

## LA LEGGE N. 219 DEL 2017 IN MATERIA DI CONSENSO INFORMATO E DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

di Stefano Canestrari

(Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Bologna.

Membro del Comitato Nazionale per la Bioetica)

SOMMARIO: 1. Una buona legge buona. - 2. Il consenso informato nell'ambito dei principi costituzionali e convenzionali. - 3. Trattamento sanitario arbitrario e profili di responsabilità penale. - 4. Rifiuto delle terapie e rinuncia al proseguimento del trattamento sanitario nell'ambito della relazione paziente - medico. - 5. Trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza e ruolo del medico. - 6. Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte. - 7. Disposizioni anticipate di trattamento e pianificazione condivisa delle cure.

1. In questa sede ci limiteremo ad esaminare gli aspetti più significativi di una normativa, attesa da decenni<sup>1</sup>, che disciplina in modo chiaro ed efficace i diversi profili della relazione di cura<sup>2</sup>: «una buona legge buona»<sup>3</sup>.

L'art. 1 («Consenso informato») afferma che «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero o informato della persona interessata, tranne nei casi espressamente previsti dalla legge» (co. 1). Il richiamo esplicito ai principi costituzionali e a quelli convenzionali di riferimento<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Nella memoria scritta relativa all'audizione presso la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati, in data 28.4.2016, avevo posto l'accento sull'assenza di una disciplina organica nel nostro ordinamento giuridico del consenso informato, del rifiuto e della rinuncia al proseguimento dei trattamenti sanitari (in *RIML*, 2016, 1201 ss.). Pertanto avevo formulato, in quella sede, la proposta di un articolato elaborato sulla falsariga di quello redatto da un gruppo di studiosi ed esperti - tra cui il sottoscritto - coordinato dal Prof. Paolo Zatti (Prova di testo normativo sulla relazione di cura, consultabile all'indirizzo <https://undirittogentile.wordpress.com>).

<sup>2</sup> Come sottolinea la relatrice della legge, l'On. Donata Lenzi (in <http://www.donatalenzi.it>, newsletter del 16.12.2017), alla stesura del testo base hanno collaborato in modo proficuo medici e giuristi (tra cui il sottoscritto e, in una fase successiva, il Prof. Paolo Zatti, la Professoressa Patrizia Borsellino e il Prof. Carlo Casonato).

<sup>3</sup> Espressione che ho proposto nell'editoriale *Una buona legge buona (ddl recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)* in *RIML*, 2017, 975 ss.

<sup>4</sup> Com'è noto, in precedenza, nella stessa prospettiva della Carta dei diritti, il principio del consenso informato aveva trovato esplicito riferimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la [La legislazione penale](#)

individua una pluralità di diritti fondamentali che riconoscono la massima ampiezza all'autodeterminazione terapeutica fino al diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contrari alla propria volontà<sup>5</sup>.

Nell'ambito dei principi costituzionali, il consenso informato costituisce espressione eminente del principio di inviolabilità della libertà umana di cui all'art. 13 Cost., da cui discende il diritto di autodeterminazione rispetto al proprio corpo; e, sotto diversa angolatura, del diritto alla salute di cui all'art. 32, co. 1, Cost. – diritto che, in quanto tale, può essere tutelato dalla persona secondo le proprie opzioni e i propri valori – e del divieto di trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi di stretta previsione legislativa, oltre che dei limiti imposti dal rispetto della persona umana (art. 32, co. 2, Cost.).

Sotto il primo profilo, il tema del consenso informato, lungi dal rilevare solo come problema di tecnica giuridica e di collocazione dogmatica – presupposto di liceità, causa di esclusione della tipicità, causa di giustificazione – costituisce espressione primaria della tutela dell'autonomia personale: il consenso informato rappresenta presidio della libertà e prima ancora della dimensione corporea individuale da ogni tipo di prevaricazione e violenza non voluta dal paziente.

Sotto il secondo profilo, il tema del consenso informato rimanda essenzialmente alle modalità di relazione tra professionista e destinatario della prestazione, in particolare tra medico e paziente, per le quali qualsiasi intervento di diagnosi, terapia, prognosi (o sperimentazione) può essere praticato soltanto in virtù di una «autorizzazione» da parte del soggetto su cui ricade l'intervento. Il consenso informato assume rilievo come strumento necessario per produrre interazioni di tipo cooperativo – nelle quali si incontrano «l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (co. 2) – al fine di promuovere e valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico.

In questo contesto, viene in considerazione la funzione del «consenso informato»: tutela del paziente quale persona inserita (di frequente «involontariamente») nell'ambito di una relazione asimmetrica? O invece tutela del sanitario – inteso come «singolo» o come «sistema» – da eventuali rischi di responsabilità civile o penale, quindi, strumento di medicina difensiva<sup>6</sup>?

---

protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina, sottoscritta ad Oviedo il 4.4.1997.

<sup>5</sup> Sia consentito il rinvio a S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna 2015, 67 ss.; *Id.*, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *RIDPP*, 2018, 55 ss., spec. 78 ss.; *Id.*, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una buona legge buona*, in *CG*, 2018, 301 ss.

<sup>6</sup> Sui molteplici profili di una medicina difensiva cfr., per tutti, nella letteratura penalistica, Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la politica criminale, *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso, Pisa 2010, in [La legislazione penale](#)

La prima prospettiva è quella corretta ed è stata adottata con nettezza dalla l. n. 219 del 2017: da un lato, ponendo l'accento sul consenso, emerge la garanzia della libera autodeterminazione del paziente; dall'altro, ponendo l'accento (co. 3 dell'art. 1) su un'informazione esaustiva e compresa, assume rilievo il diritto del paziente ad avere piena contezza dei termini in cui la relazione con il sanitario è orientata alla ricerca della migliore opzione terapeutica a favore della sua salute<sup>7</sup>. In questa direzione, mi preme sottolineare che la funzione del «consenso informato» è quella di costruire, più in generale, una garanzia che la relazione terapeutica, quantunque asimmetrica, si mantenga «umana» (non tra «stranieri morali» alla maniera di Engelhardt), a fronte della progressiva tecnologicizzazione della medicina e degli esiti di «spersonalizzazione» che questa può comportare, quindi il più possibile «personale» ed «empatica».

