

SENATO DELLA REPUBBLICA

————— XIV LEGISLATURA —————

N. 3522

DISEGNO DI LEGGE

d’iniziativa dei senatori BOREA, FAVARO, BALBONI, BERGAMO, BONGIORNO, BOSCKETTO, CHINCARINI, CICCANTI, CIRAMI, DANZI, DELOGU, DEMASI, FORLANI, FORTE, GABURRO, GENTILE, GIRFATTI, GUBETTI, GUBERT, IERVOLINO, MAFFIOLI, MELELEO, MONCADA LO GIUDICE di MONFORTE, MULAS, NOCCO, NOVI, OGNIBENE, PASTORE, PELLEGRINO, RUVOLO, SALZANO, SANZARELLO, SODANO Calogero, ZAPPACOSTA e ZICCONI

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 30 GIUGNO 2005

—————

Tutela e salvaguardia della vita e della dignità umane nei trattamenti medico-sanitari. Modifica degli articoli 50 e 579 del codice penale in materia di consenso dell’avente diritto e di omicidio del consenziente

—————

ONOREVOLI SENATORI. - Nell'affrontare la questione della vita, della morte e del discrimine tra le due, viene sempre più in rilievo il ruolo della medicina e, con esso, i limiti che l'etica impone ai trattamenti sanitari, sia quelli inutilmente accanitori, sia quelli assolutamente desistenti quando non addirittura attivamente dediti ad accelerare la morte.

Non può esservi, per il legislatore, migliore scelta che dare la parola, su queste tematiche a Olimpia Tarzia, vice presidente della Confederazione italiana consultori familiari di ispirazione cattolica che s'è spesa per anni nella riflessione sull'obbligo della famiglia di svolgere il suo ruolo nella difesa della qualità della vita del paziente:

«È del tutto evidente che la libertà suppone il diritto alla vita. Nell'ordine della vita fisica la morte è esattamente l'opposto della libertà, la fine di essa. La libertà non può giungere a negare se stessa: non è ammissibile la scelta di rendersi schiavi. Per questo nel corso di un tentativo di suicidio colui che interrompe anche con la forza ad impedire la conclusione dell'aspirante suicida non toglie la libertà, ma la restituisce.

Nel caso del malato in preda a gravi sofferenze è quanto mai dubbio che il suo consenso possa rendersi libero. Intanto la situazione di piena consapevolezza sembra rarissima. Nello stato agonico e preagonico la coscienza è di regola obnubilata ed è perciò difficile immaginare un malato «pienamente cosciente», a meno che non si voglia estendere molto il concetto di malato terminale con intuibili pericolosissime conseguenze. Il caso più frequente in cui si pone il problema dell'eutanasia è quello del malato in coma che, per definizione, non è in grado neppure di manifestare alcun desiderio.

Si potrebbe obiettare che, se quando ormai la morte è imminente non può manifestarsi un consenso valido, tuttavia il paziente po-

trebbe aver dichiarato prima la sua volontà, magari nella forma di volontà testamentaria, come è suggerito da molte associazioni che propagandano l'eutanasia. Ma, come sopra detto, la libertà implica la facoltà di cambiare decisione, ciò che è particolarmente importante quando si parla di vita o di morte.

Bisogna poi chiedersi che cosa significhi realmente una invocazione della morte. Spesso essa è una protesta contro la solitudine, l'abbandono, la mancanza di attenzione dei familiari. Non solo le cure fisiche, ma anche una costante vicinanza psicologica, una mano tenuta nella mano possono fare abbandonare la domanda di eutanasia.

Il fine delle cure non è esclusivamente la guarigione. Anche il malato inguaribile ha diritto alle cure. In tal caso esse saranno dirette a prolungare il più possibile la vita (molte terapie contro il cancro hanno spesso soltanto questo fine) e/o a ridurre la sofferenza. Si comprende così la grande importanza delle cure palliative, che rientrano a pieno titolo nel concetto di terapia. Data questa idea di cura, la parola eutanasia appare in se stessa organica. La morte non è mai "buona" e non la si può rendere tale. Si può e si deve invece fare tutto il possibile per rendere «buona» la vita o almeno per renderla il meno amara possibile fino all'ultimo istante, fino all'attimo della morte. Questo significa "umanizzare la morte": far sì che l'uomo resti tale il più possibile fino all'estremo, riconosciuto nella sua dignità, oggetto di solidarietà e di cura, aiutato ad affrontare nel fisico e nello spirito il passo estremo. I cattolici sono convinti che di trapasso si tratti dalla vita terrena a quella celeste, in quanto credenti nell'unità di vita (Concilio Vaticano II).

Poiché il fine della cura non è soltanto la guarigione, ma anche l'eliminazione o la riduzione del dolore, si comprende la diffe-

renza sostanziale tra l'uccisione per cessare la sofferenza e il somministrare sostanze analgesiche anche se da ciò possa derivare il rischio di un abbreviamento della vita.

Già la parola "eutanasia" è di per se fonte di equivoci poiché storicamente è stata usata per indicare anche l'uccisione dei bambini deformati, dei malati mentali, degli anziani come tali. Un conto è decidere di uccidere una persona, o, se si vuole, di abbreviarne l'esistenza (che è eutanasia quale che sia il comportamento positivo o negativo posto in essere), un conto è chiedersi fino a quali limiti debba spingersi la lotta per la vita e se questa lotta debba continuare «a qualsiasi costo».

Nei casi più frequenti in cui il malato è "affidato" al medico il tema dei limiti e la domanda se le cure debbano essere proseguite a qualsiasi costo introducono la questione dell'accanimento terapeutico.

