

RIVISTA ITALIANA DI MEDICINA LEGALE

Anno XL Fasc. 1 - 2018

ISSN 1124-3376

Simona Cacace

**SALUTE E
AUTODETERMINAZIONE: DA
CHARLIE GARD A DJ FABO,
PASSANDO PER I NO-VAX.
SCIENZA, DIRITTO, DIRITTI E
LIBERTÀ**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

SALUTE E AUTODETERMINAZIONE: DA CHARLIE GARD A DJ FABO, PASSANDO PER I NO-VAX. SCIENZA, DIRITTO, DIRITTI E LIBERTÀ

HEALTH AND SELF-DETERMINATION: FROM CHARLIE GARD TO DJ FABO, PASSING THROUGH THE NO-VAX. SCIENCE, LAW, RIGHTS AND LIBERTIES

Simona Cacace ¹⁾

RIASSUNTO

Il contributo indaga, nella sua prima parte, il ruolo svolto dai genitori, dai medici e dalla magistratura riguardo all'adozione di decisioni di natura sanitaria su pazienti minori d'età, in particolare analizzando il recente caso di Charlie Gard e l'attuale querelle in ambito di vaccinazioni obbligatorie. Successivamente, l'Autore si sofferma sulla nota vicenda del suicidio assistito di Fabiano Antoniani, nonché riguardo ai contenuti della legge (in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) appena approvata, evidenziando le principali problematiche giuridiche ancora irrisolte.

SUMMARY

This paper analyzes, in the first part, the role played by parents, physicians and courts in the adoption of medical decisions for minors. In particular, the recent case of Charlie Gard and the actual debate about compulsory vaccinations are examined. In the second part, the Author focuses on the case of Fabiano Antoniani's assisted suicide and on the law (about informed consent and living will) just approved, highlighting its still unresolved legal issues.

Parole chiave: salute, autodeterminazione, consenso informato, suicidio assistito, interruzione delle terapie di sostegno vitale, vaccinazioni obbligatorie, disposizioni anticipate di trattamento.

Keywords: health, self-determination, informed consent, assisted suicide, withdrawal of life-sustaining treatment, compulsory vaccination, living will.

1) Professore aggregato di Biodiritto e Ricercatore di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia, via San Faustino, 41 - 25122 Brescia. E-mail: simona.cacace@unibs.it.

SOMMARIO:

1. Il bambino che doveva morire; 2. La strana guerra dei No-Vax; 3. Il lungo viaggio del DJ; 4. Il fine vita in Parlamento: una legge per Natale.

1. Il bambino che doveva morire.

La storia di Charlie Gard ¹⁾, il bambino inglese affetto da malattia mitocondriale degenerativa ed incurabile, ricorda all'interprete italiano, per alcuni suoi tratti essenziali, i piccoli pazienti del « caso Stamina » ²⁾: *in primis*, per la prognosi infausta e la tenera età dei diretti interessati, del tutto privi della capacità di essere interpellati nel processo decisionale oggetto di controversia; in secondo luogo, per il coinvolgimento, in un ambito squisitamente sanitario, dell'autorità giudiziaria, a fronte dell'insorto contrasto fra i medici e i rappresentanti legali degli ammalati; infine e soprattutto, quanto alle considerazioni che a posteriori si possono abbozzare in merito ai rapporti di forza fra diritto e scienza, da una parte, e scienza e « desideri » (istanze, pretese, speranze: del destinatario, o di chi per lui, delle dibattute terapie), dall'altra parte. I genitori di Charlie, certo, contrastano una decisione d'interruzione delle terapie di sostegno vitale (ventilazione, idratazione e nutrizione artificiali), ma si tratta, comunque, e al pari di quanto accaduto con il « metodo Stamina », di una richiesta, all'indirizzo dei medici, di condotta attiva: da un lato, di continuazione di un trattamento sanitario, dall'altro, di sottoposizione ad un protocollo non ancora adeguatamente testato e privo, perciò, di evidenza scientifica per la fattispecie concreta. Del resto, benché il « sogno americano » della famiglia britannica (la sperimentazione alla quale un medico d'oltreoceano si rende disponibile) non sia frutto dell'inganno di un truffatore né si presenti di per sé pregiudizievole o potenzialmente tale, il risultato non pare troppo diverso, alla resa dei conti: l'agognata terapia nucleosidica è, per quella patologia, in una fase del tutto embrionale e priva, perciò, dei

1) Per una ricostruzione della vicenda, cfr. <http://www.lastampa.it/2017/07/10/esteri/charlie-gard-ecco-cosa-dice-la-scienza-eYsXMFITDdKiVhdLG8oTCN/pagina.html>; <http://www.corriere.it/reportages/esteri/2017/la-storia-di-charlie-gard/>; http://www.repubblica.it/protagonisti/Charlie_Gard; A. RIGOLI, *Un medico cattolico: « Trovare nuove risposte a domande inedite »*, 1° luglio 2017, in <http://www.vita.it/it/article/2017/07/01/un-medico-cattolico-trovare-nuove-risposte-a-domande-inedite/143879/>; R. COLOMBO, *Perché negare ai genitori la terapia compassionevole?*, in <http://www.ilsussidiario.net/News/Cronaca/2017/7/1/CHARLIE-GARD-Perche-negare-ai-genitori-la-terapia-compassionevole-/771774/>, e G. TESTA, *Sul riconoscimento di un diritto a morire in maniera degna e libera: riflessioni a margine di una giurisprudenza convenzionalmente orientata*, in http://www.questionegiustizia.it/articolo/sul-riconoscimento-di-un-diritto-a-morire-in-manie_08-11-2017.php.

2) In merito, sia consentito rinviare, altresì per tutti i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a S. CACACE, *A proposito di scienza e diritto: il « caso Stamina » (ma non solo). Libera scelta della cura e tutela della salute: là dove il dovere del medico s'arresta*, in questa *Rivista*, 2016, p. 109. Cfr. anche M. FERRARI, *Il diritto alla speranza del paziente legittima la disapplicazione della legge? Principi e responsabilità a confronto in tema di « cure compassionevoli »*, in *Resp.civ.prev.*, 2014, p. 1019 ss., e M. BENVENUTI - M. GABRIELLI - G. NUCCI - D. PIERGIOVANNI, *Il cosiddetto "metodo Stamina": cronistoria, giurisprudenza ed esperienze casistiche personali*, in questa *Rivista*, 2014, p. 431.

crismi, anche minimi, richiesti dalla comunità scientifica. Se le infusioni di Vannoni, infatti, si sono alla fine rivelate al pari dell'olio di serpente venduto nel Far West ³⁾ quale panacea di tutti i mali (un trattamento, dunque, che « sanitario » in alcun modo può definirsi), il *trial* proposto negli States o dallo stesso Bambin Gesù di Roma è, secondo la valutazione operata dai medici londinesi del piccolo Gard, non soltanto futile ed inutile, ma altresì dannoso, perché implica lo spostamento e trasferimento di Charlie, con un carico di sofferenza aggiuntiva inevitabilmente connesso. Il punto, d'altronde, è proprio questo: non solo il paziente è terminale e presenta un cervello irrimediabilmente compromesso, ma non è possibile escludere che stia anche sopportando una straziante condizione di « pain, suffering and distress ». Ne consegue, dunque, la *ratio* del diniego di avvio di una sperimentazione che tale nemmeno può definirsi, nonché la decisione di ritenere la prosecuzione del sostegno vitale artificiale, attivato già da diversi mesi, quale mero accanimento terapeutico, nei termini di un'irragionevole ostinazione. Certo, come con Stamina, l'argomento è che un'alternativa non esiste (l'alternativa è la morte certa) ⁴⁾ e che il paziente, comunque, non ha nulla da perdere, se non la speranza: orbene, se la pretesa dei familiari degli ammalati non può (né deve) costringere i medici italiani ad operare *contra diligentiam*, somministrando infusioni di cellule staminali mesenchimali (dotate del medesimo livello di scientificità – e fors'anche di pericolosità – di un'abluzione nel Gange), così il personale sanitario del Great Ormond Street Hospital non è tenuto, al solo scopo di non frustrare un sogno, a tentare « il tutto e per tutto », con uno strumento che, benché non completamente esente dalla scientificità di cui sopra, non ne è, comunque, sufficientemente provvisto (in assenza di pubblicazioni, al riguardo, e di preliminari test su modelli animali). Il principio-guida, infatti, altresì consacrato dai giudici (inglesi prima, europei dopo) ⁵⁾ che a più riprese si sono, nel merito, pronunciati, è sempre quello del « migliore interesse del minore », il quale non può essere ridotto a protagonista di una grande lotteria a lui dedicata, in nome di quanto d'incredibile e d'imponderabile nella vita può sempre accadere. Non « vale sempre la pena », dunque: e così, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo statuisce che, anche a non voler

3) Il paragone è di S. BENCIVELLI, *Il caso Stamina*, in *Le Scienze*, 2013, 542, p. 56.