2. Nel nostro ordinamento giuridico è un principio ampiamente condiviso che il consenso informato costituisca – di norma – legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, anche prima della disciplina organica entrata in vigore il 31.1.2018.

Come abbiamo già osservato in precedenza, il ruolo del consenso quale presupposto e limite all'intervento medico trova le sue radici a livello costituzionale nella lettura congiunta degli artt. 2, 13 e 32: quest'ultima disposizione costituisce il riferimento più immediato del diritto «fondamentale» alla salute, che assume una rilevanza proteiforme, quale diritto ad essere curati ovvero a ricevere prestazioni sanitarie (co. 1), ma anche come diritto di rifiutare le cure (co. 2).

In proposito, è opportuno sottolineare l'autorevole avallo della Corte Costituzionale<sup>8</sup>: qui è sufficiente riproporre la chiara presa di posizione nella sent. n. 438/2008, laddove il «consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico», viene configurato quale «vero e proprio diritto della persona», che «trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2

---

particolare 118 ss.; AA.VV., *La medicina difensiva, Questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, Santarcangelo di Romagna 2011, spec. 141 ss. Sul ruolo della medicina difensiva nell'elaborazione del consenso informato cfr. A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano 2012; L. Eusebi, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *RIML*, 2011, 1085 ss.; A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale tra legalità e tutela della salute*, Pisa 2014.

<sup>7</sup> L'art. 3 rispetta altresì la volontà del paziente di rinunciare in tutto o in parte a ricevere le informazioni relative alla propria condizione di salute ovvero di indicare un familiare o un fiduciario incaricato di riceverle così come la facoltà di mutare in qualsiasi momento il proprio orientamento in ordine alla decisione presa.

<sup>8</sup> C. cost., 1985 n. 161; C. cost., 1987 n. 561; C. cost., 1994 n. 258; C. cost., 1996 n. 238; di recente, C. cost., 2016 n. 262.

Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile, e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Inoltre, nella medesima pronuncia, la Corte puntualizza che il fondamento costituzionale del consenso informato nei tre articoli citati «pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, 2 co., della Costituzione».

Il principio del consenso come elemento coesistente al diritto alla salute trova un'evidente conferma nella legislazione ordinaria precedente alla disciplina qui analizzata. Ricordiamo le normative più significative: disposizioni della l. 22.5.1978, n. 194, sulla tutela sociale della maternità e l'interruzione volontaria della gravidanza (artt. 5, 12 co. 2 e 18); l. n. 180/1978 (secondo cui i trattamenti sanitari obbligatori, per quanto imposti coattivamente, «devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi è obbligato»); la legge 23.12.1978, n. 833 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale laddove recepisce i principi affermati dalla normativa appena citata (art. 33); la legge 5.6.1990, n. 135 in materia di prevenzione e lotta all'AIDS, il cui art. 5 stabilisce che «nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV, se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse». Nella legislazione più recente intendiamo segnalare: il d.lgs. 24.6.2003, n. 211, che dà attuazione alla direttiva 2001/20/CE relativa all'«applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali ad uso umano», che definisce il consenso informato – ai fini del decreto – come «la decisione di un soggetto candidato ad essere incluso in una sperimentazione, scritta, datata e firmata, presa spontaneamente, dopo esauriva informazione circa la natura, il significato, le conseguenze ed i rischi della sperimentazione e dopo aver ricevuto la relativa documentazione appropriata»; la legge 19.2.2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita; la legge 15.3.2010, n. 30 recante «disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative ed alle terapie del dolore».

Come abbiamo sottolineato, l'art. 1 della l. n. 219/2017 riprende, a livello europeo, gli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, la Carta – entrata in vigore come testo vincolante con il Trattato di Lisbona in data

1.12.2009 – pone nell'art. 3 il principio secondo cui «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge». Appare significativo che la *sedes materiae* di tale disposizione – tra le primissime della Carta – sia all'interno del capo I, dedicato alla «Dignità». Il principio del consenso informato poi è presidiato, nella consapevolezza dei rischi della «genetica liberale», da tre divieti pubblici in materia di pratiche eugenetiche, di clonazione riproduttiva, commercializzazione del corpo umano e delle sue parti «in quanto tali» (art. 3, co. 2).

Si è ricordato che il principio del consenso informato aveva trovato esplicito riconoscimento già nella Convenzione sottoscritta ad Oviedo il 4.4.1997 (spec. artt. 5, 6, 7, 8 e 9). Come è noto, tale Convenzione è stata ratificata con la l. 145/2001, la quale delegava il Governo – come il successivo art. 1, co. 3, l. 17/2007 – ad adottare, entro il 31.7.2007, decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione e a quelli del Protocollo addizionale del 12.1.1998 n. 168, sul divieto di clonazione degli esseri umani. Posto che tale delega è rimasta inattuata, così come il deposito della ratifica della Convenzione stessa, si discute in merito alla vigenza ed efficacia della Convenzione nel nostro ordinamento.

Il principio del consenso libero e informato al trattamento medico tende ovviamente a consolidarsi nella giurisprudenza delle Corti europee. Nel quadro dell'attività della Corte di Strasburgo è stato affermato con chiarezza che la mancata osservanza del requisito del consenso informato viola l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo sul diritto fondamentale al rispetto della vita privata<sup>9</sup>.

Le prese di posizione nell'ambito del diritto convenzionale hanno influenzato in maniera evidente la disciplina del Codice di deontologia medica nella versione del 2006 e nell'ultima, approvata il 18.5.2014 (artt. 33-39). Tale normativa rappresentava paradossalmente l'unica disciplina generale del consenso informato prima dell'entrata in vigore della l. n. 219/2017.

3. Il principio del consenso informato si traduce in problema giudiziale che coinvolge, ovviamente, anche il piano della responsabilità penale.

---

<sup>9</sup> In questa sede vale la pena menzionare le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che sanciscono il collegamento tra il citato art. 8 e l'illegittimità dell'imposizione di un trattamento sanitario senza il consenso del paziente al di fuori dei casi previsti dalla legge: CEDU, 2.6.2009, n. 31675/04, *Codarcea c. Romania*, § 109; CEDU, 5.10.2006, n. 75725/01, *Trocellier c. Francia*, CEDU 2006 - XIV; CEDU, 29.4.2002 n. 2346/02, *Pretty c. Royaume - Uni*, CEDU 2002 - III, § 63.

