



**Lucia Risicato**

(ordinario di Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università degli Studi di Messina)

## **Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico**

**SOMMARIO:** 1. Laicità, dignità della vita e dignità della morte - 2. Scelte di fine vita ed "eutanasia": un pericoloso equivoco - 3. La piena libertà di rifiutare le cure dei soggetti autoresponsabili: il caso Welby - 4. Lacune normative e stato vegetativo permanente: il caso Englaro - 5. *Segue:* a) il ruolo della Suprema Corte e la valorizzazione del principio di autodeterminazione responsabile- 6. *Segue:* b) le reazioni ai principi di diritto affermati dalla Cassazione, dalla "guerra delle circolari" al decreto sul "divieto di lasciar morire": invadenza della magistratura o renitenza alla magistratura? - 7. La normativa *in itinere* sul testamento biologico: indisponibilità o sacralità della vita? Lo snodo della qualificazione giuridica delle terapie di sostegno vitale e le sue possibili conseguenze - 8. Considerazioni conclusive: il diritto penale post-secolare ed il tabù dei "cadaveri vivi".

### **1 - Laicità, dignità della vita e dignità della morte**

Il drammatico epilogo del caso Englaro lascia sgomenti per la soverchiante esposizione istituzionale e mediatica della vicenda. Ma lascia, soprattutto, sgomento per le possibili conseguenze *de iure condendo* prossime venture. Il sospetto che il principio dell'indisponibilità della vita possa essere a breve riaffermato nel modo più rigoroso, a scapito della libertà di autodeterminazione della persona, è ben più che concreto. Beninteso, nulla di nuovo sotto il sole: da qualche anno i termini del dibattito istituzionale su temi "eticamente sensibili" hanno determinato un patente *vulnus* di quel canone di laicità<sup>1</sup> ritenuto a ragione "principio supremo" e "profilo" della nostra forma di Stato dalla nota sentenza costituzionale n. 203/1989<sup>2</sup>. Il

---

<sup>1</sup> Per una definizione del principio di laicità, del suo radicamento costituzionale e della sua incidenza sulla materia penale sia tollerato il rinvio a L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008.

<sup>2</sup> Corte cost., sentenza 11/4/1989, n. 203, in *www.giurcost.org*. Secondo la sentenza *de qua*, «il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale».



riconquistato ruolo pubblico delle comunità religiose caratteristico delle società post secolari<sup>3</sup> si traduce, nel nostro Paese, in forme serpeggianti di supremazia – quando non di espressa prevaricazione – delle ragioni religiose su quelle secolari, sullo sfondo di un apparato statale tutt'altro che “neutrale” (e spesso apertamente “confessionale”).

L' “uso pubblico della ragione” caro a Rawls<sup>4</sup> si trasforma, così, nel suo esatto contrario: nell'irragionevole prevalenza – culturale, politica e giuridica – di una comunità sull'altra, nella “dittatura della maggioranza” sui soggetti più “deboli” nel senso più ampio del termine. Più volte, a riguardo<sup>5</sup>, si è richiamata l'affermazione secondo cui «la “crisi della laicità” di cui tanto si parla è in realtà una crisi – o una messa in discussione – della democrazia, dei suoi fondamenti etici e della sua capacità di produrre decisioni condivise»<sup>6</sup>: un'affermazione, questa, che le implicazioni politiche e giuridiche del caso Englaro arricchiscono certo di nuovi, inquietanti significati.

Sul piano del diritto penale, la crisi della laicità – che comincia peraltro a produrre una deriva paternalistica delle incriminazioni caratterizzata dal ritorno di un modello “invadente” di Stato, inteso come tutore della sicurezza e della moralità pubblica<sup>7</sup> – si riflette

---

<sup>3</sup> Il termine “società post-secolare” è stato coniato dal sociologo tedesco K. EDER (*Integration durch Kultur? Überlegungen zur Suche nach einer europäischer Identität*, in *Teoria sociologica*, n. 3/1994; cfr. anche AA.VV., *Postsecolarismo. Dieci interpretazioni a confronto*, Venezia, 2007). Il concetto è stato approfondito, a livello filosofico, da J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, 2004, n. 2, 239 e ss., e, diffusamente, *Tra scienza e fede*, cit., spec. p. 42 e ss.

<sup>4</sup> J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994; dello stesso Autore cfr. anche *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, in ID., *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*, Milano, 2001. Il modello rawlsiano di laicità non è rigidamente neutralista né strettamente esclusivo. Rawls non oppone ragioni secolari e ragioni religiose, ma ragioni politiche a ragioni “corali” derivanti da dottrine religiose, laiche ed economiche. L'Autore non cerca pertanto un equilibrio tra laicità e religioni, ma un diverso spazio di convivenza (*rectius*: di tolleranza) politica tra tutte le credenze, religiose o meno.

<sup>5</sup> Sia ancora consentito il rinvio a L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”*, cit., *passim*, ed agli Autori *ivi* citati.

<sup>6</sup> C. MANCINA, *Laicità e politica*, in AA.VV., *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Torino, 2006, 16: «la democrazia ha, infatti, nella neutralità dello Stato e nel rispetto per tutte le credenze, religiose e non, un presupposto indispensabile. Potremmo spingerci più in là e sostenere, con Rawls, che la democrazia non si limita ad accettare il pluralismo delle credenze, ma lo richiede come condizione».

<sup>7</sup> Sul tormentoso rapporto tra morale e diritto penale cfr. da ultimo, in efficace critica al “principio della molestia” di Joel Feinberg (del quale, nell'ambito della monumentale tetralogia *The moral limits of criminal law*, v. *Offense to others*, New York-Oxford, 1985, e in particolare *Harm to self*, New York – Oxford, 1986, per quanto



soprattutto sui confini estremi del *bios*: la definizione dell'ambito di tutela dell'*inizio* della vita umana e quella della sua *fine*.

Sotto il primo profilo, è ormai assodato come la legge n. 40 del 2004 abbia determinato, nel nostro sistema, una paradossale asimmetria tra la tutela dell'*embrione* e quella del *nascituro*, traducendosi di fatto – come felicemente è stato evidenziato – in uno strumento di “lotta contro la procreazione assistita”<sup>8</sup>, ovvero in una *Embryonenschutzgesetz* blindata sotto ogni aspetto: dalla selezione degli aspiranti genitori al divieto di crioconservazione, dal ragionevole divieto di commercializzazione di gameti ed embrioni sino a quello – assai meno comprensibile – di soppressione embrionaria “selettiva” in caso di gravidanze a rischio, lesivo del diritto alla salute della madre *ex art. 32 Cost.*, e di utilizzo a fini di ricerca dei c.d. embrioni soprannumerari, gravemente lesivo della libertà costituzionale di sperimentazione scientifica. In nome del principio della *naturalità* della procreazione la fecondazione artificiale è stata ridimensionata ad improprio simulacro di quella naturale, in un territorio anomalo ove principi *etic*i sono stati cristallizzati in norme giuridiche: non possono spiegarsi diversamente, infatti, né il divieto di fecondazione eterologa (già bollata, del resto, come “immorale” da Pio XII<sup>9</sup>) né la stessa intitolazione della legge, che utilizza il termine teologico “procreazione” in luogo dei più pertinenti lemmi scientifici “fecondazione” o “riproduzione”<sup>10</sup>.

Sul versante delle scelte di fine vita, il disegno di legge Calabrò sulle Direttive anticipate di trattamento (DAT nel seguito del testo) approvato dalla Commissione Sanità del Senato<sup>11</sup> e ora in discussione in

---

concerne il paternalismo giuridico), M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 e ss. Sulla bagatellizzazione moralistica del diritto penale recente v., tra gli altri, il pungente commento di F. PALAZZO al progetto di legge sulla prostituzione (*Moralismo e “bagatellizzazione” del diritto penale: a proposito del progetto sulla prostituzione*, in *Dir. pen. proc.*, n. 11/2008, 1341 e ss.) Si pensi, poi, a fenomeni come l’istituzione delle ronde e, più in generale, alla tendenza – avallata dai recenti “pacchetti sicurezza” – alla criminalizzazione della clandestinità come male in sé (cfr., da ultimo, il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, istitutivo tra le altre cose del reato di *stalking ex art. 612 bis c.p.*, in *Neldiritto.it*, n. 2/2009, con il commento di A. ROMEO).

<sup>8</sup> E. DOLCINI, *La legge sulla fecondazione assistita, un esempio di ‘sana laicità’*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2009, 1.

<sup>9</sup> E. DOLCINI, *loc. ult. cit.*, 7.

<sup>10</sup> M. MORI, *Fecondazione assistita*, in AA.VV., *Laicità*, cit., 165.

<sup>11</sup> Si ha presente, in questo momento, il testo del d.d.l. Calabrò approvato dal Senato nella seduta del 26 marzo 2009.



Parlamento<sup>12</sup> prevede meccanismi volti a vanificare la volontà del malato proprio nei casi in cui la presenza di un “testamento biologico” dovrebbe invece essere decisiva. Il comma 6 dell’art. 3 stabilisce che «alimentazione ed idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita. Esse non possono formare oggetto di Dichiarazione Anticipata di Trattamento». La nutrizione e l’idratazione di soggetti in stato vegetativo permanente vengono in tal modo sottratte alla nozione di “accanimento terapeutico” e, soprattutto, alla capacità di autodeterminazione del paziente, il quale può stabilire di non volersi sottoporre, in caso di sopravvenuta incoscienza, a terapie rianimative o a cure sperimentali o invasive (senza peraltro alcuna garanzia di essere assecondato dal medico, grazie alle sconcertanti previsioni contenute nell’attuale art. 7), ma non può scegliere – in base alle proprie convinzioni culturali, esistenziali o religiose – se diventare o meno un “cadavere vivo”. Non è tutto: l’art. 1 del disegno di legge ribadisce il «divieto di eutanasia e di ogni forma di suicidio assistito», chiamando inopinatamente in causa gli artt. 575, 579 e 580 c.p. (notoriamente inadeguati, secondo la miglior dottrina penalistica, a disciplinare il fenomeno noto come “eutanasia”) e lasciando intendere che l’interruzione di alimentazione ed idratazione su soggetti in stato vegetativo permanente sia, per l’appunto, pratica eutanasi.