Giova insistere sulla distinzione tra il tema dell'accanimento terapeutico e quello dell'eutanasia, perché spesso il rifiuto del primo viene considerato come accettazione dell'eutanasia, il che non è. Come tutti i codici deontologici medici scrivono, il medico può essere definito il servitore della vita. La sua professione è una continua lotta per mantenere la vita, il più possibile nella pienezza, ma comunque vita. Questa lotta univoca, senza compromessi e senza ombre, costituisce la nobiltà della professione medica e le attribuisce un senso umano estremamente denso. In fondo è la lotta di ogni singolo essere umano dall'inizio della storia. Ma è una lotta inevitabilmente destinata al fallimento finale. Per ogni uomo, e dunque anche per il medico che lo cura, viene il momento della resa in cui bisogna alzare le mani e abbandonare le armi di fronte alla natura. Quando si fa chiaro che la prosecuzione della lotta contro la morte non ha più alcuna prospettiva seria di successo, la lotta deve cedere il posto all'accettazione e tutti gli sforzi vanno rivolti ad assicurare al malato le necessarie condizioni di tranquillità e la

possibilità di valersi di ogni forma di sostegno e di conforto, da quello della vicinanza dei familiari e amici, a quello di una assistenza religiosa delicata e attenta. La scelta di dare la morte e l'accettazione della morte non sono affatto la stessa cosa.

Contro questa umana e ragionevole resa di fronte alla morte sta l'accanimento terapeutico. Intendiamoci: l'impegno appassionato ed inesausto per la salute e la vita, che non trascura la benché minima possibilità di cura e di allontanamento della morte è altamente meritorio. Ad esso si debbono enormi, e un tempo impensabili, progressi della scienza medica. Semmai è da lamentare che non sempre, non per tutti, non in ogni paese, non in ogni ospedale, non in ogni medico, si riscontri un siffatto impegno. Tuttavia in senso tecnico non appare possibile o per lo meno non appare doveroso (a meno che il paziente personalmente e coscientemente lo richieda) un accanimento terapeutico inteso come l'impiego di interventi fortemente invasivi e spesso umilianti volti esclusivamente a procrastinare per brevissimo tempo la morte imminente, con ciò prolungando congiuntamente situazioni fisiche di inutili agonie quando non addirittura di intollerabili sofferenze. In tal caso si tratta di intervento medico affatto idoneo a combattere l'affezione mortale su pazienti giunti alla fase terminali della malattia e quindi sprovvisto di carattere terapeutico.

A questi appunti di carattere assoluto se ne aggiungono altri di carattere pratico. Il più importante è quello che nasce dalla riflessione sui «passi successivi» che costituiscono un pericolo minaccioso quando essi non sono qualche cosa di «essenzialmente nuovo», di radicalmente diverso, perché le scelte future appaiono già comprese nel passo precedente. Se diventasse lecito uccidere per pietà i malati gravissimi, prossimi alla morte, i passi successivi potrebbero diventare, per così dire automatici, proprio perché non sostanzialmente nuovi e diversi: dalla depenalizzazione dell'uccisione dei malati incurabili non

terminali, alla depenalizzazione dell'uccisione per pietà dei malati di mente, dei deformi, dei vecchi e via discorrendo.

È evidente che su questi temi non è in gioco solo la fede cattolica ma tutto il nostro umanesimo riflesso anche nella Costituzione.

Non si tratta dunque di una contrapposizione fra "morale laica" e "morale cattolica", ma del rispetto per la vera dignità di ogni persona nell'orizzonte fondante dei diritti umani, primo tra tutti quello alla vita».

Se nella proposta di disciplinare i limiti del trattamento si fa capo ad una consolidata precettistica che regola l'informazione ed il consenso dei pazienti, *in primis* la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997 e resa esecutiva in Italia con la legge 28 marzo 2001, n. 145, (articolo 2 del presente disegno di legge), l'articolo 3 vieta invece l'accanimento terapeutico, l'articolo 4 disciplina le cure palliative, e l'articolo 5 appresta una sanzione disciplinare a carico degli inadempienti.

In proposito, un profilo innovativo è rappresentato dall'applicazione dei principi dettati dalla bioetica alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, recentemente uscita indenne dalle abrogazioni proposte con *referendum* cui è mancato il *quorum* prescritto dalla Costituzione. L'articolo 13 di tale legge, in coerenza con la previsione dell'articolo 1 secondo cui il concepito (*melius*: l'embrione) è un soggetto di diritto al pari delle persone nate, vieta qualsiasi sperimentazione su embrioni umani e consente la ricerca clinica e sperimentale soltanto per finalità terapeutiche e diagnostiche, volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione, qualora non siano possibili metodologie alternative. L'articolo 14, comma 1, della medesima legge vieta la soppressione di embrioni, e l'articolo 6, comma 3, stabilisce la inefficacia della revoca della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell'ovulo.

La legge, nel disciplinare la procreazione medicalmente assistita, ha omesso di affrontare il grave quesito morale che discende dalla scelta di privilegiare la tutela dell'embrione, i cui diritti sono espressamente assicurati dall'articolo 1 della citata legge 40 del 2004. Tale quesito è solo adombrato nella sentenza n. 3452 del 2005, in cui il Tar del Lazio - sezione terza *ter* - ha affermato che «non può che desumersi, in via interpretativa, che il momento in cui deve sussistere il requisito soggettivo della presenza in vita di entrambi i componenti della coppia sia quello della fecondazione dell'ovulo, risultando irrilevante la successiva morte del marito o del compagno, al pari della revoca della volontà procreativa». Ma per la medesima sentenza «risulta evidente l'asimmetria, o, forse meglio, la ragionevole diversa intensità del livello di tutela del concepito e della madre ove si consideri che, nonostante la previsione dell'articolo 1 della legge n. 40, la tutela dell'embrione, che prende forma anzitutto nel fondamentale diritto alla vita, è condizionata dal fatto che richiede l'impianto nel grembo materno, e detto impianto non è coercibile».

