

## LEZIONE P9

### Profili penalistici del diritto a non essere curati

**Sommario:** 1. Il diritto a non essere curati e a decidere della propria morte. - 1.1. La giurisprudenza della Corte Europea. - 2. La legge 22 dicembre 2017, n. 219 recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. - 3. La sentenza. - 4. La reazione della dottrina.

#### 1. Il diritto a non essere curati e a decidere della propria morte

Il paziente può esprimere un rifiuto della cura: qualora sussista un esplicito dissenso del paziente, un trattamento sanitario potrà essere applicato, a tenore dell'art. 32 Cost., nei soli casi previsti dalla legge e comunque entro il limite del rispetto della persona umana.

In argomento, è intervenuta la legge 22 dicembre 2017, n. 219 recante *"Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"*. Prima di esaminare, per quanto qui interessa, i contenuti di tale legge, è opportuno accertare lo stato dell'arte precedente a tale novità legislativa anche perché tale legge si muove sostanzialmente nel perimetro già tracciato dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria prima della sua emanazione.

Prima dell'entrata in vigore della predetta legge, ci si chiedeva se il menzionato divieto costituzionale (art. 32 Cost.) potesse essere superato allorché il rifiuto delle cure determinasse un grave ed imminente pericolo per la salute o per la vita del paziente. Il problema si era posto proprio in forza del generale divieto di attuare trattamenti sanitari in contrasto con la volontà del paziente, salvo le ipotesi previste dalla legge. Ci si chiedeva se questa regola dovesse recedere quando il trattamento sanitario si ponesse come necessario nel caso di grave ed imminente pericolo alla vita o alla salute del soggetto dissenziente. Ci si chiedeva: nel conflitto di interessi che si crea quale ruolo assume il diritto alla vita? Fino a quale punto la sfera

di autodeterminazione del soggetto può inferire sulla conservazione della propria integrità fisica o addirittura della propria vita?

Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, la necessità di tutela della vita e della salute venivano considerati beni da anteporre al bene dell'autodeterminazione. Si affermava l'esistenza di inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.), onde l'interesse collettivo (della famiglia e della società in genere) alla conservazione della vita del singolo giustifica la lesione dell'interesse individuale all'autodeterminazione. Seguendo tale impostazione il medico che eseguiva l'intervento terapeutico o chirurgico contro la volontà del paziente sarebbe dovuto andare esente da responsabilità penale, a seconda dei casi, per il reato di violenza privata, di lesioni volontarie ovvero di stato di incapacità procurato mediante violenza, in virtù dell'esercizio di un'attività ammessa dall'ordinamento in quelle condizioni o comunque per l'adempimento di un dovere, quello di salvaguardare la vita o la salute del paziente (art. 51 c.p.).

La dottrina dominante obiettava che, argomentando sulla base dei doveri inderogabili ex art. 2 Cost., i diritti alla vita e alla salute sarebbero stati trasformati nel dovere del singolo di mantenersi in vita e in buona salute, con una conseguente funzionalizzazione di tali primari ed essenziali diritti del tutto incompatibile con l'ispirazione personalistica della nostra Costituzione. Secondo questa impostazione, già si riteneva esistente un vero e proprio "diritto ad essere malati", diritto che può essere legittimamente compreso solo se il rifiuto delle cure esponga a pericolo la salute della collettività.

A sostegno della tesi si evidenziava che la Corte Costituzionale (vedi, tra le altre, Corte Cost. n. 307/1990), con riferimento alla portata dell'art. 32, co. 2. Cost nella parte in cui prevede che i trattamenti sanitari obbligatori sono contemplati solo dalla legge, aveva affermato che il legislatore non è libero di imporre trattamenti sanitari, ma vanno considerati legittimi solo quelli diretti a salvaguardare la salute individuale e contemporaneamente della collettività (si pensi alla vaccinazioni obbligatorie). Per converso, nei limiti in cui il diritto riguardi l'individuo e non incida negativamente sulla salute altrui, e'è si sosteneva il diritto a stare male e a non essere curati.

Si sottolineava che ad un siffatto criterio, del resto, si informa anche il vigente codice di deontologia medica, che vieta "in ogni caso, in presenza di un esplicito rifiuto del paziente, capace di intendere e di volere, il compimento di di qualsiasi atto diagnostico e curativo, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà del paziente" (art. 40). Dunque, anche il codice di deontologia vieta ogni forma di accanimento terapeutico.