Tutto ciò accade poche settimane dopo le furiose polemiche sul caso Englaro nonostante gli importanti principi di diritto formulati, a riguardo, dalla Cassazione<sup>13</sup> in piena coerenza con la riconosciuta efficacia precettiva dell’art. 32, comma 2, Cost. nella materia delle scelte di fine vita e, più in generale, con il riconoscimento a livello europeo – variamente sancito – della piena legittimità del rifiuto di atti medici anche benefici.

Quella di escludere le terapie di nutrizione ed idratazione dal quadro delle scelte di fine vita si presenta, già *prima facie*, come una scelta oscurantista e incurante dei principi costituzionali, oltre che della libertà di coscienza di quella persona umana il cui rispetto è *inviolabile* proprio nella materia dei trattamenti sanitari.

---

<sup>12</sup> Si tratta del disegno di legge recante *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*. Contro il disegno di legge sono già stati presentati (invano?) oltre 2.500 emendamenti, il 20 per cento dei quali è stato raccolto *online* dalla campagna promossa dall’Associazione “Luca Coscioni”.

<sup>13</sup> Il riferimento è a Cass. civ., Sez. I, sent 16 ottobre 2007, n. 21748, della quale si segnala il commento di D. PULITANÒ ed E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 330 e ss.



Si propone, ancora una volta, il problema (invero cruciale) del significato giuridico del vivere o morire *con dignità*, con tutte le ambiguità che tale espressione comporta. È noto infatti come l'idea di dignità umana consenta ricostruzioni pluralistiche, che hanno precipitato questo bene giuridico nell'alveo dei concetti *strumentali* e *strumentalizzabili* dalle forze sociali, religiose e politiche preminenti in un determinato momento storico. Se così stanno le cose, «il problema non ammette una soluzione appagante grazie all'eventuale applicazione del principio maggioritario: di fronte al conflitto etico, far dipendere la scelta criminalizzatrice dalla misura del consenso socio-politico equivale a utilizzare lo strumento penale come arma posta al servizio della concezione morale che si presume dominante. Questo è un punto nevralgico, che pone in conflitto (o in forte tensione) la legittimazione del diritto penale e la democrazia nella sua dimensione fattuale»<sup>14</sup>.

Con ciò non si intende certo svilire *a priori* il riferimento alla "dignità" delle scelte fondamentali della persona: il bene della "dignità umana", lungi dall'essere una sfuggente creazione dogmatica, ispira la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>15</sup> e la stessa Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del

---

<sup>14</sup> G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, 557 e ss. V. anche *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 559: «sia il contenuto vago, sia la carica emozionale del *topos* della dignità umana recano...un rischio: cioè che esso si presti con eccessiva precipitazione e con soverchio automatismo a fungere da benecettacolo delle reazioni di panico morale da cui veniamo sopraffatti di fronte alle nuove e sorprendenti *chances* di intervento manipolativo consentite dall'evoluzione della genetica e delle biotecnologie». Sull'ambiguità del concetto di dignità umana cfr., ancora, W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 131 e ss.

Tra i filosofi del diritto, F. J. ANSUATEGUI ROIG, *Eutanasia*, in AA. VV., *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa e A. Scerbo, Torino, 2007, 210 e ss., individua nell'idea di *autonomia*, di *autorealizzazione personale* il nucleo irriducibile di significato del concetto di "dignità umana".

<sup>15</sup> L'art. 1 della c.d. Carta di Nizza afferma l'inviolabilità della *dignità* umana, cui è d'altronde dedicato l'intero Capo I del documento qui in esame. Tale concetto viene ulteriormente specificato dagli artt. 2 e 3, che tutelano rispettivamente il diritto *alla vita* e quello *all'integrità* fisio-psichica della persona (i quali si specificano nel consenso libero ed informato del paziente nell'ambito dell'attività medico-chirurgica, nel divieto di pratiche eugenetiche, nel divieto di trasformare il corpo umano o parti di esso in fonte di lucro e nel divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani). Completano il quadro di tutela della dignità della persona l'art. 4, che proibisce espressamente la tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti, e l'art. 5, che vieta ogni forma di riduzione in schiavitù.



1997<sup>16</sup>, ratificata in Italia dalla l. 28 marzo 2001, n. 145<sup>17</sup>. D'altronde, le recenti scelte legislative in materia di vita e di morte non sembrano affatto in grado di definire in maniera univoca un concetto-base di "dignità umana", scevro da qualsiasi riflesso eticizzante o emozionale. La tentazione consequenziale ed inevitabile è quella di trasformare il *totem* della dignità umana in una sorta di *deus ex machina* «per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico»<sup>18</sup>.

La prima questione da risolvere, in proposito, è anch'essa solo apparentemente terminologica: sino a che punto il "morire con dignità" può chiamare in causa il concetto di "eutanasia"?

## 2 - Scelte di fine vita ed "eutanasia": un pericoloso equivoco

Sul versante del c.d. "diritto di morire" o, meglio, di quello a "esser lasciati a morire in pace" (traduzione, invero non felicissima, delle espressioni anglosassoni *right to die* e *to let die*)<sup>19</sup>, occorre fugare sin dall'inizio ogni fraintendimento concettuale e lessicale. Assai delicata, in primo luogo, è l'estensione di tale diritto, che si porta ancora appresso l'imbarazzante retaggio storico-culturale del termine "eutanasia"<sup>20</sup>. Parlando di "eutanasia" si fa riferimento inevitabile ad

---

<sup>16</sup> Il richiamo alla tutela della dignità umana è effettuato per ben tre volte nel preambolo della Convenzione e poi ripreso espressamente dall'art. 1, che afferma che «le parti di cui alla presente Convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina».

<sup>17</sup> L'art. 1 di tale legge autorizza il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina (Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997), nonché il Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione degli esseri umani.

<sup>18</sup> Così, felicemente, G. FIANDACA, *loc. ult. cit.*

<sup>19</sup> Per tutti, F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?* Considerazioni in margine al caso Welby, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5 e ss.; ID., *Dovere di cura e rispetto per la morte*, in *Notizie di Politeia*, 2008, 97 e ss., e A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, 539 e ss.

<sup>20</sup> Si pensi alle forme di eutanasia *eugenetica* praticate durante il Terzo Reich o a quelle, antichissime, di eutanasia *economica*. A livello squisitamente penalistico, basti pensare allo sconvolgente saggio di K. BINDING e A. HOCHE, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Leipzig, 1920, secondo i quali doveva andare esente da pena la soppressione di soggetti la cui vita risultasse "priva di valore" a causa di demenza, vecchiaia o sofferenze inguaribili. *Contra*, giustamente, V. MANZINI,



una morte che non pare affatto “dolce” dal punto di vista del soggetto passivo, il quale viene soppresso per motivi economici, eugenetici o – nella migliore delle ipotesi – per porre fine a sofferenze ritenute (non necessariamente dalla vittima) insopportabili: una morte che si presenta quindi, nella maggior parte dei casi, come il frutto dell’iniziativa criminale di chi si sente in vario modo in dovere di cagionarla. Si spazia così, tralasciando molte altre idee quanto meno raggelanti, dalle teorie sulla purezza della razza a quelle (affini) sulla pulizia etnica, sino agli “angeli della morte” adusi a frequentare, silenziosi e fatali, luoghi dove un trapasso diventa troppo spesso *routine*.

Ora, dando per scontato che l’unica “eutanasia” compatibile con l’esistenza di un diritto *laico* di morire sia quella *pietosa*, si rende più che mai necessario distinguere le pratiche “eutanasiche”<sup>21</sup>, coincidenti con le ipotesi di c.d. eutanasia attiva (consensuale e non consensuale), da quelle specificamente inerenti il *rifiuto* o l’interruzione di trattamenti medici su richiesta del paziente (terminale ma) *cosciente* o, nel caso delle direttive anticipate di trattamento, per volontà *pregressa* di quest’ultimo<sup>22</sup>. Queste fattispecie, convenzionalmente fatte rientrare sino ad oggi, con qualche forzatura, nel *genus* della eutanasia passiva (consensuale e non consensuale), meritano - alla luce dei recenti casi Welby ed Englaro - non solo distinta considerazione, ma anche una più ponderata scelta di lemmi. Meglio allora parlare, nelle due ipotesi qui discusse, di *scelte di fine vita* compatibili con il quadro costituzionale. Solo in rapporto ad esse si deve infatti legittimamente chiamare in causa il principio di autodeterminazione responsabile in materia di trattamenti sanitari, sancito dall’art. 32, comma 2, Cost.

Tra la richiesta di interruzione di terapie operata da persona autoresponsabile e la sospensione di trattamenti *lato sensu* sanitari su soggetti in stato vegetativo permanente sussistono beninteso differenze assai significative, che tuttavia la normativa *in itinere* sul testamento biologico potrebbe paradossalmente vanificare<sup>23</sup>.

---

*Trattato di diritto penale italiano*, 5<sup>a</sup> ed., a cura di P. Nuvolone e G. D. Pisapia, VIII, Torino, 1985, 103 e ss., che definì espressamente Binding “un barbaro” e Hoche “un alienato”. Sul punto cfr. F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 79, nt. 7. V. anche, più in generale, D. GRACIA, *Historia de la eutanasia*, in AA.VV., *La eutanasia y el arte de morir*, a cura di J. Gafo, Madrid, 1990, 13 e ss.

<sup>21</sup> Per una disamina più approfondita, L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”*, cit., 30 e ss.

<sup>22</sup> Sul piano filosofico, la distinzione concettuale ed etica tra i vari livelli di “eutanasia” descritti nel testo è ben presente in H. JONAS, *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Frankfurt a.M., 1987.

<sup>23</sup> *Infra*, § 7.



Ove sia pienamente *capace di autodeterminarsi*, il malato è *dominus* della propria esistenza: a lui solo, in prospettiva laica, spetta decidere se lottare per essa o arrendersi, né può parlarsi in questo caso di un obbligo giuridico del medico, *ex art. 40 cpv. c.p.*, di somministrare al paziente le cure che questi consapevolmente rifiuta! Se è costituzionalmente legittimo rifiutare una cura, non avrebbe senso stabilire che – per la medesima ipotesi – sia doveroso per il sanitario...rifiutare il rifiuto! Sarebbe d'altronde assai riduttivo interpretare il principio di autodeterminazione responsabile in senso blandamente negativo, attribuendo al malato il mero diritto di rifiutare le cure in condizioni, per dir così, "ordinarie" e non anche quello di chiedere l'interruzione delle terapie che lo mantengano meccanicamente in vita in un quadro clinico che non contempli alcuna remissione della patologia, come appunto nel caso di Piergiorgio Welby. Questa considerazione diventa poi ancora più corposa se si considera la non illiceità del suicidio *in sé* nel nostro sistema penale e la conseguente disponibilità *manu propria* del bene vita, stante l'assenza di disposizioni di segno esplicitamente opposto nella Carta del 1948 e nella legislazione ordinaria<sup>24</sup>.

