

L'AUTODETERMINAZIONE NELLE SCELTE DI FINE VITA TRA CAPACITÀ E INCAPACITÀ, DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO E AIUTO AL SUICIDIO

Di Antonio Gorgoni

SOMMARIO: 1. *Premessa: vita, salute, dignità e autodeterminazione quale dialettica imprescindibile a tutela della persona.* - 2. *Le questioni da trattare nel pluralismo dei valori.* - 3. *La designazione di cui all'art. 1 comma 40 l. n. 76/2016 e le direttive anticipate di trattamento.* - 4. *Modalità attuative della volontà di rifiutare un trattamento salvavita tra capacità e incapacità.* 5. *Rifiuto delle cure e amministrazione di sostegno: interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3 commi 4 e 5 della legge n. 219/2017.* - 6. *Oltre la legge n. 219/2017: suicidio assistito e questione di legittimità costituzionale.* - 7. *L'incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. e la non perfetta coerenza tra l'ordinanza del 2018 e la sentenza del 2019 della Corte costituzionale.* - 8. *Un itinerario: dal caso Englaro al diritto di scegliere come morire.* - 9. *Rifiuto del sostegno vitale o aiuto al suicidio: una scelta del malato a tutela della dignità personale in una cornice di regole.* - 10. *Le «specifiche cautele» nel procedimento di aiuto al suicidio tra tutela della vita e dell'autodeterminazione.* - 11. *Questioni aperte: diritto di aiuto al suicidio e obiezione di coscienza. Verso una nuova definizione di salute?* - 12 (Segue) *Il procedimento di aiuto al suicidio, la volontà del minorenne e l'eutanasia.*

ABSTRACT. *Il saggio indaga sulla rilevanza ed efficacia delle scelte del malato nella fase finale della vita, attraverso l'analisi del rapporto tra i quattro valori fondamentali coinvolti e tutelati dall'art. 1 della legge n. 219/2017: vita, salute, dignità e autodeterminazione. Nella prima parte (§§ 3-5) si esaminano gli strumenti a disposizione della persona capace in previsione della propria incapacità e della persona incapace funzionali a far valere l'autodeterminazione. Nella seconda parte (§§ 6-10) si affronta il tema dell'aiuto al suicidio e si sostiene la configurabilità del diritto di morire e del diritto di scegliere come morire, quali situazioni giuridiche soggettive azionabili. Tali diritti si esercitano, però, in un contesto normativo di sostegno della vita e di solidarietà. Non vi è un valore assolutamente predominante; la vita può cedere di fronte a scelte consapevoli e coerenti con la propria identità e dignità. Il saggio termina con alcune considerazioni sul diritto all'aiuto al suicidio, sulla definizione di salute e de jure condendo (§§11-12).*

The essay investigates the relevance and effectiveness of the patient's choices in the final phase of life, by analyzing the relationship between the four fundamental values involved and protected by art. 1 of the law n. 219/2017: life, health, dignity and self-determination. In the first part (§§ 3-5), examine the tools available to the capable person in anticipation of their inability or the incapable subject functional to assert self-determination. In the second part (§§ 6-10), the theme of aid to suicide takes place. The configurability of the right to die and the right to choose how to die are argued as subjective legal situations that can be activated. These rights are exercised however in a life support regulatory environment and solidarity. There is no absolutely predominant value; life can be sacrificed because of conscious and coherent choices with one's identity and dignity. The essay ends with some considerations on the right to aid to suicide, on the definition of health, and de jure condendo (§§11-12).



1. Premessa: vita, salute, dignità e autodeterminazione quale dialettica imprescindibile a tutela della persona.

La disposizione contenuta nell'art. 1, co. 1, della legge n. 219/2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») costituisce il punto di emersione e di sintesi di un'evoluzione normativa e giurisprudenziale da valorizzare per governare il presente e il futuro¹. Lo sforzo concettuale e antropologico del legislatore e della giurisprudenza è confluito soprattutto, quale risultato più significativo, nell'emancipazione della vita da ogni assolutismo: religioso, etico o di stampo meramente oggettivistico. Il guadagno maggiore è stato l'aver configurato uno spazio più consono per accogliere la dimensione soggettiva dell'essere e la dignità umana.

Permangono, tuttavia, posizioni diverse e incertezze, soprattutto quanto all'esistenza di un vero e proprio diritto di morire che, in quanto tale, si sostanzia in una pretesa azionabile in giudizio. Su questo profilo ci si soffermerà più avanti, dopo aver sintetizzato i passaggi più significativi degli sviluppi normativi e giurisprudenziali sulla rilevanza delle decisioni di fine vita.

Di certo il dato giuridico saliente è la crescente attribuzione alla persona del governo del proprio corpo, che si dispiega in una cornice di supporto da parte del sistema sanitario. Tutto ciò è avvenuto senza aver indebolito la difesa della vita umana e il principio di solidarietà², nel rispetto degli equilibri

costituzionali. È sulla pluralità dei valori quale riferimento imprescindibile del discorso - nella cui sintesi alberga la pacificazione sociale - che si intende riflettere, affrontando alcuni problemi applicativi sollevati dalla legge 219/2017 e dalla recente giurisprudenza sul suicidio assistito.

La centralità del volere del paziente, espressione della sua identità, è frutto, come tutti i risultati più significativi e stabili, di un lungo e ricco percorso contrassegnato dal caso Englaro³, tappa relevantissima di civiltà giuridica. Questa lucida e convincente sentenza della Cassazione ha il merito di aver tratto le giuste conseguenze da una lettura coordinata e coerente dei principi, valori e diritti di riferimento⁴. È un esempio di alta ermeneutica in cui il giurista si è appropriato del proprio ruolo di maggior pregio: favorire lo sviluppo dell'ordinamento nel quadro costituzionale.

Dico subito che sarebbe errata una chiave di lettura delle fonti e delle pronunce giudiziali in termini di individualismo esasperato, di solipsismo in cui ogni realtà oggettiva non corrispondente alla sfera di interessi della persona è destinata all'irrelevanza. La decisione del paziente non è affatto autoreferenziale e isolata. L'art. 1 sopra citato stabilisce che la legge n. 219/2017, «nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione». Sul piano applicativo si determina, pertanto, un'interazione tra questi quattro valori, con ricadute diverse in termini di prevalenza dell'uno o dell'altro, senza esiti preferenziali.

portamenti dinamici che devono essere tenuti da soggetti pubblici e privati: Comuni, province, città metropolitane, regioni e Stato (art. 114) sono tenuti ad emanare disposizioni efficaci ed effettive e compete loro la scelta politica che deve essere assunta sulla base di esplicite competenze della Scienza». Rispetto al nostro tema, la solidarietà è un valore cardine che deve inverarsi in concreto a sostegno del malato. La sua mancanza getterebbe più di un'ombra sull'autenticità della decisione del paziente di morire.

³ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 10, 20331 segg., con nota di M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente e rifiuto delle cure: appunti sul caso Englaro*; in *Danno e resp.*, 2008, 10, 957 ss., con nota di G. ANZANI, *Consenso ai trattamenti medici e "scelte di fine vita"*; in *Fam. pers. e succ.*, 2008, 6, 508 ss., con nota di A. GORGONI, *La rilevanza della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Fam. e dir.*, 2008, 2, 129 segg., con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Corriere giur.*, 2007, 12, 1676 segg., con nota di E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*.

⁴ G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Persona e mercato*, 2016, 4, 140, afferma che la sentenza Englaro «contiene un esempio chiaro di come si possa costruire una regola in presenza di principi e con una robusta argomentazione».

¹ P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 247 ss.; M. MANTOVANI, *Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 198 ss.; D. CARUSI, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corriere giur.*, 2018, 3, 298 ss.; R. LENZI, *Disposizioni anticipate di trattamento ed effettività del consenso*, in *Notariato*, 2020, 2, 136 ss.; S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 997 ss.; R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 947 ss.; M. PICCINI, *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. 219/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 118 ss.; G. BALDINI, *L. n. 219/2019 e disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. e dir.*, 2018, 803 ss.; L. BOZZI, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1, 1358 ss.

² G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, 1, 5-8, sottolinea come «il principio di solidarietà concorre a fissare la fonte di una serie di comportamenti dovuti che gravano su ogni contraente o parte di un rapporto obbligatorio (...). Fissa diritti e doveri in ogni contratto al di là di quanto in esso vi sia scritto e contro quanto vi è scritto, perché la buona fede è norma inderogabile». Ancora «La norma costituzionale, insomma, esige, ad ogni livello, l'attuazione di quel principio attraverso l'indicazione di com-





Di fronte alle questioni specifiche che esamineremo, la tutela della vita potrebbe cedere rispetto all'autodeterminazione, all'idea di salute e alla dignità di quel singolo paziente. Ma è ipotizzabile anche il contrario, ossia che la dignità e la tutela della vita impongano di negare efficacia alle disposizioni anticipate di trattamento, come emerge dall'art. 4, co. 5, l. 219/2017 sulla possibile loro inattualità.

Vi è non già un valore predominante, ma una dialettica tra i quattro valori di cui all'art. 1, co. 1, l. n. 219/2017, volta a salvaguardare il caposaldo della Costituzione: la persona come fine e non come mezzo per affermare un'ideologia ad essa estranea. Occorre però essere nella condizione di esprimere una volontà libera e consapevole. Su questo punto la dialettica tra i valori richiamati ha indotto il legislatore a delineare un procedimento in cui ciascuno di essi abbia modo di rilevare. È in questo procedimento, scandito dalla legge, che i quattro valori, interagendo tra loro, permettono al paziente di decidere cosa sia più confacente per sé stesso.

L'autodeterminazione postula che il paziente abbia ricevuto informazioni «complete, aggiornate e comprensibili» rispetto alla diagnosi, alla prognosi e ai trattamenti sanitari praticabili (art. 1, co. 3, l. n. 219/2017). Se il malato è un minorenne o incapace, le informazioni devono essergli veicolate «in modo consono alle sue capacità per essere messo nelle condizioni di esprimere la sua volontà» (art. 3, co. 2, l. n. 219/2017). Come si diceva, la legge 219/2017 fa perno, favorendolo, sul consenso informato anche dell'incapace.

Soltanto con questa premessa forte - obiettivo di *policy* del diritto- il legislatore accetta che la persona rifiuti le cure.

Viene in rilievo, perciò, la «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», indispensabile affinché il primo decida liberamente, senza essere dominato da una visione distorta, spesso alimentata da una volontà solitaria. La decisione è l'esito di una dialettica dominata da valori apicali quali la solidarietà, la tutela della vita e la dignità. In questo scenario merita una sottolineatura particolare l'elemento della «fiducia» riposta nel medico, la quale, nell'intenzione del legislatore, assurge a precondizione della convinzione personale. È questo un piano diverso e antecedente rispetto a quello della decisione consapevole, favorita dalla ricezione delle giuste informazioni e, appunto, dal senso di sicurezza indotto dal medico.

Se il paziente si è fidato del medico, se egli è stato supportato⁵ ed informato dal medesimo, vi so-

no le condizioni affinché la volontà contraria ai trattamenti salvavita debba essere rispettata (art. 1, co. 5 e 6, c.c.). In questo caso la salute - intesa nella nota ma insoddisfacente, come si dirà meglio in seguito (§ 11), accezione dell'Organizzazione mondiale della sanità (WHO) di stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non come mera assenza di malattia o infermità⁶ - l'autodeterminazione e la dignità si saldano, prevalendo sul mantenimento in vita (*amplius* § 8).

2. Le questioni da trattare nel pluralismo dei valori.

deve esserci tra medico e paziente - «è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia...» - può ampliarsi per ricomprendere altri soggetti vicini al malato, ma solo se così desideri quest'ultimo. Ciò a dimostrazione dell'imprescindibile solidarietà istituzionale, la quale deve provenire da tutti i componenti dell'equipe sanitaria, e della preminenza dell'autonomia del malato quanto al coinvolgimento di terze persone nella sua sfera più privata. Centrale è la giusta comunicazione, come dimostrano l'art. 1, co. 8, l. n. 219/2017 sul tempo della comunicazione tra medico e paziente come «tempo di cura» e l'art. 1, co. 10, l. n. 219/2017 sulla «formazione [degli esercenti le professioni sanitarie] in materia di relazione e di comunicazione con il paziente». È significativo l'art. 1, co. 2, l. n. 219/2017, poiché esso esprime l'idea forte secondo cui lo Stato supporta e promuove efficacemente la vita del paziente in una cornice protettiva all'interno della quale il paziente stesso decide liberamente come affrontare la gravissima patologia che lo affligge. Nelle questioni di fine vita non possiamo che muovere dai valori fondamentali dell'ordinamento per giustificare la legittimità costituzionale di certe soluzioni. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 276-281, parlava, da un lato, di «dimensione sociale all'interno della quale si colloca l'autodeterminazione», nel senso di una «responsabilità pubblica» e di una «relazione solidale» che garantiscano il governo del sé, dall'altro, del valore costituzionale della «libera costruzione della personalità», che impedisce di privare la persona delle scelte su come affrontare la propria fine. Queste non sono solo parole; sono i fondamenti della nostra Repubblica che devono orientare in modo coerente le decisioni dei giudici e le politiche legislative.

⁶ La salute non è più intesa soltanto come assenza di malattia, poiché essa attiene, in modo preponderante, alla percezione che ciascuno ha di sé. Il malato non si confronta esclusivamente con la malattia in quanto tale, ma con le conseguenze di essa sul proprio stato d'animo, sulla condizione fisica e sulla qualità della vita. Ciò comporta, se non si vuole legittimare una forzatura della sfera più intima della persona, il rilievo giuridico di quelle decisioni frutto di un bilanciamento personale e intangibile in cui il trattamento sanitario prospettato venga rifiutato, non modificando a sufficienza la percezione che il malato ha della propria condizione esistenziale. Sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in *Tratt. di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, I, 51 ss.; ed ivi P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, 99 ss. e V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, 579 ss. Ma cfr. anche le considerazioni svolte *infra* nel § 11 a proposito della proposta di una nuova definizione di salute.

⁵ L'art. 1, co. 2, l. n. 219/2017 stabilisce che il paziente possa coinvolgere nella relazione di cura e di fiducia con il medico anche ai familiari, la parte dell'unione civile, il convivente di fatto o a una persona di fiducia. Quindi il cerchio protettivo che

Nei prossimi paragrafi ci concentreremo sugli strumenti negoziali attraverso cui veicolare le disposizioni sul fine vita, sia in funzione rappresentativa dell'incapace (§§ 3-5) sia da parte della persona *compos sui* (§§ 6-10), per concludere sulla configurabilità del diritto di aiuto al suicidio (§ 11) e su alcune questioni che dovranno occupare l'attività legislativa (§ 12).

In ogni caso è sempre l'art. 1 l. n. 219/2017 a orientare l'interprete, come posto in rilievo sopra nella premessa, rispetto a quanto si dirà più nello specifico.

Un primo riscontro lo si ha proprio con riguardo agli incapaci. Se il paziente, al quale è stato nominato un amministratore di sostegno, non ha capacità di autodeterminarsi quanto ai trattamenti medici, la tutela della vita è posta in primo piano dall'ordinamento ed è presidiata dalla garanzia dell'intervento del giudice. Ciò non esclude, come si chiarirà nel § 4, che, sebbene il diritto di rifiutare le cure sia inviolabile e personalissimo, l'amministratore di sostegno possa essere autorizzato a rifiutare trattamenti necessari alla sopravvivenza, in ossequio alla volontà espressa in passato o presunta del beneficiario.

Vita, salute, dignità e autodeterminazione sono, ancora una volta, bilanciabili a seconda delle circostanze concrete, fino al punto in cui uno di essi prevalga sull'altro.

Insomma è utile rimarcare come il legislatore, nello scegliere una linea di fondo con riguardo alla fine della vita, non abbia accolto una prospettiva unilaterale di stampo soggettivistico né oggettivistico. Egli non ha posto all'apice di una scala gerarchica un valore su tutti; piuttosto ha richiamato quattro valori fondamentali, identificativi del sistema ordinamentale, la cui reciproca interazione, attraverso il bilanciamento/preferenza, legittima esiti diversi espressivi in ogni caso della centralità della persona (art. 2 Cost.).

Bisogna evitare estremismi, quasi sempre incapaci di cogliere la complessità del contesto normativo di riferimento. Se si ammette che l'amministratore di sostegno possa rifiutare, nell'interesse del beneficiario, i presidi di sostegno vitale, se si scrimina la condotta del medico che abbia agevolato l'esecuzione del suicidio non si deve, *sic et simpliciter*, sostenere che si avalla un intollerabile attacco al valore della vita. Non è questo l'approccio corretto, perché estraniare il valore della vita dagli altri tre, oscura la complessità dell'ordinamento e della persona, legando quest'ultima a un fattore esterno ad essa - il medico, la famiglia, un'ideologia - in evidente contrasto con la Costituzione.

