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito*, in *Diritto della Famiglia e della Persona*, 2002, p. 651;

ARAMINI M., *L'eutanasia: comment giuridico-etico della nuova legge olandese*, Giuffr , Milano, 2003;

ARAMINI M., *Eutanasia: spunti per un dibattito*, Ancora, Milano, 2006;

ASHWORTH A., *Dying, human rights and quality of life*, in *Archbold News*, 2002;

BARBARO R.-BECCHI P., *Eutanasia ed etica medica*, in *Polit. Dir.*, 2002, p. 293;

BARBUTO G., *Il confine della vita*, in *Iustitia*, 2007, p. 65;

BASILICO A., *Disapplicazione di leggi interne contrastanti con la CEDU? Il punto di vista della Corte di giustizia*, in www.rivistaaic.it, 3/2012;

BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: La confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it;

BILANCETTI F. – BILANCETTI M., *“La responsabilit  penale e civile del medico”*, CEDAM, Padova, 2013;

BLACK I., *Suicide assistance for mentally disordered individuals in Switzerland and the State’s positive obligation to facilitate dignified suicide*, in *Medical Law Review*, 2012, p. 157;

BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, Bononia University Press, Bologna, 2007;

CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E.DOLCINI e C.E. PALIERO, Giuffré, Milano, 2006, p. 139;

CANESTRARI S., *Eutanasia e diritto: confronto fra discipline*, Torino, 2003;

CANESTRARI S., *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. medic. leg.*, 2003, p. 751;

CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente. Il contributo di un penalista nel comitato nazionale per la Bioetica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, p. 1355;

CARUSI D., *Eutanasia, trapianti, morte celebrare: a proposito di un libro sulla fine della vita umana*, in *Polit. Dir.*, 2004, p. 483;

CASSANO G., *Accanimento terapeutico ed atti eutanasi*, in *Riv. pen.*, 2002, p. 947;

CASSANO G., *L'eutanasia*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2002, p. 629 ;

CASSANO G., *Note di attualità in tema di eutanasia*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1527;

CASSANO G. CATULLO F., *Eutanasia, giudici e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1370;

CHALMERS J., *Assisted suicide: jurisdiction and discretion*, in *Edinburgh Law Review*, 2010;

CIMBALO G., *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foro it.*, 2003, p. 32;

COGGON J., *Ignoring the moral and intellectual shape of the law after Bland: the unintended side-effect of a sorry compromise*, in *Legal Studies*, 2007, p. 110;

CRAIGIE J., *Capacity, value neutrality and the ability to consider the future*, in *International Journal of the Law in Context*, 2013;

CRIVELLI E., *Gross c. Svizzera: la Corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*, www.rivistaaic.it, settembre 2013;

CRIVELLI E., *Koch c. Germania: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge*, www.rivistaaic.it, aprile 2012;

D'AGOSTINO F., *Il caso umano e politico di Piergiorgio Welby: "pietà e chiarezza"*, in *Iustitia*, 2007, p. 75;

D'ALOIA A., *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Polit. dir.*, 1998, p. 601;

DAW R. & SOLOMON A., *Assisted suicide and identifying the public interest in the decision to prosecute*, in *Criminal Law Review* 2010;

DOYLE K. & CARROLL A., *The slippery slope*, in *New Law Journal*, 1996;

DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 902;

DONNELLY M., *Legislation for incapacity: developing a rights-based framework*, in *Dublin University Law Journal*, 2008;

DWORKIN R., *Life's dominion: an argument about abortion and euthanasia*, HarperCollins Publisher, London, 1993;

EUSEBI L., *Omissione nell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 521;

FALCINELLI D., *Il consenso dell'avente diritto nei percorsi del diritto penale "umano"*, in www.penalecontemporaneo.it ;

FERRANDO G., *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004, p. 1173;

FINNIS J.M., *Bland: Crossing the Rubicon?*, in *Law Quarterly Review*, 1993;

FONDAROLI D. (a cura di) , *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2008;

FORTUNA E., *La responsabilità professionale del medico nella terapia del dolore*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 717;

FUSCO M., *La politica e il tabù dell'eutanasia. Su vita e diritto l'Italia resta al palo. Ma il testamento biologico è un traguardo possibile*, in *Diritto & giustizia*, 2006, p. 38;

FUSCO M., *Se il diritto non stacca la spina. L'eutanasia dopo Eluana: si spacca il comitato di bioetica*, in *Diritto & Giustizia*, 2005, p. 41;

GARAVELLI M., *Eutanasia e attenuante del motivo di particolare valore morale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1780;

GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. ital. di dir. e proc. pen.*, 1997, p. 74;

GIUNTA F., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Diritto pen. e processo*, 1999, p. 403;

GIUSTI G., *La legge belga sull'eutanasia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 1565;

GIUSTI G., *La legge olandese sull'eutanasia e il suicidio assistito*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2001, p. 1103;