Si riteneva dunque che, in presenza di un dissenso proveniente da paziente capace di intendere e volere, l'esecuzione di un trattamento coattivo fosse penalmente illecita, commettendo il medico che intervenga comunque, a seconda del caso concreto, il reato di violenza privata, di lesioni personali ovvero di stato di incapacità procurato mediante violenza. Al contrario, l'omissione del trattamento e il conseguente aggravamento della malattia o la morte sarebbero state scriminate, in quanto giuridicamente doverose ex art. 51 c.p. (così si è pronunciata la giurisprudenza di merito rispetto al decesso del testimone di Geova che aveva rifiutato il trattamento emotrasfusionale, Pret. Roma 3.4.1997, e al decesso del carcerato che aveva rifiutato di alimentarsi, Trib. Messina 11.7.1995). Difatti, nel nostro ordinamento se è lecito il suicidio, costituisce astrattamente reato (di omicidio) l'assistenza attiva nell'effettuazione dello stesso (oltre ad essere sanzionata penalmente anche l'istigazione al suicidio, art. c.p. 580 c.p.).

La giurisprudenza civile nel corso del tempo ha focalizzato l'attenzione sulle caratteristiche del dissenso espresso dal paziente di sottoporsi ad un trattamento terapeutico o chirurgico. Fermo restando il diritto di non curarsi, anche se tale diniego ponga a rischio la vita stessa del soggetto, è necessario che la sua volontà sia espressa, inequivoca, attuale e informata. È necessario che il dissenso segua e non preceda l'informazione da parte del medico avente ad oggetto la rappresentazione del pericolo di vita imminente. È cioè necessario che il dissenso sia espresso da un soggetto consapevole (il diretto interessato o anche un rappresentante legale) delle conseguenze, anche le più nefaste, a cui conduce, consapevolezza che deve inequivocabilmente emergere dalla dichiarazione di diniego che deve essere, al riguardo, puntuale ed articolata (Cass. civ. 15.9.2008, n. 23676, si è così escluso che i requisiti suddetti fossero presenti in un caso in cui sul cartellino medico era presente la dicitura "niente sangue", negando in tal guisa il risarcimento del danno morale subito da un testimone di Geova per le trasfusioni non volute).

Volendo trasporre questi requisiti in ambito penale, si dovrebbe concludere che solo se gli stessi sussistono si può ritenere il dissenso alle cure correttamente formato, con la conseguenza che il medico andrebbe esente da responsabilità penale per le conseguenze fisiche nefaste dovute al suo mancato intervento in ossequio ad un tale dissenso del paziente. Infatti, la giurisprudenza di legittimità penale si è posta in sintonia con quella civile affermando che il rifiuto di cure mediche (anche nell'ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente) consiste nel consapevole e volontario comportamento del paziente, il quale manifesti in forma espressa, senza possibilità di fraintendimenti, la deliberata ed informata scelta di sottrarsi al trattamento medico (Cass., Sez. V, 18 marzo 2015, n. 38914, nella specie è stata esclusa la ricorrenza delle scriminanti dell'adempimento di

un dovere o dello stato di necessità invocate dal sanitario che aveva proceduto all'applicazione di un catetere, nonostante il dissenso del paziente). Tuttavia la consapevolezza può ritenersi sussistente solo ove le sue *condizioni di salute gli siano state rappresentate per quel che effettivamente sono*, quanto meno sotto il profilo della loro gravità, nel senso che devono essere indicate *le conseguenze negative legate alla assenza di terapie mediche* (Cass. sez. IV, 28 aprile 2014, n. 17801, che ha riconosciuto la sussistenza della colpa medica e l'assenza di un dissenso effettivo in un caso in cui il medico aveva effettuato una diagnosi errata, non portando a conoscenza la paziente poi deceduto per assenza di cure dell'effettiva natura e gravità della patologia).

Quindi, l'informazione da rendere al paziente che si oppone alle cure deve essere completa e ciò vale a maggior ragione in caso di pericolo di vita del paziente. Invero, la Suprema Corte ha affermato che *“Indubbiamente quanto più è elevato il rischio che la malattia degeneri in un evento grave, tanto più il medico deve prospettare con chiarezza la situazione di pericolo al paziente...”* (Cass. sez. IV, 21 ottobre 2005, n. 38852; v. anche Cass., sez. IV, 31.1.2014, n. 4957, che nel caso di paziente che presentandosi presso un pronto soccorso ospedaliero con forti dolori al petto, aveva rifiutato gli ulteriori accertamenti diagnostici e firmato la c.d. liberatoria, volle tornare al lavoro e dopo circa un'ora dall'allontanamento dall'ospedale decedette per infarto, ha escluso la responsabilità del medico avendo accertato che questi aveva prospettato al paziente la necessità di accertamenti coronarici avvertendolo così un pericolo di infarto).

