

## IL CONSENSO INFORMATO NEL TESTAMENTO BIOLOGICO

1. Introduzione - 2. I casi giudiziari, da Piergiorgio Welby a Fabiano Antoniani - 3. La pronuncia della Corte costituzionale n. 242 del 2019 in tema di suicidio assistito - 4. Precisazioni in termini di testamento biologico ed eutanasia - 5. Il consenso informato e la legge n. 219 del 2017- 6. Conclusioni

### Abstract

La legge n. 219 del 2017 è di recente approvazione; il progresso tecnologico e farmacologico ha sollevato questioni in ambito giuridico riguardanti il consenso informato e la relazione tra medico e paziente di cui, in mancanza di una legge, si è occupata la giurisprudenza italiana. In particolare, nel pianificare trattamenti sanitari bisogna tenere conto del parere del paziente che accetta o rifiuta una terapia, soprattutto nel caso in cui non sia più in grado di esprimere il proprio consenso a seguito di informazioni adeguatamente e correttamente fornite. I casi giudiziari di maggior rilievo in cui la giurisprudenza italiana ha avuto un ruolo importante sono il caso Welby, il caso Englaro, il caso Antoniani.

The law n. 219/2017 has been recently approved; technological and pharmacological progress has raised issues in the legal field concerning informed consent and the relationship between doctor and patient, which, in the absence of a law, was dealt with by the Italian jurisprudence. In particular, when planning health care, the opinion of the patient who accepts or refuses a therapy must be taken into consideration, especially if he is no longer able to express his consent as a result of properly and correctly provided information. The most important leading cases in which Italian jurisprudence has played an important role are, the Welby case, the Englaro case, the Antoniani case.

Keywords: living will, informed consent, health treatments, Welby, Englaro, Antoniani

### 1. Introduzione

Lo sviluppo di nuove tecniche e il progredire della scienza ha introdotto novità rivoluzionare anche per la vita dell'uomo. Oggi si parla di bioetica, di biodiritto, discipline nuove e ancora in fase di sviluppo, ma che stanno producendo effetti anche e soprattutto sulla qualità della vita umana. Progressi scientifici che stanno portando ad allungare la vita dell'uomo, come ad esempio la nutrizione e l'idratazione artificiale o l'utilizzo di macchinari che prolungano le aspettative di vita, anche in casi più gravi. Questo non poteva non avere effetti sotto l'aspetto giuridico, aprendo dibattiti sulla vita, in particolare del suo essere diritto indisponibile, o ancora su temi come autodeterminazione e dignità, libertà di scelta, consenso informato.

Il tema sul fine-vita è sempre stato un argomento delicato e di non semplice soluzione sia dal punto di vista giuridico, sia da quello etico e sociale, coinvolgendo dottrina e giurisprudenza, politica, Chiesa e opinione pubblica. Gli istituti richiamati sono molteplici, dal consenso informato all'autodeterminazione, dall'eutanasia all'accanimento terapeutico. Ci hanno insegnato che il diritto è vita e che nasce dalle esigenze della società, adattandosi ai mutamenti contestuali e temporali. E sono proprio queste esigenze, questa necessità di vedere realizzate le proprie volontà in un ambito così delicato, che è stato necessario adire tribunali nazionali e internazionali, richiamando ogni tipo di fonte, dalla Costituzione alla Convenzione di Oviedo, considerando anche i doveri dei medici, che hanno avuto un ruolo centrale nella tematica. I casi giudiziari che si sono susseguiti negli anni non sono pochi, ognuno con una sua particolarità e differenza, a cui il nostro ordinamento nazionale è stato chiamato a prendere una posizione, ma arrivando ad una soluzione solo dopo anni di battaglie e sofferenze per coloro che ci hanno creduto fino in fondo, ma non tutelati da subito. In tale contesto, la giurisprudenza ha avuto una funzione suppletiva ovviando l'assenza di decisioni politiche su una materia in continua evoluzione negli ultimi anni, la quale dovrebbe avere il compito di sintetizzare le differenti posizioni presenti nella comunità scientifica e sociale<sup>1</sup> affinché fosse accordata cittadinanza anche italiana alle disposizioni anticipate di trattamento, nonché affermare e tutelare il diritto di rifiutare l'intervento medico, anche salvavita, persino nell'ipotesi di soggetto incosciente<sup>2</sup>. I "nuovi diritti" si sono venuti affermando nel contesto giuridico attraverso una serie di ondate riformatrici che hanno reso accessibile la tutela giurisdizionale di quei diritti e interessi che sono emersi come particolarmente importanti e specialmente vulnerabili, nelle società moderne, quali quelli dei consumatori, quelli attinenti alla protezione contro l'inquinamento dell'ambiente e in generale quelli di collettività, categorie di gruppi non organizzati o difficilmente organizzabili. Così nuove domande sociali hanno cominciato a farsi strada attraverso la giurisdizione.

Si trova estrema garanzia nella giurisdizione che svolge un ruolo delicato negli ordinamenti costituzionali pluralisti contemporanei e nella società di individui in tempi di «modernità liquida»<sup>3</sup>, poiché maggiori possono essere le condizioni determinate dalla rapida evoluzione socio-economica e dai pericoli che l'accrescimento del progresso scientifico può determinare sulla vita, sulla sicurezza,

---

<sup>1</sup> A. PATANÈ, *Sentenza Cappato- Antoniani e diritto alla vita: un "testamento costituzionale" al legislatore che non ha ancora trovato un esecutore*, in *federalismi.it*, 36, 2020.