- GOLDONI D., *Complicity e concorso morale*, CEDAM, Padova, 2004;
- GREASLEY K., *R(Purdy) v. DPP and the case for wilful blindness*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2010, p. 301;
- GUGLIELMI M., *Eutanasia attiva e passiva: aspetti di diritto comparato*, in *Giur. merito*, 1999, p. 920;
- HIRST M., *Assisted suicide after Purdy: the unresolved issue*, in *Criminal Law Review*, 2009;
- HIRST M., *Suicide in Switzerland: complicity in England*, in *Criminal Law Review*, 2009;
- HUXTABLE R., "Euthanasia excused: between prohibition and permission", in *Bioethics, medicine and the criminal law*, Cambridge University Press, 2013, p. 49 e ss;
- INTRONA F., *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Riv. it. medic. legale*, 2005, p. 9;
- JACKSON A., "Thou shalt not kill; but needst not strive officiously to keep alive": further clarification of the law regarding mercy killing, euthanasia and assisted suicide, in *Journal of Criminal Law*, 2013;
- KEOWN J., *Protecting patients*, in *New Law Journal*, 2000;
- KEOWN J., *Restoring moral and intellectual shape to the law after the Bland case*, in *Law Quarterly Review*, 1997;
- LEWIS P., *Informal legal change on assisted suicide: the policy for prosecutors*, in *Legal Studies*, 2011, p. 119;
- LEWY G., *Euthanasia in Europe and America*, Oxford University Press, 2011;
- LUCARELLI F., *Solidarietà e poteri di disposizione*, Napoli, 1968;

MACKENZIE C. & ROGERS W., *Autonomy, vulnerability and capacity: a philosophical appraisal of the Mental capacity act*, in *International Journal of the Law in Context*, 2013;

MAGLIONA B., *Purchè il medico non diventi dispensatore di morte*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 1056;

MAGNINI V., *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1985;

MAGRO M. B., *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001;

MANIACI G., *La dittatura dei diritti indisponibili*, in <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/>;

MANNA A., *Le cc.dd. direttive anticipate di trattamento tra fughe della giurisprudenza e spinte regressive da parte del legislatore*, in *Studi in onore di Mario Romano*, p. 1561;

MANNA A., *Legislazione "simbolica" e diritto penale: a proposito del recente D.D.L. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 217;

MANTOVANI F., *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 456;

MARTINICO G., *Corti Costituzionali (o Supreme) e disobbedienza funzionale*, in www.penalecontemporaneo.it;

MASTROPAOLO F., *Valori fondamentali e persona umana nell'evoluzione del diritto privato*, in *Iustitia*, 1987, p. 193;

MICHALOWSKI S., *Relying on Common Law defense to legalise assisted dying: problems and possibilities*, in *Medical Law Review*, 2013, p. 337;

MILITELLO V., *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in Dig. Pen. Ed. VIII, Torino, 1994;

MILITELLO V., *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., fasc. 1/2014;

MILITELLO V., *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all'interno dell'Unione Europea*, in *Scritto in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013;

MONACO G., *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in www.forumcostituzionale.it;

MONTGOMERY J., *Guarding the gates of St. Peter: life, death and law making*, in *Legal Studies*, 2011, p. 644;

MORELLI R., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo alla luce delle recenti novità del trattato di Lisbona*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2010, p. 413;

MORRIS D., *Assisted suicide under the European Convention on Human Rights: a critique*, in *European Human Rights Law Review*, 2003;

MULLOCK A., *Overlooking the criminally compassionate: what are the implications of prosecutorial policy on encouraging or assisting suicide?*, in *Medical Law Review*, 2010, p. 442;

MURPHY C., *Human Rights law and the challenges of explicit judicial dialogue*, in Jean monnet working paper 10/12 <http://jeanmonnetprogram.org/paper/human-rights-law-and-the-challenges-of-explicit-judicial-dialogue/>;

MUSCO E., *Una riaffermazione di un "diritto giusto"* in *Riv. pen.*, 2007, p. 550;

PADOVANI A., *L'eutanasia nella crisi del pensiero occidentale*, in *Anuario de Facultade de dereito da Universidade da Coruna*, 2005, <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2392>

PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960;

- PAGLIARO A., *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E.DOLCINI e C.E.PALIERO, Giuffr , Milano, 2006, p. 1599;
- PANNAIN B., *L'omicidio del consenziente e la questione euthanasia: problematica giuridica, criminologica, medico-legale e psicopatologica. Profili di politica criminale e legislativa: riferimenti di legislazione straniera*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988;
- PATERSON C., *Assisted suicide and euthanasia: a natural law ethics approach*, Ashgate, Aldershot, 2008;
- PAVONE I.R., *Eutanasia e diritti umani: compatibilit  o contraddittoriet  delle normative interne?*, in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, Sett/Dic 2003;
- PEDAIN A., *Assisted suicide and personal autonomy*, in *Cambridge Law Journal*, 2002;
- PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffr , Milano, 2008;
- POGGI F., *Diritti e bioetica: le questioni fondamentali*, Carocci, Roma, 2013;
- PONTICELLI L., *Eutanasia, diritto penale e principio di legalit *, in *Indice pen.*, 1998, p. 463;
- POWELL D., *Assisting suicide and the discretion to prosecute revisited*, in *Journal of Criminal Law*, 2009;
- POWELL D., *Assisting suicide and the discretion to prosecute: hard case and good law?*, in *Journal of Criminal Law*, 2009;
- PRICE D., *My view of sanctity of life: a rebuttal of John Keown's critique*, in *Legal studies*, 2007, p. 549;
- PULITANÒ D., *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in www.penalecontemporaneo.it;