Quanto alle modalità dell'informazione, si precisava che il rischio di morte avrebbe dovuto essere comunicato solo se il paziente non avesse collaborato. Se invece spontaneamente si fosse sottoposto agli accertamenti diagnostici, la comunicazione poteva essere foriera di inutili sofferenze.

È in questo contesto che si inserisce il **caso Welby**.

È nota a tutti la vicenda di Piergiorgio Welby, affetto da anni da un gravissimo stato morbos degenerativo, clinicamente diagnosticato quale “distrofia fascioscapolomeroale”, con il progredire della malattia era rimasto immobilizzato nel letto, in quanto gli era inibito qualsiasi movimento di tutti i muscoli del corpo, ad eccezione di quelli oculari e labiali, e la sua sopravvivenza era assicurata esclusivamente per mezzo di un respiratore automatico. La tipologia del morbo era tale che, sulla base delle attuali conoscenze medico-scientifiche, i trattamenti sanitari praticabili non erano in condizione di arrestarne in nessun modo l'evoluzione e quindi avevano quale unico scopo quello di differire nel tempo l'ineludibile e certo esito infausto.

Il Welby però conservava intatte le proprie facoltà mentali ed era dunque in grado di esprimere una volontà pienamente informata e consapevole circa l'accettazione o il rifiuto di detti trattamenti. Con volontà

chiaramente ed univocamente espressa il Welby dichiarò di non consentire l'utilizzo sulla propria persona del ventilatore polmonare, chiedendo espressamente che si procedesse al distacco di tale apparecchio. La struttura ospedaliera ed il medico curante, si opposero però alla richiesta del Welby, assumendo di non poter dare seguito alla volontà espressa dal paziente, in considerazione degli obblighi ai quali si ritenevano astretti. Pertanto, con ricorso ex art. 700 c.p.c. Welby richiese al Tribunale di Roma di ordinare al medico curante ed alla struttura ospedaliera di interrompere la cura che teneva in vita Welby. Il Tribunale si è pronunciato con l'ordinanza del 16 dicembre 2006 che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso d'urgenza. Senonché, l'interruzione del trattamento che teneva in vita il Welby avvenne da parte di un altro medico che, dopo aver esaminato la condizione in cui questi versava, alla presenza di più persone e col consenso del paziente provvide alla sedazione dello stesso e al contestuale distacco del ventilatore automatico. Dopo circa 45 minuti sopravvenne la morte.

La Procura della Repubblica di Roma in data 6.3.2007 chiese l'archiviazione per il reato di omicidio del consenziente ipotizzato a carico del medico che aveva interrotto la ventilazione. Il G.i.p. del Tribunale di Roma rigettò tale richiesta e imponeva al Pubblico Ministero romano ex art. 409, co. 5, c.p.p. di formulare l'imputazione di omicidio del consenziente. In ossequio a tale decisione, il Pubblico Ministero formulò richiesta di rinvio a giudizio. Con sentenza del G.u.p. del 17.10.2007, n. 2049, venne emessa pronuncia di non luogo a procedere.

Ripercorse per grandi linee le tappe della vicenda Welby, va sottolineato che il problema che tale vicenda pone all'attenzione dell'interprete è quello di stabilire se sussiste nel nostro ordinamento il diritto dell'individuo a rifiutare un trattamento terapeutico anche qualora tale rifiuto comporti entro un breve lasso temporale la morte ovvero di revocare il proprio consenso ad un trattamento salvavita precedentemente assentito.

Il G.u.p. del Tribunale di Roma, con la menzionata sentenza, ha dato al quesito risposta affermativa.

Il giudice capitolino ha ritenuto esistente il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario, anche qualora l'esercizio di tale diritto conduca alla morte del paziente per libera e consapevole scelta (in generale, la libertà di autodeterminazione trova fondamento nell'art. 2, che tutela i diritti inviolabili della persona, e nell'art. 3 Cost., che sancisce direttamente tale libertà). Tale diritto si concreta nella facoltà del paziente di rifiutare o interrompere le cure, atteso che l'art. 32, co. 2, Cost. prevede che solo la legge, nei limiti del rispetto della persona umana, può imporre trattamenti sanitari. Tale norma sancisce inequivocabilmente l'inesistenza di un obbligo a curarsi.