Ben più complessi invece, anche in prospettiva laica, i problemi sollevati dall'interruzione delle terapie di nutrizione ed idratazione – giustamente ricondotte nell'alveo dei *trattamenti sanitari* dalla contestata sentenza della I Sezione civile della Cassazione sul caso Englaro<sup>25</sup> – sui soggetti in stato vegetativo permanente che non siano ancora in condizioni di morte cerebrale ai sensi dell'art. 1 l. 578/1993. Si è osservato, in proposito, come finché non giunga la morte cerebrale «permane intatto nella sua massima estensione il dovere di assistere il paziente, anche quando la prognosi risulta certamente infausta»<sup>26</sup>. In tal caso esiste un obbligo di garanzia del medico di mantenere in vita il paziente incapace di autodeterminarsi, fondato sul primo comma dell'art. 32 Cost.: l'attività del medico deve essere svolta nell'interesse *esclusivo* del paziente, e tale sarebbe anche quella rivolta verso il paziente che non abbia più coscienza né speranza di tornare alla c.d.

---

<sup>24</sup> Così, bene, F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., 86 e ss.: l'illiceità del suicidio non può essere oggi ricavata né dall'art. 2 Cost. né dall'art. 5 c.c. né, tanto meno, dall'art. 580 c.p., che punisce la partecipazione all'altrui suicidio ma non il suicida (nell'ovvio caso in cui questi sopravviva al tentativo).

<sup>25</sup> V. *supra*, nt. 13, ed *infra*, § 7.

<sup>26</sup> F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., 103: «nei confronti del malato terminale che versi in stato di incoscienza, i doveri del medico rilevano negli stessi termini in cui essi sussistono nei confronti del paziente che ha acconsentito alle cure, anche se è diverso il fondamento giuridico della doverosità dell'intervento medico».





vita biografica<sup>27</sup>. Ma occorre chiarire, appunto, *quale sia* l'interesse di un paziente che abbia espressamente manifestato con precedenti dichiarazioni il desiderio di non sopravvivere alla propria mente: essere nutrito con ostinazione sino alla cessazione delle funzioni cardiache o non esser piuttosto lasciato morire rispettando le sue insindacabili scelte di vita o di morte?

Ci si è, in passato, interrogati sulla liceità della sospensione delle cure anche prima che siano cessate in modo irreversibile tutte le funzioni dell'encefalo (come previsto dall'art. 1 l. 578/1993), fondandola ora sul "migliore interesse del paziente" ora sul diritto a morire "con dignità"<sup>28</sup>. Mantenendo intatte le riserve sulla natura ambigua del concetto di "dignità", non è comunque possibile comprendere *a priori* – in assenza di un'esplicita manifestazione di volontà del paziente – quale sia il suo "migliore interesse". A riguardo, le soluzioni prospettabili dipendono in realtà esclusivamente dalla gravità delle condizioni del paziente incosciente. Lo stato di coma anche profondo, in base alle acquisizioni della scienza medica<sup>29</sup>, non esclude di per sé congrue possibilità di ripresa: in un'ipotesi del genere, il dovere di curare del medico non può subire modificazioni di sorta e l'omissione delle cure diventerà penalmente rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.* Del tutto diversa, sempre in base a *standard* medici internazionali, è la condizione senza ritorno dei soggetti in stato vegetativo permanente, il cui corpo è destinato ad una "esistenza postuma" di durata indefinibile grazie ai progressi della scienza<sup>30</sup>. In questa ipotesi la valutazione degli

---

<sup>27</sup> Mentre la vita biologica si contraddistinguerrebbe per il dato della mera esistenza in vita, la c.d. vita biografica presuppone che l'uomo sia e possa essere *soggetto* della propria stessa vita: sulla differenza tra vita biologica e vita biografica v., tra gli altri, S. MAFFETTONE, *Bioetica e valori comuni*, in AA.VV., *Centri di bioetica in Italia*, a cura di C. Viafora, Noventa Padovana, 1993, 111 e ss.

<sup>28</sup> Sempre F. GIUNTA, *loc. ult. cit.*

<sup>29</sup> Si definisce "coma" un profondo stato di incoscienza provocato da intossicazioni, alterazioni del metabolismo, ovvero da danni e malattie del sistema nervoso centrale. La sua gravità è misurata in base alla c.d. scala di Glasgow: essa stabilisce un grado di coma che va da tre (coma profondo) a quindici (paziente sveglio e cosciente). Il coma differisce dallo stato vegetativo, che a volte può seguire ad esso: un paziente in stato vegetativo ha infatti perso le funzioni neurologiche cognitive e la consapevolezza dell'ambiente intorno a sé, mantenendo solo quelle non cognitive. Il coma non è nemmeno indice di morte cerebrale, posto che un paziente in coma può respirare autonomamente mentre chi ha subito la cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo non può farlo mai. Sul punto cfr. F. PLUM – J.B. POSNER, *Stupor e coma*, ed. it. a cura di S. Mazza, Roma, 1987, *passim*.

<sup>30</sup> Si veda a riguardo C.A. DEFANTI, *Soglie. Medicina e fine della vita*, Torino, 2007, sulla natura controversa dei tre criteri convenzionalmente adottati a livello internazionale da medicina e diritto per definire la cessazione delle funzioni vitali. Le



obblighi di garanzia del medico non può non accompagnarsi a quella relativa all'*idoneità* delle cure: nei confronti di una vita biologica non autonoma, «il dovere di intervenire non ha più la funzione strumentale tipica del trattamento medico, ma sconfina nell'accanimento terapeutico» e l'eventuale perseveranza nella terapia integrerebbe il fenomeno noto come *distanasia*, ovvero l'arbitrario prolungamento del corso naturale della morte.

Per queste ragioni è necessario distinguere i problemi giuridici sollevati dal caso Welby rispetto a quelli – oggi forse insolubili – determinati dalle ultime tappe della vicenda Englaro. Sullo sfondo, come vedremo, si staglia una rilevante questione comune: quella relativa alla riconducibilità al *genus* dei trattamenti sanitari delle terapie di c.d. "sostegno vitale".

### **3 - La piena libertà di rifiutare le cure dei soggetti autoresponsabili: il caso Welby**

Piergiorgio Welby, malato di distrofia muscolare progressiva dall'età di diciotto anni, prima perde l'uso delle gambe e poi comincia a soffrire di ingravescenti disturbi respiratori. Nel luglio del 1997 entra in coma. Pur avendo espresso (invano) in precedenza la volontà di non essere rianimato né sottoposto a trattamenti invasivi, viene tracheotomizzato e scrupolosamente risvegliato dal coma. Da quel momento è costretto a respirare con l'ausilio di un respiratore polmonare. Incapace di muoversi, viene nutrito artificialmente e si esprime con l'ausilio di un *software* telematico. Nel settembre 2006 invia una drammatica lettera al Presidente della Repubblica, chiedendo di poter morire. Assistito in casa da due medici curanti, chiede loro il distacco del ventilatore polmonare previa sedazione totale. Uno dei medici rifiuta. A questo punto i legali di Welby propongono innanzi al giudice civile un ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, finalizzato ad ottenere il riconoscimento del diritto del ricorrente di interrompere la terapia di mero sostegno respiratorio e del corrispondente dovere dei sanitari di interrompere tale trattamento per

---

tre "soglie" sono quelle della morte *cardiaca, cerebrale e corticale*. Quest'ultima – non contemplata dalla determinazione giuridica del concetto di morte di cui all'art. 1 l. 578/1993 – è appunto la condizione in cui versano i pazienti in stato vegetativo permanente. In merito a questo libro cfr. il dibattito su *Medicina e fine della vita* in *Notizie di Politeia*, 2008, 87 e ss., con note critiche di S. AZZINI e A. SANTOSUOSSO, M. REICHLIN, F. VIGANÒ e dello stesso C.A. DEFANTI.



evitargli ulteriori sofferenze. Con un'ordinanza del 16 dicembre 2006<sup>31</sup>, il giudice designato del Tribunale di Roma dichiara inammissibile il ricorso sulla base di un'argomentazione sconcertante. Secondo il Tribunale di Roma, nella materia dei trattamenti medici operano i principi dell'autodeterminazione e del consenso informato, che godono di copertura costituzionale *ex artt. 2, 13 e 32 Cost.* Ma l'ordinamento positivo *non appresterebbe concreti strumenti di tutela per questi diritti fondamentali*, sicché essi – pur essendo “positivamente acquisiti” – non sarebbero suscettibili di trovare concreta ed indiscriminata attuazione, dovendo al contrario essere rimessi alla discrezionalità del singolo medico ed alla sua coscienza. Come a dire che norme costituzionali di portata precettiva non sono immediatamente operative nell'ordinamento giuridico per via delle lacune di tutela presenti nell'attuale quadro normativo!

Welby non si arrende: il 20 dicembre 2006, pochi giorni dopo l'ordinanza, incarica un altro sanitario di interrompere la ventilazione polmonare previa sedazione. Il dott. Mario Riccio, anestesista dell'Ospedale Maggiore di Cremona e medico della Consulta bioetica di Milano, esegue finalmente l'operazione e Welby muore al termine di un calvario durato più di nove anni. La Curia romana gli nega i funerali religiosi<sup>32</sup>. A Riccio va per altri versi anche peggio, essendo immediatamente indagato per aver commesso (in via naturalisticamente *attiva*, secondo l'accusa) il fatto descritto dall'art. 579 c.p.<sup>33</sup>

Il 23 luglio 2007 il giudice dell'udienza preliminare, con sentenza di non luogo a procedere, ha prosciolto dall'accusa di omicidio del consenziente il medico anestesista che ha accolto la richiesta di Welby di interrompere le terapie di sostegno respiratorio<sup>34</sup>. La sentenza ha ribadito il diritto del paziente, *ex art. 32, II comma, Cost.*, di chiedere

---

<sup>31</sup> La vicenda umana e giuridica di Piergiorgio Welby è efficacemente descritta da S. CAGLI, *Piergiorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in *Ius17@unibo.it*, n. 2/2008, 543 e ss. Della stessa Autrice v. più ampiamente *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 259 e ss. Sul punto, v. anche le attente considerazioni critiche di A. VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi*, n. 1/2008, 55 e ss.