Con tali premesse, quello del padre defunto dopo la donazione (senza che la coniuge voglia poi procedere all'impianto) non è l'unico caso in cui può verificarsi, anche a regime, la persistenza in vita di embrioni non destinati ad alcun impianto. La questione della incoercibilità dell'impianto - sollevata in modo assai pretestuoso da chi la leggeva come conseguenza necessaria del comma 1 dell'articolo 14 della citata legge («è vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni») e del comma 3 della stessa norma (da cui discende l'obbligo di trasferire immediatamente o comunque «non appena possibile» gli embrioni nell'utero della donna) - era stata precisata già del Tribunale di Catania con ordinanza 3 maggio 2004: «il riferimento, (...), alla evidente (e sicura) incoercibilità materiale dell'obbligo di sottoporsi al trasferimento degli

embrioni, utilizzato dai procuratori dei ricorrenti (e anche da tanti in Parlamento e nei dibattiti pubblici) come indice di illogicità della legge è, invece, tecnicamente del tutto inconducente. Nel mondo del diritto l'incoercibilità di un obbligo nulla significa in ordine alla logicità, alla validità, alla legittimità, alla costituzionalità delle norme che lo sanciscono. Moltissimi sono - nel nostro (come in tutti gli altri) ordinamenti giuridici - gli obblighi materialmente incoercibili. (...) Nella materia di cui qui si discute, peraltro, si può confidare nella correttezza che i medici - sensibili come l'odierno convenuto ai propri doveri deontologici (nella comparsa di costituzione e risposta vengono espressamente citati proprio i doveri deontologici del medico) - metteranno nel doveroso rispetto della legge e nella non complicità in condotte di fraudolenta elusione della stessa».

La questione è stata poi definitivamente chiarita dalle linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita, emanate con il decreto del Ministro della salute 21 luglio 2004, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 191 del 16 agosto 2004. Le linee guida, nel titolo relativo alle «Misure di tutela dell'embrione», prevedono la non coercibilità dell'impianto nel caso in cui dall'indagine osservazionale vengano evidenziate gravi anomalie dell'embrione. Si afferma, in sostanza, in conformità del principio costituzionale secondo cui nessun atto medico può essere effettuato senza il consenso del paziente, la non coercibilità dell'impianto di embrione; in tale caso la coltura *in vitro* deve essere mantenuta fino al suo estinguersi.

Così stando le cose, anche a regime può verificarsi il caso di cui, a seguito di criocon-

servazione disposta ai sensi dell'articolo 14 comma 3, degli embrioni restino non impiantati per sopravvenuta incoercibilità dell'impianto. Nè va dimenticata l'esigenza di affrontare la situazione ereditata dal precedente periodo di *lacuna iuris*, visto che nella legge non si disciplina il trattamento da riservare agli embrioni già esistenti al momento di entrata in vigore della legge.

Nel ricordare che le banche degli embrioni nel nostro paese congelano circa duecentomila ovociti fecondati, oramai non più impiantabili, si omette spesso di considerare sotto il profilo medico la condizione in cui essi versano: si tratta di organismi che oltre le dodici giornate perdono buona parte della loro condizione naturale (tant'è vero che un loro impianto tardivo rende assai spesso improbabile che attecchiscano), per cui la loro crioconservazione rappresenta una forma evidente di accanimento contro cui i principi del presente disegno di legge reagiscono. Per questo motivo si propone una norma che disponga la cessazione delle attività di prolungamento artificiale della sopravvivenza degli embrioni, con ciò ponendo rimedio anche alla trita questione dell'obbligo di impianto anche in sopravvenuta carenza di consenso.

All'articolo 6 del presente disegno di legge si entra invece nel dominio del diritto penale, per affrontare in maniera meno ambigua dell'attuale la tematica dell'eutanasia attiva e passiva.

Il tema del consenso ad un'attività rischiosa per la propria salute e la propria vita è ancora poco esplorato dalla dottrina e dalla giurisprudenza penale italiana, a differenza di quanto avviene in Germania (1) (per una disamina di quest'ultima situazione,

(1) All'inverso, vi sono ordinamenti nei quali il consenso della vittima non opera neppure quale attenuante nel delitto di omicidio: nell'ordinamento francese, ad esempio, non esiste alcuna previsione specifica in tema di omicidio del consenziente ed il codice penale francese punisce il fatto come omicidio volontario. È prevista l'attenuante della nobiltà del movente, con reclusione in ogni caso non inferiore a 5 anni. Si ricordi che l'articolo 20 del codice di deontologia medica francese dispone che «*Il medico deve adoperarsi per alleviare le sofferenze del malato e non ha il diritto di provocarne deliberatamente la morte*».

v. Kolis Summerer, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, nota a sentenza del Tribunale di Cremona del 14 ottobre 1999).

A differenza però dell'ordinamento tedesco, in cui non è punita la partecipazione al suicidio, l'ordinamento penale italiano da un lato contiene la previsione incriminatrice degli articoli 579 e 580 codice penale, dall'altro delimita l'ambito di applicazione della scriminante dell'articolo 50 del codice penale (consenso dell'avente diritto) entro i confini posti dall'articolo 5 del codice civile (atti di disposizione del proprio corpo). Ne consegue che il principio di assoluta indisponibilità del bene giuridico «vita» potrebbe ostare, nel nostro Paese, alla non punibilità di chi permette, induce o agevola una altrui autoesposizione al pericolo.

In Germania, invece, la responsabilità dell'agente comincia soltanto là dove sia possibile dimostrare che egli avesse una rappresentazione e consapevolezza del pericolo maggiore rispetto alla vittima. Ne consegue, ad esempio, che la vittima consapevole della contagiosità del *partner* che, ciò nonostante, accetti il rapporto sessuale non protetto, esprime un consenso scriminante nei confronti del *partner* stesso. Una sentenza dell'Alta Corte bavarese del 15 settembre 1989 ha statuito l'applicabilità del principio dell'autoesposizione a pericolo anche alle ipotesi di trasmissione del virus HIV (in precedenza mantenutosi nell'ambito della tossicodipendenza), scagionando l'imputato che, pur infetto, aveva intrattenuto rapporti sessuali non protetti con una minorenne che s'era consapevolmente assunta il rischio. Naturalmente, il principio dell'autoresponsabilità vige a condizione che vi sia piena corrispondenza e congruenza tra il livello di informazione e consapevolezza riguardo ai rischi di contagio tra il soggetto infetto e quello sano; in caso contrario opera l'incriminazione per omicidio (Cassazione tedesca, 4 novembre 1988, n. 262), pur con le delicate distinzioni tra dolo eventuale e colpa

cosciente sviluppatasi in Italia (Trib. Cremona cit.; Corte d'assise d'appello Brescia, 26 settembre 2000).