In proposito, occorre sottolineare che la maggioranza degli ordinamenti giuridici non prevede una fattispecie *ad hoc* finalizzata a sanzionare penalmente un intervento parzialmente o totalmente difforme rispetto al contenuto del consenso prestato. Diversamente si segnalano le fattispecie che incriminano il trattamento sanitario arbitrario in Portogallo e in Austria.

L'art. 156 del *Código penal* Portoghese del 1983 (codice poi incisivamente novellato nel 1995 e nel 2007), collocato nell'ambito dei delitti contro la libertà individuale, punisce con la reclusione fino a tre anni, ovvero con la multa, il medico che agisce senza acquisire il consenso informato del paziente. La responsabilità penale del sanitario non sussiste peraltro nelle ipotesi in cui: a) il consenso può essere ottenuto solo tramite il rinvio del trattamento tale da comportare un pericolo per la vita del paziente, o comunque per la sua salute; b) il trattamento diverso da quello consentito si è rivelato come il più efficace, sulla base delle migliori acquisizioni della scienza medica, al fine di evitare un pericolo per la vita o la salute del paziente. In entrambi i casi non devono ricorrere circostanze da cui si possa desumere con certezza il dissenso del paziente.

Una soluzione normativa analoga è stata adottata dal codice penale austriaco del 1975, che prevede una disposizione incriminatrice nell'ambito dei delitti contro la morale. L'art. 110 dello *Strafgesetzbuch* sancisce infatti la punibilità del trattamento sanitario arbitrario affermando «chiunque cura un'altra persona senza il suo consenso anche se agisce secondo le regole della scienza medica è punito con una pena detentiva fino a sei mesi».

I molti sistemi penali dei Paesi dell'Unione europea che non contemplano una regolamentazione espressa dell'attività medico-chirurgica incontrano notevoli difficoltà nell'inquadramento del trattamento sanitario arbitrario. L'orientamento prevalente nella giurisprudenza spagnola è quello di applicare i reati contro la libertà individuale indipendentemente dall'esito fausto o infausto dell'intervento sanitario. In Italia, come noto, l'esecuzione del trattamento medico-chirurgico «arbitrario» ha suscitato complessi problemi interpretativi.

A un'opzione ermeneutica particolarmente rigorosa adottata dalla Corte di cassazione all'inizio degli anni Novanta – che aveva confermato la condanna per omicidio preterintenzionale del chirurgo artefice di un intervento operatorio più invasivo di quello concordato e in assenza di urgenza terapeutica<sup>10</sup> – ha fatto seguito una pronuncia che ha segnato un deciso cambiamento di rotta non coerente con il ruolo del consenso previsto dalla l. n. 219/2017. In tale sentenza si è rilevato che il medico è sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in

---

<sup>10</sup> Si fa riferimento al notissimo “caso Massimo”, Cass., 21.4.1992, n. 5639.

manca di esplicito consenso dello stesso. Solo il dissenso opposto dal malato potrà dunque inibire l'esecuzione del trattamento sanitario il quale, peraltro, ove ugualmente portato a compimento, potrà al massimo comportare la responsabilità del medico per violenza privata<sup>11</sup>.

In tempi più recenti la Suprema Corte è tornata sul tema, con la celebre sentenza a Sezioni Unite "Giulini"<sup>12</sup>. L'*iter* argomentativo della pronuncia consente di scomporre la categoria – di fonte interpretativa – degli interventi sanitari arbitrari in due diverse figure. Da un lato, i trattamenti sanitari coatti, ossia praticati nonostante il dissenso del paziente, contro la sua volontà, direttamente o indirettamente manifestata, o comunque senza il suo consenso valido, che sono certamente penalmente illeciti. Dall'altro, i trattamenti sanitari divergenti, cioè difformi rispetto a quanto consentito dal paziente previamente informato (consenso prestato per un trattamento diverso), quindi in assenza di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, per mutamento del tipo di intervento rispetto a quello concordato: con riguardo a questo secondo caso, la citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione ha affermato che, se l'esito è fausto, nessuna conseguenza penale è ascrivibile all'autore dell'intervento eccedente rispetto a quello illustrato al paziente.

Quest'ultima presa di posizione suscita perplessità in quanto finisce per introdurre un'ingiustificabile scissione tra la tutela dell'autodeterminazione in ambito sanitario della persona e la tutela della sua salute<sup>13</sup>, ora in evidente contrasto con i principi sanciti dalla l. n. 219/2017.

4. Il diritto al rifiuto «informato» o alla consapevole rinuncia ai trattamenti sanitari, compresi quelli necessari per il mantenimento in vita, si fonda sul medesimo terreno del consenso informato di cui rappresenta un'estrinsecazione in chiave «negativa». La legge n. 219/2017 colloca con chiarezza il rifiuto e la rinuncia al trattamento sanitario all'interno delle medesime coordinate normative del consenso informato<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Cass. 11.7.2002, n. 26446.

<sup>12</sup> Cass., S. U. 21.1.2009, n. 2437.

<sup>13</sup> In questa direzione, le lucide osservazioni di S. Seminara, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Vol. *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Milano 2011, 219. Per un'analisi critica della giurisprudenza che afferma l'intrinseca liceità dell'attività medico-chirurgica eseguita nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* conclusasi con esito fausto, anche se in assenza del consenso del paziente, cfr., per tutti, M. Pelissero, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *DPP*, 2009, 455 ss.; S. Tordini Cagli, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *RCP*, 2009, 1060 ss.; in precedenza, v. già F. Viganò, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *RIDPP*, 2004, 140 ss.

<sup>14</sup> Tra i primi commenti alla l. n. 219/2017 cfr. AA.VV. *Forum: la legge n. 219 del 2017. Norme in materia*

La volontà di rifiutare consapevolmente le cure si presenta, al pari della speculare prestazione del consenso informato, quale possibile esito di un percorso informativo e comunicativo che si snoda attraverso le dinamiche del rapporto paziente-medico.