4) Si pone il medesimo interrogativo il Comitato Nazionale per la Bioetica, all'interno del suo parere *Cura del caso singolo e trattamenti non validati (c.d. "uso compassionevole")*, 27 febbraio 2015, pp. 13-14, in http://bioetica.governo.it/media/170732/p119_2015_cura_del_singolo_trattamenti_non_validati_it.pdf. Non è « cura », dunque, tutto ciò che il singolo malato vuole o crede: cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 04460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 74, con commenti di P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello « ius quo utimur » in materia di relazione di cura*, di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, di R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*, e P. BENCIOLETTI, « Obiezione di coscienza? ». V. N. VETTORI, *Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria*, in questa *Rivista*, 2016, p. 1463.

5) In particolare, v. UK Supreme Court, *In the case of Charlie Gard*, 19 giugno 2017, e CEDU, *Charles Gard and Others v. United Kingdom*, 28 giugno 2017, n. 39793/17. Cfr. altresì [2017] EWHC 972 (Fam); [2017] EWCA Civ 410; [2017] EWHC 1909 (Fam); <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-hearing-in-the-matter-of-charlie-gard.html>; <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/07/cg-order.pdf>; <http://www.gosh.nhs.uk/news/latest-press-releases/latest-statement-charlie-gard> e <http://www.gosh.nhs.uk/news/latest-press-releases/gosh-position-statement-issued-high-court-24-july-2017>.

prediligere il più lasso test del *best interest*, la desistenza terapeutica su Charlie è giustificata dall'applicazione del principio del *significant harm* – certo suscettibile di una valutazione maggiormente oggettiva e circoscritta, meno discrezionale od aleatoria.

Non si tratta, peraltro, di una questione economica: la famiglia Gard avrebbe sostenuto direttamente i costi della sperimentazione americana e nulla chiede, al riguardo; semplicemente, dinanzi alla vita e alla salute di un bambino, e a fronte delle soluzioni contrastanti proposte dai medici curanti e dai genitori, non sono questi ultimi a decidere, bensì il giudice. Il paziente minorenni non « appartiene », dunque, ad alcuno, neppure laddove si tratti di stabilire dove debba egli, infine, morire: e Charlie muore, il 27 luglio 2017, nel centro pediatrico di cure palliative indicato dalla *High Court of Justice* (anziché a casa propria, come richiesto dai familiari), ancora una volta sulla scorta dell'obiettivo di evitargli inutili sofferenze. Con Stamina, d'altro canto, è anche una questione economica: i trattamenti richiesti dovrebbero essere erogati all'interno di un ospedale pubblico, a carico del Servizio Sanitario Nazionale; il nodo cruciale è la scientificità della cura, nonché la negligenza del medico che eventualmente la somministrasse (e ciò anche a prescindere, infine, da *chi paghi cosa*). I giudici del lavoro aditi accordano speranza là dove, altrimenti, non ve ne sarebbe più: ma i bambini di cui si tratta non sono ricoverati in una struttura sanitaria che ne rifiuta le dimissioni perché pregiudizievoli né necessitano di un respiratore artificiale del cui spegnimento si discute, mentre, almeno inizialmente, un « maggior danno » connesso alle infusioni di Vannoni non viene nemmeno ventilato. Diversa appare, pertanto, la posizione di garanzia rivestita, nelle due fattispecie, dal personale sanitario (un trattamento da iniziare, da continuare, da cessare; una cura la cui interruzione provoca – o meno – il decesso immediato del paziente), laddove – s'è detto – con Stamina il problema reale è quello di un'opportunità *oggettiva*, più che *soggettiva*: il presunto « miglior interesse » del minore, infatti, non viene né menzionato né, tantomeno, ponderato dalle pur numerose decisioni assunte, in materia, dai diversi tribunali interessati.

D'altro canto, pur trattandosi di bambini, resta vero che il rappresentante legale non sceglie « al posto dell'incapace »⁶⁾: certo, non sarà possibile decidere « con » quest'ultimo, poiché non esiste un momento anteriore alla malattia cui far riferimento ai fini della ricostruzione delle sue aspirazioni e volontà (inefficacia del c.d. *subjective test*), ma la

6) Così Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in (*ex pluribus*) questa *Rivista*, 2008, p. 583, con commento di C. SARTEA - G. LA MONACA, *Lo Stato Vegetativo tra norme costituzionali e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti*; *ivi*, p. 607, con commento di G. LADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso « Englaro »: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 363, con commento di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 330, con nota di E. CECCARELLI - D. PULITANO, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 100, con commento di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 107, con commento di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 520, con nota di M. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Foro it.*, 2008, I, c. 125, con nota di D. MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, e *ivi*, I, c. 2610, con commento di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario « life-sustaining »*.

soluzione adottata, comunque, non può essere tale perché semplicemente conforme alle determinazioni e convinzioni dei genitori, bensì deve corrispondere, in primo luogo, all'esito del bilanciamento operato da un medico *responsabile* tra patimenti, da una parte, e benefici, dall'altra (c.d. *pure-objective test*) ⁷⁾. Significa, certo, accantonare il principio secondo il quale la vita è un valore di per sé (a prescindere, dunque, dalla sua intrinseca qualità), la cui durata va preservata sempre, e allo stremo: la rinuncia a tale assunto, d'altronde, già risiede nella nozione stessa di accanimento terapeutico, che dichiara la resa del medico – a determinate condizioni – non solo legittima, ma altresì doverosa ⁸⁾.

7) Si tratta dei tre modelli decisionali (*subjective test*, *limited-objective test* e *pure-objective test*) elaborati oltreoceano già trent'anni or sono: cfr. *In the Matter of Claire Conroy* (1985) 486 A.2d 1209 e, similmente, *In re Jobes* (1987), 529 A.2d 434, 443, e *In re Peter*, 108 N.J. 365, 529 A.2d 419 (1987). *Ex pluribus*, cfr. C.H. BARON, *De Quinlan à Schiavo: le droit à la mort et le droit à la vie en droit américain*, in *RTD civ.*, 2004, p. 673; G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 291; M.A. MATTHEWS, *Suicidal Competence and the Patient's Right to Refuse Lifesaving Treatment*, in *Calif. L. Rev.*, 1987, 75, p. 707; G.H. MORRIS, *Judging Judgment: Assessing the Competence of Mental Patients to Refuse Treatment*, in *San Diego L. Rev.*, 1995, 32, p. 343; E.A. LYON, *The Right to Die: An Exercise of Informed Consent, not an Extension of the Constitutional Right to Privacy*, in *U. Cin. L. Rev.*, 1990, 58, p. 1367; F.R. PARKER, *The Withholding or Withdrawal Of Lifesustaining Medical Treatment Under Louisiana Law*, in *Loy. L. Rev.*, 1999, 45, p. 121; A.M. TORKE - G.C. ALEXANDER - J. LANTOS, *Substituted Judgement: The Limitations of Autonomy in Surrogate Decision Making*, in *Journ. Gen. Int. Med.*, 2008, 23 (9), p. 1514, e C.H. BARON, *The Right to Die: Themes and Variations*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1841 ss. Nel Regno Unito (dinanzi al paziente incapace della cui volontà non si abbia contezza alcuna), la valutazione è affidata alla diligenza del medico in *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993], A.C. 789 at 882. Al riguardo, v. M. AQUINO - R. TALLARITA, *L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, 2-3, p. 641, e S. MC LEAN, *Is There a Legal Threat to Medecine? The Case of Anthony Bland*, Center for Applied Ethics, University of Wales, College of Cardiff, Cardiff, 1994. Infine, sia qui consentito rinviare, per un'ampia trattazione di tali problematiche, a S. CACACE, *Autodeterminazione in Salute*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 304 ss.

