



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI  
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE  
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS  
AND ENVIRONMENT

18  
2021

# QUADERNI DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO da

SCELTE TRAGICHE

Atti del III convegno

"Medicina e diritto penale"

Taranto, 11 dicembre 2020

a cura di

Giuseppe Losappio

MARIA BEATRICE MAGRO

Disattivazione del “supporto vitale” della persona incapace di  
consenso e di azione ed evoluzione giurisprudenziale sull’aiuto  
al suicidio



EDIZIONI  
S.G.E.

ISBN: 9788894503067



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEI QUADERNI

Claudia Capozza - Adriana Schiedi - Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Carnimeo Nicolò, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli.

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio\*(in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante.

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione)  
Federica Monteleone, Danila Certosino,  
Dottorandi di ricerca (Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone)

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture  
San Francesco Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy, e-mail:  
*quaderni.dipartimentojonico@uniba.it* telefono: +39 099 372382 • fax: +39 099 7340595  
<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>



18  
2021 QUADERNI  
DEL DIPARTIMENTO JONICO

SCELTE TRAGICHE

Atti del III convegno  
"Medicina e diritto penale"  
Taranto, 11 dicembre 2020

a cura di  
Giuseppe Losappio



L'editore "Dipartimento Jonico in Sistemi  
giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture"  
dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro"

ha chiuso il volume, composto da 287 pagine, il 28 luglio 2021.

Il testo è disponibile *open source* sul sito

<http://edizionidjsge.uniba.it/index.php/i-quaderni>.

I dottorandi Gianluca Ruggiero e Filomena Pisconti hanno collaborato  
all'editing dell'opera. Un ringraziamento speciale alla dott. ssa Maria Di  
Maggio. Senza il suo generoso e versatile impegno la pubblicazione non  
sarebbe stata possibile

ISBN: 978889450367

REGOLAMENTO DELLE PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO JONICO IN  
SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO:  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE – EDJSGE

**Art. 1. Collane di pubblicazioni del Dipartimento Jonico**

Il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro ha tre distinte collane:

- **Collana del Dipartimento Jonico** (d'ora in poi Collana Cartacea), cartacea, affidata alla pubblicazione di una Casa Editrice individuata con Bando del Dipartimento, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei.
- **Annali del Dipartimento Jonico**, collana di volumi pubblicata on line dal 2013 sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici>, ospita saggi, ricerche, brevi interventi e recensioni collegati alle attività scientifiche del Dipartimento Jonico. Gli Annali del Dipartimento Jonico hanno cadenza annuale.
- **Quaderni del Dipartimento Jonico**, collana di volumi pubblicata on line sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici>, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei monotematici.

**Art. 2. Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico**

È istituito un Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico formato dai Direttori delle tre collane che dura in carica per un triennio.

Il Coordinamento è diretto dal Direttore del Dipartimento in qualità di Direttore della Collana cartacea, ed è convocato, secondo le necessità, anche su richiesta dei Direttori delle Collane. La riunione del Coordinamento a discrezione del Coordinatore può essere allargata anche ai componenti dei Comitati Direttivi delle tre collane dipartimentali.

Il Coordinamento approva o rigetta le proposte di pubblicazione dei volumi delle Collane, dopo l'espletamento delle procedure di referaggio da parte dei Direttori e dei Comitati Direttivi. In caso di referaggi con esito contrastante, il Coordinamento decide sulla pubblicazione del contributo, sentito il parere del Comitato Direttivo della collana interessata. Il Coordinamento provvede alla formazione dei Comitati scientifici e dei Comitati Direttivi secondo le modalità stabilite dagli articoli successivi.

**Art. 3. Direttori delle Collane**

La Collana Cartacea è diretta d'ufficio dal Direttore del Dipartimento Jonico che può nominare uno o più condirettori scelti tra i membri del Consiglio di Dipartimento che siano in possesso degli stessi requisiti di seguito elencati per i Direttori degli Annali e i dei Quaderni.

Il/i Direttore/i degli Annali del Dipartimento Jonico è/sono eletto/i dal Consiglio di Dipartimento.

Il/i Direttore/i dei Quaderni del Dipartimento Jonico è/sono eletto/i dal Consiglio di Dipartimento.

L'accesso alle cariche di Direttore degli Annali e dei Quaderni è riservato ai docenti in servizio presso il Dipartimento Jonico ed in possesso dei seguenti requisiti:

- professori ordinari in possesso delle medie ASN richieste per la partecipazione alle commissioni per le abilitazioni nazionali;

- professori associati in possesso delle mediane ASN per il ruolo di professore ordinario;
- RTI in possesso dell'abilitazione per la II o la I fascia, in possesso delle mediane ASN per partecipare alle abilitazioni per la II fascia;
- RTB in possesso di abilitazione alla II o alla I fascia.

I Direttori ricevono le istanze di pubblicazione secondo le modalità prescritte dagli articoli seguenti, valutano preliminarmente la scientificità della proposta tenendo conto del *curriculum* del proponente e dei contenuti del lavoro e procedono, nel caso di valutazione positiva, ad avviare le procedure di referaggio.

I Direttori presiedono i lavori dei Comitati Scientifici e Direttivi e relazionano periodicamente al Coordinamento.

I Direttori curano che si mantenga l'anonimato dei revisori, conservano tutti gli atti delle procedure di referaggio, informano sull'esito delle stesse gli autori invitandoli, ove richiesto, ad apportare modifiche/integrazioni, decidono, d'intesa con il Coordinamento, la pubblicazione o meno in caso di pareri contrastanti dei *referees*.

#### **Art. 4. Comitati scientifici**

Ogni collana ha un proprio Comitato Scientifico composto dai professori ordinari e associati del Dipartimento Jonico.

Il Consiglio di Dipartimento può deliberare l'inserimento nel Comitato Scientifico di studiosi italiani o esteri non appartenenti al Dipartimento Jonico.

#### **Art. 5. Comitati Direttivi**

Ciascuna delle tre Collane ha un Comitato Direttivo formato da professori e ricercatori, afferenti al Dipartimento Jonico, in possesso, per il rispettivo settore disciplinare, delle mediane richieste dall'ASN per il ruolo successivo a quello ricoperto o, se ordinari, per la carica di commissario alle abilitazioni nazionali.

A seguito di invito del Coordinatore delle Collane del Dipartimento Jonico gli interessati presenteranno istanza scritta al Coordinamento che, in base alle indicazioni del Consiglio di Dipartimento, provvederà alla scelta dei componenti e alla loro distribuzione nei tre Comitati Direttivi.

I Comitati Direttivi collaborano con il Direttore in tutte le funzioni indicate nell'art. 3 ed esprimono al Coordinamento il parere sulla pubblicazione nella loro Collana di contributi che hanno avuto referaggi con esiti contrastanti.

#### **Art. 6. Comitato di Redazione**

Le tre Collane sono dotate di un Comitato di Redazione unico, composto da ricercatori, dottori di ricerca e dottorandi, afferenti al Dipartimento Jonico e individuati dai Comitati Direttivi, che, sotto la direzione di un Responsabile di Redazione (professore ordinario, associato o ricercatore), nominato dal Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico, cura la fase di *editing* successiva all'espletamento positivo della procedura di referaggio.

#### **Art. 7. Procedura di referaggio**

Tutte le Collane del Dipartimento Jonico adottano il sistema di revisione tra pari (*peer review*) con le valutazioni affidate a due esperti della disciplina cui attiene la pubblicazione individuati



all'interno dei Comitati Scientifici o Direttivi, oppure, ove ritenuto necessario, all'esterno dei predetti Comitati.

La procedura di referaggio è curata dal Direttore della Collana con l'ausilio dei rispettivi Comitati Direttivi.

### **Art. 8. Proposta di pubblicazione**

La proposta di pubblicazione deve essere indirizzata al Direttore della Collana su modulo scaricabile dal sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali> nel quale il proponente dovrà indicare le proprie generalità e sottoscrivere le liberatorie per il trattamento dei dati personali e per l'eventuale circolazione e pubblicazione on-line o cartacea del lavoro.

Se il proponente è uno studioso "non strutturato" presso una università o centro di ricerca italiano o estero, la proposta di pubblicazione dovrà essere accompagnata da una lettera di presentazione del lavoro da parte di un professore ordinario della disciplina cui attiene la pubblicazione proposta. Alla proposta di pubblicazione il proponente deve allegare il proprio *curriculum vitae et studiorum* (ovvero rinviare a quello già consegnato in occasione di una precedente pubblicazione) e il file del lavoro in due formati, word e pdf.

Per la pubblicazione sulla Collana Cartacea, il proponente dovrà indicare i fondi cui attingere per le spese editoriali.

Le proposte di pubblicazione dovranno attenersi scrupolosamente ai criteri editoriali pubblicati sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>. Nel caso di non corrispondenza, o di corrispondenza parziale, il Responsabile di Redazione, coadiuvato dal Comitato di Redazione, invierà agli autori le indicazioni cui attenersi per la fase di *editing*.

Nel caso siano previste scadenze, pubblicate sul sito, la proposta dovrà pervenire tassativamente entro la data indicata, pena la non ammissibilità della stessa.



# INDICE

## I SESSIONE:

### SCELTE TRAGICHE, CULTURA, ECONOMIA E DIRITTI

#### RELAZIONI

<b>RICCARDO PAGANO</b> <i>Die Kehre come scelta: il tragico come opportunità.</i>	1
<b>STEFANO CERVELLERA, CARLO CUSATELLI, UMBERTO SALINAS</b> <i>L'analisi quasi-real-time della mortalità tarantina fra emergenza ambientale e covid-19.</i>	8
<b>LAURA COSTANTINO</b> <i>Le scelte tragiche nel quadro della food security. Approvvigionamento alimentare e interventi regolativi nell'epoca della pandemia.</i>	14
<b>IVAN INGRAVALLO</b> <i>Il (difficile) bilanciamento tra misure di contrasto alla pandemia da covid-19 e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.</i>	24
<b>PAMELA MARTINO</b> <i>Giudicare su scelte tragiche sotto l'egida della CEDU: la funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale tra civil law e common law.</i>	36

PIERLUCA MASSARO	
<i>Le scelte tragiche nel prisma della tutela della salute in carcere.</i>	48
PAOLO PARDOLESI	
<i>Pandemie e scelte tragiche.</i>	65
FRANCESCO PERCHINUNNO	
<i>Scelte tragiche nell'era covid-19: la tutela del personale sanitario nel quadro dei valori costituzionali.</i>	72
MARIA BENEDETTA SAPONARO	
<i>L'insostenibile leggerezza del tragico.</i>	81
ADRIANA SCHIEDI	
<i>La dialettica tra logos/pathos: per una pedagogia fenomenologica della ragione empatica.</i>	92
PAOLO STEFANÌ	
<i>Diritto, religione e scelte tragiche.</i>	104
LAURA TAFARO	
<i>Il paradigma rovesciato: le scelte non tragiche.</i>	110
STEFANO VINCI	
<i>L'influenza spagnola e le scelte emergenziali del governo italiano.</i>	148

#### INTERVENTO PROGRAMMATO

FABRIZIO CESAREO	
<i>Principio di precauzione e gestione del rischio.</i>	170

#### II SESSIONE: SCELTE TRAGICHE, SCELTE INFELICI E DIRITTO PENALE

MAURIZIO CARBONE	
<i>Introduzione.</i>	174

## RELAZIONI

LUCIA RISICATO

*Mors tua, vita mea, morire con il covid per l'assenza di posti letto.  
Profili di responsabilità del "rianimatore".*

178

GIANDOMENICO DODARO

*Mors tua, vita mea, morire con il covid per l'assenza di posti letto.  
Linee di fuga della responsabilità lungo la catena di "comando  
e controllo" della sanità.*

189

MARCO SCOLETTA

*Covid, risorse scarse e profili di responsabilità da reato degli  
enti sanitari.*

198

SILVIA TORDINI CAGLI

*La disattivazione del "supporto vitale" della persona capace  
di consenso ma non di agire.*

212

MARIA BEATRICE MAGRO

*Disattivazione del "supporto vitale" della persona incapace  
di consenso e di azione ed evoluzione giurisprudenziale sull'aiuto al suicidio.*

220

GIUSEPPE LOSAPPIO

*Fine vita e "diritto vivente" dal caso Englaro a quello Trentini.*

258



II SESSIONE  
SCELTE TRAGICHE, SCELTE INFELICI E DIRITTO PENALE





## RELAZIONI



Maria Beatrice Magro

DISATTIVAZIONE DEL “SUPPORTO VITALE” DELLA PERSONA INCAPACE  
DI CONSENSO E DI AZIONE ED EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE  
SULL’AIUTO AL SUICIDIO

ABSTRACT

Il dibattito sulle “decisioni di fine vita” nell’ambito del trattamento medico-chirurgico si è emancipato dall’uso di un lessico a forte impatto emotivo, quale quello che ricorreva al termine “eutanasia”, per ancorare tutta la problematica in relazione all’evoluzione delle tecnologie mediche e biologiche che rendono sempre più la malattia e il morire come accadimento che appartiene alla decisione umana. Due notissime vicende giudiziarie, quella di Piergiorgio Welby e quella di Eluana Englaro connotano l’evoluzione giurisprudenziale sopra descritta, segnando indiscutibilmente un percorso comune verso una massima estensione dell’autodeterminazione terapeutica anche nelle fasi finali della vita umana. Si assume infatti che non la vita, ma la salute costituisce un diritto sempre disponibile

The debate on the patient's "end-of-life decisions" in the context of medical-surgical treatment has emancipated itself from the use of a vocabulary with a strong emotional impact, such as the one that used the term "euthanasia", to anchor the whole problem in relation to the evolution of medical and biological technologies. Two well-known legal events, that of Piergiorgio Welby and that of Eluana Englaro, characterize the jurisprudential evolution described above, indisputably marking a common path towards a maximum extension of therapeutic self-determination even in the final stages of human life. In fact, it is assumed that not life, but health is a right that is always available even if the consequences of this choice are the sacrifice of the patient's life, given that this right of

anche qualora le conseguenze di tale scelta siano il sacrificio della vita del malato, posto che tale diritto di libertà non incontra alcun limite espresso nel valore, altrettanto individuale della vita, ma solo nella rilevanza sociale degli interessi coinvolti.

freedom does not meet any limit expressed in the equally individual value of life.