<sup>2</sup> S. CACACE, *Salute e autodeterminazione: da Charlie Gard a dj Fabo, passando per i no-vax. Scienza, diritto, diritti e libertà*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2018.

<sup>3</sup> S. ROSSI, *Il diritto in equilibrio: il mestiere dei giudici e le "scelte tragiche" di ogni giorno*, Napoli, 2013.

sulla libertà, in grado di minarla, mettendo in discussione la dignità sociale e la reale libertà ed eguaglianza degli individui.

C'è una ricerca di equilibrio nelle esperienze della giurisdizione, oggetto costante di una riflessione che viene necessariamente a coinvolgere i profili costituzionalisti propri del bilanciamento tra diritti contrapposti, il che poi si traduce nell'esercizio della funzione dei giudici a decidere del caso concreto sulla base delle reali esigenze di giustizia nascenti dalla controversia. È attraverso l'opera del formante giurisprudenziale che si è tentato di comporre il conflitto tra diritti individuali e doveri sociali, tra le istanze del singolo ed esigenze del collettivo, tra l'autodeterminazione e il diritto della vita, dilemmi che hanno trovato concreta espressione nei casi Welby ed Englaro, quest'ultimo giustamente definito come uno dei *leading cases* che, passo dopo passo, punteggiano la storia del diritto costituzionale e ne consentono l'avanzamento.

È nella minuta attività quotidiana di applicazione del diritto che si sviluppa quel processo di riequilibrio capace di determinare i conflitti di giustizia, attraverso un processo di accumulazione del sapere e della consapevolezza dell'effettività dei principi costituzionali all'interno della comunità degli interpreti. Si propone quindi una lettura guidata dalle principali tematiche affrontati dai giudici tutelari nell'ambito delle ordinanze in materia, avendo particolare riguardo a quei provvedimenti in cui sono state discusse le direttive anticipate di fine vita e il rifiuto di cure adesso correlato, la libertà di coscienza riguardo a determinati trattamenti terapeutici<sup>4</sup>.

I casi che si analizzeranno di seguito sono quelli più noti e hanno in comune diversi fattori, il primo tra i quali, la mancanza di una legge che avrebbe potuto sintetizzare la soluzione e contrarre i tempi della giustizia; inoltre, ognuno di loro aveva come oggetto della controversia la tematica del fine-vita, seppur con caratteristiche distintive.

## 2. I casi giudiziari: da Piergiorgio Welby a Fabiano Antoniani

Piergiorgio Welby è stato colpito a soli sedici anni da una forma di distrofia muscolare amiotrofica e i trattamenti sanitari a cui era sottoposto non erano in grado di arrestare il decorso della sua malattia<sup>5</sup>; avevano il solo effetto di mero supporto fisico-riabilitativo e di contenimento dei sintomi. Di anno in anno le sue condizioni di salute sono peggiorate; negli anni Ottanta è stato

---

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> M. MAINARDI, *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Torino, 2018.

costretto a rimanere immobile e, dal 1997, è stato tenuto in vita grazie ad un respiratore artificiale; la malattia aveva raggiunto il suo ultimo stadio, tanto da provocare insufficienza respiratoria, a causa della quale ha avuto diverse crisi. È sempre stato capace di intendere e di volere, in quanto la distrofia muscolare non altera le funzioni intellettive. Il caso in esame risulta complesso proprio per la scelta che dovrebbe effettuarsi in base al diritto da tutelare, il diritto alla vita o quello della libertà personale, cioè di autodeterminarsi secondo le proprie personali convinzioni, decidendo come vivere la propria vita e come affrontare la fase terminale dell'esistenza, ponendo in contrapposizione due diritti di primaria rilevanza costituzionale.

Welby, anche nella fase più avanzata della sua malattia, si è impegnato in prima persona affinché venisse riconosciuto il diritto all'eutanasia e contro l'accanimento terapeutico con la speranza di porre fine autonomamente alle proprie sofferenze allontanando da sé lo spettro terrorizzante di una morte terribile per soffocamento<sup>6</sup>. Queste motivazioni lo hanno spinto a richiedere l'emissione di un provvedimento d'urgenza che obbligasse i medici curanti ad interrompere la respirazione artificiale tramite ventilatore polmonare che lo teneva in vita contro la sua volontà ottemperando così al suo rifiuto di proseguire la terapia di assistenza respiratoria, richiamando quel principio di libertà personale, riconosciuto dall'art. 13 Cost., e quello all'autodeterminazione, richiamato dall'art. 32 Cost.

Il Tribunale di Roma, I sezione civile, con ordinanza del 16 dicembre 2006, dichiara il ricorso inammissibile con la motivazione che, seppur vi sia un diritto soggettivo riconosciuto dallo stesso art. 32 Cost. ad interrompere il trattamento terapeutico non voluto con le modalità richieste, vi è una discrezione del medico nel valutare il suo agire verso il paziente. Esito rilevante e fondamentale della sentenza è la mancanza di una tutela giuridica per assenza di una normativa specifica, per cui non può essere accolta la richiesta di interrompere la ventilazione polmonare.