Stante la delicatezza degli argomenti che svolgeremo, sono preziose alcune affermazioni di un Maestro del diritto che ha lasciato un contributo notevole sul tema dell'ermeneutica giuridica. La complessità, che caratterizza il nostro tema, «non va eliminata, ma illuminata», costituendo «ampliamento dell'orizzonte ermeneutico»⁷. L'interprete, collocato dentro il circolo ermeneutico in cui si scioglie la contrapposizione tra ermeneutica ontologica ed ermeneutica metodica, «se non vuole tradire il suo compito, deve obbedire, seppur sensibile alla trasformazione culturale, alla funzione ordinante del diritto, seguendo la via maestra dell'ermeneutica»⁸. E nel tentativo di ordinare, egli si trova di fronte a una pluralità di fonti, «diversificate per origine e peso», a diritti, principi e valori da porre alla base di una soluzione espressiva di quella «sagezza prudente» (*phronesis*)⁹ cui tendere sempre.

3. La designazione di cui all'art. 1 comma 40 l. n. 76/2016 e le direttive anticipate di trattamento.

Come si diceva, la trattazione delle questioni specifiche prende l'avvio con l'esame degli strumenti legislativi deputati a garantire il colloquio tra medico e paziente, qualora quest'ultimo sia incapace di condurlo direttamente o compiutamente.

L'istituto dell'amministrazione di sostegno (ADS) si è dimostrato efficace ad assicurare una tutela, proporzionata e flessibile¹⁰, agli interessi anche non patrimoniali del beneficiario, come quello alla salute. Gli artt. 405 co. 4 e 408, co. 1 c.c., utilizzando l'espressione «cura della persona», l'art. 410 c.c., nel porre in rilievo i «bisogni» del beneficiario e l'art. 44 disp. att. c.c., nel riferirsi agli interessi morali, chiariscono che la funzione dell'ADS sia di

⁷ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, 132.

⁸ G. BENEDETTI, *op. cit.*, 157.

⁹ G. BENEDETTI, *op. cit.*, 90.

¹⁰ V. AMENDOLAGINE, *La tutela degli interessi del beneficiario nell'amministrazione di sostegno*, in *Giur. it.*, 2020, 3, 690; M. N. BUGETTI, *Atti personali e patrimoniali del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Fam. e dir.*, 2019, 8-9, 797 ss.; G. BONILINI, *Prodigalità e amministrazione di sostegno*, in *Fam. e dir.*, 2018, 2, 142, afferma la residualità dell'inabilitazione, sebbene quest'ultima conservi una sua ragione d'essere proprio con riguardo alla prodigalità; V. BRIZZOLARI, *Amministrazione di sostegno per il soggetto affetto da ludopatia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1298 ss.; M. MATTIONI, *Forza espansiva dell'amministrazione di sostegno e disapplicazione dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 4, 477 ss.; U. ROMA, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 3, 275 ss.



proteggere la persona fragile in tutti gli aspetti più significativi della vita.

Sono moltissimi i provvedimenti giudiziali che hanno attribuito all'amministratore di sostegno il potere rappresentativo di interloquire con i sanitari per decidere sugli esami diagnostici e sui trattamenti curativi necessari. Questo potere, come ha rilevato la Cassazione¹¹, può essere anche l'unico previsto dal decreto di nomina o di modifica (art. 407, co. 4, c.c.); l'assenza di profili patrimoniali rilevanti non osta all'applicazione della *misura cardine* del sistema delle incapacità legali di cui al titolo XII del libro primo del codice civile.

Se quanto detto è pacifico, ci si interroga sulla esclusività o meno dell'amministratore di sostegno a rappresentare l'interessato nelle questioni attinenti alla salute. Dalla normativa emergerebbe come egli non sia l'unica figura deputata a questo scopo, occorrendo distinguere. L'art. 1, co. 40, l. n. 76/2016 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze») stabilisce che «ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con *poteri pieni o limitati*: a) in caso di malattia che comporta *incapacità di intendere e di volere*, per le decisioni in materia di salute».

Questa disposizione si riferisce al caso della persona sana o già malata, capace di intendere e di volere, la quale ha la facoltà di attribuire poteri rappresentativi al proprio convivente di fatto in ambito sanitario in previsione della propria incapacità. L'autore della designazione, redatta in forma scritta e autografa, come prescrive l'art. 1, co. 40, l. n. 76/2017, può graduare i poteri del rappresentante, ad esempio, circoscrivendoli al consenso agli accertamenti diagnostici più o meno invasivi e alle terapie, escludendo gli interventi chirurgici, oppure comprendendo anche questi.

Quando vi è una tale figura - il designato e non già un vero rappresentante¹² - soprattutto se munita

dei pieni poteri, non occorrerà nominare l'amministratore di sostegno, né un fiduciario. La presenza della delega e di una rete di protezione familiare esclude il requisito di cui all'art. 404 c.c. dell'«impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi»¹³, salvo naturalmente che vi sia la necessità di curare gli interessi patrimoniali; in tal caso occorrerà l'ADS.

Va precisato, però, che la delega di cui all'art. 1, co. 40, l. n. 76/2017 non può contemplare le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), perché la legge n. 219/2017 prevede, con disposizioni incompatibili rispetto all'art. 1, co. 40 e 41 l. n. 76/2016, requisiti più stringenti di forma e di sostanza a tutela della vita (art. 14 disp. prel. al cod. civ.). L'art. 4 l. n. 219/2017 prescrive che le DAT siano «redatte per *atto pubblico* o per *scrittura privata autenticata* ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente». È evidente che il rifiuto di «scelte terapeutiche» e di «trattamenti sanitari» (art. 4, co. 1, l. n. 219/2017), ove determini la morte, deve essere espresso nel rispetto delle forme previste per le DAT.

Si noti che l'art. 4 della legge n. 219/2017 non prevede solo requisiti di forma. È stato previsto un requisito di sostanza, la cui mancanza nel documento contenente le DAT ha sollevato dubbi sulla validità dello stesso. L'art. 4, co. 1, l. n. 219/2017 stabilisce, infatti, che le DAT si possono redigere «dopo

interventi medici, così come a trattamenti *post mortem* sul corpo, costituisca atto non delegabile a soggetti diversi dallo stesso interessato». Una delega «in bianco» non è attuabile da parte del designato; semmai, in tal caso, egli potrà contribuire a ricostruire la volontà del convivente di fatto malato, ma dovrebbe agire in giudizio chiedendo di essere nominato quale amministratore di sostegno. Questo è un punto importante: non si può decidere al posto del ma con il malato.

¹³ Cass., 29 settembre 2017, n. 22602, cit., afferma che «In tema di amministrazione di sostegno, nel caso in cui l'interessato sia persona pienamente lucida che rifiuti il consenso o, addirittura, si opponga alla nomina dell'amministratore, e la sua protezione sia già di fatto assicurata in via spontanea dai familiari o dal sistema di deleghe (attivato autonomamente dall'interessato), il giudice non può imporre misure restrittive della sua libera determinazione, ove difetti il rischio di una adeguata tutela dei suoi interessi, pena la violazione dei diritti fondamentali della persona, di quello di autodeterminazione, e la dignità personale dell'interessato». Nel caso di specie è stato cassato il decreto impugnato (che aveva confermato la nomina dell'amministratore di sostegno), poiché il giudice del merito non ha «esaminato se il sistema delle deleghe attivate dall'amministratore assicurati al medesimo soggetto il perseguimento dei propri interessi, secondo i principi di autodeterminazione e di rispetto della dignità dell'interessato, atteso che la persona risulta, secondo la stessa decisione qui impugnata, pienamente lucida e capace di operare le scelte di vita (benché abbia difficoltà ad esprimerle vocalmente) nonché coniugato e, perciò, anche assistito nelle decisioni e nella vita quotidiana dal coniuge».

¹¹ Cass., 27 luglio 2018, n. 19866, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, argomenta dall'ampiezza del termine «interessi» di cui all'art. 404 c.c. per concludere che «la misura [dell'amministrazione di sostegno] non è volta, solo, alla tutela degli interessi patrimoniali», ma anche alla cura della persona. Cfr. anche Cass., 29 settembre 2017, n. 22602, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, 1871 ss., con nota di V. AMENDOLAGINE, *Amministrazione di sostegno e diritto del beneficiando all'autodeterminazione*, la quale ribadisce che l'amministrazione di sostegno consente alle persone fragili di svolgere le attività della vita quotidiana qualora esse siano impossibilitate a effettuarle da sole.

¹² F. MEZZANOTTE, *Sub. art. 41 legge n. 76/2016*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C. M. Bianca, Torino, 2017, 530 ss., sottolinea giustamente «l'impossibilità di riconoscere un potere dispositivo capace di attribuire al nominato un ruolo completamente discrezionale nell'esercizio dei diritti fondamentali della persona, dovendosi viceversa ritenere tutt'oggi fermo il principio per cui il consenso ad essere assoggettato ad

avere acquistato adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte». La disposizione richiede perciò di interpellare un medico al fine di essere edotti sulle «conseguenze» del rifiuto di certi trattamenti o dispositivi salvavita. La finalità è di garantire, qualora dovesse sopravvenire l'incapacità di autodeterminarsi, la consapevolezza della determinazione e l'effettiva volontà. La legge favorisce il consenso informato per proteggere la vita umana.

Va constatato che la l. art. 4, co. 1, l. 219/2017 non impone al dichiarante di menzionare nell'atto di aver ricevuto tutte le informazioni mediche premediche alle dichiarazioni. La prescrizione in esame è funzionale alla formazione della volontà, ma non va intesa a pena di nullità delle DAT, neppure qualora si qualifichi imperativa la disposizione che la contiene¹⁴.

A sostegno, però, si rileva quanto segue. Si diceva che la finalità dell'aver acquisito «adeguate informazioni mediche» è di assicurare la piena consapevolezza delle determinazioni assunte. Il che si deduce anzitutto dall'atto nel suo insieme più che dal rispetto di un requisito formale di per sé solo. È a questa valutazione complessiva che deve essere attribuita centralità. Opinando diversamente, ai fini della validità ed efficacia dell'atto, sarebbe sempre sufficiente una mera menzione, sebbene falsa, di aver svolto un colloquio con un medico. Il che non può essere perché verrebbe svilito il valore della vita.

In verità la menzione non è sufficiente a giudicare della validità delle DAT, se si considera che l'art. 4, co. 4, l. n. 219/2017 stabilisce la non vincolatività delle stesse qualora «appaiano palesamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente». È la congruità delle determinazioni del paziente l'elemento decisivo per valutare l'efficacia delle DAT. Da tale carattere si evince ora lo svolgimento del colloquio con il medico, qualora di esso non sia stata fatta menzione nell'atto, ora la sua improduttività nonostante la menzione.

¹⁴ Da un lato c'è l'esigenza di non condizionare «l'efficacia ostensiva di un rifiuto a forme protocollari di qualsiasi tipo». L'annotazione nella cartella clinica di cui all'art. 1, co. 5, l. n. 219/2017 è uno strumento di conoscibilità della decisione, da non considerare adempimento «della forma quale requisito dell'atto»; del resto è sufficiente «un chiaro gesto muto per esprimere il *noli me tangere*». Dall'altro, soprattutto con riguardo alle DAT, vi è l'esigenza di garantire la certezza della provenienza della dichiarazione. Non tutte le prescrizioni della legge 219/2017 inerenti al consenso informato possono essere interpretate a pena di nullità; occorre valorizzare la finalità della disposizione alla luce del valore da proteggere. Il tema è affrontato lucidamente da P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 3-4.

È solo se si rifugge da una prospettiva ermeneutica meccanica del «se... allora»¹⁵, incentrata sulla presenza/assenza del requisito della menzione del colloquio con il medico, che si garantisce una tutela sostanziale del bene della vita in piena coerenza con le finalità della legge¹⁶.

4. Modalità attuative della volontà di rifiutare un trattamento salvavita tra capacità e incapacità.

Se la designazione di cui all'art. 1, co. 40, l. 76/2016 non toglie spazio alle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), la conclusione è diversa con riguardo alla disciplina dell'amministrazione di sostegno, con particolare riguardo all'atto di designazione dell'amministratore (art. 408, co. 1, c.c.).

Tale atto è stato utilizzato non solo per attuare la finalità sua propria - sottoporre al giudice tutelare il nominativo di una persona nella quale si ripone fiducia - ma anche per redigere le DAT. Di fronte a questa prassi, la dottrina si è pronunciata favorevolmente¹⁷, asserendo che, stante la rilevanza delle

¹⁵ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, cit., 92, invita l'interprete a «riporre in soffitta» il «sillogismo apodittico» e ad avvalersi del «sillogismo retorico fondato sul ragionevole».

¹⁶ G. PERLINGIERI, *Legge, giudizio e diritto civile*, in *Annali SISDiC*, 2018, 2, 10-13, ragiona, al fine di individuare il giusto rimedio, in una prospettiva tutta centrata sulla tutela dell'interesse protetto dalla norma, sul bilanciamento con altri interessi di pari rango alla luce del principio di sussidiarietà. Nelle note 51 e 52 vi sono esempi emblematici di questo approccio, sostenuto, con forza, dalla Scuola napoletana e anche dalla Scuola fiorentino-romana. Si vedano almeno i seguenti scritti di: P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 1, 20 ss.; ID., *La giustizia civile tra efficienza e garanzie (in ricordo di Franco Cipriani)*, in *Il giusto processo civile*, 2013, 4, 1295; G. BENEDETTI, *"Ritorno al diritto" ed ermeneutica dell'effettività*, in *Persona e mercato*, 2017, 1, 3 ss., ora anche in *Oltre l'incertezza*. Un cammino di ermeneutica giuridica, cit. 109 ss.; G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 2, 51 ss. ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 666 ss. A me pare che la linea di pensiero di questi Studiosi sulla tematica dell'interpretazione e dei rimedi sia soprattutto contrassegnata da convergenze.

¹⁷ G. BONILINI, *L'amministrazione di sostegno*, in Bonilini-Chizzini, Padova, 2007, 120 ss., afferma che l'atto di designazione «possa avere un contenuto ben più ricco di quanto non appaia dal testo della norma che lo governa», come, ad esempio, quello riguardante le direttive che il futuro amministratore dovrà seguire nello svolgimento del suo compito. Certo è - osserva l'Autore - che il giudice tutelare non è vincolato a tali indicazioni, avendo egli «un enorme potere decisionale anche sotto il profilo contenutistico». Oggi però con la legge n. 219/2017 deve ammettersi che ove l'atto di designazione contenga le disposizioni anticipate di trattamento, queste siano vincolanti per il giudice e per il medico, salvo la necessità di doverle attualizzare per far emergere la volontà sostanziale dell'autore dell'atto nei limiti di quanto previsto dall'art. 4, co.





dichiarazioni sulla fine della propria vita, l'atto di designazione si prestava, anche sotto il profilo formale, a raccogliere.

La giurisprudenza¹⁸ ha ritenuto che l'atto di designazione potesse contenere le disposizioni anticipate di trattamento; le quali, già prima della legge n. 219/2017, sulla base del quadro delle fonti interne e sovranazionali¹⁹, sono state ritenute vincolanti per

l'amministratore di sostegno e di «orientamento» per medico²⁰.

È sorto, tuttavia, un problema di effettività e di pronta attuazione delle DAT formalizzate nell'atto di designazione. Il dichiarante, di fronte alla sopravvenuta incapacità, avrebbe realizzato la propria volontà contraria a certi trattamenti soltanto se l'amministratore di sostegno fosse stato già nominato subito dopo la redazione dell'atto di designazione. Ma un'interpretazione restrittiva dell'art. 404 c.c. ne ha precluso la nomina secondo questa tempistica. Secondo la Cassazione, la persona nella piena capacità psico-fisica non era legittimata a proporre ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno, occorrendo l'attualità dello stato di incapacità²¹.

Tale interpretazione, plausibile e non smentita dalla giurisprudenza successiva, comporta che chi non intenda avvalersi dei presidi sanitari salva vita (quali, ad esempio, la respirazione assistita, l'alimentazione e l'idratazione artificiale) debba redigere le DAT nella forma di cui all'art. 4, co. 6, l. 219/2017 e indicare eventualmente un fiduciario ai sensi del comma 1. Questa figura, maggiorenne e capace di intendere e di volere, accettata la nomina con la sottoscrizione delle disposizioni anticipate di trattamento o in un atto successivo allegato alle stesse (art. 4, co. 2), ha la rappresentanza esclusiva, interloquisce con il medico, comunicandogli prontamente le volontà del rappresentato (in verità egli è più un *nuncius*).