8) In questo senso, *in primis*, cfr. l'art. 16 del Codice deontologico medico, *Procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati*, ai sensi del quale il medico, conformemente « ai principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita ». Tale astensione, peraltro, non integra « in alcun caso un comportamento finalizzato a provocare la morte ». Analoghe problematiche si pongono nel caso di Davide, affetto da sindrome di Potter (malattia dalla prognosi costantemente infausta), sottoposto a trattamenti invasivi contro la volontà dei genitori e deceduto tre mesi dopo la nascita: fra le notizie di stampa, cfr. http://bari.repubblica.it/cronaca/2016/10/06/news/_gli_80_giorni_di_davide_condannato_a_morire_ma_trattato_da_cavia_-149190923/. Infine, quanto al sostegno vitale dei neonati con età gestazionali estremamente basse e/o affetti da disabilità gravissime a prognosi infausta, v. U. NANNUCCI, *Rianimazione neonati prematuri: è davvero sempre lecita?*, in questa *Rivista*, 2009, p. 831; D. DE LUCA - M.L. DI PIETRO - A. VIRDIS, *Incapacità di alimentazione e idratazione autonoma: un confronto fra il neonato, il lattante ed il soggetto adulto*, in *Med.mor.*, 2010, p. 647; A. BOMPIANI, *Aspetti etici dell'assistenza intensiva e "provvedimenti di fine vita" in epoca neonatale al limite della vitalità*, *ivi*, 2008, p. 227; E. EIJK, *Il porre fine alla vita di neonati handicappati. Dal protocollo di Groningen al regolamento nazionale olandese*, in *Med.mor.*, 2007, p. 1165, e R. BAIOLO - P. CECCHI - P. CENDON, *Il neonato anencefalico*, in *Minorigiustizia*, 2005, p. 110. Cfr. i pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica *Il neonato anencefalico e la donazione di organi* (21 giugno 1996) e *I grandi prematuri* (29 febbraio 2008), nonché la c.d. Carta di Firenze, *Cure perinatali nelle età gestazionali estremamente basse (22-25 settimane)*, elaborata nel 2006 da un gruppo di ostetriche, bioeticisti e giuristi e in parte ripresa dalle *Raccomandazioni per le cure perinatali nelle età gestazionali estremamente basse* del Consiglio Superiore della Sanità (2008, allora ministro Livia Turco).

2. La strana guerra dei No-Vax.

Il medesimo dilemma – volontà dei rappresentanti legali *versus* verità scientifica e valutazioni mediche – si ripropone nella *querelle* sulle vaccinazioni obbligatorie, rispetto alla quale – è noto – il legislatore italiano è da ultimo intervenuto con la l. n. 119 del 31 luglio 2017, recante *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci*, la quale, a sua volta, converte con modificazioni il d.l. n. 73 del 7 giugno 2017, *Disposizioni urgenti in materia vaccinale* ⁹⁾. Tale normativa, in particolare, non solo introduce nuovi obblighi vaccinali (dieci, rispetto ai precedenti quattro, e tutti gratuiti: difterite, tetano, pertosse, poliomielite, epatite B, *Haemophilus influenzae* tipo b, morbillo, parotite, rosolia e varicella; nonché ulteriori quattro vaccinazioni non obbligatorie, ma comunque a carico del Servizio Sanitario Nazionale: anti-meningococcica B, anti-meningococcica C, anti-pneumococcica e anti-rotavirus), ma subordina altresì al loro adempimento l'ammissione dei minori agli asili nido e alle scuole dell'infanzia. Laddove, invece, si tratti di soggetto di età compresa fra i sei e i sedici anni, l'accesso a scuola viene sì garantito, non volendosi pregiudicare il diritto all'istruzione, ma il dirigente scolastico o il responsabile dei servizi educativi è tenuto a segnalare entro dieci giorni la violazione alla ASL competente, affinché questa contatti i rappresentanti legali per un appuntamento e un colloquio informativo circa i tempi e le modalità delle vaccinazioni prescritte. Nel caso, infine, di persistenza nel contegno omissivo, viene applicata, e in proporzione alla gravità di tale condotta (per esempio, con riguardo al numero di vaccini trascurati), una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 100 euro ad un massimo di 500.

Orbene, ciò che in questa sede interessa rilevare è come il motore dell'intervento normativo sia stato proprio e innanzitutto l'impellenza di contrastare la c.d. *vaccine hesitancy*, ovvero – esattamente – la proliferante ritrosia a vaccinare i propri figli ¹⁰⁾, adducendo sfiducia circa l'opportunità o utilità di tale adempimento, se non, addirittura, sostenendone la pericolosità, con una durissima contestazione – più o meno motivata, più o meno documentata – del bilanciamento rischi/benefici dalla comunità scientifica operato e dal diritto, di conseguenza, ratificato e difeso. Dalla medicina « dei desideri », dunque, a quella delle *credenze*: quali che siano le cause e le spiegazioni di tale fenomeno e di tanto clamore, il rischio, più che concreto, è quello della riemersione di patologie che si ritenevano debellate, a fronte di coperture vaccinali inferiori alla soglia minima raccomandata dall'Organizzazione mondiale della sanità (almeno pari al 95%). D'altro canto,

9) In G.U. Serie generale n. 182, 5 agosto 2017, p. 1. Cfr. https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_2967_listaFile_itemName_3_file.pdf. V. altresì Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5, in *Consulta Online*, 5 marzo 2018, p. 87, con commento di A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*.

10) Cfr. C. RIZZO, A. FILIA, M.C. ROTA, *Obbligo vaccinale: cos'è e perché è importante*, in <http://www.epicentro.iss.it/temi/vaccinazioni/ObbligoVaccinale.asp>, a cura del Centro nazionale per la prevenzione delle malattie e la promozione della salute dell'Istituto superiore di sanità, 3 agosto 2017.

dinanzi alle rassicurazioni, alle risposte e ai risultati ampiamente forniti da una *evidence-based medicine*¹¹⁾, gli interrogativi che rimangono da sciogliere, di competenza tutta del diritto, attengono, in prima battuta, alla possibilità che le determinazioni dei genitori quanto alla gestione della salute dei figli s'impongano sulle valutazioni e acquisizioni scientifiche, senza una motivazione specifica fondata sulle peculiarità della fattispecie concreta (condizioni cliniche che rappresentino una controindicazione permanente e/o temporanea alle vaccinazioni). In secondo luogo, poi, si tratterà di comprendere quali strumenti coercitivi e quali sanzioni siano legittimamente configurabili al fine di evitare la concreta non operatività del vincolo per coloro che volessero sottrarsi.

Se i genitori di Charlie Gard, dunque, reclamano l'intervento medico (negato, infine, perché pregiudizievole: e le condizioni terminali del bambino rendono senz'altro la scelta eticamente più sofferta), qui lo scenario è completamente capovolto, poiché le famiglie *no-vax* contestano proprio l'invasione statale e rivendicano, invece, il diritto di evitare ai figli trattamenti ritenuti rischiosi e non necessari, in quanto potenzialmente idonei a cagionare danni gravissimi all'integrità psico-fisica individuale. In entrambe le ipotesi, però, non è in discussione la forza dell'autodeterminazione degli adulti (poiché non di questa si tratta) né dalla volontà dei rappresentanti legali promana quella dei bambini rappresentati (peraltro, in tenera età); del resto, il potere-dovere *ex art.* 30 Cost. dei genitori sui figli si estrinseca necessariamente, ancora una volta, con la mera realizzazione del loro migliore interesse – che non sempre è identificabile, però, con il bagaglio culturale, ideologico e valoriale di cui il nucleo familiare di riferimento ha deciso di farsi portatore. La risposta al primo quesito, dunque, non può che essere negativa, laddove la natura di tale *best interest* neppure è, in questo caso, di difficile decifrazione: è la scienza stessa ad aver indubitabilmente consacrato la vaccinazione di massa quale unica arma efficace contro il pericolo di migliaia di morti infantili per gravi malattie. D'altro canto, per il tramite della protezione di ogni singolo bambino si persegue l'obiettivo della

11) V. Cass. civ., Sez. I, 24 marzo 2004, n. 5877, in questa *Rivista*, 2004, p. 979, con commento di F. BUZZI, B. MAGLIONI, *Legittimità del dissenso rispetto alle vaccinazioni di legge ed evidence based medicine: un interessante contributo della Corte di Cassazione*. Riguardo ad un supposto nesso eziologico fra vaccino trivalente ed autismo, cfr. Trib. Rimini, sez. lav., 15 marzo 2012, in *Resp.civ.prev.*, 2012, p. 1893, con commento di L. LOCATELLI, *Danno « no fault » da vaccinazioni obbligatorie e facoltative e diritto all'indennizzo*, e in questa *Rivista*, 2014, p. 415, con nota di F. BUZZI - G. TASSI, *La "supremazia" dei giudici, la sudditanza della scienza medica e la cedevolezza della "governante" amministrativa e politica in materia di trattamenti sanitari impropriamente qualificati come "compassionevoli"*; e App. Bologna, 13 febbraio 2015, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1747, con commento di S. D'ERRICO - P. FRATI, M. MARTELLONI - J. POLIMENI, *Autismo e vaccinazioni: la buona scienza nelle giuste mani. Un primo passo verso la "certificazione" dell' "expert witness"?* V. altresì G. PONZANELLI, *L'indennizzo « ex lege » 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*, in *Danno resp.*, 2012, p. 1069; E. FALLETTI, *Può la controversia sulla sussistenza del nesso di causalità tra vaccino MPR e autismo risolversi nelle aule dei tribunali?*, in *Quotidiano Giuridico*, 4 maggio 2012; A. FEDERICI, *L'indennizzo delle conseguenze irreversibili da vaccinazioni non obbligatorie*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2012, II, p. 605; L. NOCCO, *A proposito di una recente sentenza su vaccinazioni e autismo e dell'ambiguità di fondo del sistema*, in questa *Rivista*, 2014, p. 1123; G. GEMMA, *Impatto negativo degli umori popolari sul diritto alla salute*, in *Oss.cost.*, 2016, p. 6; R. DOMENICI - M. GERBI - B. GUIDI, *Vaccini e autismo: scienza e giurisprudenza a confronto*, in *Danno resp.*, 2016, p. 513; M. TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *Riv. BioDiritto*, 2016, p. 23, e P. VERONESI, *Tra deontologie e obiezioni di coscienza: il sempre attuale problema del limite*, *ivi*, 2016, p. 9.