<sup>32</sup> Welby è stato considerato alla stessa stregua di un suicida lucidamente determinato contro la vita, suscitando preoccupazioni “generalpreventive” della Chiesa: cfr., in proposito, M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, 2007, 903.

<sup>33</sup> V., da ultimo F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1601 e ss.

<sup>34</sup> Anche per questa sentenza si rinvia al commento di D. PULITANÒ ed E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, cit., 330 e ss.



l'interruzione della ventilazione meccanica ed il correlato dovere scriminante del medico di assecondare la sua richiesta. La pronuncia in esame, ribadendo l'efficacia *immediatamente precettiva* del principio di autodeterminazione responsabile sancito dall'art. 32, comma 2, Cost., esclude ogni responsabilità in capo all'imputato per avere questi agito in adempimento di un dovere giuridico «dopo aver verificato la presenza di tutte quelle condizioni che hanno legittimato l'esercizio del diritto da parte della vittima di sottrarsi ad un trattamento sanitario non voluto». Inutile, in tale prospettiva, appare la qualificazione della ventilazione assistita come "accanimento terapeutico": il principio di autodeterminazione responsabile non limita certo il suo ambito di operatività agli angusti (ed incerti) confini dell'accanimento terapeutico, essendo piuttosto collegato *in via pressoché esclusiva* alla *volontà* del paziente di proseguire o di interrompere terapie *lato sensu* mediche.

Importantissimo il principio affermato dalla sentenza in commento, che esclude l'antigiuridicità di una condotta astrattamente riconducibile allo schema dell'art. 579 c.p. Essa riconosce *de iure condito* il diritto, da parte del malato terminale *cosciente*, a rifiutare trattamenti sanitari, siano essi "medici" o di "sostegno vitale"<sup>35</sup>, ed il correlato dovere del medico di ottemperarvi. L'art. 32, II comma, Cost. integra così a pieno titolo le situazioni scriminanti "in bianco" in atto previste dall'art. 51 c.p.: sotto il profilo dell'esercizio di un diritto, viene in considerazione la piena facoltà del paziente autoresponsabile di subire i trattamenti medici che ritenga lesivi del rispetto della persona; sotto il diverso angolo prospettico dell'adempimento di un dovere imposto da norma giuridica, rileverà invece l'obbligo del sanitario di rispettare la volontà del malato consapevolmente espressa. Ogni altra considerazione, di tipo prettamente etico, sui limiti dell'autonomia del paziente esula dalla portata dell'art. 32, II comma, Cost. e può influenzare esclusivamente la coscienza individuale del singolo paziente o del sanitario<sup>36</sup>.

Sotto questo particolare punto di vista, non è affatto vero - come pure è stato sostenuto - che sia illegittimo un rapporto medico-paziente

---

<sup>35</sup> Un pieno riconoscimento dell'efficacia precettiva dell'art. 32, comma II, Cost. deve indurre a ritenere addirittura secondario l'inquadramento di un trattamento sanitario tra quelli propriamente "medici" o di mero "sostegno vitale". Ciò che conta è semmai la volontà del paziente di essere o non essere sottoposto a terapie: sulla questione v. meglio *infra*, §§ 7 e 8.

<sup>36</sup> Ribadisce la priorità gerarchica dell'art. 32 Cost., qualificando il diritto a rifiutare le cure salvavita come "diritto soggettivo perfetto" P. VERONESI, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo il "caso Welby"*, in *Studium Iuris*, n. 10/2008, 1074 e ss.



finalizzato non alla tutela della salute ma al «realizzarsi della morte»<sup>37</sup>. Anche questo delicatissimo momento può rientrare a pieno titolo nell'ambito di un rapporto tra medico e paziente, qualora si intenda il verificarsi della morte come passaggio finale *comunque inevitabile* di una malattia incurabile che sia giunta ad uno stadio terminale: in tal caso compito del medico – stando alle acquisizioni incontroverse della dottrina – è quello di tutelare sino alla fine la qualità della vita del paziente e di non farlo soffrire. La morte, in questa prospettiva, non è interpretabile come evento lesivo, bensì come estremo “fatto di vita”: è l'*esito* di una malattia, esattamente come può esserlo in altre ipotesi la guarigione. In un'ipotesi del genere il ruolo del medico è quello di proteggere il paziente dal dolore e dalle sofferenze *evitabili*, ma non certo quello di difendere il paziente da se stesso<sup>38</sup> ove questi, liberamente ed autorevolmente, opti per l'interruzione delle terapie di sostegno vitale in un quadro clinico che non preveda alcuna possibilità di remissione della malattia.

Le implicazioni giuridiche e normative del caso Englaro rischiano di vanificare queste pur risolutive considerazioni.

#### 4 - Lacune normative e stato vegetativo permanente: il caso Englaro

A causa di un incidente stradale verificatosi il 18 gennaio 1992, Eluana Englaro riporta un gravissimo trauma encefalico e spinale. Sottoposta ad oltranza a terapia di rianimazione, entra in uno stato vegetativo permanente protrattosi, com'è noto, sino al 9 febbraio 2009, giorno in cui la donna è deceduta - a seguito della sospensione di alimentazione ed idratazione con sondino nasogastrico - presso la clinica “La Quiete” di Udine.

Il 4 marzo 2004 i suoi genitori hanno inviato una toccante lettera al Presidente della Repubblica, con cui hanno chiesto che venissero adottati «gli atti opportuni per dare uno sbocco alla vicenda». Ma già in precedenza, facendo leva su una volontà reiteratamente manifestata

---

<sup>37</sup> Così invece L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007 cit., 210 e ss.

<sup>38</sup> Per una ricognizione critica dei limiti di legittimazione del principio dello *harm to self*, nell'ambito di un confronto tra principio di offensività e *harm principle* anglosassone, v. il recente saggio *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008. Sui profili della c.d. tutela da se stessi cfr. M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 31 e ss. Da ultimo, v. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., 101 e ss. e, in termini più cauti, M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1001 e ss.



dalla ragazza prima dell'incidente, il padre, nella qualità di tutore, aveva chiesto alla magistratura l'autorizzazione all'interruzione di ogni forma di alimentazione artificiale.

Invano. Il Tribunale di Lecco e la Corte d'Appello di Milano - con un primo intervento della Cassazione - hanno più volte, tra il 1999 ed il 2006<sup>39</sup>, rigettato l'istanza affermando: a) l'impossibilità, per il tutore, di compiere o richiedere atti incompatibili con la preservazione e la protezione dell'interdetta, vertendosi in materia di diritti ed atti

---

<sup>39</sup> Nel primo procedimento, instaurato con ricorso *ex art.* 732 c.p.c. e depositato il 19 gennaio 1999, l'istanza del tutore fu dichiarata inammissibile dal Tribunale di Lecco perché ritenuta incompatibile con l'art. 2 Cost. (che contemplerebbe una tutela assoluta ed inderogabile, seppure implicita, del bene della vita). Tale provvedimento fu poi confermato in sede di reclamo dalla Sezione "Persone Minori e Famiglia" della Corte d'Appello di Milano con decreto del 31 dicembre 1999. La Corte d'Appello motivò la decisione su basi diverse dall'art. 2 Cost.: l'attuale situazione normativa sarebbe tale da non consentire l'adozione di una precisa decisione sull'interruzione delle terapie di nutrizione e idratazione con sondino nasogastrico.

Nel secondo procedimento (instaurato con ricorso del 26 febbraio 2002) la medesima istanza fu rigettata dal Tribunale di Lecco con decreto depositato il 20 luglio 2002. In esso veniva ribadito il principio di necessaria ed inderogabile prevalenza della vita umana anche innanzi a qualunque condizione patologica e a qualunque contraria espressione di volontà del malato. La Corte d'Appello di Milano confermò il medesimo orientamento con decreto del 17 ottobre 2003 (reputando inopportuna un'interpretazione integrativa volta a dare attuazione al principio di autodeterminazione anche rispetto a persone in stato vegetativo permanente). Quest'ultimo provvedimento venne impugnato dal tutore con ricorso straordinario per Cassazione, dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte (con ordinanza n. 8291 del 20 aprile 2005) per difetto di partecipazione al procedimento di un contraddittore ritenuto necessario, individuato nella figura di un curatore speciale della rappresentata incapace *ex art.* 78 c.p.c.

Nel terzo procedimento il tutore chiese ed ottenne la nomina di un curatore speciale, che manifestò peraltro adesione all'istanza del tutore. La nuova istanza venne nondimeno dichiarata ancora una volta inammissibile dal Tribunale di Lecco con decreto depositato il 2 febbraio 2006 (questa volta reputandosi che il tutore non fosse legittimato, neppure con l'assenso del curatore speciale, ad esprimere scelte al posto o nell'interesse dell'incapace in materia di diritti ed atti personalissimi). Il provvedimento fu parzialmente riformato, in sede di reclamo, dalla Sezione "Persone Minori e Famiglia" della Corte d'Appello di Milano con decreto datato 15 novembre/16 dicembre 2006. In tal caso, infatti, la Corte, andando di contrario avviso rispetto al Tribunale, reputò ammissibile il ricorso in ragione del generale potere di cura della persona da riconoscersi in capo al rappresentante legale dell'incapace *ex artt.* 357 e 424 c.c. Tuttavia, esaminando e giudicando nel merito l'istanza del tutore, la Corte la giudicò insuscettibile di accoglimento, sul rilievo secondo cui l'attività istruttoria espletata non consentisse di attribuire alle idee espresse da Eluana all'epoca in cui era ancora pienamente cosciente un'efficacia tale da renderle idonee anche nell'attualità a valere come «volontà sicura della stessa contraria alla prosecuzione delle cure e dei trattamenti che attualmente la tengono in vita».



“personalissimi”; b) l’indisponibilità del bene vita (desumibile dall’art. 2 Cost.) indipendentemente dalle condizioni in cui versa il soggetto passivo; c) l’assenza di prescrizioni normative in grado di attribuire valore giuridico alle direttive anticipate.