#### PAROLE CHIAVE

decisioni di fine vita – diritto alla salute – suicidio assistito

end-of-life decisions – right to health – assisted suicide

Sommario: 1. Una premessa è d’obbligo. 2. Evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di autodeterminazione terapeutica. 3. Il caso Englaro e l’ipotesi dell’incapacità sopravvenuta del paziente. 4. Il rifiuto del tutore e il procedimento di ricostruzione della volontà del paziente non più capace. 5. L’interruzione di catene causali “salvifiche” e di mantenimento in vita. 6. Il caso Welby: l’omicidio del consenziente e la scriminante dell’adempimento del dovere di rispettare il rifiuto di cure. 8. Disposizioni anticipate di trattamento e emergenza Covid-19: il rifiuto di terapie in caso di scarsità di risorse. 9. Dall’autodeterminazione terapeutica al suicidio medicalmente assistito. Il caso Antoniani. 10. La questione di legittimità sottoposta alla Corte costituzionale. 11. La decisione della Corte costituzionale n. 242 del 2019: l’assistenza al suicidio come manifestazione dell’autodeterminazione terapeutica. 12. Le quattro condizioni di non punibilità dell’assistenza medica al suicidio. 13. Quando manca il requisito del “supporto vitale”. La sentenza della Corte di Assise di Massa del 27 luglio 2020 (caso Trentini). 14. L’ipotesi inversa: la totale dipendenza dal “supporto vitale di tipo meccanico”: si può configurare il diritto al c.d. “*suicidio medicalmente assistito per mano altrui*”? 15. Il diritto di morire quale estrinsecazione del diritto alla personalità nella sentenza del Tribunale costituzionale tedesco (*Bundesverfassungsbericht*) del 26 febbraio 2020 sul § 217 *StGB*.

1. I temi del fine vita non possono essere affrontati e risolti in maniera esaustiva se non vi è chiara definizione dei principi gius-filosofici di base, se non si dichiara il modello filosofico-politico concernente il rapporto tra l’individuo e se stesso, fra l’individuo e lo Stato, posto alla base della decisione pubblica affidata al legislatore o all’interprete. Una premessa di tale tipo è implicita anche se non dichiarata a qualunque soluzione si pervenga e qualunque principio costituzionale, espresso, implicito, o totalmente

negato, più che costituire l'epilogo di un ragionamento o di una ricostruzione normativa, ne costituisce la premessa filosofica fondante, talora può suonare persino come un'asserzione.

Personalmente, ritengo che il riconoscimento del diritto di libertà di disporre della salute e persino della propria vita debba sottendere un paradigma teorico, antropologico-politico, fondato sul supremo concetto di dignità umana, inteso in senso soggettivo, cui lo Stato è subalterno. Questa premessa concettuale fa sì che il compito dello Stato non sia quello di suggerire o imporre deontologicamente modelli oggettivi di vita o di morte, ma quello di ampliare il più possibile la gamma delle libertà decisionali dell'individuo rispetto la propria vita.

Questa è la chiave di lettura dei diritti individuali tutelati nella Costituzione: il valore assoluto della autodeterminazione e della dignità (intesa in senso soggettivo e non statualistico oggettivante) dell'individuo, represso e violato dalle dittature del precedente assetto storico politico, perché asservito a logiche stataliste.

La dignità non è un attributo ontologico e inderogabile del vivere in ogni circostanza che nessun giudizio soggettivo può mai scalfire, una dotazione coesistensiva dell'essere umano che la rende un limite delle libertà, non un suo presupposto, ma la sua ragione d'essere.

2. Invero, la storia del diritto all'autodeterminazione terapeutica è assai stratificata, perché a iniziali, timide affermazioni di principio, si sono accavallate nel tempo concrete applicazioni che ne hanno valorizzato a trecentosessanta gradi l'immediata portata precettiva.

La tendenza evolutiva che si trae da una osservazione ormai spassionata del sistema normativo indirizza verso una piena estensione del fondamentale diritto di libertà della salute anche nelle fasi finali della vita umana.

Il dibattito sulle "decisioni di fine vita" del paziente nell'ambito del trattamento medico-chirurgico si è emancipato dall'uso di un lessico a forte impatto emotivo, quale quello che ricorreva al termine "eutanasia", per ancorare tutta la problematica in relazione all'evoluzione delle tecnologie mediche e biologiche che rendono sempre più la malattia e il morire come accadimento che appartiene alla decisione umana<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per una ricostruzione ampia della tematica nei suoi primi sviluppi, tra i primi contributi in ambito penalistico, mi si permetta il rinvio a M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, e l'ampia bibliografia ivi citata; L. Stortoni (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, Trento, 1992; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv.it.dir.proc.pen* 1995,

Il lessico che contrapponeva diritti o doveri alla vita o alla morte ha, nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa dell'ultimo decennio, ceduto il passo a quello dell'autodeterminazione terapeutica, sulla base della rivendicazione del morire come fenomeno esperienziale individuale che coinvolge il corpo e che comporta un mutamento epistemologico del concetto di salute.

Perciò, nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa non compare il termine "eutanasia" (passiva o attiva) né "aiuto a" o "aiuto nel" morire (così come si distingue nell'ordinamento giuridico tedesco) ma di "rifiuto legittimo di cure", che limita, meglio, esclude, la posizione di garanzia del medico, obbligato ad rispettare la volontà del paziente e ad arrestare il proprio operato, o ne elide l'antigiuridicità della condotta<sup>2</sup>.

Così sterilizzata da componenti esistenziali più profonde attinenti al generale senso della vita, il tema si è instradato, anche sul piano costituzionale e dei principi, nei più ristretti argini dei limiti del diritto alla cura e della disponibilità del diritto alla salute, nell'ambito della relazione terapeutica, fuori dalla tematica generale della legittimità degli atti di autolesionismo e della disponibilità/indisponibilità della vita, e ciò anche qualora il rifiuto concerna terapie salvavita e dal quel rifiuto possa derivare la morte del paziente dissenziente.

Si assume infatti che non la vita, ma la salute costituisce un diritto sempre disponibile anche qualora le conseguenze di tale scelta siano il sacrificio della vita del malato, posto che tale diritto di libertà non incontra alcun limite espresso nel valore, altrettanto individuale, della vita, ma solo nella rilevanza sociale degli interessi coinvolti. In altre parole, viene isolata una situazione esistenziale umana, tra le molte altre parimenti drammatiche, ove la peculiarità del rapporto instaurato con un terzo soggetto costituito dal sanitario e le condizioni di alta tecnologia incidono profondamente: all'interno della relazione terapeutica il dramma della sofferenza umana assume una dimensione valoriale sociale e collettiva che invoca un richiamo alla solidarietà, alla partecipazione empatica, all'innato senso di altruismo.

Ad ogni modo, il riconoscimento di diritto fondamentale dell'uomo all'autodeterminazione rispetto a trattamenti terapeutici è espressione della ricerca di un percorso anzitutto "esistenziale", prima ancor che curativo, che ha fulcro e fine

---

670; F. Giunta, *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 403.

A seguire si sono succeduti nel tempo L. Cornacchia, *Euthanasia, il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello stato*, 2002, 3, 374; C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica – il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004; L. Riscato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, 30 ss.

<sup>2</sup> M. Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in *Aa. Vv., Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Torino 2012, 10.

nel rispetto *dell'identità del malato*, dei suoi modelli mentali, della sua biografia. Perciò, la salute può rappresentare una delle direttrici di ricerca del senso dell'esistenza umana, cui tutti quotidianamente aneliamo.

In questo senso, non è azzardato ritenere che anche la scelta verso una morte, inevitabile e più o meno prossima, non sia in antitesi con la vita, non costituisca un diritto autonomo e contrapposto rispetto quello alla vita o allo sviluppo della persona o alla salute e al benessere, ma una sua articolazione interna, una sua derivazione o espansione logico- giuridica<sup>3</sup>.

La premessa giuridico-filosofica sottesa alla piena affermazione dell'autodeterminazione terapeutica è lo specchio della concezione personalista secondo cui la persona umana è un essere moralmente e intellettualmente capace di esercitare la propria libertà in modo responsabile e in piena autonomia, nel rispetto della dignità umana, da concepirsi come valore giuridico che mai può rappresentare un *limite* alla libertà di autodeterminazione, perché invece ne è la sua ragione, il suo presupposto; le decisioni sulla propria vita e sulla propria morte, in quanto da esse promanate, trovano in essa ragione ontologica, poiché la libertà di morire non è in antitesi logica e giuridica rispetto l'autodeterminazione, ma una sua estrinsecazione.

Ricondotta in questo ambito, viene abbandonata l'espressione tradizionale di eutanasia passiva o attiva, o l'ambito di esplorazione che si appella al diritto di morire o al diritto di suicidio, poiché non si tratta di cagionare o non cagionare la morte, ma di rifiutare trattamenti o di richiedere terapie lenitive del dolore anche quando da tale rifiuto possa discenderne la morte del paziente, così ponendo la tematica al di fuori degli schemi concettuali della responsabilità dolosa per omesso impedimento dell'evento o della condotta commissiva causativa tipica delle comuni fattispecie poste a tutela della vita che interferiscono con l'esercizio della professione sanitaria, e così riconducendola nel generale alveo della responsabilità professionale in caso di violazione delle regole dell'arte o in quello più spinoso del trattamento medico arbitrario.

Due notissime vicende giudiziarie, quella di Piergiorgio Welby e quella di Eluana Englaro connotano l'evoluzione giurisprudenziale sopra descritta, segnando indiscutibilmente un percorso comune: il Giudice dell'udienza Preliminare di Roma assolve il medico che ha disconnesso Welby dal respiratore, secondo la sua esplicita e contestuale richiesta, e la Corte di cassazione accoglie il ricorso del padre tutore di Eluana Englaro, che chiede, secondo le opinioni espresse dalla figlia, che giace in stato vegetativo da quindici anni, di essere autorizzato a interrompere l'idratazione e la nutrizione parenterale della figlia.

---

<sup>3</sup> Così il filosofo G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico-giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Torino, 2020, 334, 353-357.

In entrambi i casi vi è un'azione attiva del medico che interviene su mezzi artificiali di sostegno vitale e in entrambi i casi i giudici di merito (penale) e di legittimità (civile) riconoscono che il diritto alla salute non è condizionato dal rischio di morte del paziente. Ferme queste premesse, il ragionamento si snoda in modo diverso. I casi di Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro sono totalmente opposti: Welby è la dimostrazione di una mente lucida, una mente prigioniera di un corpo sempre più inadeguato a contenerla. Al contrario, Eluana è una donna dal corpo sano, che respira autonomamente ma è la sua mente a non esserci più.

3. L'elemento della volontà del paziente è il requisito costitutivo delle decisioni di fine vita. Tuttavia, proprio la volontà del paziente costituisce il punto nevralgico della questione. Anche se un largo consenso compete al rispetto dell'autonomia del paziente, il quale ha diritto di accettare o rifiutare trattamenti sanitari che siano prevedibili nello sviluppo della patologia in atto, risulta evidente nell'esperienza corrente che tale criterio spesso ha difficoltà ad operare per vari motivi: perché non può materialmente esservi una volontà del paziente contestuale e perdurante al trattamento, come nei casi di stato vegetativo persistente o in generale di sopraggiunta incapacità naturale.

La questione del rifiuto di cure in caso di sopraggiunta incapacità del paziente è stato sottoposto all'attenzione della giurisprudenza italiana, con grande risonanza nelle cronache, concerne Eluana Englaro, donna in stato vegetativo permanente dal 1992, quando, ventenne, aveva riportato un gravissimo trauma cranico-encefalico a seguito di un incidente stradale. In ragione del suo stato, Eluana, pur essendo in grado di respirare autonomamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, era radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno.

La vicenda giudiziaria – che ha interessato diverse decisioni, a partire dal ricorso *ex* articolo 732 c.p.c.– verteva intorno alla richiesta del padre, tutore legale della figlia interdetta, affinché anche a Eluana, nonostante il suo stato, fosse riconosciuto il diritto al rifiuto delle cure, e in particolare che le fosse riconosciuto il diritto alla sospensione della nutrizione e idratazione artificiale dalle quali dipendeva il suo mantenimento in stato vegetativo permanente.

La sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 della prima sezione civile della Corte di cassazione ha segnato le fasi conclusive della vicenda, dettando la regola di diritto da fare valere nel caso in cui manchi una esplicita manifestazione di volontà (attuale o pregressa) del paziente in stato vegetativo permanente, ma il suo mantenimento in vita



attraverso trattamenti di sostentamento artificiale venga denunciato dai suoi legali rappresentanti come per lui non dignitoso e degradante<sup>4</sup>.

A tale sentenza ha dato attuazione il decreto della prima sezione civile della Corte d'appello di Milano, n. 88 del 26 giugno 2008, che, ritenendo ricorrenti le condizioni poste dalla sentenza della Corte di cassazione, ha disposto l'interruzione dei trattamenti<sup>5</sup>.

In essa la Corte di cassazione opera, in primo luogo, una ricognizione dei principi vigenti nell'ordinamento giuridico italiano in materia di autodeterminazione terapeutica, già descritti nelle pagine precedenti di questo scritto.