salvaguardia della salute di tutti gli altri minori (la « collettività » ex art. 32 Cost.), la quale ultima al contempo garantisce, indirettamente ma adeguatamente, la tutela di coloro che vaccinati non possono essere (c.d. immunità di gregge). Certo, il rischio del pregiudizio non è eliminabile (l'alea connessa a qualsivoglia atto medico), ma se il giudizio accordato dalla scienza è positivo, sia per quanto riguarda i benefici che al singolo derivano sia in termini di benessere per l'intera comunità ¹²⁾, allora v'è da chiedersi in nome di quale competenza ulteriore e superiore dovrebbe prevalere la valutazione dei genitori – se non adducendo una sorta di diritto di « proprietà » che non può in alcun modo, invece, prospettarsi. D'altronde, quando l'ordinamento giuridico si trova a fare i conti con la medicina, non v'è altro parametro – se non quello scientifico – provvisto di validità *erga omnes* e tale da consentire una misurazione oggettiva della realtà e verità delle cose, al fine di delineare e forgiare, in un secondo momento, le conseguenti e rispettive situazioni giuridiche soggettive.

Peraltro, se per il minore incapace d'intendere e di volere tale vaccinazione non può in alcun modo configurarsi quale trattamento coattivo ¹³⁾ (ad essere compreso è un bene, l'autodeterminazione dei genitori, che presenta un titolare diverso rispetto a quello per la cui salvaguardia si agisce, la salute del minore, non rilevando, ai fini della qualificazione e della natura dell'intervento medico, che la decisione sia adottata dall'autorità giudiziaria o dai suoi familiari), l'obbligo di sottoporsi ad immunizzazione parrebbe conforme ai principi costituzionali anche qualora imposto a soggetto maggiorenne, a prescindere da una sua, positiva, volontà in merito. È l'essenza stessa dell'art. 32 Cost.: il trattamento sanitario è coercibile per la tutela del mero benessere individuale quando il diretto interessato non è, al riguardo, in grado di determinarsi (il paziente psichiatrico, *in primis*; e a prescindere da motivazioni, eventualmente ma non necessariamente sussistenti, di natura « pubblica »); laddove, invece, il soggetto sia *compos sui*, una coartazione *ex lege* è legittima solo per esigenze, *superiori*, di salvaguardia della salute collettiva, e non certo al mero fine di scavalcare un rifiuto di cure ritenuto irragionevole e pregiudizievole.

Il vero dilemma, peraltro, attiene alle modalità di (e alle misure impiegabili per) una simile coercizione, sui bambini come sugli adulti. Trattandosi qui di minorenni, invero, i possibili deterrenti hanno carattere pecuniario ovvero impediscono l'iscrizione o la frequenza scolastica (dell'obbligo, o meno: e la differenza non sarà irrilevante), mentre

12) Cfr. Cass. civ., Sez. I, 18 luglio 2003, n. 11226, in questa *Rivista*, 2003, p. 1157, con nota di F. BUZZI - B. MAGLIONA, *Libertà di cure e interesse della collettività nelle vaccinazioni obbligatorie in età pediatrica: verso un nuovo equilibrio?*, e Corte cost., 22 luglio 2004 (ord.), n. 262, in questa *Rivista*, 2005, p. 994, e in *Giur. cost.*, 2004, p. 4. V. S. TAFURI, D. MARTINELLI, R. PRATO, C. GERMINARIO, *Obbligo vaccinale e diritto alla salute: il valore della giurisprudenza nella pratica di sanità pubblica italiana*, in *Ann. Ig.*, 2012, 24, p. 191, e E.S. STAATS, J.M. HAMME, *The Greater Good: Rethinking Risks and Benefits of Childhood Vaccination Programs*, in *Journ. Health & Life Sc. Law*, 2009, 3, p. 164. Cfr., infine, UFFICIO DEL GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *Vaccinazioni e diritto alla salute. Trattamenti sanitari, vaccinazioni, diritto alla salute delle persone minori d'età*, Bologna, 2013.

13) Cfr. Corte cost., 27 marzo 1992, n. 132, in *Rep. Corte cost.*, 1992, p. 1108, e in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, p. 685. Cfr. G. MASTRANGELO, *Il consenso ai trattamenti sanitari su paziente minorenne: ruolo degli esercenti la potestà genitoriale, garanzia dei diritti del minore e tutela del medico*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1462.

non priva di difficoltà appare la strada della sospensione della responsabilità genitoriale ex art. 333 cod.civ., con il conseguente, eventuale impiego della forza pubblica per la concreta attuazione degli adempimenti vaccinali. Al riguardo, del resto, non pare dirimente l'avvenuta soppressione, in sede di conversione del d.l. n. 73 del 7 giugno 2017, del dovere di segnalazione, originariamente previsto in capo all'azienda sanitaria locale territorialmente competente in caso di persistente contegno omissivo, « alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni per gli eventuali adempimenti di competenza », non potendosi comunque escludere l'eventualità e/o opportunità dell'adozione, da parte dell'autorità giudiziaria, di provvedimenti idonei ad ovviare alla condotta dei genitori pregiudizievole al figlio. Altrimenti ragionando, invero, le esigenze di tutela di quest'ultimo e dell'intera collettività parrebbero fin troppo agevolmente pretermettibili e l'opzione normativa aggirabile con la mera corresponsione di una somma di denaro neppure d'ammontare eccessivo; d'altro canto, il monito ultimo è quello che « chiude » lo stesso art. 32 Cost., « i limiti imposti dal rispetto della persona umana », il quale non pochi dubbi solleva – al di là delle teoriche enunciazioni di principio – quanto alle concrete modalità con cui un minore possa essere effettivamente *prelevato* per la sua sottoposizione, in tempi diversi e con scadenze determinate, ad un atto sanitario *invitis parentibus*¹⁴⁾ (specie qualora tale diniego si manifesti nei termini di una completa mancanza di collaborazione o, ancor peggio, in una resistenza od opposizione più o meno *veementi*)¹⁵⁾.

14) Cfr. F. ZUOLO, *Salute pubblica e responsabilità parentale. L'esenzione dall'obbligo di vaccinazione*, in *Ragion pratica*, 2013, p. 129; C. AMATO, *L'obbligo di vaccinazione tra libertà di scelta dei genitori e interesse del figlio*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 372; G. GEMMA, *Vaccinazioni facoltative: un esempio di irragionevolezza legislativa*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 1017; A. DE SIMONE, *Potestà genitoriale, obblighi vaccinali ed intervento del giudice minorile ai sensi degli artt. 333 e 336 c.c. Legittima la richiesta da parte dei genitori di specifici accertamenti medici preventivi sul minore?*, in *Famiglia*, 2003, p. 552; O. MORINI, L. MACRÌ, *Obbligatorietà delle vaccinazioni: aspetti giuridici e medico-legali*, in questa *Rivista*, 1997, p. 883; B. CHECCHINI, *Il difficile equilibrio tra « l'interesse del minore » e il diritto costituzionalmente garantito alla genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1084; V. DI LEMBO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1193; L. NANNIPIERI, *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico equilibrio tra potestà ed autodeterminazione*, in *Minorigiustizia*, 2009, p. 149; M. DELL'UTRI, *L'abuso del diritto tra 'persona' e 'famiglia'*, in *Giur. mer.*, 2007, 12s, p. 17; G. MANERA, *Il ruolo di tutela e sostegno del tribunale per i minorenni nei confronti del minore*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 1208; V. FELLAH, *Potestà dei genitori e vaccinazioni obbligatorie*, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 303; M. DOGLIOTTI, *Potestà dei genitori, vaccinazioni obbligatorie, procedimento ex art. 333 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 578; S. CINQUETTI, M. MARIGO, *Inosservanza dell'obbligo vaccinale in età pediatrica: procedure, sanzioni e tutela del minore*, in questa *Rivista*, 1994, p. 575; P. CROVARI, N. PRINCIPI, M. VALSECCI, *et al.*, *Significato ed evoluzione del ricorso alla obbligatorietà nella politica delle vaccinazioni in Italia per gli anni 2000*, in *Ann. Ig.*, 1998, 10 (4 Suppl.1), p. 45; S. TAFURI, D. MARTINELLI, C. GERMINARIO, R. PRATO, *History of Compulsory Immunization*, in *Ig. San. Pubbl.*, 2011, 67(5), p. 659, e S. TAFURI, D. MARTINELLI, C. PRATO, R. GERMINARIO, *From the Struggle for Freedom to the Denial of Evidence: History of the Anti-Vaccination Movements in Europe*, in *Ann. Ig.*, 2011, 23(2), p. 93.