La giurisprudenza e la dottrina tedesche incontrano alcune difficoltà nel dimostrare il criterio discretivo tra autoesposizione a pericolo (in cui il soggetto intraprende autonomamente una condotta pericolosa per se stesso) ed esposizione a pericolo di terzo con il suo consenso (in cui il soggetto si espone consapevolmente ad un pericolo determinato da un altro soggetto, il quale non tiene l'esclusivo controllo di tale pericolo). Nel rapporto sessuale consensuale non è facile individuare chi dei due controlli la fonte del pericolo: stabilito che questo deriva dall'assenza di protezione, il controllo è esercitato congiuntamente dai due *partners*, ciascuno dei quali è libero di interrompere l'azione in ogni momento oppure di adottare le opportune cautele. Questo dovrebbe bastare per scriminare il soggetto infetto, così come basta nella partecipazione al suicidio la possibilità di fermare in ogni momento l'agente per rendere valido il consenso della vittima e scriminabile la condotta dell'agente.

Sotto un altro profilo, però, anche in Germania vige l'ostacolo rappresentato dall'articolo 226a del codice penale, che nega validità al consenso contrario al buon costume: questo determina ulteriori varianti, sullo schema dell'autoresponsabilità sopra descritto. Per taluni teorici, sulla disponibilità del bene giuridico ed i presupposti di validità del consenso incidono l'occasionalità del rapporto non protetto (nella considerazione che la scarsa probabilità del contagio nel singolo rapporto non comporta consenso ad una lesione o alla morte, bensì a un mero rischio di infezione) ovvero la pratica di rapporti con appartenenti ai cosiddetti gruppi a rischio (nella considerazione che la leggerezza comportamentale farebbe venir meno la protezione da parte dell'ordinamento giuridico). In questi casi il valore che l'ordinamento tutela è comunque la conservazione della vita,

che secondo il Dolling impone di attenersi ad un concetto di consenso qualificato: il relativamente scarso rischio di contagio del singolo rapporto può essere bilanciato dal valore positivo socialmente riconosciuto alla realizzazione della propria personalità attraverso l'attività sessuale. Diversamente, Helgerth sostiene che il consenso al rapporto sessuale non protetto risulta preminente, sul disvalore della minaccia ad un bene giuridico di rango elevato quale la vita, soltanto nel caso di relazione matrimoniale basata sul reciproco amore e dedizione. Nel primo caso, quindi, una concezione utilitaristica informerebbe il consenso e lo renderebbe valido proprio perchè a (relativamente) basso rischio, mentre nel secondo sarebbe all'opposto l'elevatissimo movente morale del consenso accordato a scriminare l'agente.

Nessuna di queste problematiche è attuale nel nostro ordinamento, che ancora si dibatte con la questione della relazione tra l'articolo 50 del codice penale e l'articolo 5 del codice civile. L'ordinamento giuridico italiano contempla infatti all'articolo 50 del codice penale, tra le cause di giustificazione o scriminanti - cioè quelle particolari situazioni tassativamente previste dalla legge, in presenza delle quali viene meno l'antigiuridicità del comportamento di per sè illecito - proprio il consenso di colui che può validamente disporre del diritto leso. La norma in esame fa

dunque richiamo, come limite al proprio ambito precettivo, alla sussistenza di un potere dispositivo del titolare del diritto.

Affinchè il consenso dell'avente diritto sia valido ed efficace, si ritiene che occorra che esso sia immune da vizi attinenti al processo formativo della volontà del soggetto dichiarante, cioè da violenza morale, dolo o errore, e che abbia ad oggetto un bene di cui il titolare possa liberamente disporre. A tal riguardo l'articolo 5 del codice civile sancisce: «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti, contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». Il problema che si pone è quindi di stabilire se, ed in quale misura, i beni della vita e dell'integrità fisica siano suscettibili di un potere dispositivo in capo al titolare. L'ulteriore limite alla rilevanza penale di comportamenti lesivi dell'integrità fisica in presenza del consenso dell'avente diritto è infatti quello derivante dalla discussa possibilità di una trasposizione dei principi sanciti dall'articolo 5 del codice civile nel campo penalistico: l'articolo 5 del codice civile risponderebbe, secondo una dottrina (2), esclusivamente ad un'esigenza di natura negoziale, prevedendo un ambito di liceità nella contrattazione concernente gli atti dispositivi del proprio corpo e sanzionando, sotto il pro-

(2) Afferma il Giunta che «il disposto dell'articolo 5 può rilevare in materia penale solo nei limiti della sua non incompatibilità logica con i caratteri e le finalità dell'intervento penalistico. Così, non si potrà ritenere che i limiti posti dall'articolo 5 del codice civile alla libera disposizione del proprio corpo invalidino il consenso scriminante solo quando l'atto di disposizione ha natura patrimoniale ed è compiuto a favore di terzi. Per questa via si giungerebbe oltretutto all'inammissibile conseguenza che i delitti contro l'integrità fisica avrebbero un ambito operativo diverso a seconda che l'aggressione al bene tutelato abbia o meno un'origine negoziale. Per converso, lo spirito dell'articolo 5 del codice civile può e deve essere rispettato in materia penale là dove circoscrive la disciplina dell'articolo 50 del codice penale ai soli casi in cui la diminuzione permanente dell'integrità fisica si riconnette ad atti di disposizione che, concretandosi in una rinuncia al bene dell'integrità, lo espongono all'altrui azione offensiva o pericolosa. Sulla base di questi rilievi risulta dunque confermata la mancanza di appigli legislativi in grado di suffragare l'asserita illiceità del suicidio. In combinato disposto con gli articoli 579 e 580 codice penale, con l'articolo 5 del codice civile, non solo non smentisce, ma anzi conferma che il vincolo alla disponibilità della vita e dell'integrità opera solo nei confronti delle aggressioni *manu alius*, non anche nelle ipotesi di autoaggressione, che si pongono in uno spazio di azione non regolato dal diritto e dunque consentito»: F. Giunta, *Diritto di morire e Diritto penale, I termini di una relazione problematica*, Relazione svolta al Convegno Internazionale di Studi sul tema: «Una norma giuridica per la bioetica (Siena, 9-11 giugno 1994)», p. 88. Sul punto anche F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 314.

filo strettamente civilistico, con lo strumento della nullità, i negozi posti in essere in violazione dei limiti stabiliti dalla norma stessa, rendendoli privi di qualsiasi effetto giuridico.