Con la legge 219/2017, allora, non c'è più ragione per la persona sana, capace di intendere e di volere, di avvalersi dell'atto di designazione unitamente alla nomina successiva (al sopraggiungere dell'incapacità) dell'amministratore di sostegno per esprimere le DAT; anzi il segnalato limite dello sfasamento temporale tra i due momenti della designazione e della nomina rende questo congegno disfunzionale rispetto allo scopo.

Il discorso non è più così netto qualora colui che richieda la nomina dell'amministratore di sostegno, benché pienamente capace di intendere e di volere, sia affetto da una patologia fisica generatrice di crisi emorragiche da fronteggiare con trasfusioni di sangue. Il problema si è posto per i Testimoni di Geova, stante la loro contrarietà, per motivi religiosi, alle trasfusioni di sangue anche in caso di pericolo di vita. Secondo la Cassazione²², in una vicenda

5, l. n. 219/2017. Cfr. per un trattazione più specifica: G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto delle cure*, in *Fam. e dir.*, 2009, 3, 277 ss.; M. TESCARO, *Amministrazione di sostegno pro futuro e direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1023 ss.; A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento* (nota a Cass. n. 23707/2012), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 421 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Famiglia*, 2004, I, 1055; M. N. BUGETTI, *Atti personali e patrimoniali del beneficiario di amministrazione di sostegno*, cit., 797 ss.; 9, 1298 ss.; F. TROLLI, *Il diritto all'autodeterminazione medica del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Giur. it.*, 2019, 4, 798; A. SCALERA, *I poteri sostitutivi dell'amministratore di sostegno in materia di cura personae*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1, 15.

¹⁸ Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, cit., con nota di A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*; in *Fam. e dir.*, 2013, 6, 577 ss., con nota di M. BETTI, *Il consenso agli atti sanitari nell'amministrazione di sostegno: le decisioni del giudice tutelare*. In senso conforme Cass., 7 giugno 2017, n. 14158, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, secondo la quale la «designazione anticipata non ha la mera funzione della scelta del soggetto cui, ove si presenti la necessità, deve rivolgersi il provvedimento del giudice tutelare (salvo il limitato potere di deroga dalla designazione previsto dalla norma stessa "in presenza di gravi motivi") ma ha anche la finalità di poter indicare delle direttive, quando si è nella pienezza delle proprie facoltà cognitive e volitive, sulle decisioni sanitarie o terapeutiche da far assumere all'amministratore di sostegno designato, qualora si prospetti tale nuova condizione del designante».

¹⁹ Già prima dell'entrata in vigore della legge 219/2017, il quadro delle fonti, anche c.d. persuasive, e della giurisprudenza, era univoco nell'indicare la rilevanza giuridica delle disposizioni anticipate di trattamento e la loro efficacia vincolante per il rappresentante legale e per il medico. Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, cit., richiama, infatti, oltre agli artt. 2, 13 e 32 co. 2 della Costituzione, le seguenti fonti: la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (artt. 2, 3 e 35); la Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina (1997), cui ha dato esecuzione la legge n. 145/2001, che ha imposto di tenere conto dei desideri del paziente non in grado di esprimere la sua volontà; la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata con legge n. 18/2009 [in particolare, del preambolo, la parte in cui riconosce l'importanza per i disabili della libertà di scegliere le cure mediche e gli artt. 3 (Principi generali), 17 (Protezione dell'integrità della persona) e 12 (Eguale riconoscimento di fronte alla legge)]. Questa pronuncia richiama anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 18/12/2008, il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica sulle DAT, l'art. 38 del Codice di deontologia medica nella formulazione del 2006 e la pronuncia della Corte EDU del 29/4/2002 sul caso Pretty contro il Regno Unito (ric. n. 2346/2002).

²⁰ Così, in modo cauto, con riguardo al medico, si è espressa Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, cit.

²¹ Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, cit.

²² Cass., 15 maggio 2019, n. 12998, in *Corriere giur.*, 2019, 12, 1491 s., con nota adesiva di E. A. EMILIOZZI, *Nomina dell'amministratore di sostegno e rifiuto "ora per allora" alla trasfusione di sangue*.

come quella appena descritta, a cui *ratione temporis* non era applicabile la legge n. 209/2017, l'amministratore di sostegno può essere nominato giacché, come ha affermato la dottrina²³, l'istituto non postula necessariamente un certo grado di incapacità di intendere e di volere del beneficiario, essendo sufficiente una menomazione fisica. La quale deve essere attuale e determinare l'impossibilità di provvedere ai propri interessi.

Nel caso ricordato, l'impossibilità di provvedere ai propri interessi è stata intesa come condizione non necessariamente immediata²⁴.

Oggi, mutato il quadro normativo, si impone una domanda: il Testimone di Geova che a causa di una patologia è predisposto alla perdita di coscienza deve necessariamente redigere le DAT in cui formalizzare il rifiuto delle trasfusioni di sangue²⁵ o è le-

²³ G. BONILINI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 79-83, in generale, dubita che l'ADS possa essere applicato a soggetti pienamente capaci di intendere e di volere per quanto questi siano affetti da una grave patologia fisica. Come pure, più nello specifico, Egli esclude che l'istituto possa altresì applicarsi ora per allora qualora si ipotizzi una sopravvenuta incapacità. La giurisprudenza più recente ha mostrato però, come si diceva nel testo, una maggiore apertura per non vanificare un interesse rilevante della persona che sia espressivo della sua identità. Bonilini auspica l'intervento del legislatore al fine di disciplinare l'istituto della procura «per l'eventuale incapacità o difficoltà fisica, alla gestione, diretta, dei propri affari» (p. 83). Altri autori come G. LISELLA, *Persona fisica*, in *Tratt. di diritto civile del CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, 249 ss., ritengono, invece, configurabile un'amministrazione di sostegno non incapacitante. Si argomenta dal riferimento alla «rappresentanza esclusiva», contenuto nell'art. 409 c.c., che lascerebbe desumere la possibilità per il giudice tutelare di prevedere una rappresentanza concorrente. Secondo l'Autore sono soprattutto l'art. 1 l. n. 6/2004 (richiamato però a dire il vero anche dalla tesi opposta) e la flessibilità strutturale dell'istituto a deporre per la possibilità di una piena conservazione della capacità di agire nonostante la nomina di un amministratore di sostegno. Lisella conclude richiamando quel filone dottrinale che ha ammesso la configurabilità dell'incapacità legale senza la necessaria compresenza dell'incapacità di agire del rappresentato. La questione resta comunque controversa, sebbene la tesi più estensiva consenta una maggiore protezione delle persone fragili, il che è congruente con la finalità dell'ADS. Tuttavia diversi giudici tutelari continuano a ritenere, sulla base di un'interpretazione sistematica, che il beneficiario non possa disporre di una capacità di agire integra (cfr. Trib. Vercelli, 19 febbraio 2018, che ha originato la sentenza della Corte cost. n. 114/2019 sulla capacità di donare del beneficio, cui si farà cenno in seguito).

²⁴ È questo l'aspetto interessante posto in rilievo da Cass., 15 maggio 2019, n. 12998, cit.: poiché, ai fini della nomina dell'amministratore di sostegno occorre che la patologia determini l'impossibilità, «anche parziale o temporanea, di curare i propri interessi», si sostiene che tale impossibilità possa essere anche differita oltre che, come emerge dalla lettera dell'art. 404 c.c., assoluta, parziale, temporanea o stabile.

²⁵ Nel caso di specie sono interessati due diritti fondamentali strettamente connessi: il diritto di rifiutare qualsiasi trattamento medico anche salvavita e il diritto di professare liberamente la

gittimato a chiedere la nomina dell'amministratore di sostegno a cui attribuire il potere rappresentativo di negare il consenso a tale atto medico?

Non sembra corretto rispondere che una tale fattispecie sia stata assorbita espressamente dall'art. 4 della legge n. 219/2017 rubricato «Disposizioni anticipate di trattamento». La presenza di una malattia come quella descritta giustifica, di per sé e nell'immediato, la nomina dell'amministratore di sostegno quale interlocutore del medico in ordine a tutte le possibili problematiche - non solo trasfusionali - qualora si manifestino gli effetti incapacitanti della patologia. Il piano è più ampio di quello proprio delle DAT e ciò induce ad ammettere l'applicabilità dell'ADS. Di conseguenza, nella determinazione dei poteri dell'amministratore ai sensi dell'art. 405, co. 5, c.c., il giudice tutelare potrà autorizzarlo a rifiutare le trasfusioni di sangue per motivi religiosi. A *fortiori* il giudice concederà l'autorizzazione se vi è un atto di designazione contenente le DAT.

Corroborata questa soluzione la distinzione sostanziale tra il contesto delle DAT e quello dell'ADS. Mentre le prime sono redatte da una persona sana in previsione, come stabilisce l'art. 4, co. 1, l. n. 2018/2017, «di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi», l'ADS è attivata da chi, affetto da una patologia anche solo fisica, necessita di protezione. La circostanza particolare che la malattia sia preclusiva della cura dei propri interessi solo in un tempo più o meno vicino e successivo alla nomina dell'amministratore non sembra ostacolare l'applicabilità immediata dell'istituto, come ritenuto dalla Cassazione. Diversamente vi sarebbe un irragionevole contenimento dell'ADS a fronte di una infermità fisica che impedisca di curare i propri interessi nel rapporto con il medico.

5. Rifiuto delle cure e amministrazione di sostegno: interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3 commi 4 e 5 della legge n. 219/2017.

L'amministrazione di sostegno protegge la persona, attua il diritto alla salute di chi non sia in grado di comunicare con il medico. Il giudice tutelare attribuisce all'amministratore il potere rappresentativo di prestare il consenso alle terapie e ai trattamenti che dovessero rendersi necessari. I diritti alla salute e alla vita devono essere garantiti anche a chi non sia in grado di farli valere (art. 3 Cost. e Con-

propria fede religiosa [(art. 19 Cost.), Cass., 7 giugno 2017, n. 14158, cit].



venzione dei diritti delle persone con disabilità del 2006, ratificata con legge n. 18/2009).

In quest'attività rappresentativa c'è, tuttavia, un profilo da chiarire. Se l'amministratore di sostegno intenda negare il consenso a un trattamento salvavita, egli potrà basarsi sull'autorizzazione giudiziale generica a rappresentare il beneficiario in ambito sanitario o dovrà richiedere un'apposita autorizzazione? La normativa non è esplicita al riguardo, ma la soluzione corretta è nel senso da ultimo espresso nella domanda.

L'art. 6, co. 3, della Convenzione di Oviedo esige l'autorizzazione del rappresentante o di un'autorità affinché il medico possa effettuare un intervento. La disciplina dell'ADS stabilisce che il giudice tutelare indica l'oggetto dell'incarico (ad es.: la salute) e gli «atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario» [ad es.: un intervento chirurgico (art. 405 co. 5 n. 3 c.c.)].

La normativa, quindi, oltre all'ambito dell'intervento protettivo – l'oggetto – richiede al giudice di stabilire esattamente gli atti che l'amministratore potrà compiere. Di conseguenza l'oggetto dell'incarico non comprende implicitamente il consenso all'interruzione di un trattamento salvavita; un tale potere deve essere espressamente attribuito.

C'è un'altra considerazione da svolgere, più pregnante. Le decisioni sul fine vita attengono alla sfera più intima della persona, coinvolgono l'identità, la libertà, l'integrità corporea ed esprimono l'essenza della propria dignità. Sono coinvolti i valori e i diritti più alti della Repubblica (artt. 2, 13 e 32 Cost. e artt. 1, 2 e 3 Carta dei Diritti fondamentali UE). Pertanto se la persona è incapace di intendere e di volere, è inconcepibile che, nel nostro sistema costituzionale, il rappresentante legale possa decidere al posto dell'incapace legittimato semplicemente da un'autorizzazione giudiziale generica a curare gli aspetti sanitari della vita del beneficiario.

Il carattere personalissimo del diritto alla salute e del diritto di rifiutare le cure esclude questa soluzione. Emblematiche sono state le parole della Cassazione nel caso Englaro²⁶: il rappresentante legale «deve decidere non al posto dell'incapace, ma con l'incapace». Ciò significa che occorre, ove possibile, ricostruire la volontà presunta del rappresentato (il beneficiario, l'interdetto) sulla base della sua biografia, così da fornire al giudice elementi tali da convincerlo del reale intendimento dell'incapace o meglio di quale sarebbe stato se avesse potuto esprimere la propria volontà. Quest'orientamento è solido e tutela la vita, l'autodeterminazione e la di-

gnità della persona nel pieno rispetto di quanto stabilito dall'art. 1 l. n. 219/2017.

Tali premesse sono utili per risolvere il problema interpretativo posto dall'art. 3, co. 4 e 5 l. n. 219/2017. Da questi due commi emergerebbe che se l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, è d'accordo con il medico a non praticare certe cure salva-vita, non sia necessaria una specifica autorizzazione giudiziale per rifiutarle. Il comma 5, letteralmente, prevede l'autorizzazione solo se l'amministratore rifiuti le cure proposte dal medico.

Una tale interpretazione è insostenibile perché, da un lato, contrasta con la natura personalissima del diritto di rifiutare le cure, presidiata dal controllo giudiziale, dall'altro, è irrazionale rispetto alla *ratio* dell'intervento del giudice richiesto dallo stesso comma 5. La *ratio* va ravvisata nella tutela della vita umana, ancor più a rischio in caso di incapacità. Ecco perché se il medico propone un intervento e l'amministratore vi si opponga, il contrasto deve essere composto dal giudice. Parimenti deve valere, a tutela del medesimo bene giuridico, qualora il medico e l'amministratore di sostegno siano d'accordo nel non praticare il sostegno vitale. L'autorizzazione giudiziale è la garanzia legale a presidio della vita dell'incapace²⁷ sia in caso di disaccordo che di accordo tra medico e amministratore nel non praticare certe cure.

Si aggiunga, a ulteriore ragione della tesi qui sostenuta, che la giurisprudenza di merito, a difesa di un altro valore di natura personalissima, qual è la libertà di ottenere la separazione personale o lo scioglimento del matrimonio, ha richiesto la preventiva autorizzazione giudiziale volta ad accertare la pregressa volontà espressa dal beneficiario²⁸. Nel

²⁷ Ciò è dimostrato anche dal riferimento dell'art. 3, co. 5, l. n. 219/2017 alle DAT, quale unica circostanza che esclude la necessità dell'autorizzazione giudiziale. Come a voler sottolineare che è solo l'esistenza della volontà del malato, espressa in un valido documento, che disattiva la necessità dell'intervento giudiziale.

²⁸ Secondo il Trib. Cagliari, 15 giugno 2010, in www.altalex.it, il giudice tutelare dovrà accertare che la volontà del titolare del diritto di sciogliere il matrimonio (il beneficiario dell'ADS), stante la natura personalissima di esso, sia effettivamente quella espressa dall'amministratore di sostegno. Già Cass., 21 luglio 2000, n. 9582, in *Corriere giur.*, 2000, 9, 1154, aveva ammesso che il tutore dell'interdetto per infermità di mente potesse chiedere, in applicazione analogica dell'art. 4, co. 5, l. n. 898/1970, la nomina di un curatore speciale ai fini della proposizione della domanda di divorzio in nome e per conto dell'interdetto, altrimenti si sarebbe dovuto ammettere che gli incapaci legali perdessero la titolarità di diritti afferenti alla personalità. Più di recente, a proposito della legittimità della domanda di separazione proposta dal tutore, cfr. Cass., 6 giugno 2018, n. 14669, in *Foro it.*, 2018, 12, 1, 4044 ss., la quale, rispetto al precedente del 2000, ha rilevato come la designazione di un soggetto terzo, nominato *ad hoc* (il curatore speciale), che, insieme al giu-

²⁶ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit. § 7.2.

procedimento davanti al giudice tutelare non è sufficiente la mera dichiarazione resa dall'amministratore di sostegno che il beneficiario intendeva separarsi o sciogliere il matrimonio; occorre che il giudice accerti l'effettiva esistenza di una tale volontà. In caso positivo, il giudice tutelare attribuirà all'amministratore il potere rappresentativo di esprimere la volontà di esercitare il diritto alla separazione personale o al divorzio.