15) Quanto al rifiuto opposto da genitori Testimoni di Geova alle emotrasfusioni per la figlia talassemica, cfr. Ass. Cagliari, 10 marzo 1982, in *Giur. mer.*, 1983, p. 961, e in *Foro it.*, 1983, II, c. 27, con nota di G. FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*; Ass. App. Cagliari, 13 dicembre 1982, in *Giur. mer.*, 1983, p. 961; Cass. pen., 13 dicembre 1983, in *Giur. mer.*, 1984, p. 351, con nota di P. FLORIS, *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*, e Ass. App. Roma, 13 giugno 1986, in *Giur. mer.*, 1986, p. 606. V. anche G. FURGIUELE, *Diritto del minore al trattamento medicosanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statutale*, in *Giur. it.*, 1983, p. 349; G. CORASANITI, *Trasfusioni di sangue sul minore, diniego per motivi religiosi del consenso dei genitori e intervento del giudice*, in *Giust. civ.*, 1981, p. 3099; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 557, e D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2462.

3. Il lungo viaggio del DJ.

A séguito di incidente stradale, Fabiano Antoniani – DJ Fabo – è da più di due anni tetraplegico e cieco, si alimenta con dispositivo per la nutrizione enterale e respira grazie ad un ventilatore inserito tramite un foro nella trachea; presenta incontinenza vescicale, necessita di un supporto per lo svuotamento intestinale e soffre di sindrome dolorosa cronica, che « nel suo parossismo può raggiungere intensità insopportabile »; parla « in modo impastato a causa del danno cerebrale subito »¹⁶⁾, ma le sue facoltà intellettive rimangono integre ed inalterate. Il 27 febbraio 2017 – è fatto di cronaca – muore in Svizzera, presso la clinica dell'associazione Dignitas, accompagnato dalla madre, dalla sorella e da Marco Cappato¹⁷⁾, morsicando un apposito congegno per l'iniezione di un farmaco letale. L'appello al Presidente della Repubblica è di un mese prima¹⁸⁾, ma è un'autodeterminazione, questa, che non riguarda la pretesa attivazione o continuazione di un trattamento né il rispetto, per converso, di un diniego in tal senso; la richiesta, infatti, attiene ad una « morte dignitosa » ovvero ad un atto eutanasi che direttamente cagioni il decesso del paziente: non si tratta, dunque, di una volontà in merito ad una condotta a carattere sanitario, la quale, invero, può solo volgersi, per innata e connaturata vocazione, alla cura della patologia e dei suoi sintomi. Di conseguenza, se le vicende di Piergiorgio Welby¹⁹⁾ e di Eluana Englaro²⁰⁾ sollecitano un intervento normativo che

16) Sono le parole degli stessi medici, riportate dal G.I.P. del Tribunale di Milano all'interno dell'ordinanza per la formulazione dell'imputazione a carico di Marco Cappato, a séguito di richiesta di archiviazione non accolta (ai sensi dell'art. 409 c.p.p.), 10 luglio 2017, RGNR 9609/17, mod. 21, e RG GIP 11095/17. In data 5 settembre, peraltro, Marco Cappato chiede di procedere con giudizio immediato e il relativo processo prende avvio, dunque, l'8 novembre 2017: cfr. www.giurisprudenzapenale.com/processi/processo-nei-confronti-di-marco-cappato-suicidio-assistito-di-dj-fabo.

17) Membro attivo dell'associazione italiana « Soccorso Civile per l'eutanasia legale », la quale fornisce assistenza a coloro che desiderano porre fine alla loro vita; il giorno successivo alla morte di Fabiano Antoniani, si reca egli presso i Carabinieri di Milano, « autodenunciandosi ». Nello specifico, le condotte addebitategli attengono al rafforzamento del proposito suicidario dell'ammalato, con la prospettazione della possibilità di ottenere l'assistenza ricercata presso la svizzera Dignitas, particolarmente accreditata per affidabilità e serietà, e con l'attivazione degli opportuni contatti fra la clinica e i prossimi congiunti del paziente (facendo altresì pervenire presso la loro abitazione il relativo materiale informativo), nonché all'agevolazione stessa di tale suicidio, con il trasporto oltreconfine della vittima il giorno precedente alla sua morte.

18) Cfr. <http://video.repubblica.it/cronaca/l-appello-a-mattarella-dell-ex-dj-tetraplegico--lasciatemi-morire/265517/265895>.

19) V. Trib. Roma, 16 dicembre 2006 (ord.), in *Foro it.*, 2007, I, c. 571, con annotazioni di G. CASABURI, e c. 2231, con commento di D. MALTESE, *Diritto al rifiuto delle cure, accanimento terapeutico e provvedimenti del giudice*; in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 78, con nota di G. ALPA, *Il danno da accanimento terapeutico*, e in *Fam. dir.*, 2007, p. 292, con commento di R. CAMPIONE, « Caso Welby »: *il rifiuto di cure tra ambiguità legislative ed elaborazioni degli interpreti*, e Trib. Roma, GUP, 23 luglio - 17 ottobre 2007, n. 2049, in *Corr. mer.*, 2010, p. 237, con nota di G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*; in *Ind. pen.*, 2009, p. 227, con commento di G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 68, con commento di A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*; in *Cass. pen.*, 2008, p. 1807, con commento di C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 73, con nota di M. AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 463, con commento di A. TARUFFO, *Rifiuto di cure e doveri del medico*; in *Studium iuris*, 2008, p. 502, con nota di A. GUAZZAROTTI, *Rifiuto di trattamenti sanitari salvavita*; in *Foro it.*, 2008, II, c. 105, con commento di G. CASABURI, *Diritto di morire e omicidio del consenziente scriminato*; e in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 676, con nota di R. MASONI, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e*

definitivamente consacrì il diritto di cui all'art. 32 Cost. (la libertà *da* qualsivoglia intervento medico, anche laddove si tratti di un'interruzione cui senz'altro consegue la morte dell'ammalato), fuggendo ogni dubbio in merito all'assenza di responsabilità, penale e civile, dei professionisti coinvolti e altresì indicando le modalità idonee a certificare l'inequivoca volontà del diretto interessato, la storia di Fabiano Antoniani pungola il Parlamento italiano su un fianco diverso ed ulteriore – destinato a rivelarsi, quantomeno nell'immediato (ma, pare ragionevole aggiungere, e senza tema d'errore, anche nel medio/lungo periodo), affatto insensibile.

DJ Fabo, dunque, non percorre la « strada italiana » (interruzione dei trattamenti e attivazione, eventualmente, di una sedazione palliativa profonda e continua ²¹⁾), pure prospettatoagli dallo stesso Cappato, bensì predilige l'*alternativa* svizzera, quale ritenuta migliore garanzia rispetto all'assenza di ulteriori sofferenze e, di conseguenza, riguardo alla stessa dignità del e nel morire. Peraltro, se la condotta dell'anestesista che spegne il ventilatore automatico di Piergiorgio Welby si ritiene, infine, scriminata ai sensi dell'art. 51 c.p. (trattandosi, per l'appunto, dell'adempimento di un dovere: il rispetto della volontà d'interrompere; l'impossibilità di proseguire nel trattamento *contra voluntatem aegroti*) ²²⁾, il GIP milanese ²³⁾ – ed è sempre luglio 2017 – respinge la richiesta di archiviazione e ordina al Pubblico Ministero di formulare, nei confronti di Marco Cappato, un'imputazione ai sensi dell'art. 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio). Orbene, senza voler in questa sede indagare i profili più strettamente penalistici della fattispecie, che esulano, d'altro canto, dalla competenza stessa di chi scrive, pare qui soprattutto interessante sondare le motivazioni di politica del diritto sottostanti alla scelta di procedere *ex art.* 409, comma quinto, c.p.p., nonché di respingere, per manifesta infondatezza, la questione di legittimità costituzionale, formulata dalle parti ²⁴⁾, del medesimo

consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita. In merito, cfr. altresì – *ex pluribus* – C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1145; F. VIGANÒ, *Esiste un « diritto ad essere lasciati morire in pace »? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 5; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del « caso Welby »*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 1002, e M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno « spazio libero dal diritto »*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 902.