In particolare, la tragicità delle ragioni che fondano un rifiuto o una rinuncia a trattamenti sanitari *life-saving* comporta necessariamente che l'investimento emotivo e l'impegno comunicativo tra i protagonisti della relazione di cura raggiungano la massima intensità. La complessità delle questioni in gioco e l'estrema delicatezza degli interessi coinvolti hanno sollecitato una significativa presa di posizione del legislatore del 2017, nella prospettiva di favorire un rafforzamento dell'elemento fiduciario e del carattere collaborativo che contrassegnano il rapporto di alleanza terapeutica.

Al comma 5 dell'art. 1 si afferma: «Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». L'obiettivo lodevole è quello di scongiurare il rischio che il diritto al rifiuto delle cure si traduca in potenziale veicolo di condotte di "abbandono terapeutico". A mio avviso, era necessario che il legislatore sottolineasse con forza che il sanitario, nell'ambito della relazione di cura, non deve limitarsi a registrare "passivamente" la volontà del paziente di rifiutare/rinunciare al trattamento sanitario *quoad vitam*.

Come da più parti segnalato, giova infatti richiamare l'attenzione su un duplice rischio. Da un lato, quello per cui il rifiuto di cura possa scaturire da un senso di "ripudio" verso l'atteggiamento di aggressività diagnostico-terapeutica e di reificazione/alienazione della persona sofferente, amplificato dall'attuale tendenza a un eccesso di razionalizzazione e aziendalizzazione dei servizi medico-assistenziali. Dall'altro, il rischio che il paziente si risolva a rifiutare le cure per il timore che le

---

*di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, Biolaw journal - Rivista di biodiritto*, n. 1/2018, 19 - 84; P. Zatti, *Spunti per una lettura della legge su consenso informato e DAT*, in *NGCC*, 2018, 247; L. D'Avack, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino 2018, 140 ss.; P. Borsellino, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Una conquista per i pazienti e per gli operatori sanitari*, in *RICP*, n. 1/2018, 1; C. Tripodina, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita (n. 219/2017)*, in *QuadCost.*, n. 1/2018, 191-193; G. Baldini, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *Biolaw Journal-Rivista di biodiritto*, n. 2/2018, 89 ss. Nella letteratura penalistica, O. Di Giovine, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *DPP*, 2018, 917 ss.; G.M. Flick, *Dignità del vivere e dignità del morire. Un (cauto) passo avanti*, in *CP*, 2018, 2302 ss.; L. Eusebi, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione della Corte Costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *RIML*, 2018, 415 ss.; C. Cupelli, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, in *disCrimen*, 2018, 1 ss.

carenze di servizi di assistenza ai malati – e il conseguente trasferimento del carico di cure sulla cerchia familiare – lo consegnino ad una situazione di “solitudine” e di “abbandono” terapeutico e assistenziale<sup>15</sup>.

In definitiva, il legislatore del 2017 è pienamente consapevole che il rifiuto informato e la rinuncia consapevole di trattamenti sanitari si pongono non all'esterno della relazione medico-paziente, né in contrapposizione ad essa, ma anzi rappresentano l'esito di una scelta maturata all'interno del rapporto di alleanza terapeutica, con il compito del medico di accertare i requisiti di validità del rifiuto (personale, reale, informato, chiaramente espresso e attuale).

5. La concezione del rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitari calato nelle dinamiche della relazione medico-paziente conduce alla formulazione di una riflessione di particolare importanza. La tragicità e l'irreversibilità del rifiuto di trattamenti sanitari salvavita non può che supportare la convinzione che questa scelta debba rappresentare l'*extrema ratio*, l'opzione ultima. Tuttavia, ciò non significa che il rifiuto informato a trattamenti sanitari *quoad vitam* debba essere ritenuto rarissimo e assolutamente eccezionale così da non essere considerato un diritto da “prendere sul serio”. Come si è appena osservato, la legge n. 219/2017 ribadisce con nettezza che il diritto di rifiutare o rinunciare a trattamenti sanitari anche salvavita rappresenta un profilo caratterizzante l'ispirazione personalistica posta a base dei principi convenzionali e costituzionali: ciò detto, appare evidente che si deve abbandonare definitivamente l'espressione tradizionale ma del tutto impropria di «eutanasia passiva consensuale».

In coerenza con i principi enunciati, il comma 6 dell'art. 1 (l. n. 219/2017) – richiamato anche dall'art. 4, co. 5, in riferimento alle disposizioni anticipate di trattamento – afferma che il «medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

Si assiste dunque ad una “certificazione” del “diritto dei principi” che aveva riconosciuto l'equivalenza normativa di due situazioni distinte solo sul piano naturalistico: l'ipotesi del rifiuto di trattamenti sanitari salvavita da parte di un paziente autonomo e il caso di rinuncia di trattamenti sanitari *quoad vitam* da parte di un paziente che richieda la loro sospensione o interruzione, operata tramite un'azione del medico (ad esempio la disattivazione di un sostegno artificiale).

---

<sup>15</sup> Cfr., con riferimento alla situazione italiana, il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, 24.10.2008, redatto da chi scrive con il contributo di L. D'Avack e L. Palazzani.

Quest'ultima è la situazione più complessa in quanto la rinuncia alla prosecuzione del trattamento sanitario salvavita proviene da un paziente "competente" che si trova in condizioni di dipendenza ed è privo dell'autonomia fisica necessaria per attuare la propria volontà. Com'è noto, l'orientamento prevalente della nostra letteratura penalistica ritiene che la liceità delle condotte attive del medico si fondi sulla scriminante dell'adempimento di un dovere terapeutico scaturente dall'art. 32, co. 2, Cost., quello di interrompere il trattamento sanitario di fronte alla revoca del consenso da parte di un paziente consapevole ed informato. Analogamente, nella giurisprudenza italiana, si è espressa la celebre sentenza del GUP, T. Roma, 23.7.2007, relativa alla vicenda di Piergiorgio Welby, il quale, affetto dal 1963 da distrofia muscolare, aveva richiesto la disconnessione del ventilatore polmonare che lo teneva in vita e la somministrazione di sedativi per accompagnare il decesso<sup>16</sup>.