PULITANÒ D., *Biodiritto e Diritto penale*, in *Trattato di biodiritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 637 e ss;

PULITANÒ D., *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 1195;

RESTA G., “*La dignità*”, in *Trattato di biodiritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 259 e ss;

RICHARDSON G., *Mental capacity in the shadow of suicide: what can the law do?*, in *International Journal of the Law in Context*, 2013;

RIECI M. P.- VENDITTO M. O., *Eutanasia, diritto a morire e diritto di rifiutare le cure: equivoci semantici e prospettive di riforma legislativa*, in *Giust. pen.*, 1993, p. 276;

RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2007;

RISICATO L., *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”*, Torino, 2008;

RODOTÀ S., “*Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*”, in *Trattato di biodiritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 169 e ss;

ROGERS J., *Prosecutorial policies, prosecutorial systems, and the Purdy litigation*, in *Criminal Law Review*, 2010;

ROSSI E., “*Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*”, in <http://www.rivistaaic.it/>, 2011;

RUGGERI A., “*Dignità versus vita?*”, in <http://www.rivistaaic.it/>, 2011;

RUGGERI A., “*Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*”, in <http://www.rivistaaic.it/>, 2011;

RUGGERI A., “*Il principio personalista e le sue proiezioni*”, in <http://www.federalismi.it/>, 2013;

RUGGERI A., *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it;);

RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it;);

SALA R., “*Etica pubblica e biodiritto*”, in *Trattato di biodiritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 125 e ss;

SERENI A., *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, CEDAM, Padova, 2000;

SEMINARA S., *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1561;

SERRAVALLE D., *Brevi cenni in materia di eutanasia legalità e giustizia*, 1988, p. 319;

SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008;

SMITH S.W., *Dignity as a socially constructed value*, in *Bioethics, medicine and the criminal law*, Cambridge University Press, 2013, p. 175 e ss.;

- SPASARI T., *Eutanasia, profili giuridici e medico-legali*, Roma, 2003;
- SPENA A., *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 2014, p. 1210 e ss;
- SPENCER J.R., *Assisted suicide and the discretion to prosecute*, in *Cambridge Law Journal*, 2009;
- STARK F., *Necessity and Nicklinson*, in *Criminal Law Review*, 2013;
- STORTONI L., *Profili penali dell'eutanasia*, in *Famiglia*, 2003, p.321;
- STORTONI L., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Indice pen.*, 2000, p. 477
- SUMNER L.W., *Assisted death: a study in ethics and law*, Oxford University Press, New York, 2011;
- TEGA D., *I diritti in crisi*, Milano, Giuffrè, 2012;
- TODINI C., *Riflessioni in tema di diritto di morire con dignità e dia aiuto a morire*, in *Giust. Pen.*, 2000, p. 193;
- TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2008;
- TRIPOLINA C., *Eutanasia, diritto, costituzione nell'età della tecnica*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, p. 113;
- VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007;
- VERZA A., *“La neutralità liberale e il valore dell'autonomia”*, in *Politeia*, 2000, XVI, 58, p. 21-45;

VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cassazione Penale* 2009, p. 1811;

VISENTIN D., *La legge olandese sull'eutanasia: un esempio da seguire?*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2002, p. 663;

VIOLA F., *“Debolezza della volontà e incertezza della ragione”*, in *“Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo”*, Il mulino, Bologna, 2012, p. 9 e ss;

ZAGREBELSKY V., *Corte Cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.rivistaaic.it, 2015

Ringraziamenti

Desidero ringraziare tutti coloro che mi hanno aiutato e sostenuto nella realizzazione della presente tesi di dottorato. Oltre chiaramente al Tutor ed al Co-tutor, che mi hanno dato indicazioni essenziali per l'avvio e lo sviluppo del lavoro, intendo volgere la mia gratitudine nei confronti dell'intero Dipartimento di Scienze giuridiche della società e dello sport ed alle persone che ivi lavorano, con particolare menzione ai Professori Vincenzo Militello ed Alessandro Spina, con i quali ho intrattenuto piacevoli discussioni preziose per la stesura della tesi. Altrettanto importante è risultata la collaborazione, realizzata grazie all'aiuto della Dott.ssa Annalisa Mangiaracina e di Mrs Nicky Padfield, con la Faculty of Law e l'Institute of Criminology dell'University of Cambridge, che mi ha permesso di approfondire le mie conoscenze sul sistema penale di Inghilterra e Galles.

Infine non posso e non voglio esimermi dal ringraziare la mia famiglia, senza il cui supporto, non soltanto morale, non sarebbe stata possibile la frequentazione del corso di Dottorato.