20) V. Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

21) Al riguardo, sia qui consentito rinviare, altresì per tutti gli opportuni riferimenti bibliografici, a S. CACACE, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: le sette inquietudini del diritto*, in questa *Rivista*, 2017, p. 469.

22) Allo stesso modo, per il caso Englaro, cfr. GIP Tribunale di Udine, 11 gennaio 2010, decreto di archiviazione, in <https://www.unipv-lawtech.eu/files/archiviazbennglaro.pdf>: « il personale sanitario che ha conseguentemente operato per sospendere il trattamento e rimuovere i mezzi attraverso cui veniva protratto ha agito alla presenza di una causa di giustificazione e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p., come deve concludersi per la necessità di superare l'altrimenti inevitabile contraddizione dell'ordinamento giuridico che non può, da una parte, attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne l'esercizio ».

23) Cfr. *supra*, sub nota 17.

24) Per supposto contrasto – per il Pubblico Ministero – con gli artt. 2, 3, 13, 25, commi secondo e terzo, 32, secondo comma, e 117 Cost. (in riferimento agli artt. 2, 3, 8 e 14 CEDU), « nella parte in cui non esclude la punibilità di chi partecipa fisicamente o materialmente al suicidio di un malato terminale o irreversibile », laddove questi « ritenga le sue condizioni di vita lesive della sua dignità », ovvero – per i difensori dell'indagato – riguardo agli artt. 2, 3, 13, 32, secondo comma, e 117 Cost. (quest'ultimo relativamente all'art. 8 CEDU), « nella parte in cui non esclude la punibilità di colui che agevola l'esecuzione del suicidio quando le circostanze di fatto lo configurano

art. 580 c.p. A nulla rileva, infatti, la mancata preparazione, da parte dell'indagato, dell'iniezione letale: l'agevolazione nell'esecuzione si è comunque manifestata in un ausilio di natura « morale » e « materiale », senza il quale il desiderio di morire non avrebbe trovato quella, determinata e concreta, realizzazione; l'interpretazione restrittiva fornita dal Pubblico Ministero viene, così, respinta, salvo voler « tradire la lettera stessa » dell'art. 580 c.p., nonché i capisaldi dell'intera teoria condizionalistica – e senza che un supposto « diritto ad una morte dignitosa » possa adeguatamente giustificare simile, innovativa, ricostruzione.

In questo senso, dunque, mentre l'autodeterminazione terapeutica può certo svolgersi al prezzo stesso della vita, e ciò conformemente ai fondamentali principi costituzionali di cui agli artt. 13 e 32, l'assistenza prestata all'altrui proposito suicidario non rinviene, all'interno dell'attuale assetto normativo, scriminante alcuna. È materia – questa – propria del legislatore: la stessa Corte costituzionale, osserva il GIP, non avrebbe « rime obbligate » da comporre, nella sentenza additiva d'incostituzionalità che eventualmente si trovasse a pronunciare in merito. La giurisprudenza, del resto, ha notoriamente svolto – negli ultimi anni più che mai – un ruolo sussidiario e vicario, a fronte dell'eclatante inerzia parlamentare: allargando allo spasimo le maglie dell'amministrazione di sostegno, affinché fosse accordata cittadinanza anche italiana alle disposizioni anticipate di trattamento, nonché più o meno profondendosi – la Carta fondamentale a mo' di stampella – al fine di affermare e tutelare il diritto di rifiutare l'intervento medico, anche laddove salvavita, e persino nell'ipotesi di soggetto incosciente ²⁵). L'ardire esegetico, però, qui s'arresta, a pena d'invadere, altrimenti, la competenza di tutt'altri poteri: se e quando l'ordinamento debba garantire una c.d. dignità nel morire ²⁶) è quesito che richiede una risposta circostanziata, definitiva e « definitiva », quanto ai soggetti titolari di questo *diritto* (maggioresi; affetti da patologia; fisicamente e/o psichicamente ammalati; capaci di intendere e di volere; in condizioni d'irreversibilità o di terminalità; gravemente sofferenti; (non) in grado di autonomamente arrecarsi la morte: tutte condizioni, queste, variamente declinabili), a coloro che della realizzazione di tale *interesse* possano farsi artefici (i congiunti; i medici curanti; soggetti estranei), nonché, infine, quanto alla condotta che si voglia consentire (ovvero, se il gesto ultimo che arreca il decesso debba

come diritto in ragione di condizioni di vita ritenute non più dignitose ». La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. viene sollevata, infine, dalla stessa Corte d'Assise di Milano, con ordinanza del 14 febbraio 2018; l'atto d'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri, invece, è del 3 aprile 2018: v. <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/02/ordinanza-cappato.pdf> e <https://eutanasialegale.it/articolo/cappato-ecco-latto-di-intervento-del-governo-che-difende-la-costituzionalita-C3%A0-del-reato-di>.

25) Al riguardo, sia qui consentito rinviare, per tutti i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a S. CACACE, *Ma quanto è debole il consenso informato! L'ultima giurisprudenza sul rifiuto dell'emotrasfusione. Apologia di un principio inutile (e qualche tentativo esegetico)*, in questa *Rivista*, 2017, p. 17; *Id.*, *Il rifiuto del trattamento sanitario, a scanso d'ogni equivoco*, in questa *Rivista*, 2014, p. 547, e *Id.*, *Il medico e la contenzione: aspetti risarcitori e problemi d'autodeterminazione*, in questa *Rivista*, 2013, p. 209.

26) Il diritto « di morire vivi », come pure è stato giornalmisticamente definito: cfr. www.repubblica.it/cronaca/2017/12/19/news/eutanasia_legale_la_storia_di_irene_la_ragazza_che_voleva_morire_viva_-184247592.

sempre potersi ricondurre all'azione di chi muore – o meno). D'altro canto, il mancato accoglimento della richiesta di archiviazione presenta natura e motivazione (fors'anche inconfessata) ancipiti: si tratta, *in primis*, dell'impossibilità – già evidenziata – di forzare la lettera del dato normativo; in secondo luogo, però, anche di una netta reticenza in tal senso, dettata dalla volontà e necessità di sollecitare l'ordinamento ad una *risposta*, a specchiarsi nei propri limiti e a decidere se confermarli, ribadirli ed accettarli ovvero se, una volta per tutte, superarli ed annientarli. È una risposta valoriale e giuridica al contempo, che la « creatività » giurisprudenziale non può fornire; e, a fronte di episodi di cronaca d'attenzione sempre più « pubblica », è opportuno che vi sia evidenza quanto ai confini del lecito e che il legislatore non possa più giustificare e prosciogliere la propria inattività con la buona tenuta – ad ogni modo – dell'ordinamento, grazie ad un *habitus* generalmente pilatesco. V'è il rischio più che concreto, d'altronde, che anche sollecitazioni di tal fatta restino ignorate: quanto è stato repentino, infatti, il legislatore delle vaccinazioni obbligatorie (forse addirittura troppo, considerato che i relativi adempimenti sono stati imposti con un preavviso di poche settimane), tanto quello del fine vita è apparso – quantomeno fino a pochi giorni fa – inerte, paralizzato, irrimediabilmente inefficace, e anche quando, infine, s'è risolto d'intervenire, ha sapientemente omesso di formulare, al riguardo, una risposta di qualsivoglia natura.

4. Il fine vita in Parlamento: una legge per Natale.

Il 14 dicembre 2017, tardivo regalo di S. Lucia e vero colpo di scena per l'interprete oramai disilluso, il Senato approva ²⁷⁾ la legge *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, senza emendamento alcuno rispetto al testo già votato dalla Camera dei deputati otto mesi prima ²⁸⁾. Si tratta, peraltro, di un testo che lodevolmente compendia i fondamentali principi costituzionali con i precetti di natura

27) Con 180 voti a favore, 71 contrari e 6 astenuti.