Questa libertà è sancita anche dall'art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedica, ratificata in Italia con la legge n. 145/2001, anche se non ancora in vigore nel nostro ordinamento per non essere stata perfezionata la relativa procedura internazionale di notificazione della ratifica. Il predetto articolo prevede infatti da un lato la necessità del consenso per qualsiasi intervento nel campo della salute e dall'altro che «*La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso*». Sebbene tale convenzione non sia ancora vincolante nel nostro ordinamento i suoi dettami possono costituire un utile criterio interpretativo perché per un verso è stata comunque ratificata con legge nel nostro Stato, e per altro verso enuncia principi conformi alla nostra Costituzione, rappresentandone, per certi versi, un'esemplificazione.

Prosegue il giudice romano richiamando la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Cassazione che esclude che l'individuo possa essere costretto a subire un intervento sanitario non voluto. Al riguardo, si invoca, tra le altre, la decisione, in precedenza citata, del giudice di legittimità dell'11.7.2002, n. 26446, per cui si deve «*ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal ... paziente*».

L'art. 5 c.c. poi non si ritiene costituisca un ostacolo al riconoscimento di un siffatto diritto, poiché la previsione ivi contenuta esprime un divieto generale di disposizione del proprio corpo, derogato nel settore sanitario dalla regola di cui si è fin qui detto, desumibile, come riferito, da fonti costituzionali (oltre che internazionali) prevalenti sulla norma di rango ordinario di cui al predetto articolo.

Tanto premesso, il g.u.p. romano passa ad esaminare i requisiti in presenza dei quali il diritto all'autodeterminazione riconosciuto può dirsi correttamente esercitato. Innanzitutto, si osserva che l'ambito entro il quale l'individuo può autorizzare anche condotte causative della sua morte è quello strettamente sanitario, ossia può estrinsecarsi solo nel *rapporto tra un soggetto qualificato, come il medico, ed il paziente*, sicché l'autorizzazione non può essere utilmente rivolta ad un familiare o ad un amico. Inoltre, il rifiuto (o il consenso all'interruzione) della terapia deve essere *personale*, non potendo essere espresso dal rappresentante legale del minore o dell'infermo (*contra*, Cass., sez I civile, 16 ottobre 2007, n. 21748, che ha invece ritenuto che il giudice su istanza del tutore può autorizzare l'interruzione del trattamento in presenza di due circostanze concorrenti: a) la condizione di stato vegetativo del paziente sia apprezzata clinicamente come irreversibile, senza alcuna sia pur minima possibilità, secondo standard scientifici internazionalmente riconosciuti, di recupero della coscienza e delle capacità di percezione; b) sia univocamente accertato, sulla base di elementi tratti dal vissuto del paziente, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, reli-

giosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni, che questi, se cosciente, non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento, v. *infra*), *consapevole*, cioè informato, nel senso che il paziente deve essere reso edotto della sua condizione psico-fisica e delle prospettive evolutive di tale condizione sì da poter orientarsi nella sua scelta, *reale*, nel senso di non potersi desumere dalle condizioni di sofferenza e dalla gravità del male (sicché, si deve ritenere che il rifiuto non possa essere espresso da un soggetto incosciente, ad esempio in coma; sul punto, diversamente Cass. ult. cit.) e *attuale*, non essendo sufficiente che lo abbia espresso in precedenza, stante l'essenzialità dei diritti su cui tale rifiuto incide e la mutevolezza delle sensazioni e percezioni umane in tale situazione, al punto che il rifiuto di una terapia salvavita può essere revocato in ogni momento.

Si conclude nella decisione in esame che il medico imputato non può ritenersi responsabile del reato di omicidio del consenziente per la sussistenza della scriminante dell'adempimento del dovere (art. 51 c.p.), atteso che a fronte del diritto di non farsi curare o di interrompere la terapia del paziente incombe sul medico il dovere di osservare questa volontà.