Ad escludere l'applicabilità della scriminante quando si disponga della vita umana, poi, si oppone la fattispecie incriminatrice per l'omicidio del consenziente: tuttavia, nelle fattispecie di omicidio l'elemento «consenso» è preso in considerazione dal legislatore quale requisito costitutivo e specializzante del reato di omicidio del consenziente, ipotesi meno grave rispetto all'omicidio comune. La Suprema Corte, con sentenza 22 febbraio 1990, n. 2501, ha puntualizzato che «la speciale configurazione data all'omicidio del consenziente e la sua sussunzione in autonoma e tipica ipotesi di reato, nella quale sono previste pene edittali minori rispetto al comune omicidio volontario, sono fondamentalmente derivate dalla considerazione che, sebbene ivi figure legislativamente consacrata l'indisponibilità del bene della vita pure da parte del titolare del relativo diritto, tuttavia alla configurazione della fattispecie partecipa proprio il consenso della persona offesa che, negli altri casi, scrimina la condotta dell'autore (articolo 50 codice penale). Ciò trova conferma nella configurazione del terzo comma dell'articolo 579 del codice penale nel quale si ripristina la ravvisabilità delle disposizioni relative all'omicidio (articoli 575-577 codice penale), ogni qualvolta la manifestazione di volontà del consenziente debba ritenersi viziata in conseguenza di presunzione legale o di accertamenti di fatto.»

Tale situazione normativamente descritta si riproduce esattamente nei casi di eutanasia propriamente detta, cioè qualora si verifichi l'uccisione diretta e volontaria di un paziente terminale in condizioni di grave sofferenza su sua richiesta. Il consenso prestato, per

produrre gli effetti descritti, deve tuttavia presentare alcuni connotati essenziali. Oltre alla già indicata immunità da vizi della volontà, è necessario che esso provenga dalla persona legittimata ad esercitarlo, che questa possieda la relativa capacità di esprimerlo, quindi essenzialmente la naturale capacità di intendere e di volere, ed infine che esso sia attuale, cioè perduri in capo al titolare del diritto dal momento della sua prestazione sino al compimento della condotta materiale (3). La manifestazione di volontà dell'avente diritto non richiede tuttavia necessariamente la forma esplicita in quanto la giurisprudenza ha attribuito efficacia anche al consenso presunto nei casi in cui, per le particolari condizioni della vittima, si potesse ritenere che, se fosse stata cosciente, lo avrebbe prestato (cfr. Corte d'Assise Roma, 25 febbraio 1984 che, disattendendo le risultanze di una perizia psichiatrica che affermava la grave insufficienza mentale della vittima di un omicidio, tale da non consentirgli di esprimere un valido consenso alla propria uccisione, ha ritenuto potersi desumere implicitamente la sua sussistenza in base ad altri elementi, in particolare sulla base dei rapporti di natura affettiva ed educativa intercorsi tra i due soggetti).

Tuttavia, sebbene debba considerarsi pacifico, anche da parte di questa giurisprudenza, il carattere di indisponibilità del bene vita, non altrettanto può dirsi per quel che riguarda l'integrità fisica. Recente giurisprudenza (Tribunale Militare di Torino, 9 febbraio 1999, sent. n. 123) è giunta infatti ad affermare che, in presenza di un comportamento che abbia cagionato lesioni consistenti in un'ustione di terzo grado, il consenso dell'avente diritto escluda la punibilità dell'agente.

A sostegno della decisione adottata il giudice di merito, in aperto contrasto con la giu-

(3) In tal senso la Suprema Corte secondo la quale il consenso, serio, esplicito e non equivoco, deve perdurare «sino al momento in cui il colpevole commette il fatto», Cass. 25 luglio 1991, n. 8128.

risprudenza consolidata, afferma che neppure il consenso avente ad oggetto il bene della vita risulta irrilevante in senso assoluto. Esso comporta infatti la diversa qualificazione giuridica della condotta materiale, riconducibile non più all'omicidio volontario bensì all'omicidio del consenziente, che prevede una pena edittale inferiore. A fronte, quindi, del rilievo attribuito dal legislatore all'elemento del consenso nelle fattispecie di omicidio, evidenzia il collegio, non esiste invece una norma analoga che sanzioni più lievemente la lesione del consenziente. Sembrerebbe pertanto contrario al principio di ragionevolezza ritenere che i redattori del codice Rocco abbiano voluto attribuire all'avente diritto un potere, seppur limitato, di disporre del bene vita, non facendo altrettanto con riguardo al bene dell'integrità fisica. La decisione di non tipizzare la lesione del consenziente deve perciò ritenersi una precisa scelta operata dal legislatore, quella cioè di non punire tale comportamento, che deve pertanto ritenersi lecito.