Tale conclusione presuppone un bilanciamento dei beni di rango costituzionale, che ritiene prevalente il principio del divieto di trattamenti sanitari coattivi ex art. 32, co. 2, Cost. – sorretto dai principi di autonomia e dignità della persona che si desumono dal nostro sistema costituzionale – rispetto a quello della incondizionata tutela della vita umana. Nelle ipotesi qui in discussione, in cui il paziente rinuncia alla prosecuzione di un trattamento sanitario in atto, il diritto all'autodeterminazione del malato assume la consistenza dei diritti di *habeas corpus*: il diritto all'intangibilità della propria sfera corporea<sup>17</sup>.

Può dirsi allora superflua la previsione espressa di una causa di esenzione della responsabilità penale del medico<sup>18</sup>? Assolutamente no.

Come ho da tempo sottolineato era auspicabile che il legislatore sancisse in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico – necessaria per dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di un trattamento sanitario – soprattutto al fine di garantire un definitivo consolidamento

---

<sup>16</sup> Sulla sentenza del GUP T. Roma, 23.7.2007, n. 2049, si vedano i commenti, con argomentazioni non sempre coincidenti, di M. Donini, *Il caso Welby e la tentazione pericolosa di uno «spazio libero del diritto»*, in *CP*, 2007, 903 ss.; S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *DPP*, 2007, 1561 ss.; F. Viganò, *Esiste un «diritto a essere lasciati morire in pace?»*. *Considerazioni in margine al caso Welby*, in *DPP*, 2007, 5 ss.; D. Pulitanò, *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in *RIML*, 2007, 1195 ss.; A. Vallini, *Lasciare morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, 2008, 54; S. Canestrari, *Rifiuto*, cit., 1911 ss. Più di recente, con riferimenti alla tematica del modello procedurale nell'ambito della relazione terapeutica, cfr. A. Gargani, *Ius imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *RIML*, 2014, 505 ss., 522.

<sup>17</sup> S. Canestrari, *Rifiuto*, cit., 1912; D. Pulitanò, *Doveri del medico*, cit., 1204, laddove parla «dei diritti di inviolabilità del proprio corpo, del proprio essere vivente».

<sup>18</sup> La formula ampia utilizzata dal legislatore è in grado di ricomprendere sia le ipotesi in cui il medico non ha iniziato il trattamento sanitario salvavita – e dunque non si configura alcuna condotta omissiva penalmente significativa – sia i casi di una sua sospensione o di una sua interruzione.

delle radici costituzionali del principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente<sup>19</sup>.

In assenza di una disposizione normativa così netta – e in attesa di una sua effettiva sedimentazione nella cultura e nella psicologia sociale del nostro Paese – la paura del malato di poter essere irrevocabilmente vincolato alla prosecuzione della terapia provoca gravi distorsioni nella relazione di cura, accentuate nel contesto attuale dove sono diffusi atteggiamenti di medicina difensiva, che conducono il medico a non rispettare la volontà del paziente per evitare il rischio di contenziosi. Mi limito a segnalare l'effetto tremendo e perverso – che ho posto più volte in evidenza nell'ambito del Comitato Nazionale per la Bioetica<sup>20</sup> – di finire per dissuadere il paziente a intraprendere un trattamento sanitario salvavita per il timore di rimanere in una “condizione di schiavitù” in cui viene negato valore ad una revocabilità o ritrattabilità del consenso a proseguirlo<sup>21</sup>.

Sempre al comma 6 dell'art. 1 si è inteso ribadire l'ovvietà di un assunto, con una formulazione non felice che equipara legge e fonti deontologiche: a fronte di richieste, da parte del paziente, di trattamenti sanitari contrari alla legge, alla deontologia, alle buone pratiche clinico-assistenziali, «il medico non ha obblighi professionali». Tale disposizione consente di evitare qualsiasi fraintendimento sulla sussistenza di presunti diritti del paziente di esigere «trattamenti» privi di evidenze che ne comprovino l'efficacia: il riferimento più recente concerne il noto caso Stamina.

Per ciò che riguarda l'assenza di un'apposita norma che regolamenti l'obiezione di coscienza del medico (e degli operatori sanitari) la scelta del legislatore appare assolutamente condivisibile. La previsione di un diritto all'obiezione di coscienza non sarebbe stata coerente con i presupposti di una disciplina che intende promuovere e valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico basata sul consenso informato – nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e l'autonomia professionale del sanitario –, senza richiedere contemperamenti tra valori

---

<sup>19</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a S. Canestrari, *Rifiuto*, cit., 1901 ss. Per l'enunciazione dei principi di biodiritto penale della fine della vita umana e i necessari riferimenti alla letteratura civilistica, costituzionalistica e penalistica, v. S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 63 ss.

<sup>20</sup> In occasione della stesura del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 24.10.2008, *Rifiuto e rinuncia*, cit.; S. Canestrari, *Editoriale. Una buona legge buona*, in *RIML*, n. 3, 2017, 977. Concorda su questo aspetto benefico e salvavita della normativa, «solo a prima vista paradossale», L. Eusebi, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., 2018, 420.

<sup>21</sup> Dopo che è stato ovviamente «sancito» il suo pieno e assoluto diritto a rifiutarlo. Naturalmente, la mancata attuazione del diritto del paziente di interrompere un trattamento sanitario produce inaccettabili discriminazioni tra malati sulla base della tipologia di malattia che li affligge, dello stato di avanzamento, della tipologia e del tipo di terapia attuata: così, chiaramente, C. Cupelli, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21.12.2017.

confliggenti<sup>22</sup>. Diversamente rispetto alla legge sulla interruzione di gravidanza, nella normativa qui commentata non è necessario alcun bilanciamento tra beni meritevoli di tutela da parte dello Stato e in collisione tra loro<sup>23</sup>.

Ciò detto, occorre comunque riconoscere agli esercenti la professione sanitaria la facoltà di astenersi da effettuare condotte attive doverose immediatamente causali rispetto all'evento morte, qualora siano da loro avvertite come contrarie alle proprie concezioni etiche<sup>24</sup>. In considerazione dell'eventuale diniego del medico, il paziente ha in ogni caso diritto di ottenere altrimenti la realizzazione delle proprie richieste di interruzione del trattamento sanitario in corso (art. 1 co. 9: «Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge»).