Come già accennato, la soluzione proposta dal G.u.p. era stata già avanzata dalla Procura di Roma con la richiesta di archiviazione nei confronti del medico che aveva disattivato il respiratore al Welby. Nella richiesta del 6.3.2007 si legge che *“Deve riconoscersi in capo ad un soggetto in stato vegetativo permanente il diritto fondamentale a rifiutare i trattamenti medici di c.d. “sostegno vitale” che, alla luce del diritto interno ed internazionale, non possono essere imposti coattivamente al paziente che sia dissenziente e nemmeno proseguiti contro la sua volontà stante la revocabilità del consenso. Ne consegue che non può essere considerato contra legem il comportamento del medico il quale, in presenza di una impossibilità fisica del paziente, abbia dato effettività al diritto del paziente di non continuare il trattamento terapeutico operando materialmente, come nel caso di specie, il distacco del ventilatore automatico, così determinando una fatale crisi respiratoria”*.

Altra nota vicenda che si inserisce nella tematica in esame è quella di **Eluana Englaro**, una ragazza che versava da circa diciassette anni in stato di coma vegetativo permanente a causa di un grave incidente stradale. Questa vicenda ha visto l'intervento dei giudici civili sulla questione se il tutore-rappresentante legale (il padre della ragazza) fosse legittimato a sostituirsi al malato terminale, incapace di intendere e di volere, nel compimento di atti personalissimi, quale il rifiuto di cure essenziali per la sopravvivenza. Ribadita l'esistenza nel nostro ordinamento del diritto a non curarsi, la Corte di Cassazione, con un'articolata motivazione, ha *“escluso che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costi-*

*tuiscono, in sé, oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, pur essendo indubbiamente un trattamento sanitario. Il giudice, tuttavia, può, su istanza del tutore, autorizzarne l'interruzione soltanto in presenza di due circostanze concorrenti: a) la condizione di stato vegetativo del paziente sia apprezzata clinicamente come irreversibile, senza alcuna sia pur minima possibilità, secondo standard scientifici internazionalmente riconosciuti, di recupero della coscienza e delle capacità di percezione; b) sia univocamente accertato, sulla base di elementi tratti dal vissuto del paziente, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni, che questi, se cosciente, non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, deve essere negata l'autorizzazione, perché allora va data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa" (Cass. civile, sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748).*

Seguendo le indicazioni fornite dalla Cassazione, la Corte d'Appello di Milano con decreto del 9 luglio 2008 ha autorizzato l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale, realizzato mediante alimentazione e idratazione con sondino nasogastrico. Avverso tali decisioni giudiziali i due rami del Parlamento hanno sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato che la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile con ordinanza con ordinanza dell'8.10.2008, n. 334.

Nel febbraio 2009 ha avuto luogo l'interruzione del suddetto trattamento, a cui è seguita la morte di Eluana.

Tuttavia, la travagliata vicenda della sfortunata ragazza ha visto anche l'intervento del giudice amministrativo (oltre che del giudice penale e civile).

L'interruzione del trattamento è avvenuta solo a seguito dell'ordine impartito dal T.A.R. Lombardia, Milano, con la sentenza del 26 gennaio 2009, n. 214, che ha riconosciuto come il diritto di rifiutare le cure poteva essere attuato soltanto mediante la prestazione della struttura sanitaria, sicché si è ritenuto sussistente in capo alla P.A. un obbligo di *facere*: la Regione era tenuta ad indicare una struttura sanitaria per il ricovero del soggetto in coma permanente per la sospensione del trattamento sanitario (cosa che poi è avvenuta).

Tale argomentare è stato condiviso dal Consiglio di Stato (sent. 2 settembre 2014, n. 4460) per cui in applicazione del principio di solidarietà, *il diritto alla salute si configura quale diritto costituzionale assoluto e comprende anche il diritto di rifiutare le cure*. Per il Supremo Consesso della giustizia amministrativa la manifestazione del serio, consapevole, autentico, esplicito, non equivoco, attuale e perdurante rifiuto, la cui prova deve essere dunque univoca, chiara e convincente configura, a carico della P.A., l'obbligo di *facere*. Infatti l'ordinamento non può consentire il diritto al rifiuto



delle cure e, però, consentire il diniego della P.A. alla medesima prestazione richiesta ed incriminare colui che materialmente interrompa le cure, con la conseguenza che la Regione deve mettere a disposizione o indicare una struttura per il distacco del sondino naso gastrico che alimenta ed idrata artificialmente una persona in stato di coma vegetativo permanente e non ha il potere di stabilire quali siano gli obblighi professionali del medico in riferimento a cure e trattamenti da praticarsi ad un singolo paziente in quanto ciò si risolverebbe nel potere di decidere se e quali trattamenti sanitari concedere e/o negare.