Invece, per quanto riguarda l'eutanasia attiva, nel nostro ordinamento anche se c'è il consenso della vittima, il soggetto agente è punito ai sensi dell'articolo 579 del codice penale. Se non c'è il consenso, perchè il malato è in coma o comunque in stato di incapacità di intendere e di volere, l'agente è punito per omicidio doloso (tuttavia la giurisprudenza prevalente ritiene che il consenso possa ritenersi presunto ove, per le particolari condizioni della vittima, si possa affermare che, se fosse stata cosciente, lo avrebbe prestato: in tal caso il soggetto agente è punito per omicidio del consenziente). Può ritenersi sussistente l'attenuante di aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62, n. 1 codice penale); tuttavia tale attenuante diviene in pratica inutilizzabile a causa della compresenza dell'aggravante della premeditazione, che impedisce l'applicazione delle diminuzioni di pena previste.

Per quanto riguarda l'eutanasia passiva, il soggetto può essere considerato responsabile della morte ai sensi dell'articolo 40 del codice penale (che equipara il non impedire l'evento al cagionarlo volontariamente) solo ove sussista a suo carico un esplicito dovere giuridico di impedire l'evento morte. La dottrina prevalente ritiene tuttavia punibile la sola eutanasia passiva non consensuale. Per quanto riguarda l'eutanasia passiva consensuale occorre fare riferimento all'articolo 32, comma secondo della Costituzione, secondo il quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge. Da tale principio costituzionale si deduce che la scelta di sottoporsi o meno alle cure è un diritto di libertà della persona. Per cui non è possibile praticare una cura contro la volontà espressa del paziente, anche quando l'omissione della cura o la sua sospensione porti alla morte. Se dunque il malato esercita il suo diritto di non curarsi, il medico avrebbe l'obbligo di sospendere le cure e l'eventuale persistenza dell'attività medica viene in tal caso condannata e definita *accanimento terapeutico*.

L'eutanasia passiva consensuale è dunque considerata lecita ed oggi comunemente ammessa: tuttavia va puntualizzato che il diritto di lasciarsi morire non coincide, secondo la dottrina prevalente, con il diritto di morire, ma si tratta del più limitato diritto di non curarsi, garantito dalla Costituzione. Pertanto il diritto di disporre della propria vita è riconosciuto solo nel caso in cui la morte segua ad un processo causale estraneo alla volontà del soggetto e rispetto al quale si ammette il diritto di non resistere. La liceità della eutanasia passiva consensuale trova dunque fondamento nel riconoscimento che, essendo svolta nell'interesse del paziente, l'attività terapeutica può essere da questi rifiutata (*voluntas aegroti suprema lex*); la malattia farà allora il suo corso e per il diritto la morte sarà opera della natura.

Da tutta questa complessa elaborazione giurisprudenziale s'è cercato di ripartire per

sostenere tesi contrarie al comune sentire. Affermando che non sempre c'è una terapia da rifiutare per poter morire, e non sempre il rifiuto della terapia conduce a una morte rapida e indolore, è stato sottolineato come l'attuale formulazione dell'articolo 579 del codice penale crei una discriminazione tra il malato terminale in grado di porre fine autonomamente alle sue sofferenze ed il malato terminale che, a causa delle sue condizioni psico-fisiche, non è in grado di farlo, necessitando così dell'aiuto di un terzo. Da taluni è stato perciò reclamato, in base ai principi generali della Costituzione, il cd. diritto di morire con dignità. Anche in replica a questi argomenti, Olimpia Tarzia ha speso riflessioni meritevoli di essere riportate per intero:

«Anche per il non credente nell'uomo è presente un mistero, una diversità qualitativa rispetto ad ogni altro essere creato, una trascendenza rispetto alle cose e alle altre individualità biologiche vegetali o animali, che lo rende sempre fine e mai mezzo, sempre soggetto e mai oggetto, sempre persona e mai cosa. Questo è, appunto, il senso della "dignità", che è parola chiave nella cultura e nel diritto moderni. La dignità, insomma, è una caratteristica dell'uomo in quanto tale, non la condizione da cui dipende l'esistenza dell'umanità. Non può dirsi un individuo vivente appartenente alla specie umana che non abbia "dignità". Nella dignità umana si radicano i diritti fondamentali, quello alla vita, quello alla salute, quello alla libertà eccetera gerarchicamente ordinati tra di loro. Perciò la lotta per difendere la vita, la salute, la libertà eccetera è compito doveroso ed essenziale della società. La lotta contro la sofferenza ne è parte necessaria, anche se la dignità umana può riflettere nel modo più alto e diventa eroica quando l'uomo sa accettare coraggiosamente e generosamente la sofferenza e di contro neppure il dolore può annullarla od offuscarla. L'esempio di S.S. Giovanni Paolo II recentemente scomparso dà contezza dell'eroicità della sua vita specie

nella fase finale. Questo non significa, lo si ripete, che non si debba destinare il massimo impegno alla lotta contro il dolore. Si vuole soltanto affermare che, anche quando la sofferenza non sia vinta, la dignità umana non è per niente cancellata e che il dolore, almeno in una luce religiosa, non può essere dichiarato sempre inutile. La prima concreta manifestazione della dignità umana è il diritto alla vita. Esso, oltretutto implicitamente garantita attraverso il riconoscimento dei diritti dell'uomo è spesso esplicitamente menzionata in solenni testi giuridici internazionali e costituzionali. Basti ricordare l'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, l'art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, adottata dal Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950, l'articolo 6 della Convenzione sui diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 20 novembre 1989, gli artt. 15 della Costituzione spagnola, 2 di quella tedesca, 5 di quella greca, 25 di quella portoghese, 40 di quella irlandese. La proclamazione del diritto alla vita è accompagnata dalla affermazione che esso spetta ad ogni singolo uomo, senza alcuna distinzione e dalla dichiarazione della sua "inviolabilità".

Necessaria conseguenza è il divieto di ogni atto uccisivo. A questo proposito va richiamato in modo particolare l'articolo 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani, sia per la sua dettagliata formulazione che investe direttamente anche il tema della eutanasia, sia per la sua autorevolezza. Esso afferma: "Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nei casi in cui il delitto sia punito dalla legge con tale pena".

Il comma successivo indica tassativamente gli altri casi "in cui la morte non è conside-

rata inflitta in violazione di questo articolo". Si tratta della legittima difesa e dei casi di evasione e di repressione di una sommossa o insurrezione se l'uso della forza appare assolutamente necessario.