Al comma 5 dell'art. 1 si puntualizza che «Ai fini della presente legge sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». Questa chiara presa di posizione sulla qualificazione normativa della nutrizione e della idratazione artificiali come trattamenti sanitari conduce alla conclusione che possono essere oggetto di legittimo rifiuto anche con lo strumento delle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4, comma 1). Di segno opposto era la disciplina restrittiva del disegno di legge Calabrò approvato in prima lettura dal Senato e con modifiche alla Camera il 12.7.2011 (in Atti parl. Cam., XVI legislatura, doc. n. 2350), poi decaduto per la fine della legislatura<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Sul punto cfr. l'autorevole presa di posizione di P. Zatti, *Spunti per una lettura*, cit., 250 ss.; vedi altresì P. Borsellino, *Biotestamento: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *F&D*, 2018, 8-9, la quale afferma con chiarezza che l'introduzione dell'istituto dell'obiezione di coscienza avrebbe determinato lo «svuotamento del complessivo impianto di una legge che individua nella volontà del paziente l'imprescindibile presupposto per la messa in atto o la prescrizione di qualunque intervento sanitario». Sull'obiezione di coscienza, cfr. il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Obiezione di coscienza e bioetica*, 12.7.2012.

<sup>23</sup> Sia consentito il rinvio a S. Canestrari, *Principi*, cit., 50-52.

<sup>24</sup> Si veda il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Rifiuto e rinuncia*, cit., par. 7, 23 ss., laddove si riconosce il diritto di astensione e si richiama l'art. 22 del Codice di deontologia medica. Di questa opinione S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 696; S. Canestrari, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *RIML* 2003, n. 5, 765; conf., dopo l'entrata in vigore della legge n. 219, L. Eusebi, *Decisioni su trattamenti sanitari*, cit., 422; C. Cupelli, *Consenso informato*, cit., 22, i quali fanno riferimento – con accenti non del tutto coincidenti – alla c. d. clausola di coscienza di cui all'art. 22 del Cod. deont. med. M. Donini, *Il caso Welby*, cit., 914, parlava invece espressamente di un diritto all'obiezione di coscienza in capo al singolo medico riguardo alla sospensione di trattamenti che tengono in vita malati non in fase terminale; critico, A. Vallini, *Rifiuto di cure*, cit., 78 s.

<sup>25</sup> Per una severa critica a tale proposta di riforma cfr. C. Casonato, *Lo schema di testo unificato Calabrò su consenso e dichiarazioni anticipate*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 17.2.2009; L. D'Avack, *Il disegno di legge sul consenso informato dell'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *D&F.*, 2009, 1281 ss.; S. Canestrari, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, 2 ed., Torino

In riferimento alle situazioni di emergenza o di urgenza il comma 7 dell'art. 1 prevede che il medico e i componenti dell'*équipe* sanitaria assicurino le cure necessarie «nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni e le circostanze consentano di recepirla». La formulazione del testo è apprezzabile, l'unico rilievo consiste nel fatto che si sarebbe potuto precisare che, una volta cessate tali situazioni, il principio del consenso informato riacquista piena vigenza.

Per ciò che riguarda la persona minore, legalmente incapace, o non pienamente in grado di autodeterminarsi, il testo unico, all'art. 3, contempla in modo adeguato le modalità per attuare un diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione per quanto ne sia concretamente in grado<sup>26</sup>.

6. Il rifiuto o la rinuncia a un determinato trattamento sanitario non significa – il più delle volte – rifiutare ogni tipo di trattamento. In tale ambito occorre sottolineare con favore la sensibilità del legislatore del 2017 verso il settore della medicina palliativa, indice dell'ormai diffusa consapevolezza che i doveri deontologici e professionali del medico si proiettano verso la tutela della «salute» in un'accezione ampia, in cui risulta compreso anche l'alleviamento della sofferenza.

L'art. 2 («Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita») prevede tre commi: «1) Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15.3.2010, n. 38. 2) Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente. 3) Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

---

2014, 45 ss.; G. Ferrando, (voce) *Testamento Biologico*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano 2014, 987 ss.

<sup>26</sup> In relazione alle previsioni dell'art. 3 riguardanti la persona interdetta o inabilitata – commi 4 e 5 – l'ordinanza 24.3.2018 del giudice tutelare presso il T. di Pavia ha sollevato questione di legittimità costituzionale nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno, la cui nomina prevede l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, possa rifiutare senza l'autorizzazione del giudice tutelare, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato, ritenendo le disposizioni citate in contrasto con gli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione.

Ai nostri fini, è importante soffermarsi sull'ultima parte del secondo comma dell'art. 2 per precisare quando sia legittimo adottare, con il consenso del paziente, un protocollo di sedazione profonda e continua. Come ha sottolineato il CNB nelle raccomandazioni del citato documento "Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte" (29.1.2016)<sup>27</sup> occorre la presenza di tre situazioni contestuali: malattia inguaribile in uno stadio avanzato; imminenza della morte, generalmente attesa entro poche ore o pochi giorni; presenza di uno o più sintomi refrattari alle terapie adeguatamente verificati o di eventi acuti terminali con grave sofferenza sia fisica che psichica.

Posto che la sedazione profonda applicata in modo appropriato – con un'adeguata verifica della mancata risposta dei sintomi alle terapie e con un uso proporzionato e monitorato dei farmaci<sup>28</sup> – non produce, di regola, l'accorciamento della vita del paziente ma talora la estende<sup>29</sup>, è giunto il momento di abbandonare anche l'equivoca espressione «eutanasia indiretta». Ciò detto, è necessario porre in evidenza che la legge n. 219 del 2017 appare in piena sintonia con una *Raccomandazione* (n. 2) di fondamentale importanza del citato parere del CNB sulla sedazione, laddove si afferma che «anche il paziente che s'inserisce in un processo di fine vita a seguito del rifiuto o rinuncia di uno o più trattamenti sanitari o all'uso di sostegno delle funzioni vitali ha diritto di beneficiare della terapia del dolore e in caso di sofferenze refrattarie della sedazione profonda e continua»<sup>30</sup>.

Sulla base delle considerazioni sin qui effettuate risulta evidente che la legge n. 219 del 2017 non riconosce un «diritto di ciascuno a determinarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza»<sup>31</sup> equiparando il diritto al rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza al «diritto di morire» o al c.d. «diritto al

<sup>27</sup> In <https://bioetica.governo.it/it>, 15.