La Corte infatti premette che: il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario e, *«senza il consenso informato, l'intervento medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente»*; il principio del consenso informato ha come correlato *«la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale»*; il diritto del singolo alla salute *«implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute»*, dovendosi escludere *«che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita»*; l'obbligo del medico di curare, che si fonda sul consenso del malato, *«cessa – insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure – quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui»*; alla dichiarazione attuale di volontà del paziente cosciente sono equiparate quelle con le quali il paziente in stato di incoscienza abbia, *«allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza»*<sup>6</sup>.

Tale quadro compositivo dei valori in gioco – fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel pieno possesso delle sue capacità di intendere e di volere – non è tuttavia riproducibile qualora il soggetto adulto non sia più in grado

---

<sup>4</sup> Cass, sez. I., 16 ottobre 2007, n.21748, in *Foro it.* 2007, 3025.

<sup>5</sup> La sentenza non ha avuto solo un seguito giudiziario, ma anche politico- istituzionale: le camere, infatti, hanno sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello stato contro la Corte di cassazione, muovendo l'accusa di aver condotto un'attività giudiziaria creativa, sostanzialmente legislativa, nomogenetica anziché nomofilattica, compiendo di fatto scelte di politica generale spettanti alle camere. Sui ricorsi di camera e senato, la Corte costituzionale ha deciso con ordinanza n. 334/2008, pronunciandosi nel senso dell'inammissibilità in quanto *«non sussiste il requisito oggettivo per l'instaurazione dei conflitti sollevati»*.

<sup>6</sup> Cass, sez. I., 16 ottobre 2007, n.21748, cit.

di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e neppure l'abbia dichiarata prima di cadere in tale condizione, come è accaduto nel caso Englaro, in cui la giovane donna non aveva potuto esprimere un rifiuto informato e perdurante alla prosecuzione delle terapie di sostegno artificiale.

In tale situazione, ritiene la Corte di cassazione, «*che il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esiga una loro immediata tutela*» e che si impone al giudice una «*delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali*».

In caso di incapacità del paziente, i principi costituzionali di ispirazione solidaristica esigono in prima battuta che il medico intervenga ed effettui «*quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente*».

Ma, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui a prescindere dal loro stato di capacità «*impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati*»<sup>7</sup>.

La questione si concentra su situazioni estreme che concernono il caso in cui paziente, una volta capace, abbia perso irreversibilmente la capacità di comunicare la propria volontà e si trovi in stato di incoscienza, ove si tratta di rintracciare un residuo di volontà in capo ad un soggetto non più in grado di esternarla in modo informato, esplicito e contestuale. In tali casi, si tratta di ricostruire una volontà fattualmente assente o di assegnare un valore a quella volontà espressa dal paziente precedentemente, ma in modo avulso dal contesto e disinformato, o di attribuire rilevanza alla volontà manifestata da un soggetto diverso, il rappresentante legale, il tutore, o il fiduciario, il quale, disponendo del potere di dare il consenso ad un trattamento medico, per converso può esprimere il rifiuto di cure o la richiesta di sospensione delle terapie in corso<sup>8</sup>.

4. Il rifiuto del tutore e il procedimento di ricostruzione della volontà del paziente non più capace. Affrontando l'*hard case* Englaro, in cui il paziente verte in una situazione

---

<sup>7</sup> Cass, sez. I., 16 ottobre 2007, n.21748, cit.

<sup>8</sup> Tra i numerosissimi commentatori della sentenza si richiama M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 902; S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, 1562; A. Vallini, *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir.pen.proc.*, 2008, 52 ; F. Viganò, *Esiste un diritto ad essere lasciati morire in pace?*, in *Dir.pen.proc.*, 2008, 7.

di incapacità di manifestare attualmente la volontà di interrompere le cure, la giurisprudenza di legittimità fa applicazione del principio del consenso informato, alla luce del principio personalista, e il principio di eguaglianza, che vieta irragionevoli disparità di trattamento con riferimento a particolari condizioni personali; entrambi i principi impongono di “*ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica*”, cioè il dualismo tra il medico che deve informare e il paziente che può accettare o rifiutare i trattamenti<sup>9</sup>.

La Corte di Cassazione ha riaffermato il principio correlato a quello del *consenso informato*, ovvero il diritto non solo a scegliere tra diverse possibilità di trattamento ma anche di *rifiutare* la terapia e di interromperla in qualunque fase della vita, spingendosi fino a negare che tale diritto sia sottratto al soggetto incapace, in ragione della menomazione che l’ha colpito, pena la violazione del principio di uguaglianza. Esigenze di uguaglianza e ragionevolezza impongono un pieno riconoscimento dei diritti individuali non solo in capo a soggetti in gradi di esercitarli e esternarli, ma anche in capo a soggetti menomati nelle loro capacità comunicazionali (e forse di esperienza e contatto con la realtà circostante). Se si assume che il rifiuto di trattamenti sanitari sia una estrinsecazione del diritto all’autodeterminazione e alla salute, deve riconoscersi che di tali fondamentali diritti godono anche coloro che, a causa di una patologia, hanno perso la capacità di estrinsecarli direttamente.

Affermata quindi la diretta ed immediata tutelabilità ed esigibilità del diritto al rifiuto o alla rinuncia di trattamenti sanitari, anche qualora il paziente non sia più competente, riconosciuto il diritto a rifiutare le cure, sul piano pratico applicativo vanno chiarite le differenze e specificate le diverse modalità del suo esercizio. Quando il paziente non è più in grado di esprimersi non è facile stabilire chi deve valutare l’opportunità di proseguire le cure, stabilire la loro adeguatezza rispetto le condizioni del paziente, in relazione alla irreversibilità della condizione in cui si trova.

Al quesito la giurisprudenza in passato ha fornito risposte diverse. Quella più datata qualificava il consenso dissenso come atto personalissimo che coinvolge interessi legati alla persona dell’interessato, che non può ricevere concreta attuazione attraverso il meccanismo della rappresentanza.

Successivamente la Corte d’Appello di Milano e la Corte di Cassazione hanno modificato questo indirizzo, rifacendosi ad una concezione del tutore come nuncio del soggetto incapace, legittimato ad esprimere il consenso informato, anche se il potere del tutore non si descrive come un ordinario potere di sostituzione del rappresentato nel compimento di atti giuridici; e ciò al fine di assicurare sempre la presenza di un

---

<sup>9</sup> Su questi temi, in rapporto alle decisioni di fine vita, mi si consenta il rinvio ad alcuni miei scritti, M.B. Magro, *Sul limite. Testamento biologico e decisioni di fine vita*, Roma, 2012.

soggetto capace di interagire con il medico e nei processi decisionali, in modo da evitare che il paziente non in grado di autodeterminarsi resti “*privo di voce*”.

Tuttavia, tale potere rappresentativo del tutore viene sottoposto a due limiti: che la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e senza alcuna possibilità neppure flebile di recupero della coscienza e che sia accertata la totale assenza di una capacità comunicativa del paziente; che si persegua il migliore interesse del paziente. La prima rinvia al delicatissimo rapporto tra scienza e diritto, chiamato in causa tutte le volte in cui la legge ha bisogno dell’apporto del sapere scientifico per individuare un presupposto di fatto; la seconda lascia trasparire una chiara opzione in favore di un modello decisorio in cui il tutore non sostituisce l’incapace né decide per l’incapace, ma insieme a quest’ultimo, in considerazione del carattere personalissimo del diritto alla salute. Il tutore dovrà ricercare il *best interest*, decidendo non “al posto”, né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace, cioè sul fondamento della presunta volontà del paziente, tenendo conto dell’idea di dignità della persona manifestata dall’interessato prima di divenire incapace. Depongono in tal senso sia l’art. 6 della Convenzione di Oviedo, assunta come referente interpretativo, in funzione comparativa e ausiliaria, sia il quadro delle decisioni delle Corti in Europa e negli Stati Uniti.

I doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano, dunque, anche nel prestare il consenso informato con riferimento ai trattamenti medici che hanno come destinatario la persona in stato di incapacità, ricostruendo cioè la *presunta volontà del paziente incosciente* «*tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche*» purchè la volontà presunta sia «*ricostruita alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova*», tra cui ricorrono non solo precedenti dichiarazioni dell’interessato, ma anche il suo stile di vita, il suo carattere, il suo senso dell’integrità, i suoi interessi critici e di esperienza.

5. L’interruzione di catene causali “salvifiche” e di mantenimento in vita. Il principio del consenso informato — saldamente affermato nella giurisprudenza costituzionale e in quella del giudice di legittimità — implica non solo la facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche la facoltà di rifiutare originariamente la terapia o di interromperla successivamente sebbene già intrapresa.

Questa linea interpretativa è sorretta da una lettura del principio personalista. Come si diceva nei paragrafi precedenti, il diritto alla salute, in quanto diritto di libertà, ha anche un contenuto negativo, è anche diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria vita secondo canoni di dignità propri dell’interessato. Di fronte al diritto del malato c’è l’obbligo del medico: curare. Ma quando il paziente rifiuta il trattamento, tale obbligo viene meno ed il medico ha al

contrario il dovere di astenersi e di rispettarne la volontà; la condotta omissiva del medico torna ad essere quel *nihil* naturalistico che le è proprio.

La questione così posta tuttavia diviene più complessa quando il paziente, pur “competente” cioè capace di esprimere e comunicare la sua volontà, si trovi in una situazione di dipendenza fisica e quindi sia nella materiale incapacità di attuare da sé la propria volontà di sottrarsi alle cure, se non con un intervento attivo e collaborativo del medico che deve interrompere una terapia già intrapresa.

Si è a lungo dibattuta la questione della qualificazione giuridica – non naturalistica – della condotta *attiva* del medico, allorché questa si realizzi materialmente con un agire attivo, e non con un’omissione pura, e precisamente con un’interruzione attiva dei decorsi causali di salvataggio in atto, cui segue l’evento che tuttavia si verifica a causa di un autonomo processo patologico.

L’interruzione di terapie di sostentamento artificiale in vita e delle tecniche di rianimazione si colloca nell’ambito del capitolo dell’interruzione di un processo causale di salvataggio, in cui il processo mortale deve essere attribuito all’interruzione di un’attività precedentemente intrapresa, annullandone gli effetti.

Sebbene sotto il profilo fattuale la condotta si configuri chiaramente come un *facere* positivo, si è affermata l’idea che tale condotta sul piano normativo assuma il significato di un’omissione. Sulla base di questa considerazione è stata elaborata, nell’ambito della letteratura giuridica di lingua tedesca, la *figura* giuridica del c.d. reato omissivo mediante commissione (*Unterlassung durch Tun*), già conosciuta da tempo, ma studiata e presa in considerazione proprio in relazione ai casi suddetti di interruzione dolosa di una terapia non più utile e significativa per il paziente, allo scopo di estendere la costruzione elaborata a proposito dei limiti alla posizione di garanzia. In tal modo, qualora sussista una richiesta del paziente, tale comportamento attivo e commissivo viene assimilato ad un’omissione che tuttavia non assume rilevanza penale in capo a colui che ha preconstituito una situazione di salvataggio poiché interferisce con quei limiti alla posizione di garanzia rigidamente fissati dal libero esercizio del diritto del paziente a rifiutare il trattamento medico. L’espedito ha consentito di ricondurre tutta la tematica nell’ambito dell’esercizio di un rifiuto di cure, in modo da non assumere più come elemento centrale di discriminazione tra liceità e illiceità il dato naturalistico della natura attiva o omissiva della condotta, ma da valorizzare il significato sotteso alla scelta di fine vita, essendo indifferente, sotto il profilo giuridico, che questo avvenga mediante un *facere* o un omettere.

Il punto centrale della costruzione è che non può esservi alcuna apprezzabile differenza tra l’interruzione di terapie già intraprese e rinuncia *ab initio* a somministrarle (questa sarebbe un’omissione vera anche naturalisticamente), poiché la condotta del medico in entrambi i casi non ha instaurato il processo causale che conduce alla morte il paziente,

ma si inserisce nel corso di un processo già messi in moto naturalmente ed autonomamente la cui causa, in senso fisico e cinetico, non è costituita da una condotta umana. Questa differenziazione riflette la separazione concettuale e ontologica tra le situazioni in cui il paziente chiede di essere ucciso e quelle in cui chiede di essere lasciato morire, ove l'evento morte si è prodotto senza aver innescato un processo attivo di interazione di forze, ma da un autonomo processo patologico.

In tal modo, l'apparente divario tra una condotta omissiva e una condotta commissiva sotto il profilo naturalistico si scioglie stabilendo la comune riconducibilità sotto il profilo giuridico delle due azioni del medico alla matrice di un legittimo rifiuto di terapie (in questo caso di sostegno vitale) rispetto al contenuto dell'art. 32 Cost. il quale non distingue affatto tra agire e omettere.

È innegabile, infatti, già sul piano logico — prima ancora che giuridico — che una volta subordinata al consenso del paziente la legittimità circa la praticabilità iniziale di cure (anche vitali), sarebbe del tutto incongruente non concordare sulla necessità anche del suo consenso a proseguirle, riconoscendo una revocabilità o ritrattabilità del consenso iniziale (così come di un eventuale dissenso) una volta espresso, con altrettanto piena legittimazione di una rinuncia al trattamento sanitario da parte del singolo.

L'assimilazione dell'interruzione del trattamento all'omissione di terapia porta quindi ad ampliare il corridoio di liceità delle pratiche mediche. E di questo processo è protagonista la giurisprudenza sia di merito (penale) che di legittimità (civile) che si spinge ad affermare la equivalenza contenutistica del non praticare le cure e della sospensione delle stesse, senza assegnare un eccessivo peso alla condotta attiva non solo di interruzione della ventilazione artificiale, ma anche di somministrazione di un antidolorifico che avrebbe potuto da sola essere la causa efficiente della morte.