Se il valore preservato è la volontà del rappresentato, ritenere necessaria l'autorizzazione giudiziale solo se ci sia contrasto tra medico e amministratore di sostegno sarebbe riduttivo e pericoloso. La tutela della vita esige l'intervento del giudice in ogni caso, anche se vi è concordia tra medico e rappresentante nel non supportarla per favorire il decesso naturale.

La Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, coo. 4 e 5, l. n. 219/2017, ha negato che, ai sensi di tali commi, l'attribuzione all'amministratore di sostegno del potere di rappresentanza esclusiva in ambito sanitario legittimi *ex lege*, come invece ha ritenuto il giudice *a quo*, la decisione sulla fine della vita del beneficiario²⁹. È attraverso l'esatta previsione giudiziale

dice tutelare, valuti l'opportunità di promuovere l'azione, sia necessaria solo nel caso di conflitto di interessi attuale fra il tutore e il rappresentato; conflitto, quindi, da valutare volta a volta. Analogamente sull'ADS cfr. Trib. Milano, 19 febbraio 2014, in www.ilcaso.it, secondo cui, a fronte della richiesta dell'amministratore di sostegno di autorizzazione a presentare ricorso per separazione personale nel nome e per conto del beneficiario, non occorra *sic et simpliciter* la nomina di un curatore speciale; figura, quest'ultima, da nominare solo se il conflitto di interessi sia concreto (ad esempio qualora l'amministratore di sostegno sia parente del beneficiario). Il tribunale di Milano conferma che, a seguito della richiesta di autorizzazione a presentare domanda di separazione, il giudice tutelare debba verificare la rispondenza di questa azione prefigurata «all'effettiva volontà del beneficiario». Cfr. anche Trib. Catania, 15 gennaio 2015, in www.ilcaso.it. In dottrina cfr.: L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, I, 665 ss. e M. N. BUGETTI, *Atti personali e patrimoniali del beneficiario di amministrazione di sostegno*, cit., 810 ss.

²⁹ Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144, in *Corr. giur.*, 2020, 1, 17 ss., con nota di D. CARUSI, *Legge 219/2017: amministrazione di sostegno e rifiuto delle cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta*, richiama Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114, in *Fam. e dir.*, 2019, 8-9, 745 ss., con nota di G. BONILINI, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, 973 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *Il dono del beneficiario di amministrazione di sostegno*; in *Corriere giur.*, 2019, 7, 885, con nota di M. N. BUGETTI, *La Corte costituzionale conferma la capacità di donare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*. La pronuncia richiamata, nel ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 774 c.c., sottolinea tre aspetti essenziali dell'amministrazione di sostegno: 1) si tratta di «uno strumento volto a proteggere senza mortificare la persona affetta da una disabilità, che può essere di qualunque tipo e gravità»; 2) decisivo è il ruolo del giudice nell'attribuire

dei poteri dell'amministratore che si salvaguarda la dignità della persona fragile e la sua personalità³⁰, come del resto emerge, in termini più generali, dall'art. 404, co. 5 nn. 3 e 4 c.c.

In sintesi la Consulta ha adottato i seguenti argomenti: 1) uno dei cardini della legge n. 219/2017 è il consenso informato (art. 1, coo. 3, 4 e 5, e artt. 3-5) all'interno della relazione di cura e di fiducia con il medico; 2) l'art. 3 coo. 4 e 5 l. n. 219/2017 non detta disposizioni sull'attribuzione dei poteri all'amministratore di sostegno. Questi sono regolati dall'apposita normativa del codice civile che attribuisce al giudice il potere di conformare l'intervento protettivo a seconda delle specificità del caso concreto; 3) quanto precede vale anche in ambito sanitario «nell'ottica di apprestare misure volte a garantire la migliore tutela della salute del beneficiario, tenendone pur sempre in conto la volontà, come espressamente prevede l'art. 3, co. 4 l. n. 219/2017»³¹.

Non rileva, insomma, la volontà dell'amministratore di sostegno, pur se sia rappresentante in ambito sanitario, di rifiutare un trattamento, neppure se essa sia conforme a quella del medico. Ha rilievo, invece, l'intendimento del beneficiario. Se questo non sia esprimibile o non sia stato formalizzato nelle DAT verrà ricostruito, se possibile, nel procedimento giudiziario attingendo dal vissuto³². Se la ricostruzione non palesa la volontà del beneficiario contraria a presidi di sostegno vitale, questi dovranno essere praticati.

L'art. 5, co. 4, l. n. 219/2017 si interpreta, pertanto, nel senso che l'amministratore di sostegno è legittimato a rifiutare le cure, comprese quelle volte

e contenere i poteri dell'amministratore «in modo da assicurare all'amministrato massima tutela possibile»; 3) questa tutela, però, stante la centralità dell'art. 410 c.c. - «vera norma cardine» dell'ADS - non può mai essere disgiunta dall'identità e dalla dignità del beneficiario. Questi tratti dell'istituto indicano come non possa ritenersi compreso nella generica attribuzione all'amministratore di sostegno della rappresentanza del beneficiario nelle questioni sanitarie anche il potere di decidere sul fine vita. Un tale potere deve essere oggetto di una specifica autorizzazione giudiziale che rispecchi l'identità e la dignità del beneficiario.

³⁰ Insiste sulla dignità e sul principio personalistico Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114, cit., a proposito dell'autonomia privata del beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

³¹ Corte cost., 13 giugno, 2019, n. 144, cit. § 5.3.

³² Corte cost., 13 giugno, 2019, n. 144, cit. § 5.3, afferma che «spetta al giudice, pertanto, il compito di individuare e circoscrivere i poteri dell'amministratore, anche in ambito sanitario, nell'ottica di apprestare misure volte a garantire la migliore tutela della salute del beneficiario, tenendone pur sempre in conto la volontà, come espressamente prevede l'art. 3, comma 4, L. n. 219 del 2017».



al mantenimento in vita, solo se egli sia stato espressamente autorizzato dal giudice tutelare³³.

6. Oltre la legge n. 219/2017: suicidio assistito e questione di legittimità costituzionale.

Nella seconda parte di questo scritto l'attenzione si volge al dibattito sull'aiuto al suicidio, riattivato da due pronunce della Corte costituzionale, di cui si dirà, rese necessarie dall'incompletezza della legge n. 219/2017 e da un eccesso di intento punitivo del codice penale che si risolveva, in certi casi, nella predilezione di una tutela astratta della vita rispetto all'autodeterminazione e alla dignità del singolo malato.

Certamente con tale legge è stato compiuto uno sforzo apprezzabile nel coniugare il rilievo sempre maggiore dell'autodeterminazione del paziente con la necessità di non allentare la tutela della vita quando si è più fragili. Vi stata chiarezza nel prevedere il diritto di rifiutare le cure, compresi i trattamenti di sostegno vitale (artt. 1, co. 5, 4, co. 5 e 5, co. 1); un rifiuto che matura all'interno della relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente (art. 1, coo. 2, 5 e 8, artt. 3, 4, coo. 1 e 5 e art. 5 coo. 1 e 4 l. n. 219/2017).

È stato positivizzato ciò che già apparteneva alla dimensione giuridica³⁴, giacché dottrina e giurisprudenza avevano dapprima enucleato il predetto diritto.

Va segnalato però che la legge 219/2017 se, da un lato, ha cercato di assicurare l'effettività del diritto di rifiutare i trattamenti, dall'altro, ha acuito il

bisogno di risposta per certe situazioni in essa non contemplate. Così si è assistito al protagonismo della giurisprudenza che ha delineato un ulteriore spazio di giuridicità tra autodeterminazione del paziente e tutela della vita.

La Corte costituzionale ha ricavato dal sistema ordinamentale ulteriori possibilità per il malato, sempre all'interno di quell'imprescindibile equilibrio tra tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione. Emblematica è la vicenda del suicidio assistito rispetto all'effettività dei diritti e dei valori fondamentali da esso coinvolti, alle loro dinamiche innescate dal caso concreto e all'art. 580 c.p. («Istigazione o aiuto al suicidio»).

La disposizione penalistica, nel punire in ogni caso chiunque agevoli in qualsiasi modo l'esecuzione del suicidio, si è dimostrata, a causa degli sviluppi tecnico-scientifici, eccessivamente compressiva dei diritti di scegliere se e come morire. Diritti, questi, da ritenersi esistenti, nonostante le resistenti espresse da più parti, pur con le precisazione che svolgeremo³⁵.

La vicenda giurisprudenziale dell'aiuto al suicidio è di grandissimo interesse ed è utile ripercorrerla in fatto e in diritto. Conoscere il caso sotteso alla recente sentenza della Corte costituzionale³⁶ è quanto mai essenziale, non soltanto per comprendere le ragioni della parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p. («Istigazione o aiuto al suicidio»), ma anche per fissare i tratti della fattispecie concreta in presenza dei quali va esclusa la punibilità del medico che abbia agevolato l'esecuzione del suicidio del paziente (c.d. concorso materiale). Non solo: averne contezza è utile per riflettere sull'opportunità, *de jure condendo*, di oltrepassarlo nel predisporre un testo normativo maggiormente inclusivo di situazioni di sofferenza estrema legittimanti il suicidio assistito.

A seguito di un grave incidente stradale, una persona rimaneva tetraplegica, immobilizzata dal collo in giù e affetta da cecità permanente. Le condizioni di salute erano aggravate dalla mancanza di autonomia sia nella respirazione, essendo necessario l'ausilio periodico di un respiratore, sia nell'alimentazione e nell'evacuazione. Inoltre, spasmi e contrazioni causavano acute sofferenze non

³³ Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144, cit., conclude correttamente, in forza di un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata, che «l'esegesi dell'art. 3, commi 4 e 5, della L. n. 219 del 2017, tenuto conto dei principi che conformano l'amministrazione di sostegno, porta conclusivamente a negare che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario rechi con sé, anche e necessariamente, il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita. Le norme censurate si limitano a disciplinare il caso in cui l'amministratore di sostegno abbia ricevuto anche tale potere: spetta al giudice tutelare, tuttavia, attribuirglielo in occasione della nomina - laddove in concreto già ne ricorra l'esigenza, perché le condizioni di salute del beneficiario sono tali da rendere necessaria una decisione sul prestare o no il consenso a trattamenti sanitari di sostegno vitale - o successivamente, allorché il decorso della patologia del beneficiario specificamente lo richieda».

³⁴ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, cit., 125 ss., nel commentare il libro di Paolo Grossi intitolato «Ritorno al diritto», svolge un'interessante riflessione sulla questione mai sopita dei criteri selettivi del fatto. Egli ne richiama tre: il consenso emerso come diritto vivente, la tramandabilità attraverso il precedente giurisprudenziale e la ragionevolezza da non intendere quale «canone gnoseologico dell'interpretazione», ma quale «principio alla cui stregua saggiare il fatto che ambisce a diventare diritto».

³⁵ M. BIANCA, *L'aiuto al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Corriere giur.*, 2020, 2, 145 ss.

³⁶ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Fam. e dir.*, 2020, 3, 221, 1 ss. (versione in *Banca dati Leggi d'Italia*) con nota di M. DOGLIOTTI, *Il suicidio assistito e il difficile rapporto tra i poteri dello Stato*, e ivi con nota di P. PITTARO, *Il dibattuto tema del suicidio assistito: quando la Corte costituzionale supplisce al legislatore*; in *Corriere giur.*, 2020, 4, 485 ss., con nota di E. BILOTTI, *La Corte costituzionale ripristina il confine dell'autodeterminazione terapeutica, ma...lascia solo ai medici il compito di presidiarlo*.

arginabili se non eliminando la coscienza mediante la sedazione profonda.

La vittima non si era arresa alla propria condizione: aveva praticato cure sperimentali all'estero, sebbene nulla avesse contribuito a mutare la diagnosi di irreversibilità delle patologie. Pertanto, dopo circa due anni dal fatto, il paziente aveva maturato ed esternato la volontà lucida e determinata di porre fine alla propria esistenza, stante l'impossibilità di contenere i dolori fisici e il malessere psichico.

La particolarità di questa vicenda si riscontra nella determinazione del malato di evitare la morte in conseguenza dell'interruzione dei sostegni vitali; ciò che avrebbe dato luogo a una fase di agonia in stato di incoscienza, ingenerato dalla sedazione palliativa profonda.

Come si è ricordato sopra, la richiesta di interrompere i trattamenti salvavita sarebbe stata consentita dalla legge n. 219/2017. I commi 5 e 6 dell'art. 5 prescrivono che il medico, cui sia rivolto il rifiuto di trattamenti sanitari necessari per la sopravvivenza, tra i quali è ricompresa la nutrizione e l'idratazione artificiale, «è tenuto a rispettare la volontà» del paziente³⁷. Ma nel caso di specie, la persona malata riteneva in contrasto con la propria identità e dignità restare in vita senza coscienza per un tempo non predeterminabile, con conseguente sofferenza duratura (e non voluta) anche per i propri cari. Ella intendeva morire nello spazio di pochi secondi, tuttavia, ciò necessitava della collaborazione del medico.

Prima della pronuncia in parola, chiunque avesse aiutato il malato a somministrarsi un farmaco letale, avrebbe integrato il reato di aiuto al suicidio. L'art. 580 c.p. non distingue, infatti, comminando in ogni caso la pena, tra *concorso morale*, fattispecie in cui l'agente determina o rafforza il proposito suicidario, e *concorso materiale* ove l'agente si limita ad aiutare fattivamente chi abbia deciso autonomamente di togliersi la vita.

Nel caso concreto il medico si era rifiutato di offrire il supporto tecnico necessario per realizzare il

volere del paziente, maturato in piena autonomia, di togliersi la vita. Così, presi alcuni contatti con una struttura svizzera ("Dignitas"), il malato veniva lì accompagnato in automobile da una persona nota per le sue battaglie a favore dell'autodeterminazione nelle scelte di fine vita. Giunti a destinazione, il personale medico, accertata l'irreversibilità della patologia e il consenso del malato, metteva quest'ultimo in condizione di azionare con la bocca uno stantuffo che avviava l'iniezione di un farmaco letale.

Avvenuta la morte, l'accompagnatore, ritornato in Italia e autodenunciatosi ai Carabinieri, veniva tratto a giudizio per il reato di cui all'art. 580 c.p.³⁸: segnatamente nella fattispecie del concorso materiale.

La Corte d'Assise di Milano, sensibile alla complessità fattuale e giuridica della vicenda, sollevava questione di legittimità costituzionale di detto articolo sotto due profili: il primo riguardante la parte in cui la disposizione incrimina le condotte di aiuto al suicidio anche qualora queste abbiano contribuito non già a determinare o a rafforzare il proposito suicidario della vittima ma soltanto ad agevolare l'esecuzione (è il nostro caso); il secondo attinente alla previsione della stessa pena tanto per le condotte di istigazione o rafforzative quanto per quelle agevolative del proposito di togliersi la vita.

Il primo profilo di incostituzionalità è piuttosto ampio: la Consulta lo ha accolto circoscrivendolo, però, a una determinata fattispecie di fine vita, inserita in un preciso contesto di regole da essa enucleate.

7. L'incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. e la non perfetta coerenza tra l'ordinanza del 2018 e la sentenza del 2019 della Corte costituzionale.

La predetta questione di costituzionalità ha dato luogo, come si diceva nel precedente paragrafo, a due pronunce della Corte costituzionale. Con la prima del 2018³⁹, la Consulta, rilevata la parziale

³⁷ U. SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica*, in *Leggi civ. comm.*, 2019, 1, 127 ss., dubita che vi siano regole che impongano al medico di disattivare dispositivi salvavita. Diversamente P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e dat*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit. 251 ss., secondo il quale, ad esclusione dei «trattamenti sproporzionati o non scientificamente validi», non vi è dubbio che la legge abbia dato «certezza di legittimità (...) anche a quegli atti medici necessari per ripristinare l'astensione a trattamenti già in atto». Cfr. anche: E. FAZIO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: profili problematici*, in *Diritto Succ. Fam.*, 2019, 2, 411-412 e R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium Iuris*, 2018, 690 ss.

La Corte d'Assise Milano, sez. I, 30 gennaio 2010 (ud. 23 dicembre 2019) ha assolto Marco Cappato ritenendo sussistenti le condizioni ed i requisiti indicati dalla Corte Costituzionale per escludere la punibilità della condotta di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p. P. PITTARO, *Il dibattito tema del suicidio assistito: quando la Corte costituzionale supplisce al legislatore*, cit., 4, ricorda come «secondo l'orientamento tripartito della fattispecie penale, la formula assolutoria da adottare anche in presenza di una scriminante, sia di insussistenza del fatto».