Passiamo adesso ad esaminare l'altro noto **caso di Fabiano Antoniani (detto, Dj Fabo)**. È conosciuta la vicenda che ha visto come imputato del reato di istigazione al suicidio Marco Cappato, in merito all'aiuto dallo stesso prestato a Fabiano Antoniani nell'assecondare la sua volontà di recarsi in Svizzera per ottenere l'aiuto necessario per porre fine alla propria esistenza, trovandosi quest'ultimo in una irreversibile situazione clinica.

L'art. 580 c.p., sull'istigazione al suicidio, sanziona con la medesima pena tre diverse condotte e cioè quelle morali di *"determinare altri al suicidio"* e di *"rafforzare l'altrui proposito"*, nonché la condotta materiale consistente *"nell'agevolarne in qualsiasi modo l'esecuzione"*. Tali condotte debbono essere legate da un nesso causale all'evento del reato, costituito alternativamente dal suicidio o dalle lesioni gravi o gravissime. L'elemento soggettivo è costituito dal dolo generico che deve necessariamente ricoprire anche il fatto suicidario (se si ritiene quest'ultimo evento del reato e non mera condizione obiettiva di punibilità).

In dottrina si è osservato che nell'ottica del legislatore fascista la *ratio* della norma in commento è incentrata su una visione utilitaristica della vita del singolo ai fini della potenza della nazione, e logica nella sua struttura di fattispecie plurisoggettiva imperfetta dove, nonostante il suicidio continui ad essere considerato illecito, viene per ragioni logiche e di opportunità giuridica escluso da sanzione l'autore principale del fatto (R.E. Omodei, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitaristico e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), n. 10/17).

I pubblici ministeri presso il Tribunale di Milano hanno richiesto, all'udienza del 18.1.2018, l'assoluzione dell'imputato Cappato, in relazione al suicidio assistito di Dj Fabo, avvenuto presso la sede dell'associazione Dignitas, in Svizzera, il 27 febbraio 2017, con la formula *"perché il fatto non sussiste"* o, in subordine, di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. *"in relazione alla parte in cui incrimina la condotta di partecipazione fisica o materiale al suicidio altrui, senza escludere la rilevanza penale della condotta di chi aiuta il malato terminale o irreversibile a porre fine alla propria vita quando il malato stesso ritenga le sue condizioni di vita"*

*lesive del suo diritto alla dignità” (l’articolata memoria della Procura milanese è reperibile su [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it) sotto il titolo *Processo a Marco Cappato per il suicidio assistito di Dj Fabo: le memorie depositate dalla Procura di Milano e dalla difesa di Cappato*).*

Tra le argomentazioni addotte a sostegno dell’assoluzione del Cappato, i PM superano il dogma dell’indisponibilità della vita, per il tramite del bilanciamento con il valore della dignità umana, fornendo un’interpretazione, come visto, ormai consolidata, e affermano il diritto ad autodeterminarsi nelle scelte che riguardano il proprio corpo, e da qui riconoscono a Dj Fabo un vero e proprio diritto al suicidio, anche in via diretta, mediante l’assunzione di una terapia finalizzata allo scopo suicidario, data infatti la sua irreversibile situazione clinica incidente sulla sua dignità, atteso che egli sarebbe andato incontro ad un periodo di degradazione clinica di numerosi giorni. Quindi, concludono i PM per la mancanza di offensività della condotta.

Inoltre, i PM milanesi, prendendo sempre le mosse dal riconoscimento del medesimo diritto al suicidio in talune peculiari circostanze, ritengono non antiggiuridica la condotta dell’indagato per il tramite del riconoscimento di una causa di giustificazione impropria, che trasforma il fatto illecito non punito in un vero e proprio diritto, comportando quindi il riconoscimento di una scriminante in capo alla condotta dell’indagato per effetto della diversa qualificazione che riceve il fatto in cui egli ha concorso. Quest’ultima soluzione è stata ritenuta non compiutamente splicata, almeno nella parte in cui esclude l’applicazione della scriminante ex art. 51 c.p. (la condotta del Cappato, si è osservato da parte dei PM, non è direttamente scriminata ex art. 51 c.p. dall’esercizio di un diritto, in quanto il diritto al suicidio faceva capo esclusivamente all’Antoniani) e quindi la sua estensione a tutti i concorrenti nel reato secondo la disciplina di cui all’art. 119 c.p., preferendo il riferimento ad una non ben definita causa di giustificazione impropria (per questa e altre critiche alle argomentazioni dei PM milanesi, v. R.E. Omodei, *op. cit.*, 146 ss.).