6. Il caso Welby: l'omicidio del consenziente e la scriminante dell'adempimento del dovere di rispettare il rifiuto di cure. Il tema del rifiuto consapevole di mezzi artificiali di sostegno vitale viene affrontato in modo innovativo per la prima volta dalla giurisprudenza penale con riferimento alle condizioni di Il Piergiorgio Welby, malato di distrofia muscolare progressiva dal 1963, senza possibilità di guarigione, ma non in fase terminale, ed anzi con una non breve aspettativa di vita, costretto a uno stato di totale paralisi del corpo, dipendente dal 1997 da un apparato di ventilazione meccanica per respirare, ma in grado di comunicare la propria volontà e di esternare il suo fermo e lucido rifiuto alla prosecuzione delle terapie di sostegno artificiale.

La prima pronuncia che riguarda il caso Welby è l'ordinanza del Tribunale di Roma, prima sezione civile, che ha dichiarato inammissibile il ricorso *ex* articolo 700 del codice procedura civile con cui Welby chiedeva, tramite i suoi rappresentanti, che si ordinasse a coloro che lo avevano in cura di «*procedere all'immediato distacco del ventilatore artificiale*» che gli assicurava la respirazione assistita, e contestualmente di

procedere alla somministrazione di terapie sedative *«idonee a prevenire e/o eliminare qualsiasi stato di sofferenza fisica e/o psichica del paziente stesso»*.

A fronte di tale richiesta, il Tribunale di Roma, da un lato, riconosceva che *«il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una grande conquista civile delle società culturalmente evolute»* che può considerarsi *«ormai positivamente acquisito»*, per poi, dall'altro, lamentare che tuttavia, per i trattamenti terapeutici salva-vita, l'ordinamento giuridico *«non prevede nessuna disciplina specifica sull'orientamento del rapporto medico-paziente e sulla condotta del medico ai fini dell'attuazione pratica del principio di autodeterminazione per la fase finale della vita umana, allorché la richiesta riguardi il rifiuto o l'interruzione di trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente»*. Anzi, aggiunge il giudice, se proprio si vuole ricavare qualche indicazione, *«il principio di fondo ispiratore dell'intero ordinamento è quello dell'indisponibilità del bene vita»*, che il giudice di Roma desume dall'articolo 5 del codice civile, dagli articoli 575, 576, 577, 579, 580 del codice penale, nonché dagli articoli 35 e 37 del codice di deontologia medica del 2006. Sicché, concludeva il giudice, *«il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e il distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente»*, ma si tratta di un *«diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento»*, mancando una disposizione normativa *ad hoc*.

La richiesta di Piergiorgio Welby, inascoltata dal Tribunale civile di Roma, è stata accolta dal medico anestesista Mario Riccio, che il 20 dicembre 2006 ha proceduto al distacco del ventilatore polmonare e alla contestuale somministrazione di terapie sedative idonee a eliminare la possibile insorgenza di dolore in conseguenza del distacco stesso, ma in dosi comunque non sufficienti a inibire da sole la funzione respiratoria. Tutto ciò senza l'autorizzazione, ma anzi contro la recentissima decisione dell'autorità giudiziaria. Per questo il dottor Mario Riccio è stato imputato per il reato di omicidio del consenziente con l'ordinanza del G.I.P. del Tribunale di Roma, 10 luglio 2007, nonostante il Procuratore della Repubblica di Roma avesse richiesto l'archiviazione del fascicolo, ritenendo che il distacco del respiratore fosse stato posto in essere *«per dare effettività al diritto fondamentale del paziente di rifiutare il trattamento medico al quale era sottoposto»* e quindi non potesse essere ritenuta *contra legem*, e in questo senso pure si fosse espresso l'ordine dei medici di Cremona. Per il G.I.P., invece, pur essendo molto avvertita *«l'esigenza di rispettare la volontà del paziente, nella fase finale della propria vita»*, tuttavia, non si può che ribadire *«la necessità di una disciplina normativa che preveda delle regole alle quali attenersi in simili casi, fissando, in particolare, il momento in cui la condotta del medico rientri nel divieto di accanimento terapeutico»*. In assenza di tale disciplina normativa, *«al principio di cui all'art. 32 Cost. o alle altre norme internazionali o di grado secondario, non può essere riconosciuta un'estensione tale da superare il limite*

*insuperabile del diritto alla vita», che «nella sua sacralità, inviolabilità e indisponibilità, costituisce un limite per tutti gli altri diritti che, come quello affermato dall'art. 32 Cost., siano posti a tutela della dignità umana.*

Il procedimento nei confronti di Mario Riccio – e con esso anche la vicenda giudiziaria del caso Welby – si è concluso con la sentenza del Tribunale penale di Roma del 23 luglio 2007, che ha dichiarato il non luogo a procedere nei suoi confronti *«perché non punibile per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere».*

Ciò sulla base dell'argomento per cui il rifiuto di una terapia, anche già iniziata, *«costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio».*

Il Giudice osserva che il medico ha posto in essere *“una condotta causativa della morte del paziente”, e che certamente integra l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente”; inoltre “del reato contestato sussiste anche l'elemento psicologico, poiché il dottor Riccio ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente”, ma “nel caso concreto è possibile ravvisare l'esimente dell'adempimento di un dovere ai sensi dell'art. 51 c.p., dato che a seguito del rapporto instauratosi tra paziente e medico non può il secondo non tenere conto della volontà del primo che si avvale dell'art.32, comma 2, Cost. che deve comunque prevalere nel possibile contrasto con l'art. 51 c.p.”.* La fonte del dovere per il medico, quindi, *«risiederebbe in prima istanza nella stessa norma costituzionale, che è fonte di rango superiore rispetto alla legge penale, e l'operatività della scriminante nell'ipotesi sopra delineata è giustificata dalla necessità di superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico che, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altro, incriminarne l'esercizio».*

In sostanza, il giudice di merito, una volta qualificata la condotta del medico in termini di azione, piuttosto che di omissione, rilevante ai sensi del reato di omicidio del consenziente, elide l'antigiuridicità del fatto ricorrendo alla causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p.; per cui al diritto costituzionalmente garantito del paziente derivante dall'art. 32 comma 2 Cost. corrisponde il dovere di astensione del medico.

In tal modo l'art. 32 comma 2 Cost. entra a pieno titolo nel novero delle scriminanti in bianco previste dall'art. 51 c.p. sotto il profilo dell'esercizio di un diritto per il paziente, sotto il profilo dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica in capo al sanitario che vedrà ridimensionato, alla luce della volontà del paziente, il suo dovere di cura, ormai circoscritto al rispetto della sua volontà, al dovere interrompere la terapia



di sostegno vitale, al dovere di informazione delle conseguenze di tale interruzione, al dovere di alleviarne le sofferenze del trapasso e di curarne la sofferenza<sup>10</sup>.

Resta tuttavia l'incoerenza di un sistema che da un lato punisce la condotta di chi "cagiona" (in senso naturalistico) la morte con il consenso–richiesta della vittima e dall'altro scrimina la condotta del medico quando tale consenso, razionale e debitamente informato, costituisca l'estrinsecazione di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito, fonte di dovere di osservanza per il medico (*ex art. 32 comma 2 Cost. e art. 51 c.p.*).

7. Consenso informato, rifiuto e rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari e dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT) nella legge n. 219/2017. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale descritta, che abbraccia quasi un ventennio, culmina nell'approvazione della legge n. 219 del 22 dicembre 2017 intitolata «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento». Grazie ad essa, la libertà di autodeterminazione terapeutica - e il suo strumento operativo costituito dal consenso informato - vive attualmente un periodo particolarmente felice, dovuto alla sua esplicita proclamazione sul piano dei principi<sup>11</sup>.

Sebbene la legge n. 219 del 2017 sia diventata nota – soprattutto nel dibattito pubblico – come la «legge sul testamento biologico», in realtà la sua portata va ben oltre la previsione della disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), poiché coinvolge l'intera materia del consenso informato, andando a recepire i principi di matrice costituzionale – ribaditi, nel corso degli anni, dalla giurisprudenza –, che concernono l'alleanza terapeutica, da intendersi come il rapporto di fiducia "medico-paziente", improntato su informazione, dialogo e comunicazione, momento di incontro tra la "competenza" del medico e "l'esperienza" del paziente.

---

<sup>10</sup> Conformemente, il Tribunale di Cagliari, il 16 luglio 2016, autorizzava il distacco del respiratore artificiale previa sedazione di Water Piludu, affetto da sclerosi laterale amiotrofica, capace di dichiarare le proprie volontà, il quale ne richiedeva l'interruzione.

<sup>11</sup> Per un commento, S. Canestrari, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 2018, 14 ss.; ID, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. Pen.*, dicembre 2018, 11; G.M. Flick, *Dignità del vivere e dignità del morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. Pen.*, 2018, 2302 ss.; L. Eusebi, *Decisioni su 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 alla Corte Costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. medi. Leg.*, 2018, 4, 15 ss.

Essa infatti esordisce dedicando alla libertà di autodeterminazione del paziente l'intero art. 1 dell'articolato nonché assumendo una precisa posizione anche rispetto alcuni profili problematici, ad esempio in ordine alla definizione di trattamenti sanitari, nel chiarire il diritto a non essere informato, il diritto a revocare il consenso in ogni momento etc..

La normativa citata sancisce con chiarezza il diritto inviolabile di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà – derivazione logica del diritto all'intangibilità della sfera corporea di ogni essere umano – e contiene disposizioni di fondamentale importanza.

Come si diceva nei paragrafi precedenti, la necessità dell'acquisizione preventiva del consenso del paziente all'esecuzione di un trattamento medico, discende da una lettura "in positivo" dell'art. 32 comma 2 della Costituzione, dalla quale risulta confermata l'ipotesi interpretativa della configurazione del diritto alla salute come libertà individuale, oltre che come interesse collettivo e pubblico.

Questo espresso riferimento al consenso quale requisito di liceità, già affermato nella prassi giurisprudenziale, costituisce una vera "rivoluzione culturale", che arreca un duro colpo alla concezione paternalistica, conferendo all'autonomia individuale un peso nella direzione dell'esclusione della responsabilità di colui che l'ha assecondata e si è conformato ad essa, qualora questi si sia voluto sottrarre alla cura.

Per effetto dell'introduzione della suddetta normativa si è ormai consolidata l'idea di riconoscere inespugnabili spazi alla libertà di autodeterminazione del paziente, anche qualora conseguenza della sua scelta sia il verificarsi consapevole della sua morte. Quindi a prescindere da ogni limite contenutistico e anche con riferimento ai trattamenti meccanici di sostegno vitale.

Di questa evoluzione è testimone il comma 5° dell'art. 1, il quale 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* in senso tecnico, e non come condotte comuni, conduce alla conclusione che possono essere oggetto di legittimo rifiuto anche con lo strumento delle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4, comma 1).

Il legislatore ha mostrato quindi di soddisfare le esigenze di sancire in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico (art. 1, comma 6) – necessaria per dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di un trattamento sanitario anche salvavita – soprattutto al fine di garantire un definitivo consolidamento delle radici costituzionali del principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente.

Non vi è dubbio che la nuova disciplina introdotta dalla legge n. 219/2017 sancisca la piena supremazia dell'autodeterminazione del paziente tanto nell'ipotesi di *rifiuto di cure salvavita*, ove invero il decorso causale che conduce alla morte si snoda "naturalmente" seguendo il suo corso fisiologico non riconducibile all'intervento umano, quanto maggiormente nella equiparata ipotesi di *interruzione di trattamenti salvavita*, in cui l'azione positiva umana interviene sul decorso causale della malattia che conduce alla morte, ed è nel pieno dominio di chi agisce.

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 la loro interruzione, operata tramite un'azione del medico (ad esempio la disattivazione di un sostegno artificiale). Questa definizione scientifico-normativa fa sì che il loro rifiuto neutralizzi la valenza penale della condotta attiva o omissiva del medico che lascia che il processo di morte si produca normalmente o che in qualche modo lo determina, in caso di interruzione di terapie già intraprese.

Va specificato, tuttavia, che il rispetto della volontà del paziente che rinuncia o rifiuta i trattamenti sanitari di sostegno vitale già intrapresi non esaurisce i compiti del medico. Infatti «*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 di cure si traduca in potenziale veicolo di condotte di «abbandono terapeutico».

Importanti previsioni normative concernono il tema delle cure palliative e della terapia del dolore, cui la legge dedica l'art. 2 («Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole delle cure e dignità nelle fase finale della vita») che 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 marzo 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».*

Come appare evidente, alla persona malata in condizioni di fine vita, deve essere offerto un percorso di terapie di cure del dolore, nonché in caso di sofferenze refrattarie, anche la sedazione profonda continua. Di tali cure anche il malato che rifiuta o rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza ha diritto di beneficiare; ma delle stesse può anche rinunciare.

Il cuore della legge n.219 del 2017 è contenuto negli articoli 3 e 4, dove vengono tracciati i contorni del nuovo strumento giuridico delle *dichiarazioni anticipate di trattamento* (DAT), definite come un documento redatto «*in stato di piena capacità di intendere e di volere e di compiuta informazione medico-clinica, con riguardo ad un'eventuale futura perdita permanente della propria capacità di intendere e volere*», nel quale siano espressi «*orientamenti e informazioni utili per il medico, circa l'attivazione di trattamenti terapeutici, purché in conformità a quanto prescritto dalla presente legge*» (art. 3.1).