³⁹ Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 2, 580 ss., con nota critica di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*; in *Corriere Giur.*, 2019, 4, 457 ss., con nota critica di E.





incostituzionalità dell'art. 580 c.p., invece di pronunciarsi di conseguenza, rinviava il giudizio al 24 settembre 2019, concedendo al Parlamento circa un anno di tempo per predisporre una legge che regolasse quegli aspetti di dettaglio dell'aiuto al suicidio necessari a un ordinamento che ammetta tale pratica.

Il Parlamento lasciava decorrere invano il termine. Così la Consulta nel 2019, come aveva preannunciato nel 2018, dichiarava l'art. 580 c.p. costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non escludeva la punibilità di chi, osservando determinate regole indicate nella sentenza, avesse agevolato l'esecuzione del proposito di suicidio formatosi in autonomia e coscienza.

Con quest'ultima pronuncia, la Corte costituzionale ha introdotto una causa di non punibilità, operante nel caso in cui una persona gravemente malata versi nelle seguenti condizioni: a) sia tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale; b) sia affetta da una patologia irreversibile; c) patologia fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che la persona stessa reputi intollerabili; d) sia pienamente capace di intendere e di volere.

La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p., condivisa dallo scrivente, ha preso le mosse da due punti fermi.

Il primo sta nella convinzione che la disposizione penale, nella parte in cui punisce in ogni caso il concorso materiale, non possa essere dichiarata *tout court* incostituzionale, stante la perdurante attualità della sua finalità. Poiché l'incriminazione dell'aiuto al suicidio è funzionale alla tutela del diritto alla vita delle persone più deboli - malate, depresse, psicologicamente fragili, anziani soli - essa non è eliminabile⁴⁰. La disposizione di legge deve essere conservata nella sua lettera originaria, compatibile con la Costituzione, la quale impedisce che la persona sia utilizzata come mezzo per soddisfare interessi collettivi o di altre persone.

Il secondo punto muove dalla considerazione degli sviluppi della scienza e della tecnica. Nell'anno di entrata in vigore del codice penale non

erano ipotizzabili casi in cui il malato fosse tenuto in vita privo dell'autosufficienza delle funzioni vitali. Di conseguenza l'aiuto al suicidio era sempre punito, postulando, senza eccezioni, la fattispecie della persona debole, vittima della capacità coercitiva altrui nel porre fine alla propria vita.

Oggi, invece, la persona affetta da una patologia irreversibile, causa di sofferenze intollerabili e tenuta in vita da dispositivi vitali, non può essere reputata *sic et simpliciter* debole. La vera preoccupazione deve essere quella di garantirle un contesto relazionale efficiente, in cui ella possa decidere convintamente sulla fine della propria vita, senza ingiustificabili presunzioni *iuris et de jure* di fragilità emotiva. L'interrogativo che si pone è allora il seguente: la decisione di ricevere l'aiuto al suicidio deve essere attuata?

La condizione di sofferenza estrema di alcuni malati ha indotto, da tempo, a ragionare sull'esistenza non soltanto del diritto di morire (sostanzialmente previsto, seppur non in assoluto, dalla legge n. 219/2017), ma anche del diritto di *scegliere come morire*. Su ciò, in particolare, si intende riflettere nelle pagine seguenti, soprattutto perché la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 non è stata del tutto coerente con le premesse contenute nella sua ordinanza del 2018. In particolare è piuttosto dubbia l'affermazione della pronuncia del 2019 secondo cui il medico non è tenuto a procedere all'aiuto a suicidio, lasciando in tal modo intendere che non vi sia un diritto di aiuto al suicidio azionabile.

Per cogliere meglio questa distonia, forse apparente e comunque componibile, è opportuno riprendere il filo di un'evoluzione ordinamentale almeno quindicennale, dalla quale si evince un aspetto saliente: il regime giuridico più avanzato per il malato grave non esprime la regola della conservazione in ogni caso della vita, ma gli consente di affermare la propria identità e dignità; valori, questi, da ritenersi inverati dalla decisione di porre fine alla propria esistenza, maturata in un contesto di sostegno sanitario e di politiche adeguate di *welfare state*.

8. Un itinerario: dal caso Englaro al diritto di scegliere come morire.

La questione di legittimità dell'aiuto al suicidio coinvolge valori cardine dell'ordinamento. Si tratta ancora una volta di quelli richiamati dall'art. 1, co. 1, l. n. 219/2017: vita, salute, dignità e autodeterminazione del malato. Così, sebbene il discorso giuridico divenga quanto mai delicato, la sua persuasività trae forza, come si diceva, dalla valorizzazione

BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*; in *Fam. e dir.*, 2019, 3, 235 ss., con nota di E. FALLETTI, *Suicidio assistito e separazione dei poteri dello Stato. Note sul "caso Cappato"*, la quale sintetizza le pronunce delle Corti straniere richiamate dall'ordinanza; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, 540 ss., con nota adesiva di M. AZZALINI, *Il "caso Cappato" tra moniti al legislatore, incostituzionalità "prospettate" ed esigenze di tutela della dignità della persona*.

⁴⁰ Sul fondamento e sull'attualità dell'art. 580 c. p., cfr. l'analisi fine di A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 6, 805 ss. (pp. 2-4 versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

dell'evoluzione ordinamentale che diviene strumento dell'ermeneutica.

Riannodando il filo del presente con il passato, si giunge a formulare la seguente considerazione: dalla pronuncia della Cassazione sul “caso Englaro”⁴¹, i cui prodromi si ritrovano nel “caso Welby”⁴², alla sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 emerge come la tutela della vita non sia un valore assoluto. Essa deve essere bilanciata con il diritto di autodeterminarsi sul se e come concludere la propria vita e con l'intangibilità della propria integrità e dignità⁴³.

Negare il diritto di morire, esistente nei limiti previsti dalla legge ed enucleati dalla Corte costituzionale, significa accogliere una posizione valoriale difficilmente armonizzabile con le fonti e con il diritto vivente. Il corpo del malato deve essere trattato non già come un qualcosa a sé stante, ma in unità con la psiche e con la propria storia individuale, altrimenti si pregiudica la dimensione identitaria e la libertà personale.

Riconoscere al malato il diritto di morire mediante il rifiuto delle cure e l'aiuto al suicidio non implica affatto - sia chiaro - che l'ordinamento rinunci a tutelare la vita mediante un sostegno adeguato di chi sia affetto da una patologia grave e incurabile. Diverse sono, infatti, le disposizioni contenute nella legge n. 219/2017, estese dalla Consulta all'aiuto al suicidio, da cui si ricava il dovere del medico di promuovere ogni azione a supporto di colui il quale abbia deciso di interrompere un sostegno vitale (art. 1, coo. 5, 8 e 10, art. 2 e art. 4, co. 5). Tuttavia, al di là dell'attuazione di questa cornice normativa, l'ultima parola spetta al malato.

⁴¹ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

⁴² Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in *Corriere Mer.*, 2010, 3, 1 ss. (versione *on line*), con nota di G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*, pur avendo dichiarato inammissibile il ricorso di Piergiorgio Welby, ha reso due affermazioni significative: 1) «la morte non può essere considerata come un mero evento biologico, essendo essa portatrice di un significato nel quale deve essere individuata la radice della dignità dell'essere umano»; 2) il diritto di interrompere trattamenti salvavita è desumibile dall'ordinamento, ma da questo non è concretamente tutelato. Cfr. anche il caso Piludu: Trib. Cagliari, giudice tutelare, decr. 16 luglio 2016, in cui l'amministratore di sostegno di Piludu è stato autorizzato a chiedere al medico il distacco di tutti i presidi vitali. Il Tribunale ha argomentato dalle fonti del consenso informato che comprende anche la richiesta, lucida e consapevole, del rifiuto o interruzione di trattamenti. In dottrina cfr. F. G. Pizzetti, *Considerazioni a margine del "caso Piludu" fra valori costituzionali e pronunce giurisprudenziali in materia di rifiuto dei trattamenti sanitari salvavita*, in *BioLaw Journal*, 2017/1, 207 ss.

⁴³ Concorda la maggioranza dei membri del CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, in www.bioetica.governo.it, p. 23-24.

Vi è, dunque, una gerarchia (finale) di valori. Esiste una signoria della persona sul proprio corpo⁴⁴ che deriva direttamente dall'interpretazione degli artt. 2, 13, co. 1, e 32, co. 2, Cost.; un'interpretazione puntellata e resa persuasiva⁴⁵ soprattutto dalla sentenza Englaro, ripresa più volte dalla Cassazione⁴⁶ e dalla Corte costituzionale fino alla sentenza del 2019⁴⁷.

Il percorso ermeneutico è lineare, convincente e di alto profilo, attuando, in pieno, il principio personalistico, massima espressione della civiltà giuridica europea a partire dalle nuove costituzioni democratiche del Novecento⁴⁸. Dall'inviolabilità della libertà personale deriva il diritto al rispetto della propria integrità corporea che implica, a sua volta, la signoria del paziente nella scelta dei trattamenti. Inoltre, l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, rubricato «Diritto all'integrità della persona», lega l'effettività di tale diritto - che unifica in sé la dimensione fisica, psicologica e genetica - al consenso informato. Ancora: la riserva di legge posta dall'art. 32, co. 2, Cost. garantisce la saldezza di questa catena, che tiene insieme libertà personale, diritto all'integrità del corpo, autodeterminazione e consenso informato.

Secondo la Cassazione, sempre nel caso Englaro, «Il consenso [ai trattamenti]» afferisce alla liber-

⁴⁴ P. ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti dell'uomo*, in *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 53 ss.

⁴⁵ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, cit., 90-92, in un paragrafo intitolato “La retorica scienza delle buone ragioni”, sottolinea la necessità, dopo che il giudice (o lo studioso) si sia convinto di una certa soluzione, di persuadere il destinatario del discorso. Ciò avviene attraverso la motivazione, la quale, nel suo incedere sospinta dall'ermeneutica, dalla retorica e dalla topica (cfr. p. 92 ss.), svela quella verità che si atteggia a governo accettabile del “Forse”. Una condizione, quella del “Forse”, non di impotenza né di rassegnazione di fronte alla sfuggente complessità del nostro tempo, ma espressiva della consapevolezza di ulteriori sviluppi dell'oggetto della propria riflessione.

⁴⁶ La giurisprudenza distingue tra diritto di autodeterminarsi e diritto alla salute, di conseguenza è configurabile una lesione del primo senza che sussista lesione del secondo. Da alcune pronunce si evince l'attribuzione di un rilievo preminente alla libertà di decidere sul proprio corpo. Cfr. almeno: Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 783 ss., con note di S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, di A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*; Cass., 25 giugno 2019, n. 16892, in www.cassazione.net.

⁴⁷ Cfr.: Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. it.*, 2009, 11, 2382 ss., in cui si afferma che l'autodeterminazione è un diritto fondamentale della persona; Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. it.*, 2002, 11; Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Giur. it.*, 1991, 6, in cui si afferma che la libertà personale di cui all'art. 13 Cost. postula il potere della persona di disporre del proprio corpo.

⁴⁸ M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, 2017, 43 ss.





tà morale del soggetto e alla sua *autodeterminazione*, nonché alla sua *libertà fisica* intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutti profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.». Sono parole dense di significato e di implicazioni giuridiche. Se la libertà morale e la libertà fisica sono il portato dell'invulnerabilità della libertà personale, ne consegue la primazia della volontà del paziente (giammai dei terzi), anche ove quest'ultima venga ricostruita nel procedimento giudiziario, com'è stato per Eluana Englaro.

In perfetta sintonia con queste argomentazioni si è posta la Corte costituzionale con la sentenza n. 242/2019, anche attraverso il richiamo di quell'orientamento della Corte EDU secondo il quale il diritto al rispetto della propria vita privata di cui all'art. 8 Cedu implica, in linea di principio, il «riconoscimento all'individuo di una sfera di autonomia nelle decisioni che coinvolgono il proprio corpo, che è a sua volta un aspetto del più generale diritto al libero sviluppo della propria persona»⁴⁹.

Dopo la sentenza Englaro vi è stato un ampio dibattito dottrinale⁵⁰ che ha indotto il legislatore a emanare la legge n. 219/2017, qui più volte evocata. In essa si prevede il diritto di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario, compresi quei trattamenti necessari alla sopravvi-

venza, tra i quali va annoverato, per espressa disposizione di legge, la nutrizione e l'idratazione artificiale (art. 1, 5° comma).

Si dirà che un conto è il diritto di rifiutare un trattamento salvavita, altro è il diritto di pretendere l'aiuto al suicidio. In verità non è così e la Corte costituzionale ha posto ben in rilievo quest'aspetto⁵¹. Certo, sotto il profilo del nesso eziologico il rifiuto del supporto vitale consente alla malattia di fare il suo corso naturale; invece, ottenere dal medico una collaborazione qualificata, volta ad anticipare la propria morte, instaura un rapporto più stringente tra causa umana ed effetto. In quest'ultima ipotesi non è più la malattia ad avanzare secondo i propri tempi, ma il decesso sopraggiunge perché il medico ha predisposto un meccanismo attivato dal paziente.

Siffatta constatazione non deve però indurre a enfatizzare differenze fattuali non incidenti sulla gerarchia dei valori in gioco: tutela della vita, da un lato, autodeterminazione, integrità e dignità, dall'altro. Questo è uno dei punti centrali dell'argomentazione della Corte costituzionale: se la legge n. 219/2017 ha previsto il diritto di rifiutare il sostegno vitale (art. 1, co. 5) e il diritto di ricorrere alla sedazione palliativa profonda (art. 2, co. 2) deve essere ritenuto legittimo, in certi casi, anche l'aiuto al suicidio. Altrimenti - e qui l'argomentazione è davvero stringente - si finisce per imporre al paziente un trattamento sanitario da questi non voluto⁵², in violazione dell'art. 32, co. 2, Cost., violando al contempo la sua dignità. Inoltre il paziente, vedendosi precluso l'aiuto al suicidio, potrebbe essere indotto, *ob torto collo*, pur di morire, a scegliere il rifiuto del sostentamento vitale.

Se la vita è un valore recessivo, essendo possibile rinunciare al sostegno vitale⁵³, allo stesso modo esso deve cedere ove sia richiesto l'aiuto al suicidio.

È configurabile allora un diritto di scegliere in che modo giungere alla fine della propria esistenza. Ma sul punto occorre soffermarsi ancora.

9. Rifiuto del sostegno vitale o aiuto al suicidio: una scelta del malato a tutela della dignità personale in una cornice di regole.

Secondo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019, la persona capace di intendere e di volere, dipendente da un sostegno vitale, affetta da una

⁴⁹ Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit., § 7. Corte eur. dir. uomo, 14 maggio 2013, *Gross c. Svizzera*, ric. n. 67810/10; Corte eur. dir. uomo, 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*, ric. n. 497/09; Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, ric. n. 31322/07, tutte in *www.echr.coe.int*. In linea generale queste pronunce hanno riconosciuto la sussistenza del diritto di scegliere quando e in che modo porre fine alla propria vita, quale aspetto del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 Cedu. Il legislatore, tuttavia - continua la Corte Edu - può sì limitare tale diritto in presenza di una delle finalità di cui al § 2 dell'art. 8 Cedu, ma deve esplicitare queste ultime in modo chiaro e comprensibile. La prospettiva giuridica che emerge è quella del bilanciamento e non della prevalenza assoluta di un valore su un altro.

⁵⁰ In diversi scritti si afferma che la vita non si identifica con il mero aspetto biologico, ma essa è soprattutto biografia della persona. Da ciò consegue la necessità di rispettare l'identità e l'autodeterminazione dell'individuo nelle scelte di fine vita. Va rimarcato però che l'autodeterminazione, nel contesto della fine della vita, non è autoreferenziale, ma è tanto più effettiva quanto più i soggetti pubblici e privati coinvolti abbiano garantito efficacemente, in attuazione del principio di solidarietà, le condizioni affinché possa maturare una decisione consapevole e responsabile. Cfr. almeno: S. RODOTÀ, *Autodeterminazione*, in *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2017, 259 ss.; P. ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti dell'uomo*, cit., 84 ss., declina dignità, identità, libertà e autodeterminazione "nel corpo" vissuto della persona; un vissuto che deve emergere nella relazione di cura e di fiducia con il medico; L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e diritti della persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 719 ss.; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 4, 1037 ss.

⁵¹ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

⁵² Se il paziente non ha diritto all'aiuto al suicidio, egli, non essendo disposto a morire attraverso il distacco dal sostegno vitale e la sottoposizione alla sedazione palliativa profonda, è costretto a permanere nella propria condizione, subendo così trattamenti dal medesimo disapprovati.