L'ordinanza viene impugnata dalla Procura della Repubblica di Roma, perché "affetta da una palese contraddizione" e, quindi, da un vizio logico<sup>7</sup>: il giudice non può riconoscere un diritto di rango costituzionale, quale quello di autodeterminazione individuale e consapevole in materia di trattamento sanitario, e poi lasciarlo senza tutela a causa della mancata definizione, in sede normativa, delle sue modalità attuative<sup>8</sup>. Un diritto soggettivo o esiste o non esiste; se esiste non potrà non

---

<sup>6</sup> Tribunale di Roma, Giudice dell'udienza preliminare, n. 2049, 23 luglio 2007.

<sup>7</sup> M.R. DONNARUMMA, *Il suicidio medicalmente assistito. Una scelta responsabile della Corte costituzionale di fronte all'immobilismo del parlamento*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 1.

<sup>8</sup> M. MAINARDI, *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, cit.

essere tutelato, incorrendo l'organo di giustizia in un inammissibile *non liquet*, con l'effetto di lasciare senza risposta una pretesa giuridicamente riconosciuta.

Nel frattempo, Welby entra in contatto con il Dottor Mario Riccio, medico anestesista che si dichiara disponibile ad accogliere la sua richiesta e, dopo averne accertato lo stato di consapevolezza e aver avuto conferma dell'attualità della decisione, procede alla sedazione profonda e al distacco del respiratore, il che determina poco dopo la morte di Piergiorgio Welby il 20 dicembre 2006.

Il Pubblico Ministero dispone una consulenza medico-legale e tossicologica per accertare le cause del decesso, nonché l'esame delle dichiarazioni del medico anestesista operante e, sulla base di questi atti, richiede l'archiviazione nei confronti del Dottor Riccio, il quale subiva parallelamente, anche un procedimento dinanzi l'Ordine dei medici di Cremona, che si conclude con l'archiviazione, in quanto non vi erano presupposti per aprire un procedimento disciplinare e rilevando la piena compatibilità con le norme del Codice di deontologia medica<sup>9</sup>.

Il Giudice delle indagini preliminari, al contrario, rigetta la richiesta di archiviazione affermando che il diritto alla vita nella sua sacralità, inviolabilità ed indisponibilità costituisce il limite per tutti gli altri diritti che sono posti a tutela della dignità umana e impone al PM di formulare l'imputazione nei confronti del medico per omicidio del consenziente *ex art. 579, comma 1, cod. pen.*, sussistendo tale reato sia dal punto di vista oggettivo della condotta, che soggettivo del dolo, rilevando che è stato lo stesso Dottor Riccio a rendersi disponibile ad interrompere la terapia al paziente, senza essere neanche il suo medico curante, attuando un rapporto professionale del tutto superficiale.

Ad ottobre del 2007 il GUP di Roma emette una sentenza di non luogo a procedere nel procedimento a carico del Dottor Mario Riccio. A seguito di attente valutazioni delle disposizioni del Codice di deontologia medica si afferma che l'azione di interruzione di una terapia non può essere concettualmente assimilata all'espletamento di un trattamento diretto a provocare la morte del paziente, poiché la prima costituisce mera cessazione di una terapia precedentemente somministrata, mentre il secondo è l'attivazione *ex novo* di un intervento terapeutico finalizzato al decesso del paziente. Il medico, nel caso in esame, altro non ha fatto che ottemperare alla volontà del

---

<sup>9</sup> M.R. DONNARUMMA, *Il suicidio medicalmente assistito. Una scelta responsabile della Corte costituzionale di fronte all'immobilismo del parlamento*, cit.

paziente e la discrezionalità della scelta è stata operata dal paziente stesso, che nel caso in esame era perfettamente consapevole e informato delle conseguenze della sua richiesta.

Il GUP, rilevando la volontà espressa del paziente di voler interrompere la terapia, nonché le risultanze dell'accertamento medico-legale che conferma quanto documentato da un diario clinico del Dottor Riccio, giunge alla conclusione che «nel caso di specie, la condotta posta in essere dall'imputato integra l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente, sussistendo anche l'elemento psicologico, poiché il Dottor Riccio ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente, ma esclude la rilevanza penale della condotta del medico, il quale aveva semplicemente adempiuto ad un dovere giuridico che ne scrimina l'illiceità della condotta causativa della morte altrui, poiché la sua condotta è stata realizzata 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 e, in quanto tale, rientrante nella causa di non punibilità *ex art. 51 c.p.*»<sup>10</sup>.

Secondo la Corte costituzionale, «il consenso informato svolge la funzione di sintesi tra due diritti fondamentali della persona, che sono appunto quello all'autodeterminazione e quello alla salute, poiché ogni individuo ha il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, garantendo la libertà e consapevole scelta da parte del paziente, e quindi, la sua stessa libertà personale»<sup>11</sup>. La nozione di consenso informato potrebbe risultare riduttiva se svincolata dalla pienezza delle capacità dell'interessato e dalla sua libertà e laddove vi sia rifiuto delle cure da parte del paziente bisogna verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale<sup>12</sup>.