28) Approvato dalla Camera dei deputati il 20 aprile 2017, il disegno di legge n. 2801 viene trasmesso il giorno successivo al Senato della Repubblica e assegnato alla 12a Commissione permanente (Igiene e Sanità) in sede referente il 26 aprile 2017. Cfr. C. TRIBERTI, M. CASTELLANI, *Libera scelta sul fine vita: il testamento biologico: commento alla Legge 219/2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, goWare, Firenze, 2018; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, CEDAM, Padova, 2018; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino, 2018; M. MAINARDI (a cura di), *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Giappichelli, Torino, 2018; P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa?*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, p. 185; P. BORSSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 11; D. LENZI, *Consenso informato e DAT. Riprende il cammino parlamentare*, *ivi*, p. 3, e E. MANCINI, *Autonomia come integrità: una riflessione sulle direttive anticipate di trattamento*, *ivi*, p. 13. V. altresì il forum *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, pp. 11 ss.; R. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219, in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del Codice civile?*, in *Consulta Online*, 4 aprile 2018, p. 221; M. NOCCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, gli istituti di tutela e l'organizzazione del servizio sanitario*, e *Idem*, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, contributi entrambi pubblicati sul sito di Giustizia amministrativa, rispettivamente il 15 marzo 2018 e il 20 febbraio 2018.

deontologica (di cui al relativo Codice medico; i quali acquistano, così, piena dignità normativa) e con gli approdi e le elaborazioni giurisprudenziali degli ultimi anni, al contempo evitando – pare – eclatanti strappi ideologici o *tranchantes* prese di posizione aprioristiche. In questo senso, sono in successione consacrati il diritto del paziente ad essere informato (con i contenuti rispetto ai quali dev'egli essere edotto, al fine di rendere un consenso adeguato) e quello, parimenti, di rifiutare tale informazione; il diritto di respingere qualsivoglia trattamento sanitario e quello di revocare successivamente l'autorizzazione in origine prestata, altresì qualora la conseguenza sia una condotta attiva del medico – volta ad un'*interruzione* – e non, invece, una meramente omissiva, di astensione *da*; il diritto, infine, di dissentire rispetto ad un intervento pure indispensabile alla propria sopravvivenza, laddove l'opposizione di simile volontà, sempre *informata*, esonera da (letteralmente, art. 1, comma sesto: il professionista « è esente da ») responsabilità civile e penale i terapeuti coinvolti.

Peraltro, il consenso informato del paziente (art. 1, comma quarto) « è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare »; « in qualunque forma espresso », poi, esso viene « inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico ». Si tratta, quindi, di un problema di *documentazione* della volontà variamente manifestata dal paziente: certo, non pare qui si possa profilare una forma *ad probationem* (né, tantomeno, una *ad substantiam*); d'altro canto, vero è che sembra così superarsi il dettato di cui all'art. 35 del Codice deontologico medico, il quale richiede l'acquisizione « scritta e sottoscritta » (« o con altre modalità di pari efficacia documentale ») del consenso o del dissenso nei soli « casi previsti dall'ordinamento e dal Codice e in quelli prevedibilmente gravati da elevato rischio di mortalità o da esiti che incidano in modo rilevante sull'integrità psico-fisica ». L'obiettivo perseguito, d'altronde, è quello della consapevolezza dell'ammalato, affinché possa egli autodeterminarsi in ordine alla cura della propria salute; nondimeno, la predisposizione di una modulistica che ciò *certifichi* è eventualmente suscettibile di agevolare o consentire la dimostrazione del raggiungimento di tale finalità (fatta salva la prova contraria del paziente, benché, certo, di difficile predisposizione), mentre la sua inesistenza o le sue carenze non potrebbero, in ogni caso, impedire l'utilizzo di mezzi diversi per verificare l'avvenuto conseguimento dello scopo. Orbene, la prima perplessità attiene forse proprio a come tale, indiscriminata forma scritta possa ragionevolmente conciliarsi con le – peculiarità, esigenze, tempistiche delle – prestazioni c.d. routinarie (esami del sangue, elettrocardiogramma, etc.), cui il paziente volontariamente acceda rivolgendosi ad una struttura sanitaria. Il timore, certo, è quello di un ulteriore aggravio burocratico, laddove, però, l'inadempimento di tale onere può costituire una difficoltà solo ai sensi dell'art. 2697 c.c. e non nei termini, dunque, di una negligenza *di*

per sé considerata, autonomamente valutabile e sanzionabile in sede di eventuale giudizio risarcitorio ²⁹⁾.

D'altronde, la difficoltà cruciale presente nel nuovo testo normativo riguarda il rispetto, da parte del terapeuta, del rifiuto opposto dal paziente, laddove tale ossequio, come già si accennava, può richiedere ed imporre diverse modalità operative – altresì considerando che il diniego è suscettibile di riferirsi anche a nutrizione ed idratazione artificiali, a pieno titolo ritenute, quindi, trattamenti di natura sanitaria (peraltro ciò rilevando, in prima battuta, ai fini della configurabilità, o meno, di un'ipotesi di accanimento terapeutico) ³⁰⁾. Infatti, subito dopo aver consacrato proprio il diritto a rifiutare e a rinunciare, il legislatore immediatamente così prosegue (art. 1, sesto comma): « il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali ». È una disposizione, questa, dagli esiti paradossali: « a fronte di tali richieste », invero, il terapeuta ha – eccome – un obbligo professionale, ed estremamente stringente: quello di rifiutare al paziente – senza dubbio alcuno – l'esecuzione del trattamento sanitario contrario, per l'appunto, alla legge, alla deontologia

29) Cfr., per esempio, Trib. Viterbo, 27 novembre 2006, in *Guida al dir.*, 20 gennaio 2007, p. 39, con commento di A. MICALI, *Il paziente deve essere consapevole dei rischi dell'intervento chirurgico*. Più ampiamente, sia qui consentito rinviare a S. CACACE, *"Medice, cura te ipsum"? Il diritto all'informazione del paziente-medico (e qualche altra questione sul consenso al trattamento)*, in questa *Rivista*, 2013, p. 1505; *Id.*, *I danni da (mancato) consenso informato*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2010, p. 790, e *Id.*, *Consenso informato: novità sul fronte giurisprudenziale. Rappresentazione in tre atti*, in *Danno resp.*, 2008, p. 905.

30) *Contra*, v. la proposta di legge *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento* (il cui esame in seconda lettura presso il Senato, avviato nel settembre 2011, non è mai giunto a conclusione), ai sensi della quale (art. 3, comma quinto), « anche nel rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 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 ». Cfr., *ex pluribus*, A. BONSIGNORE - R. CILIBERTI - F. DE STEFANO - M.T. PANICI - T. PEDRUCCI, *Le direttive anticipate di trattamento nella prospettiva del legislatore ed i riflessi medico-legali*, in questa *Rivista*, 2012, p. 1479; G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive delle dichiarazioni anticipate di volontà tra diritto vivente e proposte legislative*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 529; F. DE LUCA - M. FOCARDI - G. NORELLI, *Il disegno di legge circa le disposizioni anticipate di trattamento (alla luce delle modifiche del testo emanate dalla camera il 12 luglio 2011): un'occasione mancata?*, in questa *Rivista*, 2012, p. 1061; F. CEMBRANI, *Alcune note critiche sulla proposta di legge intesa a disciplinare le « dichiarazioni anticipate di trattamento »*, in questa *Rivista*, 2012, p. 1347; G. COLACINO, *Il disegno di legge sul c.d. testamento biologico: riflessioni critiche a margine di una discussa iniziativa legislativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1067; M. VILLONE, *Costituzione liberale vs. legislatore illiberale. Il caso del testamento biologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, p. 8; A. GALATONE - F. GARZONE, *Osservazioni sulla proposta di legge c.2350 in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Riv. pen.*, 2011, p. 471; A. GORASSINI, *Appunti sparsi sul c.d. testamento biologico*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 41; A. BELLELLI, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 85; C. CASINI, *Il dibattito sulle dichiarazioni anticipate di trattamento. Valutazioni e prospettive*, in *Med. mor.*, 2010, p. 617; G. TRAISCI, *L'attuale situazione giuridica in tema di dichiarazioni anticipate di trattamento (dat) nell'ambito del contesto europeo e delle singole legislazioni degli stati europei*, *ivi*, p. 705; A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 627; S. AGOSTA, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruenti ed almeno una proposta costruenti)*, in *Dir. soc.*, 2009, p. 615; L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1281; A. SCALISI, *Il diritto a morire: profili problematici*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1069, e A. SCACCHI, *Il testamento biologico tra tutela del diritto alla vita e libertà di autodeterminazione*, in *Vita not.*, 2009, p. 1345.

professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; si tratta, ancora una volta e *in primis*, del « caso Stamina ». Per contro, parzialmente alternativa, un'altra lettura della norma è pure prospettabile; il riferimento, allora, parrebbe essere all'art. 22 del Codice deontologico³¹⁾, con la *mascherata* previsione di una fattispecie di obiezione di coscienza, a dir poco surrettiziamente introdotta: assenza di obblighi professionali laddove il medico « non se la senta » di ottemperare alla volontà manifestata dal paziente (interruzione del trattamento che richieda una condotta attiva: lo spegnimento del ventilatore automatico di Piergiorgio Welby; lo sfilamento del sondino nasogastrico di Eluana Englaro), la cui attuazione, in ipotesi, conduca più o meno direttamente al decesso dello stesso. D'altro canto, il temperamento a quest'eventuale facoltà di astensione, rinvenuto nell'obbligo (art. 1, nono comma), imposto a qualsivoglia struttura pubblica e privata, di garantire con proprie modalità organizzative la piena realizzazione dei principi dalla stessa legge formulati, non è, da solo, in grado di assicurare quanto all'effettiva loro operatività, se solo si pensa alle difficoltà applicative che a tutt'oggi incontra, in Italia, la normativa in materia d'interruzione volontaria della gravidanza, proprio in ragione dell'elevatissimo ricorso all'obiezione di coscienza³²⁾.