⁵³ S. RODOTÀ, *Autodeterminazione*, cit., 269.

patologia irreversibile causa di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, può scegliere di morire rifiutando il sostegno vitale o ricorrendo all'aiuto al suicidio. Porre in posizione di preminenza l'autodeterminazione e la dignità di quella persona rispetto a un (inesistente) dovere di sopravvivere è un valore altissimo di civiltà.

Mi sembra difficile conciliare la tesi di chi ritiene illegittimo l'aiuto al suicidio con il dato normativo della legittimità del rifiuto di dispositivi sanitari salvavita (art. 1, co. 5, l. n. 219/2017). Come pure è incoerente consentire il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore (art. 2, co. 2, l. n. 219/2017) e al contempo negare l'aiuto al suicidio⁵⁴. Neppure giova sottolineare che il legislatore ha previsto la prima e vietato il secondo, come è emerso dalle due pronunce della Corte costituzionale del 2018 e 2019.

La sedazione profonda, determinando la perdita della coscienza e una morte che sopraggiunge in un tempo non predeterminabile, potrebbe non rispecchiare l'idea che il malato abbia di una fine per sé dignitosa. Se la persona non intenda restare viva senza la coscienza di sé, occorre superare - come ha compreso la Corte costituzionale⁵⁵ - l'alternativa secca tra sedazione profonda e mantenimento del trattamento salvavita. Altrimenti, oltre alla violazione della riserva di legge, si lederebbe anche la dignità umana, la quale non va svilita nell'infruttuosa disputa tra accezione soggettiva o oggettiva.

La dignità, più propriamente, è il risultato del concorso tra libertà e responsabilità della persona, da un lato, e dovere del sistema sanitario di apprestare le condizioni affinché questi due valori - libertà e responsabilità - si inverino (artt. 2 e 3, 2° comma, Cost.)⁵⁶.

⁵⁴ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 249, cit., § 2.3, chiarisce che la sedazione profonda continua è da ritenersi applicabile anche all'ipotesi in cui le sofferenze siano «provocate (...) dal legittimo (...) rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali: scelta che innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito - non necessariamente rapido - è la morte».

⁵⁵ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

⁵⁶ S. RODOTÀ, *Homo dignus*, in *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2017, 189 ss., propugna un'accezione complessa e dinamica della dignità, la quale si attua all'interno di un processo istituzionale in cui vengano garantite le condizioni per assumere decisioni libere e responsabili. Più che definire la dignità, questa si impone quale rapporto tra «potere individuale e dovere istituzionale, politico e sociale» (p. 209). Nessuno può imporre dall'esterno al malato un modo di intendere la qualità della vita; le istituzioni devono però sostenere il malato, favorendo l'emersione della decisione più coerente con la situazione e con la propria identità. Un'imposizione, diretta o indiretta, estranea al sentire della persona sarebbe in contrasto con il passaggio storico - sottolineato da Rodotà - dal soggetto alla persona, con la relazione stretta tra libertà, dignità e sviluppo della personali-

In altri termini, la dignità del paziente si esprime nell'interazione tra il potere di decidere sul proprio corpo in coerenza con la propria identità e integrità⁵⁷ e l'attività di supporto tecnico e professionale dovuta dal medico. Se sono state realizzate quelle condizioni in cui identità e integrità del malato pos-

tà e con il fondamento costituzionale del consenso informato, il quale, come ha affermato la Corte cost. nella sentenza n. 438/2008, cit., ha una «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». Diversa è la più recente posizione di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*, cit., 585 segg., il quale, ritiene, a conclusione di un articolato ragionamento, che il valore dell'invulnerabilità della vita umana non possa cedere mediante l'aiuto al suicidio consapevolmente richiesto dal paziente. Ma la conseguenza di quest'impostazione è di costringere il malato a rimanere prigioniero del proprio corpo e di trattamenti sanitari non voluti. Ciò appare difficilmente compatibile con quel filo che unisce autodeterminazione, identità, integrità, libertà personale e dignità. Sulla necessità, invece, di un bilanciamento tra diritti fondamentali cfr. M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corriere giur.*, 2018, 6, 743-744.

⁵⁷ Anche C. M. MAZZONI, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, 2019, 71-73, va oltre un'accezione meramente soggettiva della dignità. La quale, da un lato, «si manifesta come affermazione dell'identità». Anzi l'Autore afferma che «i due concetti tendono a coincidere, mirabilmente. Identità e dignità significano conoscenza e coscienza di sé». Dall'altro, però, Egli lega la dignità alla libertà e alla responsabilità della persona, la quale ricerca la propria libertà. Mazzoni propende, quindi, per una dimensione dinamica della dignità, che esige l'impegno istituzionale affinché quella ricerca di libertà si compia (art. 3 Cost.). In questo senso risaltano ancora le parole di S. RODOTÀ, *Diventare indegni*, in *Il diritto di avere diritti*, cit., 210: «La dignità non può consistere nella contemplazione statica di un principio ma, proprio perché tale, è motore di un processo nel quale la persona vede riconosciuti nel concreto i propri diritti». In questo processo - ecco il punto che mi sento di condividere - deve spiccare l'identità della persona. Emblematiche in questo senso sono le parole di P. ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 47, il quale, dopo aver posto in rilievo il collegamento che emerge da diverse disposizioni sovranazionali tra dignità, identità, integrità e libertà, conclude, rispetto alla tutela della vita, che «la dignità è il peso decisivo che sta a favore dell'identità ed esclude che il richiamo alla vita possa essere fatto valere contro la persona e le sue consapevoli decisioni (...)». Se anche altri Autori quali V. SCALISI, *Ermeneutica della dignità*, Milano, 20 ss., F. D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 5, 1071 ss. in part. p. 1083, G. VETTORI, *La dignità e i diritti*, in *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, Milano, 2005, 29 ss. e S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Fam., pers., success.*, 2006, 5, 390 ss., sia pur con accenti diversi, ritengono che la dignità presidi il principio personalistico, quindi la libertà di scegliere e di agire secondo la personale definizione di Sé, in una dialettica senza prevaricazioni con il «dover essere della dignità», diventa difficile sostenere che la persona gravemente malata non sia titolare del diritto di morire. Piuttosto il legislatore dovrà garantire che l'esercizio di tale diritto sia espressione di una volontà autentica della persona, scongiurando il rischio di approfittamenti dell'altrui debolezza - sta qui il dover essere della dignità - con pregiudizio intollerabile per la vita umana.



sano esprimersi, si riterrà salvaguardata la dignità del paziente qualunque sia la decisione da egli assunta. Diversamente, se il paziente è costretto a rimanere in vita in spregio alla propria concezione del vivere e alla sue consapevoli determinazioni, vi sarà una sicura lesione della sua dignità/identità/libertà⁵⁸.

Non coglie nel segno neppure l'argomento secondo cui l'aiuto al suicidio contrasterebbe con la tutela del bene supremo della vita, esponendo soprattutto le persone più fragili al rischio di essere strumentalizzate per finalità eteronome. Replica la Corte costituzionale⁵⁹ come sia stato lo stesso legislatore ad aver considerato la vita, sia pur in un contesto normativo di ponderati equilibri, come un valore talvolta relativo e recessivo⁶⁰. Difatti il diritto di rifiutare i trattamenti salvavita e la vincolatività (salvo in casi specifici)⁶¹ delle dichiarazioni anticipate di trattamento, previsti rispettivamente dagli artt. 1, co. 5 e 4 co. 5 e 6, l. n. 219/2017, dimostrano come, di per sé, il valore della vita non prevalga sull'autodeterminazione del singolo⁶².

Certo rimane l'argomento del pericolo di abuso dell'aiuto al suicidio a danno delle persone più deboli che dovrà essere evitato dalla futura legge; tuttavia esso non è sufficiente ad escluderne la legitti-

mità. Del resto, lo stesso pericolo - lo rileva opportunamente la Corte costituzionale⁶³ - si annida nel rifiuto del trattamento salvavita, eppure il legislatore non lo ha vietato bensì contornato da regole a tutela della vita umana.

Essenziale è la «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», in cui si incontrano il consenso informato del primo e la competenza e responsabilità del secondo (art. 1, co. 2, l. n. 219/2017)⁶⁴. Al corretto svolgersi di questa relazione, connotata da diritti informativi del paziente (art. 1, co. 3) e da un'adeguata comunicazione da parte del personale sanitario (art. 1, co. 8 e 10), è affidata la realizzazione dell'autodeterminazione e della dignità, nonché la tutela della vita del paziente.

Più specificamente, la tutela della vita costituisce il fondamento sia dell'art. 1, co. 5 sia dell'art. 4, co. 5, l. n. 219/2017. Nel primo, a fronte del rifiuto di un trattamento salvavita, gravano sul medico alcuni doveri: prospettare le conseguenze della decisione e le alternative praticabili, promuovendo «ogni azione di sostegno (...) anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». Nel secondo, il medico, a fronte di talune situazioni tipizzate dalla legge, è tenuto ad aggiornare le disposizioni anticipate di trattamento, facendo emergere, se del caso, la presunta diversa volontà del paziente, proteggendo così la vita. Vi è, insomma, il divieto di abbandono terapeutico.

Vero è che se il rischio di indebolire il livello di tutela della vita umana non ha precluso la legittimità del rifiuto delle cure e delle DAT, parimenti deve valere per l'aiuto al suicidio, purché sia garantito un adeguato sostegno del paziente. Sono, pertanto, necessarie regole che tendano ad azzerare il rischio di frettolose rinunce da parte della Sanità a tenere in vita chi soffre. Ed è qui che si misurano il grado di civiltà e la tenuta del sistema. Occorrono più fondi alla sanità, il potenziamento della medicina territoriale come ha dimostrato la pandemia da Covid-19 e più incisive politiche di sostegno alle famiglie disagiate, oltre a una più specifica preparazione della classe medica e infermieristica (art. 1, co. 10, l. n.

⁵⁸ L'art. 1 della Convenzione di Oviedo del 1997 e gli artt. 1 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea pongono chiaramente in rilievo il nesso inscindibile tra dignità, identità e integrità del corpo.

⁵⁹ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

⁶⁰ Con riguardo al fine vita non è sostenibile che vi sia una tutela assoluta della vita umana. La Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit., § 8, accoglie questa linea: «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce (...) per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost., imponendogli un'unica modalità di congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di un interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive» (corsivo mio). Tale interesse non viene ritenuto essere la tutela della vita, dovendo quest'ultima essere bilanciata, come stabilisce l'art. 1, co. 1, l. n. 219/2017, con la salute, la dignità e l'autodeterminazione. L'aiuto al suicidio si pone come un mezzo estremo per eliminare le sofferenze, scongiurando l'imposizione di un trattamento non voluto.

⁶¹ C. VERDE, *Profili civilistici delle direttive anticipate di trattamento*, in *Dir. Succ. e Fam.*, 2018, 3, 915-919.

⁶² E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica*, cit., 464, desume dal principio di indisponibilità della vita - difficile, tuttavia, da ritenere esistente in assoluto, stante il diritto di rifiutare qualsiasi trattamento anche salvavita e la vincolatività delle Dat - la non configurabilità della pretesa del malato nei confronti del personale sanitario di procurargli la morte, disattivando un dispositivo salvavita o mediante l'aiuto al suicidio. Giunge alla stessa conclusione U. SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica*, cit., 131-132, con un ragionamento più incentrato sul testo della legge n. 219/2017.

⁶³ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

⁶⁴ P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e dat*, cit., 248, sottolinea l'importanza della parola «fiducia» con la quale si intende escludere ogni «riduzionismo tecnico del termine cura» (art. 1, co. 2, l. n. 219/2017). Una parola, questa, che ritorna nello stesso articolo a proposito del coinvolgimento, ove il paziente lo desidera, di «una persona di fiducia». La quale, insieme ai familiari o alla parte dell'unione civile o al convivente, assume il ruolo di protettore del paziente. Sono, queste, disposizioni significative che segnalano la centralità della relazione quale condizione dell'autodeterminazione, sulla cui attuazione medici e istituzioni dovranno lavorare poiché, come sottolinea lo stesso Zatti, non vi è una sufficiente «cultura della macchina sanitaria e della classe medica».

219/2017) e a un'effettiva solidarietà sociale e familiare.

Ammettere l'aiuto al suicidio non deve abbassare il livello di tutela e promozione della vita. La Corte costituzionale, consapevole del rischio insito nella mera dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p., ha indicato talune regole volte a proteggere il malato da leggerezze o omissioni del personale sanitario e dall'influenza malevola dei familiari. Su queste occorre soffermarsi.

10. Le «specifiche cautele» nel procedimento di aiuto al suicidio tra tutela della vita e dell'autodeterminazione.

La Corte costituzionale ha dimostrato rispetto delle prerogative dei diversi poteri dello Stato, rimarcando al contempo la centralità, nell'epoca post-moderna, dell'ermeneutica quale strumento di ricerca *intra-sistemica* - *l'inventio* latina - delle regole del caso concreto⁶⁵ e della giurisprudenza quale formante della legalità. La Consulta, infatti, mentre nell'ordinanza del 2018 si è limitata a fornire al legislatore alcuni suggerimenti su profili qualificanti della legge *ferenda*⁶⁶, nella sentenza del 2019 ha dovuto «ricavare dalle coordinate del sistema vigenti i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»⁶⁷.

Sono state individuate vere e proprie regole a protezione di diritti fondamentali quali il diritto alla vita, il diritto di essere informato e di autodeterminarsi nella scelta dei trattamenti medici e il diritto di chiedere l'aiuto al suicidio. Sì, sono regole funzionali a tutelare tutti questi diritti insieme sul presupposto che non vi è un diritto dominante. L'ordinamento non rinuncia a tutelare la vita, neppure qualora il malato abbia scelto di morire.

⁶⁵ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, 123, sottolinea lo spostamento dell'«asse portante dell'ordinamento dal legislatore all'interprete», il quale è pienamente coinvolto «nello stesso processo di enucleazione e definizione del diritto». Sul concetto di *inventio* cfr. soprattutto pagg. 126 segg.

⁶⁶ Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, cit.

⁶⁷ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., § 4. La possibilità per il giudice, in attesa dell'intervento legislativo, di reperire, dai testi normativi e dal sistema ordinamentale, regole prescrittive che attuino l'effetto favorevole scaturente dalla dichiarazione di incostituzionalità, è stata affermata anche da Cass., Sez. un. 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Corriere Giur.*, 2017, 5, 618 ss., con nota di M. N. BUGETTI, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni unite*.

È questo, a mio avviso, uno dei tratti più significativi della (equilibrata) sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019, qui più volte e vocata. Il valore della vita non è estraneo al confronto con altre posizioni soggettive. L'esistenza umana è protetta non già in assoluto, ma nella dialettica con altri diritti e valori, sulla scorta di quanto affermato dall'art. 1, co. 1, l. n. 219/2017: la salute, la dignità e l'autodeterminazione.

Tale confronto è aperto all'esito alternativo della prevalenza ora della vita ora della volontà del paziente di abbandonarla. In ogni caso l'assiologia costituzionale è rispettata, poiché essa oscilla tra tutela della vita e della libertà di scelta su come affrontare la propria condizione di malato. Una libertà, questa, inscindibilmente legata alla dignità, alla quale si lega pure il valore della vita. È insostenibile una vita senza dignità e, sotto questo profilo, è suggestiva la scelta della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE di prevedere prima la dignità umana (art. 1), poi il diritto alla vita (art. 2).

Il diritto di morire lo si esercita, pertanto, in un quadro giuridico di garanzie della vita, della volontà e della dignità del malato. Questo è il cuore del *decisum* della Corte costituzionale sul suicidio assistito, il cui merito è di aver sgombrato il campo da impostazioni ideologiche di stampo assolutistico che ora esaltano l'indisponibilità della vita, ora l'individualismo senza socialità. Invece, lo spazio di legittimità dell'aiuto al suicidio, accuratamente perimetrato dalla Consulta, impedisce che vi sia vita senza volontà di vivere, senza dignità, né libertà. Al contempo, però, a tutela della vita, devono essere osservate le indicazioni fornite dalla stessa Corte costituzionale, affinché tutti i valori e i diritti coinvolti dalla decisione del paziente vengano salvaguardati, così da non integrare il reato di cui all'art. 580 c.p.