<sup>28</sup> Si veda L. Orsi, *Sedazione terminale/palliativa: aspetti etici, quesiti clinici*, in *RICP*, n. 2, 2012, 1 ss.; per la definizione di «refrattarietà del sintomo» si rinvia alle *Raccomandazioni della Società italiana di Cure palliative (SICP) sulla sedazione terminale/sedazione palliativa*, (2007), 10.

<sup>29</sup> Tra gli Autori consultati in occasione della stesura del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Sedazione*, cit., si veda E. M. Beller, M.L. Van Driel, L. McGregor, *Palliative pharmacological sedation for terminally ill adults*, in *Cochrane Database Syst. Rev.*, 2015, 1.

<sup>30</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Sedazione*, cit., 15.

<sup>31</sup> Non è dunque condivisibile la lettura della legge n. 219/2017 proposta dall'ordinanza del 14.2.2018 della Corte d'Assise di Milano che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del delitto di cui all'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio, a prescindere dal loro contributo alla determinazione e al rafforzamento del proposito suicidario. Tale ordinanza può leggersi in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14.2.2018.

In questa direzione cfr. le riflessioni critiche sulla pronuncia milanese di D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2018, 57 ss.; R. Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, *ivi*, 2018, 97 ss.; L. Eusebi, *op.cit.*, 433 ss.; C. Cupelli, *Consenso*, cit., 23 ss.

suicidio»<sup>32</sup>. Con l'entrata in vigore della normativa citata – il 31.1.2018 – la legislazione del nostro Paese si allinea alle scelte dei principali ordinamenti degli Stati costituzionali di derivazione liberale i quali, da un lato, riconoscono il diritto al rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitari anche necessari alla sopravvivenza e, dall'altro, vietano con sanzione penale l'eutanasia e qualsiasi forma di aiuto/assistenza al suicidio.

La differenza tra le due situazioni è chiara: nel primo caso, l'esito letale è causato dalla malattia che fa il suo corso non contrastata dai trattamenti sanitari rifiutati o impedita da presidi terapeutici cui il paziente ha il diritto di rinunciare; nella seconda ipotesi il decesso non è determinato dalla patologia e la somministrazione di farmaci (come una dose letale di *pentobarbital* di sodio) ha come scopo quello di provocare con il consenso del paziente la sua morte immediata.

Altrettanto noti sono i rilievi critici avanzati nei confronti della scelta di punire ogni condotta esterna che possa cagionare direttamente la morte del malato. Principalmente è stata posta in evidenza la «potenziale crudeltà<sup>33</sup>» di un ordinamento che prevede un divieto assoluto di aiuto al suicidio penalmente presidiato negando la richiesta di «morire con dignità» proveniente da persone adulte, consapevoli e capaci, affette da malattie gravi e non curabili e fortemente sofferenti<sup>34</sup>.

Come abbiamo già sottolineato, la Corte d'Assise di Milano ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio, a prescindere dal loro contributo alla determinazione e al rafforzamento del proposito suicidario, all'interno del noto procedimento penale a carico di Marco Cappato<sup>35</sup>. Nonostante fosse stata indicata a Fabiano Antoniani (Dj

---

<sup>32</sup> Conferma Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 16.11.2018, specificamente nel considerato in diritto n. 6: «Neppure d'altro canto – contrariamente a quanto sostenuto dal giudice a quo – è possibile desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita, che il rimettente fa discendere dagli artt. 2 e 13, primo comma, Cost.».

<sup>33</sup> Così C. Casonato, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *il Mulino*, n. 4, 2017, 600. In generale, sul tema, cfr. di recente nella letteratura penalistica, da diversi angoli visuali, M. Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15.3.2017, in particolare § 6; A. Nappi, *Principio personalistico e binomi indissolubili*, Napoli 2018, spec. 149 ss. e 214 ss.; A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2018, spec. 88 ss.; L. Riscato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo di laicità nell'esperienza personalistica*, Torino 2008, 79 ss.

<sup>34</sup> In questi casi la Corte Suprema del Canada ha dichiarato all'unanimità l'illegittimità costituzionale del reato di assistenza al suicidio (*Carter v. Canada*, 6.2.2015).

<sup>35</sup> Sul tema cfr., *Seminario preventivo dedicato al “caso Cappato” davanti alla Corte Costituzionale*, Università di Bologna, 12.10.2018, con interventi di A. Morrone, G. Di Cosimo e di chi scrive (il seminario è visionabile in <https://www.radioradicale.it>); D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 57 ss.; R. Bartoli, *op.cit.*, 97 ss.; P. Fimiani, *La responsabilità nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22.5.2018; A. Massaro, *Il*

Fabo), anche dallo stesso imputato, la possibilità di interrompere alimentazione e ventilazione e di sottoporsi a sedazione palliativa profonda continua, secondo quanto previsto oggi espressamente dalla legge n. 219/2017, Dj Fabo aveva mantenuto fermo il proprio proposito di recarsi in Svizzera per il suicidio assistito.

La Corte costituzionale, con ordinanza n. 207/2018, rinvia la decisione sulla costituzionalità della fattispecie incriminatrice alla udienza pubblica del 24.10.2019, in modo da consentire al Parlamento «ogni opportuna riflessione e iniziativa». In questa sede mi limito a riportare le principali argomentazioni della ordinanza della Corte, rinviando ad uno scritto successivo, dedicato al delitto di cui all'art. 580 c.p., un approfondimento critico delle motivazioni.

In relazione «all'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio, rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei», la Corte ritiene che sia «funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio». Il divieto, anche nell'odierno assetto costituzionale, ha una sua «ragion d'essere» a tutela principalmente delle persone in condizione di fragilità che potrebbero essere facilmente indotte a concludere prematuramente la loro vita, «qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragione di personale tornaconto». Di conseguenza, non si può ritenere inibito al legislatore penale di vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autodeterminazione individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della «persona umana» (art. 3, secondo comma, Cost.)<sup>36</sup>.