Altro caso giudiziario che ha attirato l'attenzione mediatica e politica, è quello di Eluana Englaro, che si presenta sotto una luce diversa rispetto al caso precedentemente esposto, in quanto Piergiorgio Welby era perfettamente capace di intendere e volere quando ha manifestato la volontà di rifiutare le cure, mentre Eluana, pur respirando autonomamente, è entrata in uno stato vegetativo permanente; durante la fase di coma veniva nutrita attraverso un sondino nasogastrico e non aveva capacità di intendere e volere, per cui non poteva decidere autonomamente; proprio questo aspetto ha rilevato la complessità del caso, ponendo al centro dell'attenzione la figura del fiduciario, il padre

---

<sup>10</sup> A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, fasc. 1.

<sup>11</sup> Corte cost., sent. n. 438 del 2008.

<sup>12</sup> Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211.

di Eluana. A un anno dall'incidente la regione superiore del cervello si è degenerata definitivamente e i medici avevano stabilito che non ci sarebbero state possibilità di ripresa. Dopo quattro anni, viene interdetta per assoluta incapacità e venne nominato come tutore il padre, Beppino Englaro, il quale inizia una battaglia che durerà per diversi anni, in quanto richiede che venga interrotta l'alimentazione e idratazione artificiale della figlia, liberandola da una condizione che lei stessa avrebbe rifiutato, se fosse stata in vita in piena capacità<sup>13</sup>.

Un primo problema si è posto in relazione alle tecniche di rianimazione, ventilazione meccanica, alimentazione artificiale, che permettono il prolungamento della vita del paziente le cui gravissime condizioni avrebbero condotto, in passato, inevitabilmente alla morte; ad oggi, invece, realizzano un prolungamento artificiale della vita. Nel caso in questione, l'attività celebrale è sostanzialmente annullata a causa dello stato vegetativo irreversibile della ragazza. Di conseguenza, ci si è chiesti se la nutrizione artificiale potesse essere considerato un trattamento sanitario rientrante nella categoria di cui all'art. 32 Cost<sup>14</sup>.

Nel 2007, la Suprema Corte ha enunciato dei principi di diritto di notevole rilievo, soffermandosi anche sull'istituto del consenso informato. In questa sede emerge una sorta di bilanciamento tra consenso informato e rifiuto delle cure anche in fase terminale, il quale rifiuto non avrebbe urtato contro i principi costituzionali perché il sacrificio della vita non può costituire un limite invalicabile all'autodeterminazione terapeutica del paziente e del diritto alla salute dell'individuo. La Corte, dunque, cerca di adattare la sua pronuncia ad un contesto in cui non si hanno manifestazioni di volontà espresse o anticipate rispetto alla condizione in cui versa il paziente, escludendo il potere del giudice di ordinare l'interruzione dei trattamenti, potendo controllare solo la legittimità dell'operato del tutore<sup>15</sup> considerando che, «ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in uno stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione e idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica

---

<sup>13</sup> G. FERRANDO, *Il suicidio assistito di dj Fabo. L'autodeterminazione terapeutica dai principi alle regole*, in *Politica del diritto*, 1, 2020, pp. 15-40.

<sup>14</sup> M. MAINARDI, *Testamento biologico e consenso informato*, cit.

<sup>15</sup> G. DI COSTANZO, *Le disposizioni anticipate di trattamento. Spunti di riflessione tra diritto pubblico e privato*, cit.

nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa»<sup>16</sup>.

Con specifico riferimento alla figura del tutore, la Suprema Corte ha chiarito che egli è titolare della «cura della persona dell'interdetto, così investendo il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace»<sup>17</sup>. La Corte rileva altresì che il tutore deve agire nell'esclusivo interesse dell'incapace e nella ricerca del *best interest*, decidendo non al posto dell'incapace, né per l'incapace, ma con lo stesso<sup>18</sup>. Il tutore ha lo scopo di non far venir meno quel rapporto di dualità tra medico e paziente affetto da stato vegetativo permanente, in cui il tutore farà proprio da tramite, fondando la propria decisione su dati precisi che la rendano chiara e in congruità con l'identità del paziente, al suo intimo modo di essere persona, ai suoi convincimenti sul come vivere e intendere l'esistenza e come gestire la fase esistenziale del morire e «l'intervento del giudice esprime una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace»<sup>19</sup>.

In particolare, «in una situazione cronica di oggettiva irreversibilità del quadro clinico, di perdita assoluta della coscienza, può essere dato corso, come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente, alla richiesta, proveniente dal tutore che lo rappresenta, di interruzione del trattamento medico che lo tiene artificialmente in vita, allorché quella

---

<sup>16</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

<sup>17</sup> A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, cit.

<sup>18</sup> *Ibid.* Cfr. anche M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, cit.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, cit.

<sup>19</sup> M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, cit.

condizione, caratterizzante dello stato, di assenza di sentimento e di esperienza, di relazione e di conoscenza si appalesi, in mancanza di qualsivoglia prospettiva di regressione della patologia, lesiva del suo modo di intendere la dignità della vita e la sofferenza»<sup>20</sup>, considerando la volontà espressa prima di cadere in tale stato e i valori, le convinzioni propri della persona in stato di incapacità.