### *1.1. La giurisprudenza della Corte Europea*

Le conclusioni cui sono giunti i giudici nazionali nei casi Welby ed Englaro sembrano trovare conferma in quanto sostenuto, a mente dell’art. 8 CEDU, che tutela il diritto alla vita privata, dalla Corte Europea, per cui da tale articolo è ricavabile (anche) *il diritto alla non prosecuzione di una vita in modo ritenuto degno* (si noti, che il secondo § dell’art. 8 prevede come limite alle scelte non terapeutiche dell’individuo interessi generali specificati, i quali soli, come visto anche nel nostro ordinamento, costituiscono un limite

all'autodeterminazione dell'individuo). Secondo la Corte, pur senza negare la centralità del diritto alla vita protetto dalla stessa Convenzione, deve ritenersi che in un'epoca in cui la sempre maggiore capacità tecnologica di aumentare la speranza di vita consente di sopravvivere a molti che si trovano infermi anche se essi non riuscirebbero con le proprie forze a sopravvivere, tale condizione di vita potrebbe risultare esattamente agli antipodi rispetto alla concezione di vita fatta propria dall'infermo. Così ragionando, la Corte ha affermato che non può escludersi che costituisca una lesione al diritto al rispetto della propria vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione una legge che impedisca di porre fine ad una vita che si protrae in condizioni ritenute indegne e penose (sent. 19.7.2012, n. 497/09, caso Koch; sent. 29.4.2002, n. 2346/02, caso Pretty). L'art. 8, secondo la Corte, va bilanciato e letto congiuntamente all'art. 2 CEDU, dal quale si fa discendere l'obbligo in capo a ciascuno Stato membro di impedire che una persona sottoposta alla sua giurisdizione ponga fine alla propria vita, se la sua decisione non è libera e consapevole. Pertanto, da un lato l'art. 8 riconosce il diritto all'autodeterminazione, dall'altro l'art. 2 impone che tale scelta sia sorretta da una volontà libera e consapevole (sent. 20.1.2011 n. 31322/07, caso Hass, nella quale si legge che *"il diritto di un individuo di decidere quando e in che modo porre fine la propria vita, a condizione che egli sia in condizione di orientare liberamente la propria volontà a tal fine e di agire di conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione"*).

In tutte le pronunce fin qui menzionate i giudici di Strasburgo hanno concluso nel senso che dall'art. 8 discende quanto meno il diritto, sul piano *procedurale*, a che una domanda di assistenza nel porre fine alla propria esistenza sia quanto meno esaminata nel merito dal giudice nazionale al metro dell'art. 8 CEDU. La Corte ritiene pertanto che il diniego opposto dalle Corti nazionali, nei distinti casi di specie trattati, di esaminare nel merito il loro ricorso costituisca un'illegittima interferenza col diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 8 CEDU, impregiudicata ogni valutazione sulla fondatezza o meno di tale ricorso, che sarebbe spettata in prima battuta proprio ai giudici nazionali. Proprio in quanto primi garanti della Convenzione, essi sono tenuti ad esaminare nel merito i ricorsi che i cittadini presentino loro in materia di assistenza al suicidio e/o a pratiche eutanasiche, e a valutare essi stessi – in prima battuta – se tali ricorsi siano fondati al metro non solo del diritto nazionale, ma anche dell'art. 8 CEDU.

In un'altra pronuncia (sent. 14 maggio 2013, Gross c. Svizzera) la Corte Europea ha affrontato il caso di richiesta di suicidio assistito avanzata da una signora Svizzera, non affetta, si badi, da alcuna malattia terminale, che intende porre fine alla propria vita, richiedendo assistenza medica attraver-

so la somministrazione di una sostanza letale. La signora Gross è una cittadina svizzera di ottant'anni che non riesce ad accettare il decadimento delle sue capacità fisiche e mentali legato all'invecchiamento, e decide di porre fine alla sua vita. Decide allora, dopo aver tentato inutilmente il suicidio, di ricorrere a una sostanza letale, il pentobarbital di sodio. La signora Gross si rivolge pertanto ai medici che, pur reputandola in condizioni di assumere la sua scelta in modo pienamente consapevole, non le prescrivono la sostanza poiché non soffre di alcuna malattia (il caso presenta tratti d'affinità con il già menzionato caso Haas c. Svizzera (sent. 20 gennaio 2011, ric. 31322/07, cit.); in quell'occasione si trattava di un soggetto invero non in fin di vita, ma affetto da disturbo bipolare della personalità, che chiedeva gli fosse somministrato un farmaco per poter porre fine alla propria esistenza; e anche in quell'occasione, ad essere denunciata era la legislazione svizzera in materia, una tra le più libertarie in Europa). Si rivolge quindi all'autorità giudiziaria, la quale però conferma le scelte dei medici, giudicando legittime e in linea col diritto svizzero e con la Convenzione europea.