La situazione, apparentemente senza vie d’uscita, viene nondimeno riproposta all’attenzione della Corte di Cassazione. Il 16 ottobre 2007, la Prima Sezione civile prospetta una soluzione per molti aspetti “storica”, in grado di contemperare le esigenze dell’attività medica e le caratteristiche dello stato vegetativo permanente con il pieno rispetto del principio di autodeterminazione responsabile. Sembra persino che si sia aperta la strada per l’attribuzione di validità a forme di *living will* anche nel nostro sistema giuridico. I fatti evidenzieranno invece una formidabile resistenza politica, burocratica e culturale agli orientamenti dei giudici di legittimità.

## 5 - Segue: a) il ruolo della Suprema Corte e la valorizzazione del principio di autodeterminazione responsabile

La Suprema Corte, escluso che l’idratazione e l’alimentazione artificiali con sondino nasogastrico (ascritti nel *genus* dei trattamenti sanitari<sup>40</sup>) costituiscano in sé una forma di “accanimento terapeutico”<sup>41</sup>, ha nondimeno ritenuto che il giudice possa, su istanza del tutore, autorizzarne l’interruzione in presenza di due circostanze *concorrenti* e *concomitanti*: a) il carattere irreversibile, in base a *standard* scientifici

---

<sup>40</sup> Con poche, efficacissime parole il giudice di legittimità argomenta che «l’idratazione e l’alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario». La sentenza esclude ogni dubbio a riguardo, superando così l’incertezza con cui la Corte d’Appello di Milano aveva rigettato il primo ricorso presentato dal padre di Eluana Englaro. La Cassazione ribadisce che tali trattamenti sottendono un sapere scientifico e sono posti in essere da medici, anche se poi proseguiti da non medici: cfr., ancora una volta, D. PULITANÒ ed E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, cit., 337 e ss.

<sup>41</sup> Giustamente critico, sul punto, il decreto della I Sezione Civile della Corte d’Appello di Milano del 25 giugno – 9 luglio 2009, citato di seguito nel testo: nel momento in cui la Suprema Corte esclude che l’alimentazione e l’idratazione con sondino nasogastrico costituiscano accanimento terapeutico, dà oggettivamente adito alla possibilità di inferire che l’interruzione del trattamento non possa mai corrispondere al *best interest* del malato incapace. D’altro canto il Supremo Collegio chiede al giudice di rinvio, prima ancora di accertare se Eluana avrebbe o meno accettato tale trattamento particolare, di valutare piuttosto se, *in ragione delle sue concezioni di vita ed in specie di dignità della vita*, lei avrebbe accettato o meno di sopravvivere in una condizione di totale menomazione fisio-psichica e senza più la possibilità di recuperare le sue funzioni percettive e cognitive.



internazionalmente riconosciuti, dello stato vegetativo permanente; *b*) l'accertamento univoco del presumibile dissenso del paziente rispetto alla continuazione del trattamento. Tale accertamento dovrà essere effettuato sulla base di elementi tratti dal vissuto del paziente, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni.

Particolarmente interessanti, in questo contesto, sono le riflessioni sulla portata del diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente (definito, in altri passi della sentenza, come uno dei cardini su cui poggia il pluralismo di valori sancito dalla Carta costituzionale): esso non incontra, infatti, alcun limite pregiudiziale allorché da esso consegue il sacrificio del bene della vita. Di conseguenza, «*il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale*».

A seguito della pronuncia del Supremo Collegio il tutore riassume il pregresso procedimento di reclamo davanti alla Prima Sezione Civile della Corte d'Appello di Milano, con ricorso depositato il 5 aprile 2008. Con decreto del 25 giugno – 9 luglio 2008 la Sezione "Persone Minori e Famiglia" della Corte d'Appello di Milano recepisce fedelmente i lucidi principi formulati dalla Cassazione. Ribaditi, non solo dal punto di vista dei parametri medici internazionali ma anche da quello processuale, il carattere irreversibile dello stato vegetativo di Eluana Englaro (peraltro protrattosi per un lasso di tempo eccezionalmente lungo) e la conseguente impossibilità di un ritorno della donna alla vita cognitiva, la Corte milanese ricostruisce, alla luce del principio costituzionale di autodeterminazione in materia terapeutica, la *volontà presunta* di Eluana di non essere mantenuta artificialmente in vita<sup>42</sup>. Sotto questo punto di vista, si precisa che «la Suprema Corte non ha ritenuto che fosse indispensabile la diretta ricostruzione di una sorta di testamento biologico effettuale di Eluana, contenente le sue dichiarazioni anticipate di trattamento (*advance directives*), sia pure rese in modo non formale; ma che fosse necessario e sufficiente piuttosto "accertare se la richiesta di interruzione del

---

<sup>42</sup> A tal fine, la ricostruzione della volontà di Eluana effettuata dal tutore e dal curatore speciale viene desunta dalla sua personalità, dalla sua identità complessiva, dal suo stile di vita e dal carattere della sua vita, dal suo senso dell'integrità, dai suoi interessi critici e di esperienza, dai suoi desideri, dalle sue precedenti dichiarazioni e dal suo modo di concepire l'idea di dignità della persona.





trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia”».

Il decreto sottolinea, ancora una volta, come «l’orientamento della Suprema Corte non avalli comunque l’esistenza di un diritto assoluto di morire (inteso come negazione o contraddizione del diritto di vivere)», limitandosi a riconoscere «l’esistenza di un diritto, di matrice costituzionale – ma che prima ancora incarna la necessità di assecondare un inevitabile destino biologico – a lasciare che la vita segua il suo corso *naturale* fino alla morte senza interventi *artificiali* esterni quando essi siano più dannosi che utili per il malato, o non proporzionati, né da lui tollerabili; senza potersi confondere tale diritto, dunque, con quello, certamente fino ad oggi non riconosciuto dal nostro ordinamento, di eutanasia».

Acclarato che «per Eluana sarebbe stato inconcepibile vivere senza essere cosciente, senza essere capace di avere esperienze e contatti con gli altri», la Corte d’Appello stabilisce anche le condizioni alla cui stregua sospendere le procedure di alimentazione e di idratazione con sondino nasogastrico: il protocollo di interruzione delle terapie di “sostegno vitale” dovrà avvenire in *hospice* o in altra struttura confacente e con «modalità tali da garantire un adeguato e dignitoso accadimento accompagnatorio della persona» durante tutto il periodo in cui la vita si prolungherà dopo la cessazione del trattamento.

Le prime reazioni alla pronuncia della Corte d’Appello di Milano sono in parte prevedibili, in parte preoccupanti. Il Procuratore generale presso la Corte d’Appello di Milano presenta ricorso per cassazione. Le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, però, con la sentenza n. 27145 del 13 novembre 2008, dichiarano *inammissibile* il ricorso per carenza di legittimazione del P.M. presso la Corte di merito ad impugnare provvedimenti di volontaria giurisdizione in cui venga in rilievo un diritto *personalissimo* di spessore costituzionale, come appunto quello all’autodeterminazione terapeutica (in rapporto al quale è del tutto coerente che il pubblico ministero non possa impugnare la decisione di accoglimento della domanda del titolare o del suo legale rappresentante).

Dal canto loro, i due rami del Parlamento sollevano davanti alla Corte costituzionale un (già *ex ante*) improbabile conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, sul presupposto che la Corte di Cassazione e la Corte d’Appello di Milano, con le pronunzie sopra citate, abbiano «esercitato attribuzioni proprie del potere legislativo, comunque interferendo con le prerogative del potere medesimo». In particolare, le due sentenze avrebbero «creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili



dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria». La Consulta, con ordinanza 334/2008, dichiara inammissibili i ricorsi<sup>43</sup>, argomentando tra le altre cose che un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto di attribuzione «non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici». La Consulta percepisce che si tratta del primo, esplicito segnale di un'insofferenza politica nei confronti di provvedimenti giurisdizionali relativi a scelte eticamente sensibili, interpretati come una sorta di improprio "attivismo giudiziale"<sup>44</sup> in un contesto ove il vuoto legislativo si è al contrario tradotto, sino ad oggi, nella volontà di *non* intervenire su una trama normativa – quella del codice Rocco – del tutto inadeguata a garantire una tutela dell'*esistenza* umana sganciata dal dato meramente biologico della *vita*.

Il padre-tutore di Eluana Englaro non sa ancora che il frangente più drammatico della vicenda di sua figlia deve ancora iniziare: lungi dal reperire una struttura "confacente", Beppino Englaro dovrà lottare per acquisire la *disponibilità* stessa di una casa di cura pronta ad ottemperare a quanto disposto dalla Corte d'Appello di Milano, nel quadro di un caso che come pochi altri segna contestualmente l'obsolescenza del principio di laicità e la seria messa in discussione della forma di Stato delineata dalla Carta del 1948. Laddove, anzi, il

---

<sup>43</sup> Corte Cost., ord. n. 334 dell'8 ottobre 2008, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (con i commenti telematici di R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino?*, e di R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*). Sapidi ed espliciti i rilievi dei due Studiosi. Bin evidenzia impietosamente che «quasi mille tra senatori e deputati hanno perso ore e ore del loro tempo prezioso (in più di un senso), non per discutere di una legge equilibrata e rispettosa dei principi costituzionali, ma per convincersi dell'opportunità del conflitto di attribuzioni contro i giudici; le Camere hanno speso danaro pubblico per retribuire avvocati disposti ad affrontare l'impervio compito di stendere un ricorso palesemente infondato; la Corte ha dovuto spendere del tempo a trattare del ricorso, anche se non ha potuto far altro che rigettarlo *in limine litis*. E tutto ciò ha scavato, del tutto inutilmente e gratuitamente, un altro solco tra i poteri dello Stato, lungo quel delicato crinale che, per ragioni costitutive, nello Stato di diritto separa la politica dal diritto – crinale che in Italia rischia ormai di diventare una trincea rispetto alla quale anche la Corte costituzionale è sollecitata sempre più spesso a scegliere il campo in cui schierarsi. Il che ci fa anche intendere con quale spirito il Parlamento proceda da un po' di tempo alla nomina dei "propri rappresentanti" in essa». Romboli aggiunge che si tratta di «una gran figuraccia da parte delle nostre camere, che poteva forse essere evitata se il conflitto non avesse assunto il significato di una nuova battaglia del potere politico contro la magistratura».