Il diritto di autodeterminazione della persona incontrerebbe limitazioni assolute nelle circostanze in cui questa venga a perdere la capacità di decidere ovvero di comunicare le proprie decisioni. Per garantire l'estensione della libertà personale del paziente anche in questi casi, si rende necessario prevedere uno strumento nuovo che consenta alla persona, finché si trova nel possesso delle sue facoltà mentali, di dare disposizioni per l'eventualità e per il tempo nel quale tali facoltà fossero gravemente scemate o scomparse.

Il testamento di vita o biologico nasce sull'onda dei timori nei confronti dell'accanimento terapeutico soprattutto nei paesi anglosassoni, ma ormai è noto anche in tutti paesi d'Europa, ed anche in Italia. L'idea che lo sottende presenta analogie con quella cui è informato il testamento ordinario in diritto successorio: si tratta, infatti, di disporre, in un caso, della destinazione dei propri beni dopo la morte, e, nell'altro, della sorte del proprio corpo infermo nelle ipotesi di una futura incapacità di autonomia decisionale. Il testamento biologico, dunque, costituisce uno strumento che tende a dilatare i confini dell'auto determinazione individuale oltre la perdita della coscienza<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Sul dibattito in tema di dichiarazioni anticipate si richiamano solo i contributi più recenti: L. Chieffi, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019; B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita*, Padova, 2018; U. Adamo, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018; G. Ferrando, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2018, 47 ss.; V. Verducci, (a cura di), *Il diritto sulla vita. Testamento biologico e dignità della persona*, Pisa, 2018; M. Barbagli, *Alla fine della vita. Morire in Italia*, Bologna, 2018.

Con il testamento biologico, anche nelle ipotesi in cui il paziente non sia in grado di esprimere una propria determinazione in ordine alla prosecuzione delle terapie, si fornisce al medico un documento attraverso il quale ricostruire la volontà del paziente, in modo che l'eventuale sospensione (o prosecuzione) dei trattamenti risulta suffragata dal consenso di questi<sup>13</sup>.

In coerenza con il principio del consenso informato come legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, il comma 6 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017 – richiamato anche dall'art. 4, comma 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*».

Pertanto, nell'attuale previsione di legge, le DAT non hanno un carattere meramente orientativo ma devono essere pienamente rispettate, tanto da escludere la responsabilità penale del medico obbligato a darne esecuzione per espressa previsione legislativa.

Non si tratta però di una natura inderogabilmente vincolante in quanto occorre verificare la corrispondenza tra la situazione ipotizzata e quella effettivamente verificatasi. In particolare, è necessario ribadire che il sanitario, nell'ambito della relazione di cura, non si limiti a registrare passivamente – con supina acquiescenza – la volontà del paziente. 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 [...]*».

8. Disposizioni anticipate di trattamento e emergenza Covid-19: il rifiuto di terapie in caso di scarsità di risorse. Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato l'emergenza internazionale di salute pubblica per l'epidemia di CoViD-19, dettando le Linee guida per la sorveglianza globale sul fenomeno, poi riclassificato come pandemia. Nel nostro Paese, il Consiglio dei Ministri, con Delibera del 31 gennaio 2020, ha disposto lo “stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”. Dal quel

---

<sup>13</sup>M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 109 ss.; M.B. Magro, *Sul limite. Testamento biologico e decisioni di fine vita*, cit., p.79 ss; A. Manna, *Le cc.dd. direttive anticipate di trattamento tra fughe in avanti della giurisprudenza e spinte regressive da parte del legislatore*, in *Studi in onore di Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1560; C. Paonessa, *La disciplina delle direttive anticipate di trattamento: uno sguardo all'esperienza straniera*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto, Il Governo del corpo*, Milano, 2011, 457; D. Provolo, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettive comparatistica*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 1969.

momento, la condizione di eccezionale pressione degli ospedali e dei diversi *setting* di cura è sotto gli occhi di tutti. A essere direttamente e drammaticamente coinvolti, oltre alle persone affette da CoViD-19 o da altre patologie e ai loro familiari, sono tutti i professionisti della salute e i lavoratori che ruotano intorno alle strutture sanitarie.

Un particolare carico ricade sugli anestesisti-rianimatori per una serie di fattori che caratterizzano questa emergenza sanitaria: una parte di soggetti con diagnosi da Covid – 19 richiede supporto ventilatorio a causa di polmonite interstiziale caratterizzata da ipossiemia severa.

È in questo difficile e inconsueto contesto che si inserisce il documento della SIAARTI il quale ambisce a esplicitare i criteri in base ai quali il medico deve attingere alle risorse, sul presupposto della loro limitatezza. Il testo, fin dal titolo, riassume in termini succinti ma precisi una situazione, quella di “*Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*”, che purtroppo si è presentata come realtà in alcune aree geografiche, considerando che i *setting* di terapia intensiva e sub-intensiva si trovavano, per diverse ragioni, già prima della pandemia, in una situazione di carenza di risorse<sup>14</sup>.

Il problema specifico, però, della situazione contingente è che l’epidemia in corso ha prodotto una situazione di grave e talvolta gravissima carenza di risorse che si è presentata come “prospettica”, cioè non concentrata in uno spazio e in un tempo dato e con un numero definito di malati (come può avvenire in occasione di un disastro), ma si destinata a diffondersi, a protrarsi per uno spazio e un tempo non prevedibili, se non si mettono in atto misure volte a contrastare la pandemia.

Scegliere in emergenza e con risorse limitate è un problema quotidiano e ordinario. Nei reparti di pronto soccorso si attuano quotidianamente e normalmente pratiche di *triage* (cioè “scelta”, “selezione”), ove la priorità si stabilisce in base alla compromissione del quadro clinico: “più il paziente è grave, prima si tratta”.

Il problema di grave squilibrio tra bisogni e risorse investe tutti i contesti di cura, ma, per le particolari caratteristiche di questa pandemia, ha avuto e può avere un forte impatto sulle terapie intensive, ove si utilizza il criterio di accesso “*first come, first served*” che necessariamente crea l’impossibilità di trattare tutti i pazienti che necessitano di cure intensive. Ecco quindi lo squilibrio tra necessità cliniche reali della popolazione e disponibilità effettiva di risorse: i medici possono trovarsi a scegliere chi

---

<sup>14</sup> SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili* - versione 01 pubblicata il 06.03.2020 e il commento di autori vari pubblicato su *Recenti Prog. Med.*, 2020, 212.

debba essere trattato intensivamente quando non tutti possono esserlo. Da qui la necessità di esplicitare i criteri di allocazione delle risorse disponibili nell'accesso alle terapie di rianimazione, agli *hospices* e alle cure del dolore.

In questa sede non mi soffermo sul merito dei criteri indicati nel documento citato (tra cui ricorre quello delle probabilità di sopravvivenza, quello del numero di anni di vita salvata, della presenza di comorbilità, di insufficienze d'organo, dell'età) né sulla legittimità di tali criteri, ma vorrei richiamare solo quello che attinge alle fonti normative già esistenti e in particolar modo, alla legge n. 219 del 2017, in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento. Tale normativa fornisce, anche in questo contesto emergenziale, un fondamentale criterio guida. Ferma la necessità di informare ampiamente il paziente sull'evoluzione e decorso di eventuali patologie, nonché anche sulla carenza di risorse, il criterio principale è infatti quello di esplorare la volontà del paziente, qualora sia in grado di manifestarla, o l'abbia precedentemente manifestata.

Da questo punto di vista possono fornire un'importante guida eventuali dichiarazioni precedentemente espresse da parte del paziente e recepite dalle DAT o nella pianificazione condivisa delle cure, previo coinvolgimento dei familiari o del fiduciario, posto che l'espreso riferimento all'epidemia di Covid -19 e alle concomitanti condizioni di carenza di disponibilità di risorse intensive può mancare nelle dichiarazioni di trattamento rilasciate anteriormente, certamente non prima del febbraio 2020.

Va evidenziato che la pandemia ha reso più difficile la redazione dei testamenti biologici. Da febbraio 2020 a fine anno ne sono stati depositati 11.096 contro gli oltre 145.000 redatti nei 24 mesi precedenti, a partire dall'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017, non per ultimo anche per le difficoltà di acquisire informazioni, di instaurare un dialogo con il medico curante così da poter fare una programmazione condivisa delle cure future.

Non si esclude però, in linea teorica, che le disposizioni anticipate possano fare espreso riferimento all'epidemia di Covid- 19 e alle concomitanti condizioni di carenza di disponibilità di risorse intensive non altrimenti ovviabili, prevedendo in caso di ricovero a causa di evento traumatico o per l'evolversi patologia invalidante in condizioni di incapacità a determinarsi, il rifiuto a essere sottoposti a trattamento intensivo con ventilazione assistita, così consentendo ad altri di usufruire del supporto ventilatorio.

La fonte normativa in questione non prevede infatti limitazioni in ordine alle ragioni delle scelte del disponente né alle caratteristiche della malattia o alla disponibilità o meno delle risorse mediche, potendo le DAT essere disattese dal medico, comunque in

accordo con il fiduciario, solo “qualora esse appaiano palesamente incongrue” (comma 5 art. 4).

9. Dall'autodeterminazione terapeutica al suicidio medicalmente assistito. Il caso Antoniani. Fino a poco tempo addietro, il diritto fondamentale dell'autodeterminazione terapeutica non includeva affatto forme di aiuto a morire. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale descritta non ha infatti portato all'esplicito riconoscimento di un diritto ad autodeterminarsi in ordine alla fine della propria esistenza, ossia all'equiparazione tra diritto al rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitario necessari alla propria sopravvivenza e diritto ad una morte propria o a morire.

Del resto, nel testo della Costituzione non si legge espressamente il diritto di anticipare la propria morte: sul punto la Carta costituzionale non è così esplicita. Perciò, è assai complicato individuare la base legale della domanda sociale di ampliamento o di emersione di un “nuovo” diritto umano che si affaccia nell'orizzonte della tutela della salute.

L'avanzata di questo diritto si manifesta ritagliando uno spazio all'interno del *genus* del diritto dotato di espressa cittadinanza, innescando un continuo processo di ampliamento della sua portata originaria, come riconoscimento a un maggior numero di soggetti portatori di proprie specifiche, ma eccezionali, rivendicazioni, secondo criteri di realizzazione dell'uguaglianza e delle sue eccezioni<sup>15</sup>.

Pur non sussistendo una norma che sancisca esplicitamente il diritto ad autodeterminare la propria morte, non si può frettolosamente concludere che non sussista alcuna libertà in tal senso. Al contrario: se è vero che il morire non è un diritto, è anche vero che non esiste un dovere di vivere.

Pertanto, sulla base di queste premesse, la Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 25 settembre del 2019 ha riconosciuto la libertà di essere assistito al proprio suicidio, quale estensione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, ove la morte naturale sia inevitabile e dolorosa, e l'unica risposta medica (doverosamente offerta, ma liberamente rifiutabile) sia la soluzione – non sempre e non da tutti accettabile – della sedazione terminale profonda in attesa della morte<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> E. Diciotti, B. Pastore, *Il futuro dei diritti: proliferazione o minimalismo?*, in *Ragion pratica*, n.31, 2008, 275-411.

<sup>16</sup> Per un commento “a caldo” dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale, che ha preceduto la sentenza n.242 del 2019, M.B. Magro, *The Last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in *Dir.pen.content.*, 19 giugno 2019; in *Biodiritto.org*, 27 agosto 2019, *Atti del Seminario «Suicidio assistito e valori costituzionali: un orizzonte da delineare»*, 15 marzo 2019 presso il Senato della Repubblica, con il patrocinio della Camera dei Deputati, con le relazioni di T. Padovani, M. B. Magro, S. Canestrari, G. Nardone, C. Tripodina, in <https://www.biodiritto.org/Dossier/Casi-e-materiali-sul-fine-vita-in-Italia>.



La vicenda processuale di Marco Cappato, autodenunciatosi dopo aver assistito Fabiano Antoniani presso la clinica svizzera *Dignitas* ad autoiniettarsi con uno stantuffo il farmaco letale che il personale medico gli aveva fornito, ha sollevato la questione della coerenza attuale del reato che punisce l'aiuto al suicidio, qualora esso sia realizzato da paziente quasi del tutto dipendente dalle tecnologie di mantenimento in vita.

Infatti, malgrado l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'ultimo ventennio, il tema delle decisioni di fine vita si scontra con una serie di vincoli normativi che discendono dalle norme penali vigenti, che rischiano di porsi in antitesi con i principi costituzionali. Non vi è dubbio che le questioni di fine vita tocchino profondamente gli artt. 579 e 580 del codice penale, che non distinguono affatto se le richieste di morte o le condotte collaborative di terzi al suicidio altrui si collochino in una situazione esistenziale di incurabilità, di prossimità di morte e all'interno di una relazione terapeutica.

Fabiano Antoniani è vittima di un terribile incidente stradale che lo rende paraplegico, cieco, immobilizzato dal collo in giù. La tecnologia salva quella vita ma la rende anche un calvario, per lui, fonte di "*sofferenza insopportabile*". Dopo aver provato in tutti i modi, avvalendosi delle migliori tecnologie terapeutiche, di migliorare le proprie condizioni di vita, Antoniani chiede di morire. Tuttavia, egli avrebbe potuto realizzare questo suo desiderio solo a condizione di essere supportato da terzi, non trovandosi nelle condizioni materiali di portarlo a termine da solo.

La legge n. 219 del 2017 era ancora in discussione nei giorni in cui si consumava la vicenda, ma come sappiamo, la giurisprudenza era già orientata ad escludere rilevanza penale alla condotta del medico che interrompe terapie salvavita anche quando dall'interruzione discende la morte del paziente, prevedendo persino l'esonero della responsabilità penale del medico che si attenga a tali direttive del paziente. L'evoluzione del sistema normativo era quindi, già all'epoca dei fatti, giunta ad un ampio riconoscimento del diritto a rifiutare quelle cure di ostacolo ad un naturale processo di morte e del diritto a ricevere un trattamento terapeutico di sedazione profonda, graduabili fino a determinare la totale assenza di qualsiasi reazione alla stimolazione tattile -dolorosa, come risposta al dolore fisico causato dal processo di morte determinato dal distacco dal respiratore artificiale.