In materia di somministrazione di sostanze letali e assistenza al suicidio, il codice penale svizzero non incrimina *tout court* l'omicidio del consenziente o l'aiuto al suicidio, ma lo fa solo se tali fatti sono commessi rispettivamente per motivi esecrabili, non compassionevoli ovvero per motivi egoistici. Il diritto vivente elvetico si è orientato nel senso che non costituisce omicidio del consenziente né aiuto al suicidio punibile la somministrazione di farmaci idonei a cagionare la morte sulla base di una regolare prescrizione medica. Non è però la legge a stabilire quali siano le condizioni alle quali il personale medico può effettuare la prescrizione: le regole sono piuttosto contenute nelle linee guida dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (A.S.S.M.), che fungono da codice deontologico per i sanitari. In tali linee guida, in buona sostanza, si ammette la possibilità per il personale medico di aiutare il suicidio dei pazienti nella fase terminale della loro malattia – e quindi anche di prescrivere la somministrazione di sostanze letali – quando la sofferenza sia diventata intollerabile, e il malato esprima una volontà in tal senso.

I giudici europei, investiti della questione, richiamano innanzitutto i principi espressi nella sentenza Haas, ribadendo che il diritto di un individuo di scegliere a che punto e in che modo porre fine alla propria vita sia uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 CEDU. Il desiderio della signora Gross di ottenere la dose letale di pentobarbital potrebbe invero essere limitato qualora lo Stato ritenga che sussista una delle esigenze previste dal § 2 dell'art. 8 CEDU, ma, secondo la Corte, tali limitazioni devono essere previste dagli Stati in modo chiaro e comprensibile, in modo che gli individui siano in grado di comprendere

agevolmente se tale diritto sia loro attribuito concretamente, e non in forma meramente illusoria.

Nell'ordinamento svizzero, le condizioni alle quali le sostanze letali possono essere prescritte (e dunque le restrizioni al diritto riconosciuto in linea di principio dall'art. 8 CEDU) sono contenute in una fonte non legale e proveniente da un'organizzazione non governativa. La situazione in cui si trovava la signora Gross, quella cioè di un soggetto non in fin di vita, ma che pure voleva suicidarsi, non era prevista in tali linee guida, né in altre fonti. La mancanza di chiare e comprensibili linee guida di fonte legale ha quindi violato il diritto garantito alla ricorrente dall'art. 8 CEDU.

## 2. La legge 22 dicembre 2017, n. 219 recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento

Come anticipato, il Parlamento ha emanato la legge 22 dicembre 2017, n. 219, sulla libertà di autodeterminazione terapeutica che disciplina il *consenso informato in ambito medico* (art. 1) e *le disposizioni anticipate di trattamento* (art. 4), valorizzando, per quanto rileva anche in ambito penalistico, la libertà di autodeterminazione del paziente nelle scelte terapeutiche.

Tale legge, com'era nella volontà del legislatore, che ha deciso di dare una risposta al clamore mediatico che ha accompagnato i recenti casi di drammatica attualità di cui si è detto in precedenza, ha consacrato i suesposti principi consolidatisi nell'elaborazione giurisprudenziale a partire dal riconoscimento del ruolo centrale rivestito dal consenso del paziente al trattamento medico.

La legge si compone di otto articoli e mira a disciplinare modalità di espressione e di revoca, legittimazione, ambito e condizioni del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento, di quelle disposizioni cioè con le quali il dichiarante enuncia, in linea di massima, i propri orientamenti sul "fine vita" nell'ipotesi in cui sopravvenga una perdita irreversibile della capacità di intendere e di volere.

In primis la legge ribadisce il principio informatore della materia oggetto di esame, disponendo, conformemente all'art. 32 Cost., che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, ad eccezione dei casi espressamente previsti dalla legge (art. 1 co. 1).

Si valorizza la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, basata sul consenso informato del quale vengono dettate le modalità di acquisizione e di documentazione (art. 1 co. 2, 3 e 4).

Significativamente, la legge riconosce, conformemente, come visto, a quanto già assunto dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria degli ul-