<sup>44</sup> Per questa espressione v. ancora F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, cit., 1605 e ss.



*vulnus* della laicità diventa strumento di inopinata resistenza da parte dell'esecutivo – e non certo dei giudici – al principio di divisione dei poteri (per tacere dello scempio mediatico, perpetrato anche da soggetti istituzionali, variamente subito dalla famiglia Englaro e da chiunque abbia voluto aiutarla).

**6 - Segue: b) le reazioni ai principi di diritto affermati dalla Cassazione, dalla “guerra delle circolari” al decreto sul “divieto di lasciar morire”: invadenza della magistratura o renitenza alla magistratura?**

Difficile descrivere il seguito della vicenda Englaro in modo “neutrale”, astenendosi da riflessioni etico-sociali di natura squisitamente personale. Più semplice è però riassumere l'evoluzione del caso Englaro con parametri laici. Se la laicità è la condizione individuale di chi rivendichi – ed auspicabilmente lasci ad altri – libertà di *coscienza* (ovvero di *credenza*, di *conoscenza* e di *critica*)<sup>45</sup>, allora nulla nel caso Englaro è più “laico”. Beninteso, le reazioni ai principi di diritto enunciati prima dal Supremo Collegio e poi dalla Corte d'Appello di Milano sono eterogenee sia per misura che per portata. Proprio per questo vanno singolarmente enucleate.

Ancora plausibili, per quanto infondate, sono le reazioni giuridiche al passaggio in giudicato del provvedimento di autorizzazione alla sospensione delle terapie di alimentazione e idratazione. Privati cittadini ed un gruppo di associazioni cattoliche variamente denominate propongono davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo un ricorso, il n. 55185/08, ben presto dichiarato *irricevibile* per due ordini di ragioni: la carenza di interesse dei ricorrenti, non legati da alcuna relazione diretta con la Englaro, e soprattutto la mancanza di elementi sufficienti a dimostrare che lo Stato italiano sia venuto meno alla tutela dei loro diritti alla vita e ad un processo equo, nonché al divieto di trattamenti umani e degradanti<sup>46</sup>.

Sorprendente, invece, l'ostruzionismo burocratico all'esecuzione del provvedimento giurisdizionale, sfociato prima (il 3 settembre 2008) nel rifiuto del Direttore generale della Sanità della Regione Lombardia – ritenuto illegittimo dal Tar – di dare attuazione alla sentenza nelle

---

<sup>45</sup> Per questa definizione v., più ampiamente, G. BONIOLO, *Introduzione*, in AA.VV., *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, cit., IX e ss.

<sup>46</sup> Il ricorso è consultabile sul sito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=55185/08&sessionid=21157836&skin=hudoc-fr>).



sue strutture sanitarie<sup>47</sup>, poi (il 16 dicembre 2008) nell'irrituale (rispetto al nuovo titolo V della Costituzione) circolare del Ministro del *Welfare* Maurizio Sacconi rivolta alle Regioni ed alle Province Autonome al fine di assicurare "uniformità di trattamento"<sup>48</sup>. In essa si precisa che «l'unico limite obiettivamente riconoscibile al dovere etico di nutrire la persona in stato vegetativo permanente è la capacità di assimilazione dell'organismo». A causa di questo atto amministrativo lo stesso Sacconi viene indagato dalla Procura di Roma per violenza privata nei confronti dei sanitari della casa di cura "Città di Udine", costretti dopo la circolare ministeriale a ritirare la propria dichiarata disponibilità a sospendere le terapie di alimentazione ed idratazione che mantenevano (biologicamente) in vita Eluana.

Ominose le reazioni dell'esecutivo dopo il ricovero della donna presso la casa di cura "La Quietè" di Udine (unica struttura disponibile a dare attuazione alla sentenza della Corte d'Appello di Milano), culminate nel noto tentativo di decreto legge "salva-Englaro"<sup>49</sup> sventato *in extremis* dalla "resistenza costituzionale" del Capo dello Stato, che non ravvisa nella delicatissima materia delle scelte di fine vita i

---

<sup>47</sup>Tar Lombardia, Sez. III, sentenza n. 214 del 26 gennaio 2009, in <http://www.eius.it/giurisprudenza/2009/006.asp>

<sup>48</sup> Si tratta dell'atto del 16 dicembre 2008, avente ad oggetto *Stati vegetativi, nutrizione ed idratazione*. L'atto ha valore generale e non cita alcun caso specifico. Tutte le strutture sanitarie pubbliche e private devono garantire uniformità di trattamenti in base a quanto previsto dal parere del Comitato nazionale di bioetica del 30 settembre 2005 sull'alimentazione e l'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente e dalle definizioni fornite il 17 novembre 2008 dal Gruppo di lavoro ministeriale sullo "Stato vegetativo e stato di minima coscienza". Il Ministro ha ulteriormente sostanziato le proprie indicazioni con riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità. Secondo la Convenzione, «gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità hanno il diritto di godere del migliore stato di salute possibile, senza discriminazioni fondate sulla disabilità». La Convenzione afferma inoltre l'obbligo di «prevenire il rifiuto discriminatorio di assistenza medica o di prestazione di cure e servizi sanitari o di cibo e liquidi in ragione della disabilità». Il Ministro conclude che tali disposizioni si applicano anche agli stati vegetativi, ritenendo (di sua iniziativa) che la Convenzione faccia divieto di discriminare la persona in stato vegetativo rispetto alla persona non in stato vegetativo.

Occorre precisare che, in verità, la Convenzione in esame è stata ratificata dal Parlamento italiano solo il 24 febbraio 2009: due settimane dopo la morte di Eluana Englaro.

<sup>49</sup> Questo l'assai scarno ma eloquentissimo testo del decreto: «in attesa dell'approvazione della completa e organica disciplina legislativa sul fine vita alimentazione e idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi».



presupposti di necessità ed urgenza inderogabilmente sanciti dall'art. 77 Cost. Deluso dall'atteggiamento "poco collaborativo" del Presidente della Repubblica, il Presidente del Consiglio *pro tempore* si dichiara pronto a cambiare la Costituzione ed annunzia una legge sul testamento biologico entro i tre giorni successivi. La notizia della morte di Eluana interrompe i lavori parlamentari straordinari del Senato e viene accolta da un'autentica rissa, accompagnata da pesantissime insinuazioni sul padre di Eluana e sul ruolo nella vicenda di firme "messe o non messe".

Ancora più dure (ma quanto meno coerenti) le reazioni del Vaticano. Il cardinale Javier Lozano Barragan, presidente del Pontificio Consiglio per gli operatori sanitari, richiamando il principio della sacralità della vita invita Dio al perdono ed insinua pubblicamente il dubbio che il padre della Englaro sia un "assassino". Facile profezia, del resto: Beppino Englaro, insieme ai medici ed agli infermieri che hanno attuato il protocollo previsto dalla sentenza della Corte d'Appello di Milano, è in atto indagato per omicidio doloso dalla Procura di Udine<sup>50</sup>.

Più che di "attivismo giudiziale" dovrebbe parlarsi, allora, di un preoccupante "attivismo politico-confessionale" sfociato (tra le altre cose) in macabri riti di preghiera e deposizione di cibo ed acqua davanti alla clinica "La Quietè" di Udine, oltre che in un'autentica gogna mediatica irrispettosa – quella sì - della *persona* Englaro e della sua famiglia.

Non abbiamo ancora parlato della reazione più preoccupante: quella legislativa. Il Parlamento sta discutendo a tamburo battente, e con intese politiche quanto meno trasversali, una normativa sul "testamento biologico" calibrata più sulla necessità di mantenere (ostinatamente) in vita soggetti nelle medesime condizioni di Eluana Englaro che sul rispetto dei principi costituzionali.

## **7 - La normativa *in itinere* sul testamento biologico: indisponibilità o sacralità della vita? Lo snodo della qualificazione giuridica delle terapie di sostegno vitale e le sue possibili conseguenze**

La legge sulle DAT oggi *in itinere* è stata definita da un autorevole giurista «sgangherata e incostituzionale, lesiva dei diritti delle persone»<sup>51</sup>: si tratta di una normativa frettolosa (su cui sarebbe stata

---

<sup>50</sup> *La Repubblica.it* del 27 febbraio 2009.

<sup>51</sup> S. RODOTÀ, *L'egemonia perduta*, in *La Repubblica* del 24 marzo 2009: «si urla contro una deriva verso l'eutanasia mentre il Senato sta discutendo un disegno di



assai opportuna una moratoria), ideologicamente – ed eticamente – connotata, che fa strame in più punti del principio di autodeterminazione responsabile. Si definisce la vita (art. 1) come bene *inviolabile* ed *indisponibile*, ma assai forte è la sensazione che il vero oggetto di tutela giuridica sia la *sacralità* della vita stessa. La vita biologica viene preservata come valore *in sé*: solo in questo senso può spiegarsi la distinzione concettuale e giuridica, adottata sino ad ora dalla legge, tra terapie mediche, terapie di sostegno vitale ed accanimento terapeutico. Solo in questo senso, d'altro canto, può spiegarsi la sovrapposizione concettuale tra indisponibilità ed inviolabilità della vita. I due aggettivi si riferiscono notoriamente a caratteristiche molto diverse tra loro: l'invulnerabilità della vita è un dato strettamente connesso al rispetto della persona umana in materia terapeutica, e ben può essere ricollegato al diritto fondamentale di non subire trattamenti sanitari indesiderati. A rigore, pertanto, l'invulnerabilità delle scelte di fine vita potrebbe persino essere antinomica rispetto al dato dell'assoluta intangibilità del *bios*.

I passaggi critici della nuova normativa sono almeno tre.

In primo luogo, in base al comma 5 dell'attuale art. 3 «nella dichiarazione anticipata di trattamento il soggetto non può inserire indicazioni che integrino le fattispecie di cui agli articoli 575, 579 e 580 del codice penale». Una disposizione del genere, com'è di immediata evidenza, rischia di rimettere in discussione la legittimità delle scelte di fine vita operate dal malato terminale *autoresponsabile*<sup>52</sup>, che non potrà più chiedere, ad es., l'interruzione della ventilazione assistita senza esporre il medico che lo assiste al rischio di un'incriminazione per omicidio del consenziente. A meno che, beninteso, non si consideri la ventilazione assistita come "accanimento terapeutico" o "trattamento invasivo": cosa della quale, peraltro, nel presente momento storico è più che lecito dubitare.