Dunque, Antoniani avrebbe potuto chiedere l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, accompagnata, nello stato agonico e di morte imminente che ne sarebbe seguito, da sedazione palliativa profonda continua che lo avrebbe alleviato dai dolori delle crisi respiratorie.

Tuttavia, è da evidenziare che, nel suo caso, a differenza di quelli precedenti in cui si è maturata la giurisprudenza e la legge n. 219/2017, la morte sarebbe non intervenuta

immediatamente, ma in un arco di tempo più lungo, compreso “*tra poche ore e pochi giorni*”. Infatti, la dipendenza dal sostegno vitale di Antoniani non è assoluta e le sue condizioni fisiche non talmente deteriorate da non consentire una sopravvivenza, o meglio una prolungata agonia, in attesa della crisi letale. Egli, pur trovandosi in una condizione di malattia irreversibile e incurabile, non sarebbe morto per effetto dell’interruzione delle terapie salvavita, non essendo totalmente dipendente dalle macchine. Sicché l’interruzione di cure non avrebbe determinato una morte immediata e rapida, costringendolo forzatamente ad una “*sofferenza intollerabile*” perché la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo «*un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni*».

Neppure la sedazione continua e profonda, come risposta al dolore fisico durante l’agonia, nell’attesa della morte, costituisce per Antoniani una valida alternativa, perché egli non vuole rimanere sedato in attesa che il processo giunga a compimento ma desidera morire rapidamente. La sedazione continua profonda, trattamento sanitario in piena regola cui ricorrere in caso di inefficacia delle cure palliative, rappresenta l’ultima *chance* di eliminare la sofferenza ma annienta la coscienza di chi soffre.

In questo aspetto si manifesta una delle peculiarità del caso Antoniani rispetto la soluzione, prima giurisprudenziale – e ormai normativa in quanto recepita dalla legge n. 219/2017 – offerta a casi in cui la vita e il processo di morte sono fonte di “*dolore insopportabile*”: qui la richiesta di suicidio assistito di Antoniani non solleva la questione della tollerabilità o meno del dolore fisico durante l’agonia, cui è possibile rimediare attraverso un’adeguata somministrazione di terapie antidolorifiche, ma nel rifiuto di una *sofferenza intollerabile di tipo psicologico* consistente in un’agonia prolungata nell’attesa della morte in una condizione biologica di assenza di coscienza provocata artificialmente<sup>17</sup>.

10. La Corte di assise di Milano con ordinanza del 14 febbraio del 2018 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., incentrando la questione sul riconoscimento, avvenuto con la legge n. 219 del 2017, del diritto di ciascuno ad autodeterminarsi anche in ordine alla propria esistenza, diritto che renderebbe ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione materiale siano state di mera attuazione di una libera e consapevole scelta del paziente.

---

<sup>17</sup> Sul punto, M.B. Magro, *The Last dance*, cit.,14.

In tal senso, anche G. Cocco, *È lecito evitare l’agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, n. 2, 382, il quale riconduce la tematica oltre l’ambito del riconoscimento di un preteso diritto a morire e al di fuori della tematica dell’agevolazione al suicidio; e S. Canestrari, *I tormenti del corpo e le ferite dell’anima: la richiesta di assistenza a morire e l’aiuto al suicidio*, in F.M. Marini, C. Cupelli, *Il caso Cappato*, cit., 37 ss.

La domanda di fondo è, dunque, se una richiesta di assistenza medica al suicidio possa avere rilevanza giuridica, in un contesto normativo che esplicitamente riconosce dignità ed effetto vincolante alla volontà del paziente di rifiutare le cure salvavita.

La vicenda viene sottoposta alla Corte costituzionale, custode e depositaria dei valori di fondo della nostra società civile, cui viene affidato il compito di stabilire se la norma penale che vieta il suicidio (o la normativa speciale da poco introdotta dalla legge n.219/2017 in tema di DAT) sia incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza, oltre che del principio di autodeterminazione terapeutica previsto dall'art. 32 Cost., nella parte in cui non esclude la responsabilità del medico (o del terzo estraneo, quale Cappato) che presti un aiuto materiale a colui che, trovandosi in condizioni di malattia irreversibili, e privo totalmente di autonomia, ma decisamente e autonomamente determinato a morire lucidamente, in condizioni di piena capacità mentale, voglia anticipare la propria morte.

Il quesito si pone dunque in termini di ragionevolezza nella ricerca delle ragioni che spieghino risposte giuridiche opposte a condizioni umane contigue: qual è la differenza tra l'interruzione di terapie salvavita cui deriva la morte e contestuale sedazione palliativa profonda, quale ultimo trattamento sanitario consentito quando la cura non sia più possibile (entrambi leciti ex legge n.219/2017) e l'assistenza ad una morte autodeterminata da parte dello stesso paziente, la cui realizzazione avviene con il supporto di terzi (vietata dall'art. 580 c.p.)? E' una richiesta arrogante quella di essere aiutati a "morire rapidamente" senza attendere che la morte sopraggiunga naturalmente durante uno stato di sedazione profonda o di coma farmacologico? Quali sono le continuità e quali le differenze tra rifiuto ed interruzione di cure che determina la morte e richiesta di assistenza materiale ad autoprocacciarsi la morte, quando non si è più nelle condizioni materiali di autonomia per poter mettere in atto una scelta che appartiene alla condizione dell'essere umano?

Se nell'ambito dell'omicidio del consenziente, l'evoluzione normativa ha ritagliato un margine di liceità per il medico che, nel rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il trattamento sanitario, ne determina la morte, non si comprende perché non si debba compiere lo stesso ragionamento anche nell'ambito dell'agevolazione al suicidio là dove l'aiuto è richiesto da persona affetta da patologia irreversibile, capace di intendere e volere e seriamente determinata a morire. Queste somiglianze sembrerebbero imporre una disciplina altrettanto simile, dovendosi estendere all'aiuto al suicidio quanto previsto per l'omicidio del consenziente causato dall'interruzione di terapie salvavita.

11. La decisione della Corte costituzionale n. 242 del 2019: l'assistenza al suicidio come manifestazione dell'autodeterminazione terapeutica. Con la sentenza n. 242 del 2019, la Corte costituzionale, nel farsi portatrice delle esigenze di Fabiano Antoniani, afferma che mettere a disposizione di un paziente che versa in quelle specifiche e

strazianti condizioni, strutture e risorse mediche finalizzate non già ad eliminare le sofferenze, ma a determinare la sua morte, non incorra nel divieto di cui all'art. 580 c.p.<sup>18</sup>.

La Corte, pur confermando l'apparato teorico-ideologico del sistema penale vigente in tema di partecipazione al suicidio, sia nella forma della istigazione che dell'aiuto, si limita ad intervenire su un caso specifico, peculiare, la cui incostituzionalità è sostenuta alla stregua dei criteri di ragionevolezza, uguaglianza, plausibilità, a prescindere da proclamazioni di principio<sup>19</sup>. Gli argomenti rilevano la chiara intenzione di volersi mantenere strettamente al problema posto dal giudizio principale e chiaro e forte è il messaggio rivolto al legislatore di intervenire in questa toccante materia e di ritagliare

---

<sup>18</sup>Corte costituzionale, sentenza 24 settembre (dep. 22 novembre 2019), n. 242, Pres. Lattanzi, Est. Modugno. Ricordiamo che con l'ordinanza n. 207 del 2018 la Corte costituzionale aveva sospeso e rinviato l'udienza di un anno in attesa di un intervento legislativo. Per questi profili, soprattutto, L. Risicato, *L'incostituzionalità differita dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in F.S. Marini, C. Cuppelli, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, 2019, 289; L. Eusebi, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Il caso Cappato*, cit., 131; R. Bartoli, *L'ordinanza della consulta sull'aiuto al suicidio; quali scenari futuri*, in *Il caso Cappato*, cit., 1.

Tra i numerosi commentatori della sentenza, si richiama G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in G. D'Alessandro, O. Di Giovine, *La Corte costituzionale e il fine vita. un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020, 265; M. Romano, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistema penale*, 2020, 8; A. Manna, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *disCrimen*, 26.05.2020; G. Gentile, *Il suicidio medicalmente assistito nello spazio libero dal diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, n. 3, 2020, 377; F. Giunta, *L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *disCrimen, focus*, 25 novembre 2019; L. Eusebi, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2; G. Flora, *Una domanda a Ferrando Mantovani. A proposito della sentenza della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *disCrimen opinioni*, 30 ottobre 2019; A. Nicolussi, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2; A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 805; G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini, (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, Atti del Convegno, Pisa 12 ottobre 2018, Torino, 2019.

<sup>19</sup>S. Canestrari, *Una sentenza inevitabilmente infelice: la riforma dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2019, 2160 il quale esprime perplessità sulla proprietà linguistica del termine suicidio.

dall'assolutezza del divieto quelle nuove fenomenologie poco coerenti con le assunzioni fondamentali sottese alle datate e ideologiche opzioni originarie.

Sul piano dei principi, in attesa di un intervento normativo mai sopraggiunto, la Corte statuisce che non esiste nessun "diritto costituzionale di essere aiutato a suicidarsi" né tantomeno un "diritto a morire". Al contrario, dal diritto alla vita, riconosciuto implicitamente dall'art. 2 Cost. e ed esplicitamente dalla Cedu "*discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo, non anche il diritto di rinunciare a vivere a morire*". Perciò, abbandona l'idea di indicare i fondamenti e di delineare i contenuti di un «diritto a morire con dignità», ovvero di un «diritto alla piena dignità anche nel morire» lumeggiato nell'ordinanza n. 207/2018 e così ogni riferimento alla giurisprudenza europea a suo supporto del riconoscimento.

Ed in effetti solo alcuni studiosi, sia pure molto autorevoli, traggono dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo indicazioni decisive a favore di un espresso riconoscimento, nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata, anche del diritto a decidere mezzo e momento della propria morte<sup>20</sup>.

Nel territorio tracciato dalla sentenza n. 242 del 2019 scompare ogni riferimento alla visione soggettiva di dignità del morire; campeggia, invece, l'espressione libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost. Anzi, più precisamente, il dilemma etico e giuridico posto dal caso Antoniani viene delimitato come questione di diritti del malato e le eccezioni di incostituzionalità ricondotte in relazione all'art. 32 comma 2 Cost.21.

Questa premessa sui principi costituzionali di fondo consente di non mettere in discussione le scelte di criminalizzazione del legislatore del 1930, ben potendo essere punita la partecipazione ad un fatto che non costituisce manifestazione di alcun diritto di libertà. In tal modo, il tema dell'assistenza al suicidio viene riqualificato come un sostanziale aiuto a morire del paziente che si trova in condizioni oggettive ben tratteggiate e delineate dalla Corte (quattro e solo quattro)". Fuori da quelle quattro

---

<sup>20</sup>V. Zagrebelsk, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Legislazione penale*, 2 marzo 2020, 4, secondo cui il riconoscimento di un diritto al suicidio si pone in armonia con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In proposito si richiamano i casi *Pretty c. Regno Unito* (Corte EDU, sez. IV, 29 aprile 2002), ove richiamando l'art. 8 CEDU la Corte ritiene che il divieto di partecipazione al suicidio possa interferire con il diritto al rispetto alla vita privata; nonché i casi *Haas c. Svizzera* (Corte EDU, sez.I, 20 gennaio 2011), *Koch c. Germania* (Corte EDU sez. V, 19 luglio 2012), *Gross c. Svizzera* (Corte EDU, sez.II, 14 maggio 2013).

<sup>21</sup>M. Donini, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 205.

condizioni ogni rilievo della autonomia della persona su come morire non assume alcuna rilevanza.

Pertanto, esaltando il diritto all'autodeterminazione terapeutica - senza mai giungere ad un riconoscimento autonomo del diritto a morire - la Corte ha dichiarato la parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina colui che presta assistenza medica al suicidio in favore del paziente che si trova in quattro condizioni: che sia tenuto in vita da *trattamenti di sostegno vitale*, che sia affetto da *patologia irreversibile*, che la malattia sia fonte di sofferenze *fisiche o psicologiche* che egli reputa *intollerabili*, individuando, come già ritenuto in via interlocutoria, la terapia del dolore e l'accesso alle cure palliative quali prerequisiti della scelta da compiere, nell'implicito convincimento che la determinazione del soggetto malato per una soluzione di morte non può considerarsi libera ove egli sia afflitto da sofferenze croniche divenute intollerabili e non lenite da trattamenti palliativi.

Si specifica altresì che la verifica delle condizioni richieste e delle modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio debba avvenire da parte di una struttura pubblica del Servizio Sanitario Nazionale, sentito il parere del Comitato etico territorialmente competente, e che tuttavia il medico non è affatto giuridicamente obbligato ad esaudire la richiesta del paziente, potendo ben opporre l'obiezione di coscienza, qualora non sia, per ragioni personali di etica individuale, favorevole ad una simile estensione dell'autodeterminazione terapeutica.

In queste condizioni, il paziente può attingere a strutture e risorse mediche finalizzate non già ad eliminare le sofferenze fisiche, ma ad impedire un'agonia lunga e penosa, agevolando l'esecuzione del proposito suicida autonomamente e liberamente formatosi.