A tal fine viene anzitutto richiamata la «procedura medicalizzata» di cui all'art. 1, co. 5, l. n. 219/2017, prevista per il rifiuto del trattamento salvavita ed estensibile all'aiuto al suicidio. In particolare, occorre che il medico accerti la «capacità di autodeterminazione del paziente e il carattere libero e informato della scelta espressa» di porre fine alla vita tramite l'aiuto al suicidio⁶⁸. Una scelta da

⁶⁸ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., § 5. Sull'importanza della comunicazione tra medico e paziente, espressa dall'art. 1, co. 8, l. n. 219/2017, cfr. P. ZATTI, «Parole tra noi così diverse». *Per una ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 143 ss. Nel fine vita, il dialogo con il medico è volto a far emergere non tanto il consenso o il dissenso nei confronti di un atto sanitario, quanto piuttosto una convinta modalità del vivere tale fase. Rileva cioè la biografia e l'identità della persona e il medico deve attrezzarsi per far emergere entrambe (cfr. art. 1, co. 10, l. n. 219/2017). Questo è l'obiettivo, ancora incompiuto, al raggiungimento del





esprimere nelle forme di cui al comma 4 del medesimo articolo: per iscritto o con una videoregistrazione e, per i disabili, attraverso quei dispositivi che consentano loro di comunicare.

La Consulta sottolinea, sempre con riguardo a tale comma, che il medico, oltre a prospettare al paziente le conseguenze della sua decisione, le possibili alternative e a sostenerlo con azioni positive anche di natura psicologica, deve dare conto, facendone espressa menzione nella cartella clinica, «del carattere irreversibile della patologia».

Sono tutte disposizioni, queste, volte a garantire certezza, autenticità e persistenza del volere e, soprattutto, a tutelare la vita umana. Solo consentendo al paziente di scegliere consapevolmente, all'interno dell'alleanza terapeutica, si protegge la vita qualora egli intenda vivere, oppure si salvaguarda l'autodeterminazione e la dignità se egli desidera, invece, morire.

Nella tutela di questi tre valori - vita, autodeterminazione e dignità - è strategico l'art. 2 l. n. 219/2017 che prevede il diritto alle cure palliative in caso di rifiuto o revoca del consenso al trattamento sanitario. Tale disposizione va applicata, secondo la Corte costituzionale, anche alla richiesta di aiuto al suicidio, posto che «l'accesso alla cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta (...) a rimuovere le cause della decisione del paziente di congedarsi dalla vita»⁶⁹. Pertanto tali cure si pongono quale condizione di legittimità della condotta di aiuto al suicidio⁷⁰.

Vi sono altri due profili del procedimento medicalizzato su cui la Corte costituzionale ha preso posizione, con chiarezza, in attesa delle determinazioni del legislatore, mantenendo un giusto equilibrio tra tutela della vita e dell'autodeterminazione. Il primo consiste nell'aver riservato alle strutture pubbliche del Servizio sanitario nazionale la verifica di tutti i presupposti fattuali che giustificano l'aiuto al suicidio e la gestione del relativo procedimento. Ad esse - si afferma nella sentenza - «spetterà verificare le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere tali da evitare abusi in danno delle persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze». Il suicidio assistito dovrà essere attuato nelle strutture ospedaliere pubbliche, fintantoché non interverrà il legislatore⁷¹.

quale le istituzioni e le associazioni competenti devono lavorare.

⁶⁹ Così Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., § 5.

⁷⁰ Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, cit., § 10, ha suggerito al legislatore di indicare l'accesso alle cure palliative quale «pre-requisito della scelta di un percorso alternativo da parte del paziente».

⁷¹ Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit., § 9, ha rimesso la valutazione sul luogo in cui praticare l'aiuto al suicidio alla scelta discrezionale del legislatore. La Società italiana di Cure

Il secondo profilo posto in rilievo dalla Consulta garantisce la trasparenza del procedimento in cui si dispiega la volontà del paziente e la sua autenticità. A tal fine è stato imposto il coinvolgimento del Comitato etico territorialmente competente, «un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, [idoneo a] garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità», disciplinato da un'apposita normativa.

Il Comitato - sembra di capire - deve essere consultato prima di eseguire l'aiuto al suicidio, al fine di tutelare il malato attraverso il controllo della correttezza dell'*iter* procedimentale. Non è chiaro né il modo in cui interverrebbe il Comitato - se attraverso una verifica della documentazione medica e/o facendo visitare il paziente (soluzione a mio avviso da preferirsi) - né la rilevanza di un eventuale parere contrario da esso espresso all'aiuto al suicidio.

11. Questioni aperte: diritto di aiuto al suicidio e obiezione di coscienza. Verso una nuova definizione di salute?

La dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. non ha chiuso ogni discorso, né può indurre il Parlamento a ritardare ulteriormente l'approvazione della legge. Nonostante le regole individuate dalla Corte costituzionale, rimangono profili significativi carenti di un'adeguata regolamentazione o ignorati.

Va anzitutto rimarcato, ponendosi nella prospettiva della Consulta, che la declaratoria di illegittimità costituzionale ha soltanto delimitato uno spazio di non punibilità dell'aiuto al suicidio, valevole anche per i fatti anteriori alla pubblicazione della pronuncia nella Gazzetta Ufficiale, purché «l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti». Non è stato introdotto alcun obbligo per il medico di assecondare la richiesta suicidaria del paziente⁷². La quale, se ne deduce, rimarrà inattuata a fronte del rifiuto di tutti i sanitari in servizio in quel determinato ospedale di coadiuvare il paziente, con

Palliative, nel documento datato 26 novembre 2019, al punto 7, ha sottolineato l'importanza di non escludere «il domicilio del malato e altri *setting* come luoghi di attuazione» dell'aiuto al suicidio.

⁷² Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., al § 6 dei motivi della decisione, afferma, con riguardo al tema dell'obiezione di coscienza, che «la presente declaratoria di illegittimità costituzionale [dell'art. 580 c.p.] si limita ad escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato».

conseguente ineffettività del diritto di morire e di scegliere come morire. Ciò costituisce un *vulnus* della sfera giuridica della persona che doveva essere evitato, poiché la Corte costituzionale non è stata coerente con la sua stessa argomentazione svolta nell'ordinanza n. 207/2018.

Se - come ha sottolineato la Consulta⁷³ - punire in ogni caso l'aiuto al suicidio, da un lato, sacrifica l'autodeterminazione del malato e la sua dignità, dall'altro, è irragionevole e contraddittorio rispetto al diritto di rifiutare i (o rinunciare ai) trattamenti necessari alla propria sopravvivenza (artt. 1, co. 5 e 4 co. 5 e 5, co. 1, l. n. 219/2017), va respinta la tesi dell'insussistenza del diritto all'aiuto al suicidio soltanto perché non espressamente previsto dalla legge⁷⁴. Non è necessario che tale diritto sia proclamato *expressis verbis* dal legislatore per esistere; esso deriva dal sistema ordinamentale. Non si condivide, pertanto, la Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 242/2019, senza rinunciare a salvaguardare l'obiezione di coscienza, avrebbe dovuto affermare che il sistema sanitario deve comunque garantire l'aiuto al suicidio qualora ve ne siano i presupposti. Opinando diversamente, il paziente resta alla mercé di terze persone, in aperta contraddizione rispetto a tutte le argomentazioni a sostegno dell'incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p.

Dalle due pronunce della Corte costituzionale (2018 e 2019), se si rimane sul piano dei valori in gioco, si evince come l'autodeterminazione e la dignità del malato possano prevalere, a certe condizioni, non tanto sulla tutela della vita (cui l'ordinamento non rinuncia mai), quanto sulla volontà di soggetti terzi (il medico, i familiari) di tenere in vita il paziente. Di conseguenza occorre riconoscere al malato una pretesa azionabile nei confronti del sistema sanitario se la relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente abbia consentito a quest'ultimo di maturare una decisione ponderata⁷⁵.

⁷³ Corte Cost. ord., 16 novembre 2018, n. 207, cit., § 9.

⁷⁴ E. BILOTTI, *La Corte costituzionale ripristina il confine dell'autodeterminazione terapeutica, ma...lascia solo ai medici il compito di presidiarlo*, cit., 493, sottolinea come le due pronunce della Corte Costituzionale non si saldino tra loro.

⁷⁵ Diversamente E. BILOTTI, *op. ult. cit.*, 498-499, secondo il quale, per ricostruire coerentemente le due pronunce della Corte costituzionale 2018-2019, occorrerebbe qualificare il rifiuto delle cure come «potere di fatto e non come pretesa azionabile nei confronti del personale sanitario». In tal modo, però, si affievolisce considerevolmente la legge n. 219/2017, che ha previsto, in linea con l'evoluzione giurisprudenziale e delle fonti del diritto, il diritto di rifiutare e di rinunciare a ogni trattamento e ciò senza aver disciplinato al contempo l'obiezione di coscienza. Il fatto che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 242/2019, abbia salvaguardato l'obiezione di coscienza del medico, non significa che al malato sia preclusa l'azione in giudizio a tutela del suo diritto di essere aiutato a morire. Si pone un problema di temperamento di posizioni diverse: non solo quella del medico obiettore (che non può essere l'unica effetti-

Di certo il legislatore si porrà il problema dell'obiezione di coscienza. Un modello di riferimento lo si ritrova nell'art. 9, co. 4, l. n. 195/1978 (aborto). Se esso verrà riproposto, si dovrà avere cura di stabilire che la struttura sanitaria è tenuta ad assicurare l'attuazione della richiesta del paziente di aiuto al suicidio, anche attraverso la mobilità del personale sanitario, così da coniugare la libertà di coscienza del medico con l'effettività del diritto di morire.

La questione dell'obiezione di coscienza è molto delicata: da un lato sembra scontata la sua introduzione in nome del pluralismo dei valori⁷⁶, dall'altro, si dovrebbe forse iniziare a riflettere su una ridefinizione dei compiti del medico, in una cornice più consona ai concetti di salute (da rivedere come si vedrà tra breve) e di integrità, in cui sia assicurata la tutela della vita, dell'autodeterminazione e della dignità del malato.

Se la vita è un valore recessivo rispetto al volere libero e consapevole del paziente di rifiutare un trattamento salvavita o di essere aiutato dal medico nel suicidio, pone un problema di legittimità consentire di contrapporre a tale volere una diversa concezione soggettiva del medico riguardo alla vita sofferente. È significativo che la legge n. 219/2017 non abbia previsto l'obiezione di coscienza⁷⁷, impedendo così al medico di contrastare la richiesta di interruzione di un dispositivo salvavita o l'attuazione delle DAT, attraverso l'imposizione della propria etica della vita o del proprio credo religioso.

va), ma anche quella del malato che intenda far valere l'autodeterminazione, l'integrità e la propria dignità. Ciò deve tradursi in un obbligo a carico del sistema sanitario di garantire anche i valori che fanno capo al malato. Tutto questo, come si è cercato di dimostrare, esprime una logica non già individualistica - che non è propria del sistema costituzionale - ma del temperamento tra valori diversi.

⁷⁶ In questo senso si è espresso il CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, cit., p. 17, sebbene la legge n. 219/2017 non abbia previsto l'obiezione di coscienza. Deve essere respinta la conclusione basata su un'erronea interpretazione dell'art. 1, co. 6 -II° periodo, l. n. 219/2017 secondo cui la legge avrebbe lasciato spazio all'obiezione di coscienza del medico. L'articolo in parola, come già sottolineato *supra*, si riferisce a quelle richieste del paziente incongrue e sproporzionate rispetto ai protocolli e alla buona pratica medica, non certo ad una inconcepibile e illegittima obiezione da parte del medico al rifiuto della cura. Opinando diversamente si farebbe un salto all'indietro nella storia, riposizionando il paziente nella mani del medico (dà conto di ciò P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 4 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*)).

⁷⁷ P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e dat*, cit., 250, chiarisce come il medico abbia il dovere di assecondare la decisione del paziente che rifiuti un trattamento salvavita; l'obiezione di coscienza non è praticabile (d'accordo CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, cit., 692).



La nuova sfida che i medici dovrebbero accogliere è quella di saper assumere il ruolo di garanti dell'attuazione della volontà del paziente da loro debitamente assistito, informato e sostenuto⁷⁸; una volontà che, in questo tipo di relazione, dovrà essere lucida e determinata. In siffatto contesto di «fiducia» - parola, questa, che implica affidamento di ricevere tutto quanto sia reputato necessario - la tutela della vita e della salute si deve coniugare, come stabilisce l'art. 3 del Codice di Deontologia Medica, col «rispetto della libertà e della dignità della persona».

La finalità della professione medica è allora tutta protesa a tutelare la salute e l'integrità del paziente, anche liberandolo dalle sofferenze insopportabili⁷⁹, senza intravedere strappi rispetto a un'interpretazione del Codice di deontologia medica orientata al bilanciamento tra vita, dignità, integrità e autodeterminazione del paziente⁸⁰. Questo cammino non è stato ancora compiuto, ma sarà un segno di accresciuta civiltà se il medico, in casi estremi, si renda sempre disponibile ad accompagnare il paziente verso la fine della vita. Occorrerebbe però rivedere la nozione di salute, poiché quella attuale, racchiusa nella definizione accolta nel 1948 dal WHO, è divenuta anacronistica e causa di distorsioni sociali ed economiche.

Ciò è ben spiegato in un interessante articolo di alcuni studiosi olandesi, nel quale si riporta quanto esposto nella Conferenza internazionale svoltasi a l'Aja nel dicembre 2009⁸¹. In estrema sintesi, l'inattualità della definizione dell'WHO emergerebbe da quanto segue: 1) l'idea di «completo» stato di benessere induce ad attuare una politica di medicalizzazione eccessiva della società, costellata da persone repute pressoché sempre malate; 2) molti pazienti sono affetti da patologie croniche con le qua-

li, diversamente dal passato, convivono per diversi anni attraverso l'accettazione di un diverso stile di vita. Questa capacità di reazione e adattamento è minimizzata se non ignorata dall'attuale definizione di salute del WHO; 3) la completezza, in quanto espressione di absolutezza, è inoltre una condizione né operativa né misurabile, sebbene il WHO abbia sviluppato diversi sistemi «per classificare le malattie e descrivere gli aspetti della salute, della disabilità e del funzionamento e della qualità della vita»⁸².

Si propone allora una definizione di salute dinamica, abbandonando quella statica del WHO, quale «capacità di adattarsi e di autogestirsi» rispetto alla patologia⁸³. Il sistema sanitario, di conseguenza, dovrebbe attuare una strategia volta a far sentire il paziente in grado di vivere discretamente nonostante la malattia. A tale fine esso dovrebbe favorire quella resilienza e capacità di fronteggiare le conseguenze della cronicità; attitudini, queste, indispensabili per trovare un nuovo equilibrio che consenta di conservare socialità, piacevolezza del vivere, del godere della famiglia e delle soddisfazioni lavorative⁸⁴.

In questo scenario restano centrali le modalità e il contenuto della comunicazione tra medico e paziente quale «tempo di cura», come stabilisce l'art. 1, co. 8, l. n. 219/2017. Si avrebbero ricadute positive sui costi della sanità.

Preme rilevare come la predetta definizione di salute si attagli alla tesi qui sostenuta che pone in

⁷⁸ E. FAZIO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: profili problematici*, cit., 411-412.

⁷⁹ P. ZATTI, *op. ult. cit.*, 2407, afferma che «il medico ha il compito professionale di proporre al paziente visioni e strategie di salute in vista della realizzazione della migliore integrità conseguibile, nella necessaria integrazione di tutte le dimensioni dell'integrità stessa». Ma allora a me sembra che se l'integrità è inscindibile dall'identità («*identity view of integrity*»), diventa legittima e compatibile con i valori di riferimento la richiesta di aiuto al suicidio. Il CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, cit., p. 16-17 dà atto di questa nuova prospettiva che amplia i compiti del medico dall'aiuto nel morire all'aiuto a morire. Ciò è maggiormente in linea con quanto qui sostenuto a proposito dell'esistenza di un vero e proprio diritto all'aiuto al suicidio.

⁸⁰ Dissente E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica*, cit., 461. BORSELLINO, *Sulle proposte di legge in tema di rifiuto di trattamenti sanitari e di eutanasia*, *Fam. e dir.*, 2019, 7, 733, il quale ritiene indispensabile, *de jure condendo*, la previsione dell'obiezione di coscienza a fronte della richiesta di aiuto al suicidio o di eutanasia.

⁸¹ M. HUBER e altri AA., in *BMJ*, 2011, 1 ss.

⁸² M. HUBER e altri AA., *op. cit.*, 2.