In secondo luogo, in base al comma 6 della medesima disposizione «anche nel rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre

---

legge lontanissimo dall'apertura che, su questo tema, hanno mostrato le conferenze episcopali di Germania e Spagna».

<sup>52</sup> Occorre ancora una volta ricordare, in proposito, che il diritto a non essere sottoposto a trattamenti sanitari contro la propria volontà è implicitamente riconosciuto, a livello internazionale, dall'art. 5 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina, adottata in seno al Consiglio d'Europa («un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona abbia dato consenso libero e informato»), nonché dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo («nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata...»).



2006, l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento». Il testo di questa previsione pare, in verità, prelevato a piè pari dalla discussa circolare del ministro del *Welfare* cui si è accennato in precedenza<sup>53</sup>. Ora, a parte l'assimilazione – assai discutibile già dal punto di vista medico-scientifico – tra persone *con disabilità* e soggetti *in stato vegetativo permanente* (che si trovano in condizioni definite dai neurologi di *morte corticale*)<sup>54</sup>, questa disposizione vanifica la *ratio* stessa di una DAT: non ha senso, infatti, depositare periodicamente presso il proprio medico curante un *living will* “mutilato” proprio della scelta più rappresentativa della libertà costituzionale di autodeterminazione: quella di non diventare un “cadavere vivo”, di non voler sopravvivere alla propria mente in un limbo senza tempo sospeso tra vita e morte. Ogni altro profilo oggetto della DAT è già oggi disciplinato dai principi – anche costituzionali – in materia di consenso informato all'atto medico<sup>55</sup>: principi che, se comportano un'inevitabile “contrattualizzazione” del rapporto tra medico e paziente<sup>56</sup>, hanno anche determinato una revisione del carattere assolutamente indisponibile della vita. La vita è ancora un bene indisponibile *in sé*, ma disponibili sono certamente le *scelte* della

---

<sup>53</sup> *Supra*, nt. 48.

<sup>54</sup> Vero è che l'art. 10 della Convenzione ONU di New York del 13 dicembre 2006 tutela espressamente il diritto alla vita delle persone disabili; ma è altrettanto vero che il contenuto dell'art. 9 individua ben altri contenuti della Convenzione rispetto a quelli richiamati nel d.d.l. Calabrò: si parla, infatti, del diritto delle persone disabili a «vivere in maniera indipendente» ed a «partecipare pienamente a tutti gli ambiti della vita», con conseguente necessità di abbattimento di ogni ostacolo – architettonico e culturale – in grado di creare discriminazioni tra “abili” e “diversamente abili”. Che siffatti principi possano estendersi ai soggetti in condizioni di morte corticale è quanto meno dubbio. Ancora più discutibile l'assimilazione aprioristica tra malati e disabili operata, più o meno consapevolmente, dal disegno di legge sulle DAT: una vera e propria *gaffe*!

<sup>55</sup> Cfr., in proposito, Corte Cost., sent. n. 438/2008 (in *www.giurcost.org*): «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione».

<sup>56</sup> Di tale profilo si lamenta, invece, L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana*, cit., 210.



persona in materia sanitaria: *ex art. 32, II comma, Cost.*, la legge non può, in nessun caso, violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Nessun trattamento sanitario può essere imposto in virtù di (quanto meno ambigui) obblighi giuridici di salvaguardia della tutela del paziente in fin di vita: non esiste, di conseguenza, un obbligo costituzionalmente vincolante di vivere – o di far vivere – *per forza*. Appare allora necessaria una rivisitazione dei contenuti della *indisponibilità* della vita alla luce del principio di autodeterminazione responsabile, quanto meno nel territorio dei trattamenti sanitari.

La fattispecie qui discussa non pare “emendabile” nemmeno in virtù di un correttivo timidamente suggerito da alcuni esponenti politici dell’opposizione parlamentare, che – se accolto – renderebbe possibile interrompere alimentazione ed idratazione *in casi eccezionali*. La pericolosa genericità di una formula del genere non richiede alcuna spiegazione. Cosa decide del carattere “eccezionale” di una situazione: il decorso del tempo, la gravità delle condizioni del paziente o la decisione del medico? E soprattutto: cosa ha a che vedere la “eccezionalità” del caso con il principio di autodeterminazione in materia terapeutica?

In terzo luogo, in base al comma 2 dell’art. 7 «il medico non può prendere in considerazione *indicazioni orientate a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica*. Le indicazioni sono valutate dal medico, sentito il fiduciario, in scienza e coscienza, in applicazione del principio dell’inviolabilità della vita umana e della tutela della salute, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza». Il comma 4 dell’attuale art. 7, ora soppresso, prevedeva inoltre che «nel caso in cui la dichiarazione anticipata di trattamento non sia più corrispondente agli sviluppi delle conoscenze tecnico-scientifiche e terapeutiche, il medico, sentito il fiduciario, *può disattendere*, motivando la decisione nella cartella clinica». Beninteso, la soppressione di questo comma non è affatto confortante: questa disposizione è stata infatti sostituita (ed ampliata nella sua portata) da una previsione che identifica la capacità di autodeterminazione del paziente come dato ornamentale, agevolmente superabile in base alle convinzioni del medico. Il comma 1 dello stesso art. 7, introdotto *in extremis* da un emendamento approvato il giorno stesso della votazione finale al Senato, prevede il carattere generalmente “non vincolante” per il medico delle DAT: «le volontà espresse dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono *prese in considerazione* dal medico curante che, sentito il fiduciario, *annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirle o meno*». Le dichiarazioni anticipate si avviano così a divenire





contemporaneamente inutili (perché *tamquam non essent*) e dannose (perché lesive, coi limiti sopra esposti, di basilari diritti costituzionali del paziente): un vero e proprio tradimento di quell'alleanza terapeutica tra medico e paziente che il d.d.l. Calabrò intenderebbe promuovere!

Prescindendo dal ruolo centrale ed irrinunciabile dell'art. 32, II comma, Cost. nella materia delle scelte di fine vita<sup>57</sup>, insostenibilmente capziosa appare la distinzione – rigettata senza ombra di dubbio dalla Cassazione – tra terapie mediche e terapie “di sostegno vitale”<sup>58</sup>. Allineandosi alla giurisprudenza di Corti straniere, la Cassazione ha ribadito che anche le terapie di nutrizione ed idratazione sottendono un sapere scientifico e sono poste in essere da medici (anche se poi proseguite da non medici). Si tratta, com'è noto, di una posizione contrastata da esponenti del mondo cattolico, che ravvisano invece nel “sostegno vitale” il presupposto stesso del trattamento medico, ovvero le pratiche di assistenza finalizzate alla sopravvivenza del malato<sup>59</sup>. Non si tratterebbe di una distinzione “ontologica”, bensì squisitamente normativa: le terapie di “mero sostegno” non potrebbero essere oggetto di consenso. Si tratta in realtà, come acutamente è stato sottolineato, di un falso problema: «quali che siano le differenze (e le affinità) di tali pratiche rispetto ad altri atti di cura, la risposta va ricercata nei principi di dignità e inviolabilità della persona. Il principio del consenso, quale riflesso delle garanzie d'inviolabilità della persona (della libertà personale), vale per qualsiasi atto sulla persona, quale che sia la natura e definizione dal punto di vista medico, filosofico o morale, salvi i casi e limiti introdotti sotto la duplice salvaguardia della riserva di legge e di giurisdizione, *ex art. 13 Cost.*»<sup>60</sup>.

La distinzione tra trattamenti medici e “di sostegno”, oltretutto, prova troppo: se le terapie di “sostegno vitale” *non* sono trattamenti medici, come fare logicamente a *non inquadrarle* nell'ambito dell'accanimento terapeutico qualora praticate su soggetti *lato sensu* “dissenzienti” in virtù di un'esplicita dichiarazione di volontà precedente all'insorgere della malattia?

Per equivoco o per maliziosa sovrapposizione, nel d.d.l. Calabrò il concetto giuridico di *indisponibilità/inviolabilità* della vita interferisce con quello etico di *sacralità*. Interpretare l'indisponibilità della vita in

---

<sup>57</sup> Sulla cruciale questione si tornerà ancora *infra*, § 8.

<sup>58</sup> V. *supra*, § 5.

<sup>59</sup> D. PULITANÒ ed E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, cit., 337 e ss.

<sup>60</sup> D. PULITANÒ ed E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, cit., 338.



senso contrario al principio di autodeterminazione responsabile significa inevitabilmente approdare ad una tutela anche penale della sacralità della vita, qualificando le ipotesi di rifiuto di terapie come “eutanasia” in patente violazione del principio di laicità. Le conseguenze giuridiche di tale impropria sovrapposizione, già percepibili sul terreno della legge 40/2004, minacciano di riverberarsi prima o poi in tutti i campi relativi alla tutela del *bios*<sup>61</sup>.

## 8 - Considerazioni conclusive: il diritto penale post-secolare ed il tabù dei “cadaveri vivi”

Quale futuro – e quale presente – per le scelte di fine vita? Il quadro socio-istituzionale non è dei più incoraggianti. Secondo Gian Enrico Rusconi, in questo periodo storico nel nostro Paese si verificano due fenomeni sottilmente collegati. Da un lato «la povertà teologica della popolazione la porta ad affidarsi acriticamente ai ministri ufficiali della Chiesa, mentre dall’altro lato parecchi laici, che si dichiarano agnostici o atei, riconoscono agli uomini di Chiesa una competenza privilegiata sulle questioni etiche. La parola giusta per qualificare la situazione ora descritta in Italia dovrebbe essere “clericalismo”. Ma questo termine è vissuto come offensivo. Oggi nessuno vuol sentirsi dare del “clericale”, mentre tutti si dichiarano “laici” (“sani”, naturalmente, cioè non contaminati dal “laicismo”）」<sup>62</sup>.