12. Le quattro condizioni di non punibilità dell'assistenza medica al suicidio. Con la sentenza n. 242 del 2019 la Corte costituzionale ha individuato una circoscritta area di non conformità dell'art. 580 c.p. qualora la persona sia a) affetta da una patologia irreversibile b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche per lui intollerabili c) tenuta in vita a mezzo di trattamento di sostegno vitale, ma d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

A tali condizioni il divieto indiscriminato di aiuto al suicidio punito dall'art. 580 c.p. finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, imponendogli un'unica modalità per congedarsi dalla vita.

La non punibilità dell'aiuto è quindi subordinata ai casi in cui il paziente sia dipendente da supporti artificiali che ne consentono la respirazione, l'alimentazione e idratazione artificiale, la cui autonomia fisica, assai compromessa a causa della malattia, si riduce nella facoltà ormai residua di compiere l'ultimo atto finale (ingerire il farmaco,

spingere lo stantuffo, etc.) solo con l'assistenza materiale di altri e in un contesto medicalizzato.

Per ciò che riguarda il requisito *sub a*), occorre che la persona malata sia «affetta da una patologia irreversibile», ove la questione più discussa riguarda la definizione dello stato patologico come terminale o solo irreversibile.

Qualche elemento interpretativo in proposito si trae attraverso il rinvio al requisito *sub c*). Il riferimento alla dipendenza da mezzo di sostegno vitale individua una patologia e un modello di paziente che si imbatte in un processo di fine vita a seguito della rinuncia all'uso di tecniche strumentali di sostegno delle funzioni vitali e che ha diritto di beneficiare della sedazione palliativa profonda continua. Dunque, una persona malata che entra necessariamente in una fase terminale dopo aver interrotto i trattamenti di sostegno vitale.

In relazione al requisito *sub b*) il profilo più controverso consiste nella necessità di richiedere che la condizione clinica sia connotata da un persistente stato di sofferenza fisica o psicologica nella consapevolezza della dimensione squisitamente qualitativa e soggettiva della sofferenza<sup>22</sup>. Invero, il dolore è sempre un fenomeno duplice: una spiacevole sensazione fisica si associa ad una reazione emozionale la cui intensità e misura colpisce l'uomo nella sua identità e non solo in un frammento del corpo; perciò per sottolineare la complessità del dolore si ricorre all'espressione "*dolore totale*" cioè alla sorgente somatica dello stimolo cui si associano gli aspetti psicologici, sociali spirituali che sappiamo accompagnare gli ultimi mesi della vita del malato. Percepire la soglia del dolore attraverso la conoscenza medica è quasi impossibile e occorre affidarsi alle mutevoli percezioni umane. È il paziente l'unico giudice del proprio dolore e solo lui ha il diritto di valutarne l'intensità ed il disagio da esso provocato.

Inoltre, la previsione del requisito *sub c*) finisce per introdurre un'ulteriore condizione «non scritta» per accedere all'aiuto medico al suicidio: la persona malata non è di regola in grado di far cessare da sola la propria esistenza.

Questa condizione fattuale del malato mette profondamente in crisi la coerenza del tradizionale sistema di norme poste a tutela della vita umana: quando cioè la dipendenza dalla tecnologia è la *ragione* della richiesta di morire ed anche la *condizione* della impossibilità di poter autodeterminare liberamente la propria morte senza un supporto esterno. Le quattro condizioni tratteggiate dalla Corte costituzionale, in verità, si riducono in una: il paziente deve essere tenuto in vita da *mezzi artificiali di supporto vitale*, requisito che assorbe, per gravità, sia quello della malattia irreversibile (posto che spesso solo una malattia gravissima e irreversibile impone il ricorso a mezzi

---

<sup>22</sup> M.B. Magro, *The Last dance*, cit.,9, e la bibliografia ivi riportata, ove si rende conto degli studi empirici sulle condizioni che determinano la sofferenza come insopportabile.

artificiali di supporto vitale), sia quello della sofferenza (che accompagna sempre la condizione del malato tenuto in vita in quelle condizioni).

L'aiuto al suicidio non ricade nell'ambito applicativo dell'art. 580 c.p. qualora il paziente non possa, pur volendolo, suicidarsi da solo, in ragione delle sue condizioni di dipendenza dalle tecnologie mediche di mantenimento in vita. La dipendenza da *mezzi artificiali di supporto vitale* assurge quindi a criterio base. Scrive la Corte costituzionale, con grande sensibilità e umanità: *“Sono contesti fenomenologici assai complessi, in cui è necessaria una maggiore attenzione verso la libertà di autodeterminazione individuale, già menomata dalle condizioni di dipendenza dai supporti terapeutici”*<sup>23</sup>.

Occorre inoltre fare riferimento ad altri requisiti che si desumono dalla sentenza in esame, ove la Corte ha subordinato la non punibilità dell'aiuto al suicidio — in attesa di un indispensabile intervento del legislatore — al rispetto delle condizioni e delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (artt. 1 e 2 della legge 219/2017), nonché della loro verifica da parte del comitato etico territorialmente competente.

In particolare, si evidenzia la necessità che alla persona malata, che richiede l'assistenza medica al suicidio, sia obbligatoriamente proposta, come pre-requisito, la presa in carico da parte di strutture della rete palliativa. Si richiede cioè, al fine di evitare un penoso scivolamento a favore di un diffusione indotta e non consapevole delle pratica di aiuto al suicidio da parte dei soggetti più fragili e esposti a condizionamenti esterni, che al paziente debbano essere offerti in via prioritaria specifici percorsi palliativi, indicando concretamente le strutture sanitarie disponibili e le modalità di accesso attraverso una sorta di “procedura” che preveda una accurata comunicazione con il medico e un adeguato supporto psicologico, in modo da fugare il dubbio di trovarsi di fronte a richieste di aiuto, e non di morte.

Infine, quando i sintomi sono refrattari, in condizioni di inguaribilità e di terminalità o di imminenza della morte, deve sempre essere garantita la possibilità del ricorso alla sedazione palliativa profonda continua, barattando così una morte che sopraggiunge senza coscienza pur di soffrire meno.

13. Quando manca il requisito del “supporto vitale”. La sentenza della Corte di Assise di Massa del 27 luglio 2020 (caso Trentini). L'aiuto al suicidio non ricade nell'ambito applicativo dell'art. 580 c.p. qualora il paziente non possa, pur volendolo, suicidarsi da solo, in ragione delle sue condizioni di dipendenza dalle tecnologie mediche di mantenimento in vita.

---

<sup>23</sup> Corte cost., n.242/2019, p.4.



Tuttavia, proprio questo requisito rappresenta il bersaglio – il *vulnus* – della pronuncia e del principio di diritto enucleato<sup>24</sup>.

In tal senso occorre fare riferimento alla pronuncia della Corte di Assise di Massa del 27 luglio 2020 (che si sa essere stata impugnata) che ha assolto gli imputati Cappato e Schett del reato di cui all'art. 580 c.p. per il suicidio assistito di Davide Trentini, escludendo nel caso concreto la sussistenza tanto di condotte di rafforzamento o istigazione morale che di agevolazione materiale.

Per quanto riguarda la condotta di agevolazione materiale, la Corte di Assise ha ritenuto sussistenti i requisiti scolpiti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019, posto che il paziente era affetto da grave patologia irreversibile (sclerosi multipla) che gli provocava dolori insopportabili e non lenibili, il cui parziale rimedio era la somministrazione di farmaci antidolorifici a dosaggi sempre maggiori, a rischio della vita. Egli tuttavia non era dipendente da trattamenti medici necessari per la sopravvivenza, come l'idratazione, l'alimentazione artificiale, l'emotrasfusione. Sarebbe quindi, nel caso di specie, mancato uno dei requisiti indicati dalla Corte costituzionale, ovvero quello di maggior peso, della dipendenza da sostegni vitali.

La sentenza offre una interpretazione ampia del concetto di “*mezzi artificiali di sostegno vitale*” scolpito dalla Corte costituzionale, sganciandolo dalla fattispecie di origine ritagliata addosso al caso della dipendenza fisica da presidio meccanico in cui si trovava Antoniani. In particolare, essa si connota per il tentativo di “forzare” il richiamo a “*trattamenti di sostegno vitale*” quale presupposto cui agganciare la soglia minima di legittimità delle condotte di aiuto al suicidio che, invero, si era rivelato sin dai primi commenti costituire il vero tallone di Achille della pronuncia costituzionale, non solo per la sua indeterminatezza sotto il profilo scientifico e giuridico, ma anche per la sua discutibile arbitrarietà in tutti i casi di pazienti affetti da patologie gravissime che non implicano necessariamente la dipendenza da una macchina.

La pronuncia accede ad una interpretazione di “*trattamento di sostegno vitale*” comprensiva anche di quei trattamenti di tipo farmacologico, interrotti i quali si verificherebbe la morte del malato anche se in maniera non rapida. I giudici di merito, pur riconoscendo che la Corte costituzionale abbia voluto riferirsi, nel caso Antoniani, ad una dipendenza *meccanica* da supporto vitale, hanno tuttavia ritenuto che tale requisito possa interpretato in modo estensivo, ossia comprensivo delle condizioni di dipendenza da *qualunque trattamento farmacologico*, come ad esempio i farmaci antispastici, cardiologici e antidolorifici la cui riduzione avrebbe potuto determinare un peggioramento dell'insufficienza respiratoria che avrebbe accelerato il processo di

---

<sup>24</sup> Evidenzia il nutrito filone di questioni lasciate aperte dalla Corte costituzionale anche S. Vinciguerra, *L'aiuto al suicidio dopo il giudizio di costituzionalità. Una risposta e qualche domanda*, in *Foro it.*, 2020, I, 843.

morte. In particolare, la sopravvivenza in vita del paziente era sostanzialmente dipendente da un delicatissimo equilibrio nel dosaggio di farmaci di vario tipo, la cui riduzione avrebbe determinato ulteriori e atroci sofferenze, se non lo scompenso cardiaco, mentre un ulteriore incremento ne avrebbe accelerato il decorso clinico fino alla morte.

L'argomento utilizzato dai giudici di primo grado si fonda su una azzardata applicazione analogica *in bonam partem* della causa di giustificazione procedurale che si assume sia stata introdotta per effetto della sentenza della Corte n. 242/2019.

Tuttavia l'espedito argomentativo si presta a facili critiche connesse ai limiti intrinseci del metodo casistico utilizzato dalla pronuncia della Corte costituzionale, che mal si presta ad interpretazioni analogiche, poiché si tratta di fare a meno di uno (e forse il più centrale) dei quattro requisiti che la Corte ha dettato e che circoscrivono l'estensione dell'autodeterminazione terapeutica anche all'assistenza medica al suicidio, per di più in assenza di un chiaro riferimento alla causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., e in attesa che il legislatore preveda espressamente una "procedura giustificante"<sup>25</sup>. Discutibile è anche l'assunto dell'introduzione di una nuova causa di giustificazione di fonte giurisprudenziale, seppure così autorevole. Compito della Corte è esplicitare principi e valori già esistenti in modo immanente nell'ordinamento giuridico da rendere immediatamente applicabili, non introdurre nuove cause di giustificazione. Proprio nella enucleazione dei principi normativi, la decisione della Corte rileva il suo peccato di origine, ovvero quello di aver optato per una soluzione compromissoria ritagliata addosso ad un caso concreto, costruita in termini di eccezione rispetto al divieto generale posto dall'art. 580 c.p., con specifico riferimento alla dipendenza da mezzi artificiali di sostegno vitale, ovvero a condizioni fattuali di forte menomazione della libertà di autodeterminazione.

14. L'ipotesi inversa: la totale dipendenza dal "supporto vitale di tipo meccanico": si può configurare il diritto al c.d. "*suicidio medicalmente assistito per mano altrui*"?

E' possibile immaginare successive evoluzioni e applicazioni della decisione della Corte costituzionale anche nelle ipotesi di c.d. *suicidio per mano altrui*, ossia nell'ipotesi inversa in cui il paziente, cosciente e capace di comunicare, che lamenta una sofferenza per lui intollerabile, si trovi una condizione di *totale dipendenza da mezzi artificiali meccanici di supporto vitale* (per esempio sia affetto da una sindrome c.d. *locked -in*), tanto da essere privato anche del sia pure minimo, margine di autonomia, necessario per partecipare attivamente a cagionare la propria morte, che chiedi però di morire velocemente per mano altrui, senza aspettare che la morte

---

<sup>25</sup> Sulle c.d. giustificazioni procedurali, A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018.

sopraggiunga come conseguenza del distacco e in stato di sedazione profonda (c.d. suicidio per mano altrui) .

Come è a tutti noto, il confine tra omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio viene tradizionalmente rinvenuto sul piano causale, e in particolare nella misura dell'apporto causale della vittima, affinché la morte possa essere qualificata come suicidio, e non come omicidio. Questo criterio suppone una rigida e schematica ripartizione dei ruoli, in cui l'evento morte è interamente riconducibile alla condotta dell'agente nel 579 c.p., mentre all'inverso, nell'assistenza al suicidio, esso è riconducibile primariamente all'azione della medesima vittima, ove il concorrente fornisce un supporto necessario, ma non sufficiente, a cagionare la morte. Così per fare una esemplificazione, se la vittima chiede di morire e fornisce il mezzo letale ad un terzo che lo usa per cagionare la sua morte, è si configura il delitto di omicidio del consenziente, mentre se la vittima usa da sola il medesimo strumento stavolta fornito dal terzo si configura l'art. 580 c.p.<sup>26</sup>.

Tuttavia in alcune eccezionali condizioni le due fattispecie potrebbero lambirsi fino quasi a sovrapporsi: si pensi ai casi caratterizzati da una notevole frammentazione della condotta principale suicida, in cui solo l'ultimissimo atto viene realizzato in autonomia dalla vittima. È sufficiente fornire un piccolissimo e minimo contributo, affinché la fenomenologia possa essere, francamente e senza finzioni terminologiche, qualificata come un vero e proprio suicidio? Quell'atto finale minimo, l'unico possibile a paziente le cui condizioni di autonomia e di comunicazione con l'esterno sono ridotte all'osso, può qualificarsi ancora come "suicidio"?