In tutti gli ordinamenti giuridici i diritti personalissimi sono indisponibili. Ciò vale ad esempio per il diritto all'integrità fisica e per il diritto alla libertà. Sono certamente nulli i contratti con cui taluno si obbligasse a cedere una parte significativa del proprio corpo o si rendesse schiavo di altri. A maggior ragione è indispensabile il diritto alla vita che è il presupposto della integrità fisica e della libertà.

Ci si rende ben conto, tuttavia, che la spinta per legalizzare l'eutanasia mira appunto a modificare le normative esistenti. Ma si tratta di valutare se esiste una ragione sufficiente per un cambiamento che intaccherebbe profondamente un principio fondamentale, che gli Stati e l'ordinamento internazionale hanno faticosamente costruito nel corso della storia. Nella concezione più estrema tale ragione viene individuata in una idea di libertà intesa anche come scelta tra l'esistere e il non esistere».

Si tratta di una ricostruzione normativa che ha ricevuto autorevole conferma proprio in sede europea. Mentre nel nostro paese s'è recentemente ricorso ad un gioco di parole per non affrontare *ex professo* la questione (cfr. Corte d'assise d'appello di Milano 24 aprile 2002, (caso Forzatti), che ha assolto l'imputato per «non aver commesso il fatto» in quanto a detta della Corte la vittima era già morta, almeno cerebralmente), la sentenza 29 aprile 2002 della Corte europea dei diritti dell'uomo (caso Pretty), ha valutato la questione in rapporto al diritto alla vita tutelato dalla citata Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La disamina è stata piuttosto rigorosa, ma i giudici di Strasburgo non hanno trovato elementi per spingere l'articolo 2 della Convenzione oltre i limiti della proclamazione

del diritto positivo: in altri termini, esso non si può spingere fino alla tutela del diritto negativo alla vita (cioè quello di porvi fine), e questo perchè non è costruito come un generale diritto all'autodeterminazione. Non compete cioè alla Corte salvaguardare il cittadino nel conseguimento delle sue intenzioni, quando queste non passano (e non è questo il caso) per l'operato di strutture pubbliche: neppure la innegabile natura degradante del mantenimento in vita innegabile, e per la quale la Corte confessa di sentirsi «simpatetica» con la ricorrente - si può imputare allo Stato, che neppure alla luce dell'articolo 3 della Convenzione può ritenersi obbligato a legittimare azioni che siano finalizzate a porre termine a vite condotte nella certa prospettiva di sofferenze atroci.

Lo Stato britannico però non resta agnostico dinanzi al dilemma esistenziale della signora Pretty: nel suo ricorso, ella lamentava che - in violazione dell'articolo 8 della Convenzione - il *Suicide Act* che sanzionerebbe penalmente l'aiuto offertole dal marito (in quanto essa, paralizzata, non è in grado di togliersi la vita da sola), rappresenta nei fatti un'interferenza della sua vita privata (e quindi nella libertà delle sue scelte, anche se queste per la Corte non sono elevate al rango di convinzioni o pratiche protette ai sensi dell'articolo 9 della Convenzione). In tal caso, però, la prova di resistenza imposta dalla norma è quella della legalità e della necessità dell'ingerenza in una società democratica: per la Corte la sanzione penale prevista dall'ordinamento britannico per l'aiuto al suicidio supera vittoriosamente questa prova, tanto più che un'esenzione «preventiva» dalla punibilità penale contrasterebbe con i principi fondamentali dello Stato di diritto (che negano l'esistenza di ambiti d'immunità, per cui il rifiuto del pubblico ministero inglese alla richiesta dei coniugi Pretty non può dirsi arbitrario o irragionevole).

Quanto all'ultimo motivo di ricorso, quello fondato sull'articolo 14 della Convenzione che reca il principio di non discrimina-

zione, si trattava di quello, effettivamente, più delicato, sul quale l'inadeguatezza delle scelte legislative emerge con maggiore evidenza. Parificare le situazioni di coloro che sono mentalmente incapaci con quelle di coloro che sono perfettamente in grado di intendere e volere può apparire una forzatura eccessiva della legge, che assoggetta al massimo rigore le scelte dei secondi solo per non correre il rischio di lasciare non tutelati i primi. Eppure anche qui la Corte europea ha scelto di rimarcare che - essendo assai tenue la linea di confine tra le due categorie - la protezione che i deboli ed i vulnerabili meritano rende obiettivamente giustificata la legge che non distingue tra le due categorie ed accorda a tutti la massima salvaguardia, quella della vita (quale che sia) contro la morte.

Una soluzione legislativa che disciplini forme e limiti del consenso alle modalità di interventi sanitari, quindi, sebbene non necessitata costituzionalmente o convenzionalmente, è opportuna, per non dare adito soltanto alle oscillazioni giurisprudenziali su tali vicende che, occorre ricordarlo, attonano all'intimo delle scelte più personali dell'individuo.

Neppure la proposta di modifica dell'articolo 50 del codice penale avanzata dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice presieduta dal prof. Pagliaro ha affrontato la tematica: essa si fece carico di alcuni dei requisiti di validità del consenso, rapportandoli alla capacità del titolare in relazione della natura dell'atto, ma confermò che essi avrebbero riguardato i soli reati aventi ad oggetto interessi disponibili. Entro questi limiti, si proponeva di riconoscere la rilevanza del consenso presumibile, stabilendone i presupposti e, fra questi, la verosimile utilità obiettiva al momento del fatto per il titolare dell'interesse. È evidente che questa prospettazione non soddisfa la tematica in questione, visto che nel caso di specie si versa in ambiti estranei a considerazioni di tipo utilitario.

Per questi motivi l'articolo 6 del presente disegno di legge interviene, ridisciplinando esplicitamente sia il consenso dell'avente diritto sia la fattispecie incriminatrice dell'articolo 579 del codice penale, allo scopo di rimuovere le incertezze giurisprudenziali sopra evidenziate.