⁸³ M. HUBER e altri AA., *op. cit.*, 2, affermano che «*The discussion of experts at the Duch conference, however, led to broad support for moving from the present static formulation towards a more dynamic one based on the resilience or capacity to cope and maintain and restore one's integrity, equilibrium, and sense of wellbeing. The preferred view on health was "the ability to adapt and to self manage"*». P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 12, 2403 ss., nei suoi scritti, accoglie sostanzialmente l'esito di questo studio. Egli desume dalla normativa sovranazionale l'integrità quale «nucleo semantico» della salute. L'integrità esprime i due profili di «confine del Sé (intero=intatto)» e di «pienezza del Sé» (art. 1 Carta diritti fondamentali UE e art. 1 Conv. di Oviedo). Questo discorso, incentrato sull'integrità quale componente della salute, evoca la capacità del malato di sentirsi ancora in grado di vivere. A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 278 segg., segue un'impostazione diversa, valorizzando la prescrizione costituzionale della tutela della salute quale interesse della collettività.

⁸⁴ M. HUBER e altri AA., *op. cit.*, 3, sottolineano l'importanza di misurare la capacità reattiva dell'ammalato e di fare ricerca scientifica su questo: «*Such instruments offer valuable information about a variety of aspects, from functioning to the experienced quality of life. Yet there are few instruments for measuring aspects of health like the individual's capacity to cope and to adapt, or to measure the strength of a person's physiological resilience. A new formulation about health could stimulate research on this*».

primo piano il sostegno alla vita e il rispetto della volontà del paziente anche in ordine alla richiesta di aiuto al suicidio. Un sostegno che è efficace solo se riesca a far maturare proprio quella capacità di resistere e di trovare significati nell'esistenza. Se però, a causa della condizione di estrema sofferenza, quella «capacità di adattarsi e di autogestirsi» non matura, il paziente deve poter morire in una cornice legislativa certa che sappia valorizzare adeguatamente la sua autodeterminazione e dignità.

C'è un momento in cui le altre voci, quella del medico, dei familiari, della religione, della filosofia, debbono tacere per lasciare spazio soltanto a chi porta il peso del corpo ferito e la sofferenza dell'anima. Nella mia percezione non c'è ancora pieno accordo su questo, né nella società né tra gli studiosi, eppure l'evoluzione giuridica, non ancora esaurita, è andata in questa direzione.

I profili della salute e dell'ampiezza dell'autodeterminazione del malato devono essere posti al centro anche della riflessione politica.

12. (Segue) Il procedimento di aiuto al suicidio, la volontà del minore e l'eutanasia.

La sentenza della Corte costituzionale n. 242/219 suscita ulteriori considerazioni, anzitutto attinenti alla fattispecie giustificativa dell'aiuto al suicidio.

Secondo i Giudici di legittimità il malato può richiedere l'aiuto al suicidio solo se è tenuto in vita da presidi medici. Questa condizione delimita eccessivamente la casistica, almeno rispetto a quei malati che, afflitti da sofferenze resistenti alle terapie e autonomi nelle funzioni vitali, vorrebbero essere liberati da una condizione avvertita come di mera sopravvivenza. In tali casi non costituisce un *discrimen* ragionevole quello tra l'essere o no dipendente da un sostegno vitale. L'aspetto davvero decisivo è il grado di sofferenza fisica e psichica e l'impossibilità di contenerla così da renderla accettabile (così le leggi olandese n. 136/2001 e belga n. 144/2003).

Il legislatore dovrà delineare i presupposti di fatto dell'aiuto al suicidio oltre la fattispecie delimitata dalla Corte costituzionale.

Occorrerà anche regolare più compiutamente il procedimento medicalizzato, discostandosi dai suggerimenti della Consulta, dipesi dalla necessità di attingere dallo *ius positum*. È preferibile dettare regole specifiche piuttosto che richiamare l'art. 1 della legge n. 219/2017. Si pensi al profilo dell'intervento del soggetto terzo, il quale ha il compito di valutare la situazione nel suo complesso

al fine di garantire un elevato grado di certezza dell'esistenza delle condizioni dell'aiuto al suicidio⁸⁵. Le leggi belga e olandese hanno dedicato a questo aspetto specifiche disposizioni, rigorose nel precisare i requisiti (di competenza) del terzo e i suoi doveri, tra cui vi è quello di rendere un parere scritto⁸⁶. Tali leggi prevedono anche un controllo successivo al decesso del paziente, affidato a una Commissione, sulla correttezza della procedura⁸⁷ allo scopo di disincentivare abusi o valutazioni superficiali.

Un ulteriore punto riguarda la rilevanza della volontà del minore di età di essere aiutato nel suicidio. L'art. 3 della l. n. 219/2017 appare, a prima lettura, sbilanciato nell'attribuire il predominio alle *decisioni degli esercenti la responsabilità genitoriale*⁸⁸, in un contesto finalistico circoscritto al perseguimento della salvaguardia della «salute» e della «vita». Il 2° comma attribuisce, infatti, in ogni caso ai genitori o al tutore il potere di acconsentire o di rifiutare il trattamento sanitario, «tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come *scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità*». Una disposizione, questa, coerente con l'art. 1, co. 5, l. n.

⁸⁵ La Società italiana di Cure Palliative, doc. cit., al punto 6, ha espresso preoccupazione per il coinvolgimento preventivo dei Comitati Etici Locali: scarsamente diffusi e privi di competenze di bioetica clinica.

⁸⁶ L'art. 1 della legge olandese sull'eutanasia e il suicidio assistito (n. 136/2001) stabilisce che il medico destinatario della richiesta di una di tali pratiche deve consultare «un altro medico indipendente», obbligato a visitare il paziente e a dare la sua opinione scritta sulla sussistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge. Analogamente, ma con maggiore ricchezza di contenuto, dispone l'art. 3 della legge belga sull'eutanasia (n. 144/2003), in cui si aggiunge che «il medico consultato deve comportarsi in modo autonomo, sia nei riguardi del paziente che nei confronti del curante e deve essere in possesso di una competenza professionale in merito alla patologia del caso. Il curante deve informare il paziente circa l'esito del consulto».

⁸⁷ L'art. 9 della legge olandese affida il controllo alle Commissioni regionali, le quali valutano il rapporto redatto dal medico «che ha praticato l'eutanasia su richiesta o ha fornito assistenza in un suicidio» (art. 8) e, qualora la Commissione ritenga che il medico abbia sbagliato ad agire, essa «comunica il suo parere all'Ufficio della Procura Generale Repubblica e all'ispettore regionale per la Salute» (art. 9). La legge belga, poiché disciplina l'eutanasia, è ancora più rigorosa: ha istituito una Commissione federale, attribuendole la funzione di controllo sull'applicabilità della legge. A tal fine vi è un registro, diviso in due parti, che deve essere compilato dal medico che ha praticato l'eutanasia (artt. 5-8 l. n. 144/2003). Il procedimento di controllo è scandito da una fase ordinaria ed un'altra eventuale e, qualora emerga il mancato rispetto delle condizioni previste dalla legge, la Commissione invia il dossier al Procuratore del Re del luogo del decesso del paziente.

⁸⁸ G. BALDINI, *L. 210/17: Minori, incapaci e autodeterminazione terapeutica tra luci e ombre*, in *Dir. succ. e fam.*, 2019, 1, 12 ss.





219/2017 che attribuisce il diritto di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario soltanto alla persona capace di agire.

È eccessivo soffermarsi in questa sede sull'interpretazione di quel «tenendo conto»⁸⁹; piuttosto interessa ragionare sulla configurabilità del diritto del minore di chiedere il suicidio assistito.

Indubbiamente, la predetta funzionalizzazione dell'ufficio dei genitori e del tutore alla tutela della salute e della vita del minore deve rimanere ben salda, nella consapevolezza, però, che anche il minore possa trovarsi nella stessa condizione del maggiorenni tratteggiata dalla Corte costituzionale. In tal caso, l'art. 3, co. 2, l. n. 219/2017 non è del tutto soddisfacente, anche se, in casi davvero estremi, vi sarebbe spazio per un'interpretazione che giustifichi un accompagnamento sanitario del minore verso la fine.

L'art. 3, co. 2, infatti, non si limita a finalizzare il rifiuto dei trattamenti da parte degli esercenti la responsabilità genitoriale alla tutela della salute psicofisica e della vita del minore, ma funzionalizza questi due valori al rispetto della sua dignità. È il bilanciamento che potrebbe giustificare, sfociando nella prevalenza di un valore sull'altro, un arretramento della vita rispetto alla tutela della dignità e della salute psico-fisica del minore (adolescente).

Si deve ammettere come non sia affatto facile, *de jure condendo*, modificare il testo dell'art. 3 l. 219/2017 nel senso di un rafforzamento del diritto del minore di far valere, proporzionalmente al suo grado di maturità, la propria dimensione identitaria. La disposizione è senz'altro prudente, basandosi sull'esigenza di tutelare, al massimo grado possibile, la vita del minore. Pecca forse per difetto, poiché anche al minore consapevole e maturo deve essere assicurato il governo del proprio corpo all'interno dell'alleanza terapeutica con il medico e con la propria rete familiare. Si avverte qui lo iato tra la coerenza ordinamentale e la fattualità.

Una soluzione legislativa da valutare potrebbe essere quella accolta dalla legge olandese, che detta regole diverse a seconda dell'età. Se il minore ha tra

i sedici e i diciotto anni e «si possa ritenere che [egli] abbia una ragionevole consapevolezza dei suoi interessi, il medico [può] accogliere la richiesta del paziente di porre fine alla sua vita con il suicidio assistito, dopo che i genitori o i parenti (...) o il tutore siano stati *coinvolti* nel procedimento decisionale». Qui l'asse decisionale è più spostato dal lato del minore «grande»⁹⁰, senza purtuttavia rinunciare al controllo esterno della sua decisione, demandato al personale sanitario con il necessario coinvolgimento dei genitori⁹¹. I quali sono chiamati non già a esternare il loro volere pretendendo che sia seguito, ma a proteggere l'identità del minore.

Per concludere, solo un cenno al tema dell'eutanasia che, pur non affrontato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019, si inserisce anch'esso nella dinamica tra vita, salute, autodeterminazione e dignità. Sebbene al Parlamento sia stato chiesto di intervenire sull'aiuto al suicidio, quando ciò accadrà (si auspica presto) potrebbe essere l'occasione per discutere anche dell'eutanasia. La sua regolamentazione sembra un passo troppo lungo per il nostro Paese, ma sullo sfondo vi è la necessità di evitare disparità di trattamento tra malati (art. 3 Cost. e art. 14 Cedu)⁹².

Si pensi al caso in cui il paziente non sia in grado di collaborare per porre fine alla propria vita o a quello in cui egli chieda l'eutanasia in previsione del sopraggiungere di uno stato irreversibile di incoscienza. Nell'assecondare questa volontà ci sarebbe una ragione di coerenza con quella relazione gerarchica che la Consulta ha messo in rilievo tra vita, da un lato, autodeterminazione e dignità dall'altro, pur sempre in una dinamica di bilanciamento tra di loro. Se la vita è un valore che deve essere bilanciato con l'autodeterminazione e la dignità

⁹⁰ Se, invece, ai sensi dell'art. 2 ult. comma, legge olandese, il minore ha un'età compresa tra i dodici e i sedici anni, «il medico può accogliere la richiesta del paziente a condizione che i genitori o i parenti (...) o il tutore siano d'accordo con la decisione di porre fine alla vita con il suicidio assistito». In tal caso la volontà dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale prevale su quella del minore-paziente.

⁹¹ R. SENIGAGLIA, *Consenso libero e informato del minorenni*, cit., 1333, ritiene che il genitore «non agisca come rappresentante legale, sostituendosi al figlio nell'esercizio dei suoi interessi, bensì come responsabile della cura degli interessi non patrimoniali del figlio, partecipe della protezione dei suoi diritti fondamentali, della sua persona».

⁹² A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, cit., 5, lascia intravedere la legittimità di «un'eccezione anche per il reato di omicidio del consenziente, quando solo con il contributo causale altrui sia possibile ottenere quella morte legittimamente ambita». Occorre però un intervento del legislatore, essendo piuttosto delicati gli aspetti di dettaglio da regolamentare. Afferma giustamente l'Autore che «la regolamentazione del fenomeno serve anche, se non soprattutto, alla tutela del diritto alla vita, non alla morte».

⁸⁹ Condivisibile è la tesi di R. SENIGAGLIA, «*Consenso libero e informato del minorenni tra capacità e identità*», in *Rass. dir. civ.*, 2018, 4, 1340 ss., che sottrae l'infra-diciottenne dai limiti operativi della capacità di agire in forza dei diritti inviolabili attinenti alla dimensione personale, senza l'esercizio dei quali si negherebbe al minore la sua stessa soggettività. Così spetterà a quest'ultimo scegliere se accettare o no un trattamento quando egli sia «nella fase di affermazione dell'identità (...) con la cura e il supporto del genitore». Sintetizza perfettamente P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, 20 ss., l'esito delle complesse dinamiche tra vita, autodeterminazione e dignità, affermando che la funzione dei familiari vicini al malato è, a prescindere dall'esistenza di un ufficio di diritto privato, quella di «testimoni dell'identità».

tà, se l'ultima parola in un quadro di garanzie procedurali spetta al malato, lo stesso ragionamento varrebbe per l'eutanasia. La quale non sembra incompatibile con il quadro giuridico che la Corte costituzionale ha delineato.

L'eutanasia è solo un'altra tecnica che consente al malato di avere il governo del proprio corpo. Certo, andranno disciplinati i presupposti e scanditi i passaggi procedurali con grande perizia a garanzia di tutti i valori coinvolti.

In conclusione di queste pagine vorrei sottolineare che la prospettiva più consonante con i valori e i diritti come si sono evoluti non è quella di alzare barriere preconcepite contro l'aiuto al suicidio e l'eutanasia, espressive di visioni assolutiste e unilaterali. È un'altra: è quella che ricostruisce un sistema di valori aperto e pluralista, che protegge e bilancia vita, salute, autodeterminazione e dignità sociale, attraverso regole che allontanano anche solo l'ombra di una «bioetica utilitaristica»⁹³. Un sistema che consenta al malato di attuare la sua scelta libera e consapevole⁹⁴ in un contesto relazionale di garanzie⁹⁵, connotato dalla socialità e dalla solidarietà. Ciò implica e rafforza l'esistenza del diritto di morire nei casi e con i limiti previsti dall'ordinamento.

Secondo questa prospettiva, ogni critica di stampo individualista si sgretola, poiché la decisione del paziente non è e non deve essere isolata, ma essa tanto più riflette la propria identità⁹⁶ quanto più le

Istituzioni abbiano adempiuto al loro dovere di sostegno (anche economico)⁹⁷. Solo così predominerà non già l'individualismo né la scelta obbligata di lasciarsi andare, ma l'individualità e la dignità umana.

⁹³ C. M. MAZZONI, *Quale dignità*, cit., 79. Cfr. anche CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, cit., p. 15.

⁹⁴ C. M. MAZZONI, *Quale dignità*, cit., 95 e segg. scrive pagine di grande spessore culturale, in cui dimostra come il fondamento e l'origine della dignità stia nella responsabilità dell'uomo di costruire la propria libertà. A pag. 107 si legge la seguente definizione: «Dignità è la coscienza della propria libertà nei limiti della responsabilità di sé».

⁹⁵ S. RODOTÀ, *Homo dignus*, cit., 195-196, ha sempre valorizzato i diritti della persona con equilibrio e rifuggendo da prospettive unilaterali e assolutiste. Così Egli afferma che «la dimensione del potere individuale di decisione non implica autoreferenzialità della persona. Considerando il nesso già ricordato tra dignità e rimozione degli ostacoli di fatto, tra dignità e libera costruzione della personalità, emerge con nettezza un *dovere pubblico di costruire un contesto all'interno del quale le decisioni della persona possano essere effettivamente libere*: in questo modo l'intervento esterno non si traduce in una compressione, in una subordinazione della dignità a una morale esterna, ma costruisce le condizioni per la sua piena manifestazione» (corsivo mio). Direi che le due pronunce della Corte cost. qui più volte richiamate - n. 207/2018 e n. 2019/242 - abbiano accolto quest'autorevole impostazione, sebbene quella più recente non ne abbia tratto la coerente conclusione in punto di esistenza del diritto di morire azionabile in giudizio.

⁹⁶ S. RODOTÀ, *Autodeterminazione*, cit., 273, indica diversi articoli di legge da cui si trae agevolmente come l'ordinamento abbia dato spazio ai «moti della coscienza», creando così uno spazio in cui rileva non l'atto isolato della persona, ma un complesso di elementi connotanti la medesima, i quali, unitamente

intesi, costituiscono il sostrato e il fondamento della sua decisione.

⁹⁷ Le difficoltà economiche del malato e della persona vicina a quest'ultimo che vorrebbe occuparsene non possono essere alla base della scelta dell'aiuto al suicidio.