La neonata legge tace, d'altronde, quanto al consenso del minore d'età (ovvero permane, alla resa dei conti, la soglia dei diciott'anni e l'occasione, pare, è un'occasione mancata), mentre appena menziona (senza, dunque, troppo problematizzare³³⁾) la *strada italiana* negletta da Fabiano Antoniani: la sedazione palliativa profonda e continua è associata a sofferenze refrattarie e a prognosi infauste a breve termine o di imminenza della morte, rispetto alle quali obbligo del medico è, *semplicemente*, di astenersi da irragionevoli ostinazioni o da trattamenti inutili o sproporzionati. Interessante, per contro, nonché estremamente efficace, appare il distinguo (anche in termini di pubblicità e conservazione) dal legislatore operato fra le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure, laddove, nella seconda ipotesi, trattasi di soggetto che

31) Art. 22, *Rifiuto di prestazione professionale*: « Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione ».

32) Cfr. A. VALLINI, *Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in questa *Rivista*, 2014, p. 495; P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in *D&Q*, 2009, 9, p. 65; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTA - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 173; V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in questa *Rivista*, 2012, p. 403; M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014; M. AMITRANO ZINGALE, *L'obiezione di coscienza nell'esercizio della funzione pubblica sanitaria*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1099, e P. VERONESI, *Tra deontologie e obiezioni di coscienza: il sempre attuale problema del limite*, in *Riv. BioDiritto*, 2016, p. 9. Cfr. altresì il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica *Obiezione di coscienza e bioetica*, 30 luglio 2012, in www.governo.it/bioetica/pareri.html. Quanto, poi, ad un'obiezione di coscienza « positiva », cfr. F. MASTROMARTINO, *Contro l'obiezione di coscienza positiva*, in *Ragion pratica*, 2015, p. 629, e P. CHIASSONI, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. BORSELLINO - L. FORNI - S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, 2011, XXVII, 101, pp. 36-54.

33) Per ulteriori considerazioni, sia qui consentito rinviare a S. CACACE, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: le sette inquietudini del diritto*, cit.

si relaziona con il proprio medico rispetto ad una patologia ben individuata, attorno alla quale ha egli ricevuto informazioni circostanziate, che gli consentono la manifestazione di una volontà del tutto « attuale », adeguatamente documentata all'interno della cartella clinica. Si tratta, dunque, di soggetto già ammalato (affetto da « patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta »: art. 5, comma primo), in contrapposizione a colui che si determina con le DAT, il quale contempla una « futura incapacità di autodeterminarsi » solo « eventuale » (art. 4, comma primo). Orbene, riguardo alle disposizioni anticipate, due appaiono, in particolare, i *puncta dolentes*: in prima battuta, chi (quale medico?) debba fornire al maggiorenne capace d'intendere e di volere quelle « adeguate informazioni sulle conseguenze delle sue scelte »; in secondo luogo, l'ambito di discrezionalità accordato al personale sanitario quanto alla decisione di disattendere tali DAT, qualora « palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita » (art. 4, comma quinto).

Ecco, i molti contenuti *buoni* di tale sforzo normativo rischiano d'essere scardinati da questi due grimaldelli, potentissimi quanto silenti: la possibilità, neppure chiaramente esplicitata, che il medico obietti (inesorabilmente vanificando, così, il diritto del paziente a veder rispettato il proprio rifiuto, laddove non si possa prescindere, a tal fine, da un'*azione* del sanitario); la disapplicazione delle disposizioni anticipate, pure proclamate vincolanti, a séguito di un giudizio discrezionale che altresì eventualmente racchiude (d'accordo con la persona del fiduciario o, in caso di conflitto, previa autorizzazione del giudice) una valutazione, da parte del professionista, in termini di qualità dell'esistenza dell'ammalato. D'altro canto, questa legge né indica un limite temporale massimo di validità delle DAT, oltre il quale debbano queste essere rinnovate, né accorda rilievo alla ricostruzione della volontà del paziente, qualora egli non si sia precedentemente e chiaramente espresso; il titolo originario, peraltro, è stato per buona sorte modificato, laddove si trattava di *Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico*, come se quest'ultimo, in assenza di un intervento normativo *ad hoc*, potesse essere, invero, legittimamente praticato dal personale sanitario. Certo, s'è visto con Charlie Gard come l'accezione attribuita ai concetti di *sproporzione* o di *inutilità* possa essere, al capezzale dell'ammalato incosciente (ove per il paziente capace la valutazione discrezionale del medico viene, in quest'ambito, pressoché elisa), molto variamente declinata; per contro, la vicenda di DJ Fabo non trova soluzione alcuna nel testo normativo esaminato (né v'è stato tentativo di sorta, in tal senso), tanto da poter serenamente affermare che, se pure si pervenisse alla condanna di Marco Cappato, questa ben difficilmente fungerebbe da sprone per lavori parlamentari ulteriori e, soprattutto, destinati al successo. Fatto sta, d'altronde, che una legge ha visto, infine, la luce – e contro ogni pronostico, considerato

il ricorrente vizio politico di utilizzare simili tematiche (« a sensibilità bioetica ») per mere, occasionali finalità propagandistiche e mai con il reale e serio intento di pervenire ad una soluzione condivisa e, in ultimo, dirimente.

Con una quindicina d'anni di ritardo ³⁴⁾, dunque, l'Italia entra in Europa, con una legge decorosa che in punta di piedi fa capolino nel negozio di cristalli dove il medico siede in compagnia del proprio paziente, nel momento in cui la vita e la morte presentano a quest'ultimo il relativo conto da pagare. Così, l'intervento del legislatore aspira a garantire una migliore tutela dei pazienti e, al contempo, una maggiore serenità dell'operato sanitario, proprio favorendo e riaffermando la certezza del diritto. Si tratta, d'altronde, di un ambito in cui è il *caso di specie* a dominare, con le sue irripetibili peculiarità: la fluidità e la stessa *umanità* della materia sembrano mal prestarsi, infatti, al pugno del codificatore ³⁵⁾, mentre l'esigenza di riconoscere validità a tutte le posizioni etiche pare in contraddizione con la necessità, parimenti impellente, di stabilire regole giuridiche vincolanti per l'intera comunità. La chiave, allora, è quella di un diritto *mite*, che si limiti a definire la cornice di legittimità giuridica sulla base dei diritti della persona costituzionalmente protetti, senza invadere l'autonomia del paziente né quella del medico prefigurando tipologie di trattamenti disponibili e non disponibili all'interno della relazione di cura ³⁶⁾. Alla ricerca di un punto di accordo, quindi, il valore di riferimento non può che diventare la libertà di decidere di colui che sia in grado di farlo, con la *chance* di perpetuare nel tempo tale capacità grazie alla redazione, appunto, delle c.d. disposizioni anticipate di trattamento.

34) La legge francese, per esempio, è la n. 303 del 4 marzo 2002, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*; quella spagnola è la n. 41 del 14 novembre 2002, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. Al riguardo, sia qui consentito rinviare a S. CACACE, *Legge spagnola 41/2002 e consenso informato: cose vecchie, cose nuove*, in *Riv.it.med.leg.*, 2004, p. 1161, e Id., *Loi Kouchner: problemi di underdeterrence e undercompensation*, in *Danno resp.*, 2003, p. 435.

35) Cfr. C. CASONATO, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, e R. PRODOMO, *Etica di fine vita: è possibile un consenso condiviso sulle direttive anticipate?*, entrambi in F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica*, Rubettino, Catanzaro, 2010, rispettivamente pp. 335-336 e pp. 180 ss.

36) In questi termini, v. il Documento del Consiglio Nazionale della FNOMCeO sulle D.A.T., Terni, 13 giugno 2009.