DISEGNO DI LEGGE
—

Art. 1.

(Finalità)

1. La presente legge disciplina le modalità della tutela e della salvaguardia della vita e della dignità umane nel trattamento medico e sanitario delle patologie, inibendo quelle modalità che siano in contrasto con i principi della deontologia medica.

2. Le tutele previste dalla presente legge si applicano fino al pieno recupero del paziente ovvero all'accertamento di morte pronunciato in conformità alle disposizioni della legge 29 dicembre 1993, n. 578.

Art. 2.

*(Informazione sulla patologie
e consenso alle terapie)*

1. Ogni individuo maggiorenne capace di agire ha il diritto ad essere informato, in modo esauriente e comprensibile da parte del personale medico competente, riguardo alla diagnosi e alla prognosi delle patologie da cui è affetto, alla natura, ai benefici e ai rischi delle procedure diagnostiche e terapeutiche consigliate, nonchè alle opportunità terapeutiche alternative. L'obbligo in un capo al personale medico e sanitario di fornire tali informazioni non sussiste nel caso i titolari del diritto dichiarino espressamente di non volere essere informati.

2. Ferme restando le norme penali recate dalle disposizioni dell'articolo 6, i soggetti di cui al comma 1 hanno il diritto di prestare o di negare il proprio consenso relativamente a qualsiasi trattamento sanitario loro consigliato.

3. Ad esclusione dei trattamenti sanitari obbligatori per legge, il medico non intraprende attività diagnostica e terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente. Qualora, in situazione di emergenza, non sia possibile ottenere il consenso di cui al comma 2, si applica l'articolo 8 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997 e resa esecutiva dalla legge 28 marzo 2001, n. 145.

4. Al di fuori dei casi di cui all'articolo 3 comma 2, il medico non può consentire di sospendere, a richiesta del paziente, i trattamenti terapeutici clinicamente testati e di comprovata efficacia nel caso in oggetto.

5. In qualsiasi momento siano espresse, ai sensi dell'articolo 9 della citata Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, le manifestazioni di volontà con cui il paziente rende nota la determinazione di porre fine alla propria esistenza sono prese in considerazione esclusivamente come atto di consenso alla sospensione dei trattamenti, purchè ricorrano le condizioni di cui al presente articolo relative all'informazione e al consenso.

Art. 3.

(Divieto di accanimento terapeutico)

1. È fatto divieto al personale medico di ricorrere ad interventi medici di prolungamento della vita non rispettosi della dignità del paziente. L'obbligo deontologico di adottare tutte le pratiche necessarie alla tutela della salute fisica e psichica del paziente, nella continuità delle cure, non può giustificare trattamenti dai quali non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato o un miglioramento della sua qualità di vita.

2. La sospensione dei trattamenti di cui al comma 1, quando non risultano più proporzionati all'effetto terapeutico desiderato,

non dà luogo a responsabilità civile, penale, amministrativa o professionale del medico o del sanitario, purchè questi dimostri di aver prestato la propria opera ai fini dell'assistenza morale e della somministrazione di una terapia atta ad eliminare o alleviare le sofferenze, nonchè per quanto possibile, a garantire una soddisfacente qualità della vita.

3. La sospensione dei trattamenti di cui al comma 1 avviene previo consenso del paziente o, qualora questo non sia in condizioni di intendere e di volere, dei familiari dello stesso o di chi ne ha la legale rappresentanza. La manifestazione scritta del consenso, espressa dai soggetti di cui al presente comma, è allegata alla cartella clinica del paziente, unitamente alla determinazione scritta del medico curante di sospende i trattamenti.

4. La proporzionalità del trattamento agli effetti terapeutici desiderati è oggetto di periodico controllo da parte del personale medico curante, che è tenuto a riprendere il trattamento laddove emergano segni di migliore rispondenza del paziente alle cure.

5. L'obbligo di sospensione dei trattamenti si applica anche alle tecniche di crioconservazione degli embrioni, la cui cessazione non dà luogo alle sanzioni di cui all'articolo 14 della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

Art. 4.

(Cure palliative)

1. In conformità ai requisiti stabiliti dall'atto di indirizzo e coordinamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 20 gennaio 2000, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 67 del 21 marzo 2000, le regioni si attivano per la diffusione, nei territori di rispettiva competenza, di centri residenziali di cure palliative.

2. I centri di cui al comma 1 garantiscono adeguata assistenza in caso di patologie progressive, in fase avanzata, a rapida evoluzione e a prognosi infauste e per le quali, co-

munque, i trattamenti previsti dai protocolli medici risultano inefficaci, alleviando le sofferenze per l'intera durata di tali patologie fino al momento dell'accertamento della morte cerebrale in conformità ai criteri e alle modalità di cui al decreto del Ministro della sanità 22 agosto 1994, n. 582.

Art. 5.

(Sanzioni disciplinari)

1. La violazione degli obblighi di cui all'articolo 2, commi 1, ultimo periodo, 3 e 4, e all'articolo 3, commi 1 e 4, comporta la responsabilità disciplinare del personale medico o sanitario inadempiente, a carico del quale l'ordine di appartenenza infligge una sanzione non inferiore alla sospensione per tre mesi dall'iscrizione all'Albo.

Art. 6.

(Modifiche al codice penale)

1. L'articolo 50 del codice penale è sostituito dal seguente:

«Art. 50. - *(Consenso dell'avente diritto)*.
- Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne.

La norma del primo comma non si applica all'azione od omissione che causa la morte di un soggetto, neppure quando ciò avvenga allo scopo di eliminare i dolori patiti dallo stesso».

2. L'articolo 579 del codice penale è sostituito dal seguente:

«Art. 579. - *(Omicidio del consenziente)*. - Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso esplicito, non equivoco e perdurante di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni.

Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61, se non a carico del medico

e degli altri operatori sanitari che effettuano, o altrimenti favoriscono, trattamenti diretti a provocare la morte del paziente.

Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:

1) contro una persona minore degli anni diciotto;

2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti;

3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