Nel 2008, il diritto di sospendere l'alimentazione della figlia viene riconosciuto a Beppino Englaro qualificando l'idratazione, l'alimentazione e la ventilazione artificiale come trattamenti sanitari. Inizia, lentamente, la sospensione alimentare per la giovane ragazza, in una struttura che si dichiarò disponibile ad ospitare Eluana per l'attuazione della sentenza di sospensione dell'idratazione e dell'alimentazione forzata.

Ultimo caso giudiziario da analizzare è quello di Fabiano Antoniani, conosciuto anche come Dj Fabo. In realtà, questo caso si differenzia nettamente e ulteriormente dai casi precedenti perché siamo nell'ipotesi di eutanasia. Fabiano Antoniani era un giovane ragazzo rimasto tetraplegico in seguito ad un incidente stradale, cieco e senza possibilità di muoversi, con contrazioni e spasmi dolorosi, tali da non poter essere completamente leniti da farmaci e il suo modo di esprimersi risulta «impastato a causa del danno celebrale subito», ma le sue facoltà intellettive risultavano inalterate; era tenuto in vita da un respiratore, non in modo continuo, ma per molte ore durante la giornata.

Non accettando l'idea di ricorrere al distacco della ventilazione e sedazione profonda, in quanto avrebbe comportato solo ulteriore sofferenza per lui e per la sua famiglia, decise di percorrere un'altra strada. Si rivolge presso l'Associazione Luca Coscioni e qui conosce Marco Cappato, il quale lo mette a conoscenza di una clinica in Svizzera presso la quale è riconosciuto il rifiuto e l'interruzione della respirazione e dell'alimentazione artificiale, accompagnata da sedazione profonda per non sentire dolore<sup>21</sup>. Dunque, decide di andare in Svizzera, dove la legge consente il suicidio assistito con assistenza medica, nella clinica dell'associazione Dignitas<sup>22</sup>. Qui Dj Fabo decise di porre fine alla sua vita; Marco Cappato è stato accusato di aiuto al suicidio *ex art. 580 cod. pen.*, dopo essersi recato in caserma dei carabinieri il giorno dopo la morte di Fabiano Antoniani e aver dichiarato di essere stato lui ad aver accompagnato l'uomo in Svizzera.

---

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "Immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano d'altri"*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2018.

<sup>22</sup> Per maggiori approfondimenti sull'evoluzione della legge sul suicidio assistito in Svizzera, cfr. A. BANDOLFI, *Il suicidio assistito in Svizzera: ultimi sviluppi e scenari per il prossimo avvenire*, in *L'Arco di Giano*, 95, 2018; D. NAPOLI, *Il caso Cappato – Dj Fabio e le colonne d' Ercole del fine vita*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2017.

I pubblici ministeri hanno richiesto archiviazione del caso dimostrando la non configurabilità della fattispecie di aiuto al suicidio, ma indicando le ragioni per cui la vicenda debba essere circoscritta alle sole ipotesi di partecipazione materiale al suicidio altrui; infatti, dj Fabo non è stato assolutamente influenzato da Marco Cappato, anzi ha espresso il suo consenso a seguito di un'attenta valutazione e informazione, in maniera libera e autonoma.

Da questa analisi emerge come il diritto alla vita sia relativamente un diritto intangibile, poiché incontra un limite nella libertà di autodeterminazione terapeutica, che attribuendo ai consociati il potere di disporre della propria esistenza, si traduce in un diritto a lasciarsi morire, che non è un diritto *tout court*, liberamente esercitabile, ma potrebbe essere esercitato nelle ipotesi in cui sia necessario e indispensabile garantire il rispetto della dignità della persona umana<sup>23</sup>. Alla luce di ciò, considerando anche la giurisprudenza europea<sup>24</sup> si riconosce a Fabiano Antoniani il diritto a morire con dignità, scegliendo anche la modalità di esercizio di questo diritto e trasformando l'atto del suicidio da fatto meramente tollerato dall'ordinamento a diritto di rilievo costituzionale, sollevando Marco Cappato dall'accusa di reato *ex art. 580 cod. pen.*

### 3. La pronuncia della Corte costituzionale n. 242 del 2019 in tema di suicidio assistito

La Corte costituzionale, con la sentenza 22 novembre 2019, n. 242, dichiara l'incostituzionalità dell'art. 580 «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi [...] agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente», chiarendo che gli sviluppi della scienza medica e tecnologia sono oggi funzionali a «strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali e la morte è l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto» e per questi

---

<sup>23</sup> S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, cit.

<sup>24</sup> CEDU, Sez. I, sent. 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, § 51; CEDU, Sez. II, sent. 14 maggio 2013, *Gross c. Svizzera*, §§ 59-60.

motivi, il paziente «ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, comma 2, Cost.» la prestazione finalizzata a mantenerlo in vita<sup>25</sup>.