Di queste difficoltà si fanno carico alcuni sistemi giuridici che mettono a nudo la rigidità della differenziazione: ad esempio nell'ordinamento austriaco le due fattispecie di omicidio del consenziente e aiuto al suicidio sono perfettamente equiparate sotto il profilo sanzionatorio (con una pena peraltro assai più mite rispetto i livelli draconiani previsti dal codice Rocco) a conferma della indiscutibile difficoltà pratica di distinguere con precisione le due ipotesi criminose, soprattutto nei casi in cui la realizzazione causale dell'evento è talmente frammentata da rendere artificiosa la distinzione tra agire di mano propria o di mano altrui, ove il vittima sia un paziente affetto da patologie irreversibili, ospedalizzato, dipendente da supporti artificiali, in cui manca il dominio dell'azione a causa della malattia<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Con opinione contraria, ma evidenziando l'aporia, F. Mantovani, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust.pen.*, 2017, II, 38.

<sup>27</sup> In proposito K. Javers, *La fattispecie tedesca di favoreggiamento al suicidio*, in *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra, Padova University Press, 2019, 53, cui si rinvia per i tutti i risvolti comparatistici.

A questo proposito, si pone in linea teorica la questione della punibilità di un omicidio su richiesta realizzato mediante la somministrazione di un farmaco che produca più velocemente la morte di un paziente *totalmente dipendente* da un sostegno vitale e privo di ogni margine di autonomia, sottraendolo al più o meno lunga agonia in stato di incoscienza, qualora al paziente manchi la facoltà materiale (e libertà) di compiere anche solo l'ultimo frammento finale della catena causale e di cooperare alla realizzazione della propria morte.

15. Il diritto di morire quale estrinsecazione del diritto alla personalità nella sentenza del Tribunale costituzionale tedesco (*Bundesverfassungsbericht*) del 26 febbraio 2020 sul § 217 *StGB*. Pochi mesi dopo la pubblicazione della attesissima sentenza della Corte costituzionale italiana n. 242/2019, il tema dell'assistenza medica al suicidio ha ricevuto nuovo impulso grazie alla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco che, il 26 febbraio del 2020, ha dichiarato, senza mezzi termini, la totale illegittimità costituzionale del § 217 del *StGB*, norma che puniva il reato di *Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung* (aiuto negoziale o professionale al suicidio), introdotta allo scopo di reprimere la diffusione di forme associative organizzate di assistenza al suicidio, ferma restando la non punibilità delle condotte di assistenza al suicidio offerte dai familiari.

L'interrogativo strategico di fondo – eluso dalla Corte italiana – ma affrontato senza mezzi termini dal Tribunale tedesco, è se tra i diritti della persona umana esista anche il diritto di morire.

La decisione del Tribunale costituzionale tedesco, partendo dalle richieste di anziani e medici iscritti alle associazioni incriminate, va ben oltre la conformazione originaria della fattispecie e della prassi da essa vietata, cogliendo l'occasione per dare massima espansione al diritto al suicidio e al diritto a fruire dell'assistenza al suicidio, compreso quello non connesso a situazioni di fine vita o di aiuto a morire<sup>28</sup>. Il *Bundesverfassungsgericht* ha infatti proclamato, seguendo un *iter* logico coerente e consequenziale, l'assoluta illegittimità di qualunque norma voglia penalizzare le condotte di partecipazione morale o materiale al libero e autodeterminato suicidio altrui.

---

<sup>28</sup> BVerfGE Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020,- 2 BvR 2347/15, in [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226\\_2bvr\\_234715.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr_234715.html).

Per una puntuale ricostruzione della corposa motivazione della sentenza, M.B. Magro, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in *Diritto penale del 21 secolo*, 1, 2020, n. 36.

Secondo il Tribunale, la tutela costituzionale del diritto al suicidio si radicherebbe infatti nel rispetto dell'autodeterminazione del soggetto interessato e troverebbe inequivocabile fondamento nel diritto generale della personalità di cui al comma 1 e comma 2 dell'art. 2, con riferimento all'art. 1° co. 1 GG<sup>29</sup>.

Il diritto generale della personalità comprende, quale diritto di libertà ampio e «innominato» («*unbenanntes*»), tutti quegli aspetti della personalità umana che non sono oggetto di espressa garanzia previste dalla *Grundgesetz*, ma che non possono essere considerati in alcun modo di minor valore e di minor significato.

Perciò, il diritto alla manifestazione della personalità non comprende solamente il diritto di rifiutare liberamente e volontariamente misure che conservino in vita, lasciando in tal modo che la patologia faccia il suo decorso verso la morte, ma si estende anche alla decisione di porre fine alla vita di propria mano, quale espressione del diritto ad una morte autodeterminata. Ciò garantirebbe all'individuo un diritto all'autodeterminazione che include persino la decisione di poter fruire del supporto di terzi. Infatti, dal diritto al morire (discende il diritto a stabilire le modalità della propria morte, comprese quelle che fruiscono dell'altrui assistenza e supporto. Perciò, vietare ai terzi di offrire un supporto, obbligando così l'individuo a realizzare la decisione in una condizione di inumana o irrealistica solitudine, o ad abbandonare il proposito, equivale, di fatto, a negare il diritto stesso<sup>30</sup>.

Una simile massiccia limitazione di una libertà tutelata quale diritto fondamentale terrebbe adeguatamente conto della preminenza che l'ordinamento tedesco attribuisce al diritto individuale all'autodeterminazione rispetto l'interesse alla protezione della vita. Ciò si dimostra, in particolar modo, con riferimento ai §§ 1901 e seguenti del *BGB*

---

<sup>29</sup> L'art. 2 co. 1° della Costituzione tedesca dice: *Ciascuno ha il diritto al libero sviluppo della propria personalità, nella misura in cui non lede i diritti degli altri e non infrange l'ordine costituzionale. Il secondo comma: Ciascuno ha il diritto alla vita e all'incolumità individuale. La libertà della persona è inviolabile. In tali diritti si può essere limitati solo sulla base della legge.*

<sup>30</sup> Per un commento, L. Eusebi, *Moriremo di autodeterminazione? brevi note su BVG*, 26 febbraio 2020, in *Discrimen*, 4 maggio 2020; G. Fornasari, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sistema penale*, 11 giugno 2020; G. De Francesco, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con l'altro*, in *Legislazione penale*, 16 marzo 2020; A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in *Legislazione penale*, 16 marzo 2020, 11; L. Riscato, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione timida fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *Legislazione penale*, 16 marzo 2020; V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Legisl. pen.*, 2 marzo 2020, 4.

che consentono di esprimere, con efficacia vincolante e con ampio anticipo rispetto allo sviluppo di una patologia acuta, la decisione di interrompere i trattamenti medici e quindi di morire, a differenza del § 217 *StGB*, che priverebbe i singoli della libertà di fruire di un aiuto al suicidio sulla base di una decisione attuale rispetto al momento decisivo in cui viene praticata<sup>31</sup>.

In sintesi, nella proclamazione della incostituzionalità della norma incriminatrice dell'aiuto morale e materiale al suicidio, e la conseguente proclamazione del diritto alla propria morte, si scorge sullo sfondo una concezione personalista secondo cui la persona umana è un essere moralmente e intellettualmente capace di esercitare la propria libertà in modo responsabile e in piena autonomia, nel rispetto della dignità umana, da concepirsi come valore giuridico che mai può rappresentare un limite alla libertà di autodeterminazione perché ne è la sua ragione, il suo presupposto. Le decisioni sulla propria vita e sulla propria morte, trovano nella dignità umana ragione ontologica, poiché la libertà di morire non è in antitesi logica e giuridica rispetto l'autodeterminazione, ma una sua estrinsecazione, in quanto espressione di un profondo e insondabile significato esistenziale, dei suoi modelli mentali, della sua biografia.

Di particolare interesse è inoltre l'attenzione dedicata dal Tribunale costituzionale all'argomento del c.d. piano inclinato. L'argomento del «piano inclinato» o della «strage degli innocenti» sostiene che la legalizzazione dell'assistenza al suicidio sortirebbe un effetto non voluto, ma tragico ed inaccettabile, costituito dal fatto che soggetti deboli verrebbero condotti a morire anche contro la loro vera e radicata volontà, individui innocenti che non sarebbero mai morti se il suicidio assistito o l'eutanasia non fossero mai stati legalizzati, in quanto non avrebbero voluto prestare il loro consenso. Si paventa quindi il rischio che la diffusione di organizzazioni pro eutanasiche possa produrre pericoli per l'autodeterminazione e per la vita dei più deboli e vulnerabili. Rischio invero evidenziato da una folta schiera di studi specialistici e ricerche sperimentali condotte in tutto il mondo, dal quali emerge un fattore fondamentale nell'insorgenza di pensieri suicidi, costituito da sindromi depressive, rappresentazioni errate, convincimenti e paure irrazionali, da scarsa informazione e assistenza materiale e psicologica, tanto che spesso i desideri di suicidio sono revocati e rielaborati quando la persona venga edotta sulla sua reale situazione e sulle alternative esistenti e in tal modo soddisfatto il bisogno primario di assistenza e cura del dolore. In considerazione dei sempre maggiori costi del sistema sanitario, è plausibile supporre che l'accesso illimitato al suicidio assistito possa influenzare, sia pure indirettamente, la volontà di soggetti più vulnerabili, costretti a confrontarsi con la prospettiva del suicidio assistito anche contro le loro reali intenzioni o perché condizionati da

---

<sup>31</sup> I §§ 1901 e seguenti del *BGB* contengono la normativa in tema di testamenti biologici e dichiarazioni anticipate di trattamento (cd. *Patientenverfügung*).

motivazioni altruistiche: ad esempio la volontà di non rappresentare un peso per la famiglia o per la società.

Dunque, si chiede il Tribunale costituzionale se, a prescindere da situazioni di coartazione diretta della libera volontà (per effetto di coazione, di violenza morale o di inganno) la richiesta del malato possa subire forme di influenza indiretta che provengono da condizionamenti culturali e mediatiche, tali da impedire o da pregiudicare considerevolmente una decisione riflettuta, ponderata ed auto-orientata. La liceizzazione di servizi di consulenza e assistenza al suicidio potrebbe rappresentare un ulteriore fattore di condizionamento culturale e di pressione per coloro che sono già in condizioni di dipendenza e incoraggerebbe la pratica dell'aiuto al suicidio quale «normale prestazione di servizi», come forma normale di conclusione della vita, in particolare per le persone anziane e malate.

Perciò, ritiene il Tribunale costituzionale, sotto tutti questi profili, è ineccepibile l'intervento della legge penale anche in considerazione dell'irreversibilità dell'esecuzione di una decisione suicidaria. Tuttavia, aggiunge, la decisione di morire vita non può rimanere confinata nella ipotetica e più assordante solitudine né relegata in una irrealistica e ristretta sfera privata. Sebbene si tratti di scelta di carattere personalissimo, essa si pone in interazione con la condotta altrui, ed è irrealistico immaginare che l'individuo, nel momento in cui assuma una decisione, sia completamente libero da influenze esterne. Di norma, tutte le nostre decisioni sono influenzate da fattori culturali e sociali e l'autodeterminazione si forma sempre in modo relazionale. Pertanto, vietare penalmente l'aiuto al suicidio esclusivamente in virtù del fatto che il suicidio e l'aiuto al suicidio si pongano in contraddizione con la concezione sociale prevalente di come si debba fare uso della propria vita, in particolare durante la vecchiaia e in caso di malattia, non è- secondo il giudice delle leggi tedesco –un legittimo scopo di politica legislativa.

Inoltre, il Tribunale ritiene che, in base ai dati attuali, non vi sono prove empiriche sul fatto che i soggetti più vulnerabili possano essere messi in pericolo dalla liceizzazione delle forme di assistenza al suicidio; anzi il nesso di rischio presunto fra l'offerta di assistenza organizzata e l'aumento delle richieste di suicidio assistito di persone fragili e suggestionabili non è affatto empiricamente fondato. È ovvio che vari fattori culturali e sociali (ad esempio i progressi tecnologici della medicina e l'aumento delle aspettative di vita) possano influire sulla decisione; tuttavia, al momento non esistono indagini statistiche che possano convalidare l'idea che l'offerta di aiuto negoziale al suicidio racchiuda di per sé pericoli per l'autodeterminazione di soggetti vulnerabili o di una loro maggiore esposizione.

Quindi, nella sua conformazione quale reato di pericolo astratto, il § 217 *StGB* si fonderebbe su argomentazioni paternalistiche sfornite di un robusto ancoraggio empirico.

Da qui il monito: il legislatore deve intervenire nella regolamentazione della delicata materia a tutela dei soggetti vulnerabili, vietando penalmente solo quelle condotte partecipative di terzi che non sortiscono mere interferenze culturali e indirette, ma che si traducono in veri e propri condizionamenti coattivi, anche approfittando delle particolari condizioni di limitata capacità in cui possono trovarsi.

Inoltre, con regolamentazione amministrativa o civilistica, occorre che l'ordinamento si faccia carico del dolore umano, predisponendo risorse e strutture che garantiscano la consapevole, intima, durevole, radicata e libera convinzione del malato, senza introdurre giudizi di meritevolezza su quella che rimane la più misteriosa delle condotte umane, ma offrendo al richiedente ampia informazione, assistenza materiale e psicologica, supporto di ogni tipo, alternative terapeutiche, cure del dolore; mai abbandonandolo alla più tetra solitudine.