Esattamente come la legge 40/2004 è una legge *contro* la procreazione assistita, il d.d.l. Calabrò è una legge *contro* il testamento biologico, destinata a vanificare in partenza l’ambito di operatività di un istituto giuridico già accolto con convinzione – e senza mortificanti restrizioni aprioristiche – in molti Paesi d’Europa e d’oltreoceano<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Si pensi ai recenti, reiterati tentativi di rivedere presupposti e contenuti della l. 194/1978. Secondo G. E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano, 2007, 44, «non è fuori luogo trovare qualche analogia storica con l’età galileiana se pensiamo che allora era in atto la desacralizzazione del cosmo, della natura esterna, mentre oggi siamo davanti alla desacralizzazione dell’organismo umano, della natura interna. Ma allora come oggi desacralizzazione non è sinonimo di perdita di criteri di comportamento etico».

<sup>62</sup> G. E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in AA. VV., *Laicità e Stato di diritto*, cit., 27.

<sup>63</sup> Cfr., in proposito, l’eloquente *dossier* del servizio studi del Senato, n. 104 del marzo 2009, su *La disciplina del testamento biologico in alcuni Paesi (Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna, Stati Uniti)*, consultabile sul sito [www.lucacoscioni.it](http://www.lucacoscioni.it) In Francia, la l. 2005 – 370 del 22 aprile 2005, relativa ai diritti del malato ed alla fine della vita, deriva da uno specifico dibattito parlamentare, iniziato nell’ottobre 2003 con



l'istituzione, presso l'Assemblea Nazionale, di una Commissione conoscitiva sull' "accompagnamento alla fine della vita". La legge consta di quindici articoli che novellano il *code de la santé publique*. In particolare, gli artt. 1111-10 e 1111-11 prevedono che se una persona, in fase avanzata o terminale di una malattia grave o incurabile, decide di limitare o interrompere ogni trattamento, il medico è tenuto a *rispettarne la volontà* (dopo aver informato il paziente sulle conseguenze della scelta) salvaguardando la dignità del medesimo e assicurando la qualità della sua vita con il ricorso a cure palliative. Ogni soggetto maggiorenne può poi formulare direttive anticipate: esse devono essere confermate ogni tre anni ed hanno carattere vincolante per il medico *per ogni decisione* su indagini, interventi o trattamenti relativi al paziente.

Nell'ordinamento tedesco il testamento biologico non è stato ancora oggetto di una disciplina normativa specifica per la radicata convinzione che quello delle scelte di fine vita sia un *rechtsfreier Raum* in rapporto al quale lo Stato sarebbe tenuto laicamente ad astenersi, lasciando che la scelta etica sia compiuta soltanto da un soggetto autoresponsabile (sul punto, v. diffusamente M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 906). Tuttavia, il BGH, con sentenza del 17 marzo 2003, è intervenuto in merito, dichiarando la legittimità ed il carattere vincolante della *Patientverfügung*.

Più coraggiosa ed esplicita la scelta olandese operata – non senza polemiche – dalla legge 12 aprile 2001 (*Legge per il controllo di interruzione della vita su richiesta e assistenza al suicidio*). Essa va ben oltre le direttive anticipate, introducendo una c.d. *scriminante procedurale* (su cui v., per tutti, W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, 87 e ss.) che rende lecite – in base a determinati presupposti – forme di "interruzione della vita" che nel nostro sistema giuridico rientrerebbero senza dubbio tra le ipotesi di c.d. eutanasia attiva.

Nel Regno Unito, fino all'adozione del *Mental Capacity Act* (approvato il 7 aprile 2005 ed entrato in vigore il 1 ottobre 2007), il testamento biologico non era espressamente contemplato da una previsione legislativa ma veniva riconosciuto e disciplinato da consolidata giurisprudenza, i cui principi generali sono stati di fatto recepiti dal testo normativo. Momento centrale dell'intera disciplina è il rispetto *assoluto* della volontà del paziente, manifestata direttamente o per il tramite di un suo fiduciario.

In Spagna la disciplina del rapporto medico-paziente è stata profondamente modificata a favore dell'autodeterminazione del paziente dalla l. n. 41 del 14 novembre 2002 (in *Boletín Oficial Español* n. 274 del 15 novembre 2002), recante disposizioni di base per la regolamentazione dell'autonomia del paziente nonché dei diritti e degli obblighi in materia di informazione e di documentazione clinica. Tale legge rappresenta una disciplina quadro per le 17 Comunità Autonome che, al momento, hanno approvato leggi in materia. La normativa del 2002 (entrata in vigore il 16 maggio 2003) concerne il diritto all'informazione sanitaria ed alla *privacy* in ambito medico, il consenso informato, le c.d. dichiarazioni anticipate di volontà e la storia clinica del paziente (con riferimento alla prestazione di servizi medici).

Negli Stati Uniti, infine, la via giurisprudenziale – tracciata dai celebri casi *Quinlan*, *Cruzan* e *Schiavo* – ha costituito l'antecedente per l'adozione di una disciplina legislativa in materia di testamento biologico. Dopo il caso *Cruzan*, infatti, venne approvato nel 1991 il *Patient self determination Act*. Sulla base di tale legge, vengono riconosciuti i diritti della persona di accettare o rifiutare i trattamenti medici e di formulare dichiarazioni anticipate di volontà (*living will*).



Difficile comprendere, in verità, la posizione della Chiesa cattolica, recepita in modo remissivo e trasversale da esponenti di partiti dell'intero arco costituzionale (*teocoon* e *teodem* si dicono allo stesso modo "laici"), sull'*in sé* dell'esistere: su quella sfera particolarissima e inderogabile di scelte che uno Stato pluralista e secolarizzato rimette in via esclusiva alla *persona*. La Cei si oppone all'inseminazione artificiale ed al controllo delle nascite perché tali tecniche interferirebbero in modo intollerabile con i cicli *naturali* della vita. Tuttavia, alla Conferenza episcopale italiana – che registra una posizione di crescente isolamento nel panorama europeo<sup>64</sup> – sembra lecito e persino doveroso alterare i cicli naturali della morte, mantenendo in vita a oltranza con nutrizione, idratazione e ventilazione artificiali. La naturalità della procreazione trova così un mostruoso *pendant* nell'innaturalità di un trapasso sottratto alle leggi di natura e di coscienza. Il corpo indifeso di una persona la cui volontà non ha alcun valore giuridico diventa così il novello Frankenstein, che non può "morire di fame e di sete" pur essendo già morto a se stesso.

L'impressione, non certo edificante, è che l'attuale società post-secolare mostri un'attenzione ossessiva per le esistenze *in limine*: quella aurorale dell'embrione, che persona deve ancora diventare<sup>65</sup>, e quella crepuscolare del "cadavere vivo" in morte corticale, che non ha più alcuna speranza clinica di un ritorno ad un'esistenza consapevole. In nome della difesa del *bios*, la libertà di coscienza passa in secondo piano e l'autodeterminazione dell'individuo diventa obsoleta. Essa si tramuta, anzi, in un fastidioso orpello da neutralizzare con una legge-capestro che vieta di decidere come curarsi o non curarsi, che impone al laico di non scegliere di morire nel modo in cui ha vissuto e che, oltretutto, non dà nemmeno alcuna garanzia di rispetto *effettivo* delle proprie volontà di cura. È bene ribadire, ancora una volta, che la distinzione tra terapie mediche e "di sostegno vitale" non ha alcun senso nell'ottica dell'autodeterminazione e del rispetto della persona umana di cui parla l'art. 32 Cost., rappresentandone anzi la negazione più clamorosa.

---

In nessuno dei Paesi sopra richiamati l'autodeterminazione del paziente è in alcun modo condizionata dal carattere indisponibile della vita, né tanto meno si distingue tra trattamenti sanitari e terapie "di sostegno": tale distinzione è in effetti, come meglio si vedrà nel testo, del tutto priva di senso nella prospettiva di un pieno riconoscimento della capacità decisionale – diretta o indiretta – del malato.

<sup>64</sup> *Supra*, nt. 51.

<sup>65</sup> Alludiamo chiaramente alla sentenza 27/1975 della Corte costituzionale in tema di aborto (in *www.giurcost.org*), la quale ha affermato «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare».



Chi scrive ha, non senza ingenuità, ravvisato a suo tempo nel testamento biologico uno strumento “laico”, rispettoso – nel contesto di un apparato statale “neutrale” – della libertà di coscienza di tutti i cittadini<sup>66</sup>. I fatti dimostrano, invece, come non sia più possibile nel nostro Paese dare veste giuridica in modo sereno a temi eticamente sensibili, sullo sfondo di una profonda crisi di senso dello stato democratico di ispirazione liberale: scompaiono la tutela delle minoranze e quella dei diritti inviolabili della persona, nel segno del ritorno al paternalismo giuridico.

Il processo di rieticizzazione assume connotazioni a dir poco preoccupanti nell’ambito del diritto penale, ove si assiste da un lato alla reintroduzione di illeciti bagatellari in patente contrasto col principio di offensività<sup>67</sup>, dall’altro al drastico ridimensionamento di reati socialmente “mal tollerati” come il falso in bilancio.

Il settore della tutela della vita umana è però certamente il più delicato. Sulla scia del (poco laico) bene giuridico “naturalità della procreazione” sono già state introdotte fattispecie incriminatrici a tutela dell’embrione di *ratio* non sempre chiara e destinate per lo più, stante il trattamento sanzionatorio esorbitante, ad una funzione meramente promozionale.

In nome di un (ancor meno laico) prolungamento della vita biologica per nulla “naturale”, si rischia invece di dover considerare vicende come quella di Eluana Englaro alla stregua di ipotesi di omicidio premeditato, ponendo il nostro Paese in posizione oscura e oscurantista nel panorama giuridico mondiale. Un’eventualità del genere non può che rimettere in discussione i limiti stessi di legittimazione dell’intervento penale nelle scelte più intime dei singoli.

Una normativa che impedisca alla persona di cercare di «entrare nella morte ad occhi aperti»<sup>68</sup>, valutando il corpo inerte come oggetto anatomico da preservare a tutti i costi in nome dell’indisponibilità della vita, non è semplicemente illegittima: è addirittura inumana.

---

<sup>66</sup> L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere”*, cit., 73 e ss.

<sup>67</sup> Esprime, tra gli altri, preoccupazione per la recente tendenza ad estendere il controllo penale a tipi di comportamento collaterali, accessori o anche solo immorali G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, cit., 549.

<sup>68</sup> M. YOURCENAR, *Memorie di Adriano*, a cura di L. Storoni Mazzolani, Torino, ristampa 1988, 276.