Fin qui, la Giurisprudenza ha dato il suo contributo, adesso spetta al Parlamento sintetizzare le diverse posizioni della comunità scientifica e sociale e fare delle scelte. In assenza, si applicano le disposizioni del Codice penale del 1930, che non prevedono alcuna disciplina dell'eutanasia e dell'aiuto medico al suicidio. Parte della dottrina afferma chiaramente che la condizione di Fabiano Antoniani non sia da ricondurre alla categoria di suicidio, in quanto la sua è una condizione di assistenza a morire, dopo essersi sottoposto per anni a trattamenti sanitari e terapie sperimentali, spinto da un grande impulso di vivere anziché morire. A questo punto si dovrebbe riflettere sull'opportunità di superare le «trappole semantiche e concettuali legate alla pigra ripetizione del termine suicidio»<sup>26</sup>.

L'analisi dei casi difficili, che si è inteso illustrare, dimostra come il giudice sia un'istituzione con una funzione sociale volta garantire la stabilità del diritto quale forma di equilibrio e, al contempo, l'evoluzione dello stesso che si adatta alle esigenze e alle esperienze che emergono dal tessuto sociale. Ciò non significa, tuttavia, prefigurare una mera proiezione automatica dal sociale al giuridico, che verrebbe a sacrificare la funzione prescrittiva del diritto, riducendone il ruolo a mera descrizione della realtà: difatti il diritto svolge una funzione selettiva che, per quanto fedele al pluralismo, non si può limitare ad arbitrare la procedura dei conflitti, ma deve trovare un equilibrio riflessivo nella cornice assiologica offerta dai principi costituzionali.

Si tratta di condizioni fragili e provvisorie, come lo sono i loro protagonisti, i quali hanno trovato negli sforzi giurisdizionali e nella forza assiologica della Costituzione uno strumento di tutela e realizzazione. Ma la provvisorietà è connotata della nostra esistenza e dell'esistenza stessa del diritto, quale prodotto dell'ingegno dell'uomo, sicché, se è vero che il tormento del giurista si consuma nella constatazione che «la giuridicità si pone ad un tempo come fine e come inizio, appagamento e insieme insoddisfazione, pienezza e contemporaneamente attesa di un'ulteriore riempimento»<sup>27</sup>, allora la nostra fiducia in esso si potrà illuminare e consolidare solamente nei termini in cui l'equilibrio ne divenga architrave e criterio di applicazione.

---

<sup>25</sup> Corte cost., sent. n. 242 del 2019.

<sup>26</sup> S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 cod. pen. da parte della Corte costituzionale*, cit.

<sup>27</sup> S. ROSSI, *Il diritto in equilibrio: il mestiere dei giudici e le "scelte tragiche" di ogni giorno*, cit.

#### 4. Precisazioni in termini di testamento biologico ed eutanasia

Il caso di dj Fabo, come abbiamo anticipato, è un caso collegato all'eutanasia. Definire l'eutanasia dal punto di vista giuridico risulta essere particolarmente complesso; in via generale potremmo identificarla come una pratica medica per la quale è lo stesso medico che provoca la morte del paziente malato.

L'eutanasia può presentare due forme, eutanasia attiva e passiva. Nella prima, abbiamo una condotta commissiva, cioè il medico somministra un farmaco, solitamente, attraverso una iniezione endovenosa; in quella passiva, invece, abbiamo una condotta omissiva, quindi il medico si limita a sospendere le cure o a spegnere le macchine che tengono in vita un paziente, dunque, in condizioni in cui la situazione clinica sia talmente grave da sconsigliare anche il proseguimento della terapia di sostegno vitale, ritenuta non più ragionevolmente utile, evitando così il cosiddetto accanimento terapeutico<sup>28</sup>.

L'eutanasia non viene concessa a coloro che vogliono ricorrervi per porre fine alle loro sofferenze, sia psichiche che fisiche. Il nostro Paese, ad oggi, non ha ancora una legge sull'eutanasia, giacché le risposte delle Istituzioni sono state a lungo ambigue ed esitanti. Una delle preoccupazioni predominanti di quanti oggi si trovano a discutere del tema sembra essere quella di stabilire un insieme di regole che rendano fruibile la pratica medica dell'eutanasia, intesa sempre più come servizio, evitando l'incriminazione di coloro che la "erogano" e garantendo l'accessibilità a tale servizio a quanti ne facciano richiesta<sup>29</sup>.

L'eutanasia attiva è sempre stata considerata antiggiuridica e moralmente inaccettabile e, nonostante una così vasta opposizione, sinora non si è mai proceduto ad un esplicito divieto per legge dell'eutanasia attiva, in quanto si è considerato il sistema giuridico adeguatamente attrezzato a trattare tali eventuali casi. Al fine di evitare richieste di eutanasia attiva o suicidio assistito, in linea con il parere del CNB del 1995 e con il fine di garantire i valori della protezione della vita e della dignità delle persone malate, lo Stato ha iniziato a promuovere l'adozione di trattamenti specifici per i malati terminali, tra cui un uso più diffuso e ampio delle cure palliative<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 5, 2003.

<sup>29</sup> R. BARCARO, *L'eutanasia tra etica e diritto*, in E. SORICELLI, R. BARCARO (a cura di), *Bioetica e antropocentrismo etico*, Milano, FrancoAngeli, 1998.

<sup>30</sup> E. CEVA, *Un'etica pubblica europea?*, in *Notizie di Politeia*, n. 95, 2009.