Tuttavia, secondo la Corte, occorre prendere in considerazione specifiche situazioni, inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta. «Il riferimento» scrive la Consulta «è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace

---

“caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?, *ivi*, 14.6.2018; M. D'Amico, *Sulla illegittimità costituzionale della norma che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>36</sup> Tali argomentazioni vengono rafforzate anche attraverso il richiamo alla giurisprudenza della Corte Edu, in materia di tutela del diritto alla vita e del diritto al rispetto della vita privata e familiare (artt. 2 e 8 CEDU, sentenze *Pretty c. Regno Unito*, *Haas c. Svizzera*, *Koch c. Germania*).

di prendere decisioni libere e consapevoli. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare».

In questo senso, la Corte considera paradigmatico il “caso Cappato”.

La legge n. 219 del 2017, sul fine vita, recependo le conclusioni della giurisprudenza, riconosce ad ogni persona «capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, compresi i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiali, sottoponendosi a sedazione profonda continua. L'esercizio di questo diritto – prosegue la Corte – viene correttamente inquadrato nel contesto della «relazione di cura e di fiducia», la cosiddetta alleanza terapeutica, tra paziente e medico<sup>37</sup>.

Nelle particolari situazioni sopra indicate, «vengono messe in discussione le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell'aiuto al suicidio».

Se, infatti, a giudizio della Corte, il cardinale valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di interrompere trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, «non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale». Proprio per questa ragione, Dj Fabo aveva chiesto il ricorso a un farmaco che gli garantisse una morte rapida.

In questi casi, «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli articoli 2, 13 e 32, secondo comma, della Costituzione, imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile».

La Consulta però non ritiene di poter porre rimedio a questo *vulnus* con una semplice cancellazione del reato di aiuto al suicidio di chi si trova in una situazione del genere. «Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili

---

<sup>37</sup> La legislazione oggi in vigore non consente invece – come ribadisce l'ordinanza della Corte – al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni appena descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte.

abusi». Una regolazione della materia volta ad evitare abusi nei confronti di persone vulnerabili implica una serie di scelte discrezionali e quindi l'intervento del legislatore.

Per un'analisi dei rischi e dei benefici complessivi dell'opzione riformatrice orientata alla depenalizzazione o alla legalizzazione delle diverse ipotesi di condotte eutanasiche e di assistenza al suicidio sia consentito, per il momento, rinviare ad un nostro volume, anche per ulteriori riferimenti bibliografici<sup>38</sup>.

7. In questa sede non è possibile esaminare nel dettaglio gli articoli 4 e 5 che disciplinano le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure, la quale rappresenta un apprezzabile tentativo di rafforzare l'alleanza terapeutica tra medico e paziente.

In riferimento all'art. 4, mi limito ad osservare con soddisfazione che il testo si ispira alla legge tedesca sulle disposizioni del paziente del 29.7.2009, che avevo indicato come normativa di riferimento durante l'audizione presso la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati. In particolare, il testo muove dal presupposto che le DAT non hanno un carattere meramente orientativo ma devono essere pienamente rispettate. Non si tratta però di una natura inderogabilmente vincolante in quanto occorre verificare la corrispondenza tra la situazione ipotizzata e quella effettivamente verificatasi<sup>39</sup>. Dispone pertanto il comma 5 dell'art. 4: «[...] il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. [...]». A prescindere da alcuni rilievi critici sulla qualità del testo (ad es., il termine «disattese» non esprime in maniera adeguata l'opera di adattamento delle DAT in relazione alle circostanze concrete), tale presa di posizione del nostro legislatore consente di allineare la normativa italiana a quelle vigenti nella maggior parte degli Stati europei.

L'art. 5 disciplina la possibilità di definire, e di fissare in un atto, in relazione all'evoluzione delle conseguenze di una patologia cronica ed invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, una pianificazione delle cure condivisa tra paziente e medico, alla quale il medico è tenuto ad attenersi in tutte le ipotesi nelle quali il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter

---

<sup>38</sup> S. Canestrari, *Principi*, cit., 97 ss.

<sup>39</sup> Ritiene che una simile cautela sia necessaria e «saggia», D. Pulitanò, *Riflessioni su Stefano Canestrari, Principi di biodiritto penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16.12.2015, 4. Per un primo commento all'art. 4 della l. n. 219, cfr. AA.VV., *Forum*, cit., spec. il contributo di F.G. Pizzetti, 54-60.

esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità (comma 1) <sup>40</sup>. Si tratta di una tipologia «intermedia» tra il consenso attuale e le DAT che ritengo abbia un significativo valore etico anche in considerazione del fatto che il piano di cura condiviso può essere rinnovato, aggiornato o modificato su richiesta di un paziente «competente» riguardo all'evoluzione della sua patologia.

Ciò detto, concludo con un'osservazione, che considero di estrema importanza alla luce delle riflessioni svolte finora e incentrate prevalentemente sulla disciplina del consenso/rifiuto informato e della rinuncia al proseguimento dei trattamenti sanitari. Ritengo fondamentale leggere insieme i commi 8 e 10 dell'art. 1: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» e «La formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative».

Quest'ultima precisazione investe le istituzioni cui compete la formazione del personale sanitario, a partire dalle Università, dove le Scuole di Medicina dovrebbero insegnare le modalità di comunicazione. Infatti, quando si parla di consenso informato emerge la questione della comprensibilità dell'informazione, della sua «genuinità» (garanzia dalle manipolazioni), dell'accessibilità del linguaggio utilizzato per veicolarla. Ma anche delle modalità di comunicazione: un'informazione fredda e asetticamente veritiera, a seconda del tipo di malattia, può rafforzare la scelta terapeutica magari più gravosa ma anche più efficace e comunque può indurre un atteggiamento più «partecipativo e combattente» del paziente; ma, di converso, in altri casi può condurre ad atteggiamenti di rassegnazione, depressione, disperazione, persino a sfiducia nel sanitario o a sentimenti di rabbia e rancore. Occorre quindi un «accompagnamento» all'informazione quale aspetto o corollario della complessa relazione medico-paziente.

---

<sup>40</sup> Sul tema cfr. le chiare riflessioni di A. Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *RIML*, 2016, 1139; per un'analisi dell'art. 5 della legge qui in discussione cfr. AA.VV., *Forum*, cit., spec. gli interventi di P. Benciolini, 64-65 e P. Veronesi, 66-69.