A tal proposito, riprendendo il caso in esame di Fabiano Antoniani, se il dj avesse accettato la proposta di sospendere i trattamenti di sostegno vitale e di controllare le sue sofferenze tramite la sedazione palliativa profonda e continua, questa vicenda non avrebbe sollevato significative resistenze nel mondo sanitario<sup>31</sup>. Infatti, la sedazione palliativa profonda e continua è considerata eticamente e deontologicamente lecita o, meglio, doverosa, per proteggere il malato dalle inevitabili sofferenze che derivano dalla sospensione dei trattamenti di supporto vitale. Antoniani ha deciso di non ricorrere alla sedazione palliativa in quanto avrebbe comportato solo una maggiore sofferenza alla sua famiglia, desiderando una morte rapida che avrebbe ottenuto con la somministrazione di sostanze rapidamente letali, quindi ciò che prima abbiamo definito eutanasia attiva. Queste richieste da parte dei pazienti hanno sempre sollevato questioni etiche, ponendo grandi e seri interrogativi in ambito sanitario.

Sia la Corte costituzionale<sup>32</sup> sia il Comitato Nazionale per la Bioetica<sup>33</sup> hanno riconosciuto un ruolo fondamentale delle cure palliative nel fine vita; inoltre, il Comitato si è espresso formulando raccomandazioni condivise, mentre sulla liceità del suicidio medicalmente assistito e sull'opportunità di legiferare in tal senso si è diviso in tre posizioni. In particolare, la quarta raccomandazione del documento recita testualmente che il CNB «ritiene indispensabile che sia fatto ogni sforzo per implementare l'informazione da parte dei cittadini e l'aggiornamento dei professionisti della sanità delle disposizioni normative che attualmente garantiscono i diritti delle persone alle cure palliative certificate, e che queste siano effettivamente incrementate e accessibili a tutti coloro che le richiedono in modo da evitare che le domande di assistenza al suicidio siano motivate da sofferenze che potrebbero essere trattate, con il consenso della persona malata, in maniera efficace»<sup>34</sup>.

Il tema del fine vita ha aspetti molto vasti e diversi tra loro. Ciò è dimostrato dal fatto che quando parliamo di eutanasia e di testamento biologico facciamo riferimento a due concetti diversi, eppure la maggior parte della popolazione ancora tende a confonderli, come dimostrano le analisi di studi effettuati sulla popolazione, aumentando la percentuale di confusione dal 23%, in riferimento all'anno 2003, al 24,11%, con riferimento all'anno 2011<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> L. ORSINI, *Il punto di vista di un medico rispetto alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, 2020.

<sup>32</sup> Corte cost., sent. n. 242 del 2019.

<sup>33</sup> CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019.

<sup>34</sup> L. ORSINI, *Il punto di vista di un medico rispetto alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, cit.

<sup>35</sup> Cfr. *Il testamento biologico: una scelta consapevole? Sondaggio sulle conoscenze degli italiani*, in *Professioni infermieristiche*, vol. 65, n. 3, luglio-settembre 2012.

Infatti, quando parliamo di testamento biologico facciamo riferimento un documento redatto da persona capace di agire e capace di intendere e volere, la quale, in previsione di un sopravvenuto improvviso stato di incoscienza che le impedisce di esprimere la propria volontà sul trattamento medico (il cd. consenso informato), e quindi di concorrere con proprie decisioni sui procedimenti diagnostici e su quelli terapeutici proposti dal terapeuta di turno e dalle strutture sanitarie di competenza, dà indicazioni *ad hoc*<sup>36</sup>.

Il consenso informato è connesso all'elemento volitivo della disposizione testamentaria biologica o delle disposizioni anticipate di trattamento sanitario precisando, in modo specifico, l'autodeterminazione del destinatario sugli atti diagnostici e terapeutici di natura sanitaria. Testamento biologico e disposizioni anticipate di trattamento si strutturano come forme di autodeterminazione terapeutica preventiva, aventi caratteristiche proprio dell'atto negoziale di tipo unilaterale *inter vivos*, implicanti decisioni dell'ora per allora, che hanno ad oggetto la salute e la vita stessa del disponente, la cui efficacia è differita ad un momento successivo coincidente con il verificarsi di un evento determinato, quindi uno stato di incapacità antecedente alla morte per il testamento biologico, mentre per le disposizioni anticipate di trattamento il momento suddetto si incardina nella situazione di incapacità antecedente a quello in cui il disponente si troverà eventualmente in stato di incoscienza che gli impedisce «l'espressione di volontà attuali»<sup>37</sup> secondo quanto prescrive il vigente codice di deontologia medica.

## 5. Il consenso informato e la legge n. 219 del 2017

Negli anni recenti è cresciuta l'attesa di una prestazione medica qualitativamente elevata e realmente rispettosa della dignità del paziente. Del tutto interna a questa prospettiva è la tematica del consenso informato che, negli ultimi due decenni, ritroviamo quasi quotidianamente al centro delle cronache giudiziarie, della riflessione dottrina o della divulgazione congressuale. Non è raro riscontrare – in chi cura e pone diagnosi – una sorta di disagio verso l'adempimento degli obblighi di informazione e raccolta del consenso che, in qualche caso, appaiono configurarsi come meri freni burocratici. Ci si chiede quale sia la reale possibilità per il paziente di raggiungere un livello di

---

<sup>36</sup> C. VERDE, *Profili civilistici delle direttive anticipate di trattamento, Diritto delle successioni e della famiglia*, Napoli, 3, 2018.

<sup>37</sup> *Ibid.*

comprensione e consapevolezza tali da sorreggere un consenso effettivo e ponderato, non solo in ordine ai singoli rischi connessi al trattamento, ma anche in relazione alla migliore scelta terapeutica<sup>38</sup>. Una tutela a tal proposito si è cercato di garantirla attraverso la legge sul testamento biologico, legge 2 dicembre 2017, n. 219, entrata in vigore il 31 gennaio 2018 e che disciplina le disposizioni anticipate di trattamento (da qui in avanti: “DAT”), quindi disposizioni o indicazioni, che la persona, in previsione dell’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, può esprimere in merito all’accettazione o rifiuto di determinati accertamenti diagnostici, scelte terapeutiche e singoli trattamenti sanitari, concentrandosi anche sull’istituto del consenso informato.

Le DAT possono essere redatte da qualunque persona che sia maggiorenne e capace di intendere e volere nella forma dell’atto pubblico notarile, o con scrittura privata autenticata dal notaio o, ancora, con scrittura privata semplice consegnata personalmente all’Ufficio dello Stato Civile del Comune di residenza del disponente. Inoltre, si può manifestare la propria volontà attraverso una videoregistrazione o altro dispositivo che consenta di comunicare, laddove il paziente non sia nelle condizioni di poter firmare.

Prima di redigere l’atto, è necessario un colloquio con il medico che fornirà tutte le informazioni necessarie sulle conseguenze della propria scelta, in modo tale che il paziente possa esprimere un consenso informato; in ogni caso, possono essere revocate in qualunque momento le disposizioni del paziente, o utilizzando la stessa forma con cui sono state redatte o, quando motivi di urgenza o altra impossibilità, non consentano di rispettare la stessa forma simmetrica, mediante dichiarazione verbale o videoregistrazione raccolta da un medico alla presenza di due testimoni.

In tale ambito, emergono una serie di diritti di cui il soggetto destinatario è titolare; parliamo di autodeterminazione e consenso, quindi autodeterminazione, intesa come capacità di decidere di sé mediante il consenso. È attorno a questi poli che si costruisce il principio fondamentale, da cui si irradia tutta la disciplina dettata dalla nuova legge, espresso dall’art. 1, comma 1, ai cui sensi: «Nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata»<sup>39</sup>. Il consenso come momento attraverso cui si realizza il diritto all’autodeterminazione deve poter muovere da un esame completo degli elementi conoscitivi potenzialmente capaci di determinare le decisioni sui trattamenti terapeutici proposti, in cui ha un

---

<sup>38</sup> E. GRASSINI, R. PACIFICO, *Il consenso informato, le basi, la pratica e la difesa del medico*, Torino, 2012.

<sup>39</sup> S. DELLE MONACHE, *La Nuova disciplina sul “Testamento biologico” e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, 4.

ruolo fondamentale il diritto all'informazione del paziente e del corrispondente dovere in capo al medico e alla struttura sanitaria in cui questi opera.

A tal proposito, l'art.1, comma 3, stabilisce che «ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo, essendo così esente da responsabilità civile o penale. Inoltre, il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari alle norme di legge, alla deontologia professionale, o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali<sup>40</sup>.

## 6. Conclusioni

Come abbiamo visto, il consenso informato è disciplinato dall'art. 1 della legge n. 219 del 2017 e, in conformità con quanto stabilito dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 438 del 2008, «svolge la funzione di sintesi tra due diritti fondamentali della persona, che sono appunto quello all'autodeterminazione e quello alla salute, poiché ogni individuo ha il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, garantendo la libertà e consapevole scelta da parte del paziente, e quindi, la sua stessa libertà personale». L'obiettivo è quello di garantire una tutela della persona in quanto tale, riconoscendo un diritto di scegliere una morte dignitosa, senza dover essere sottoposti ad un accanimento terapeutico contro la volontà del soggetto malato sottoposto a cure mediche o sostegni

---

<sup>40</sup> Cfr. art.1, comma 6, legge n. 219 del 2017.

artificiali, garantendo anche un diritto all'informazione, che sia un'informazione completa, attraverso la quale il paziente potrà decidere quale strada prendere.

Per potere procedere alla redazione del testamento biologico è necessario che la legge sia conosciuta dalla gran parte delle persone, che sia redatta utilizzando un linguaggio semplice e comprensibile a tutti. Ad oggi, sono ancora poche le persone che sono a conoscenza della legge sul consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento e che hanno redatto tali disposizioni; ciò vuol dire che bisogna trovare una soluzione che possa rendere più facile al cittadino la conoscenza delle leggi in vigore. Si potrebbe iniziare a far conoscere questi temi e queste problematiche anche agli studenti, liceali e universitari, attraverso giornate di sensibilizzazione, convegni, avvicinandoli al mondo del diritto e facendo loro conoscere quale sia stato l'*iter* di approvazione della legge, riportando i casi concreti che si sono verificati e far capire che in realtà il diritto è vita.

MICHELA GIANNANDREA