

Consenso informato, legge n. 219 del 2017 e sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019 nella prospettiva del giudice civile*

di Gabriella Luccioli

Sommario: 1. Il principio di autodeterminazione e i principi ispiratori della legge n. 219 del 2017 - 2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019 - 3. Alcuni spunti critici - 4. Conclusioni.

1. Il principio di autodeterminazione e i principi ispiratori della legge n. 219 del 2017

Per intendere pienamente la portata della sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019 non può non prendersi le mosse, sia pure per brevi cenni, dalla legge n. 219 del 2017 e dai principi cui essa si ispira.

Detto testo normativo, che nelle sue scelte di fondo si allinea alle opzioni degli Stati di orientamento liberale, nel richiamare in apertura gli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e gli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ha chiaramente inteso porre a solido fondamento delle scelte adottate quel complesso di principi e diritti della persona che permeano sia il nostro sistema costituzionale sia l'ordinamento sovranazionale, in una prospettiva di piena integrazione tra garanzie di fonte diversa, tutte riconducibili all'essenza della persona. In particolare il riferimento all'art. 2 Cost. indica che la materia trattata attiene ai diritti fondamentali e inviolabili, che vengono espressamente identificati in quelli alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione.

Il primo comma dell'art. 1 fissa il principio del *consenso libero e informato*, che unicamente legittima ogni trattamento sanitario e che comporta la facoltà per il paziente di rifiutare o di interrompere in ogni momento tutte le cure cui è sottoposto, esprimendo una volontà che il medico non può ignorare. E' dunque ribadita la centralità del consenso, quale massima proiezione in campo medico del principio di *autodeterminazione* e quale diritto fondamentale della persona, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 438 del 2008 e dalla Corte di Cassazione con la sentenza Englaro n. 21748 del 2007. Sotto questo profilo la legge n. 219 del 2017 non può certo considerarsi innovativa, dispiegandosi la sua trama normativa come naturale sviluppo di dette pronunzie.

Il consenso non implica il riconoscimento del *diritto di morire*, ma include il diritto di rifiutare tutte le cure, non solo quando non vi è più speranza di guarigione, ma anche se le condizioni del mantenimento in vita sono divenute intollerabili nella percezione del malato, atteso che la salute non è un bene che può essere imposto al soggetto interessato. E' peraltro evidente che il diritto al rifiuto dei trattamenti

sanitari lasciando che la natura segua il suo corso è cosa diversa da un presunto diritto al suicidio: lasciar morire accompagnando la persona nel suo fine vita vuol dire soltanto attuare una sorta di desistenza da interventi terapeutici in atto, liberando il malato da trattamenti non voluti.

Ciò vale a dire che l' art. 32 Cost., prevedendo il diritto al rifiuto delle cure in via assoluta, anche a costo della morte, eleva la libertà personale del singolo al di sopra del valore della sua vita. Ciò vale anche a dire che il principio di autodeterminazione in ordine ai trattamenti sanitari va riferito non tanto al diritto alle cure, ma alla tutela dell'identità personale, per tale via sostituendosi all' idea di salute in senso medico una diversa idea di salute in senso soggettivo, che valorizza la dimensione identitaria del benessere fisico, psichico e sociale percepito.

La scelta del malato è insindacabile, siccome espressione del suo personalissimo bilanciamento tra i possibili esiti del trattamento, i sacrifici necessari, la qualità e dignità dell'esistenza che da tale trattamento potrà conseguire. L' obbligo del medico di rispettare tale scelta, alla quale - come ricordato - resta subordinata la legittimità dell'intervento terapeutico, esclude qualsiasi apertura a forme di obiezione di coscienza, salva la specifica ipotesi di cui al comma 6 dell'art.1, concernente la richiesta da parte del malato di *trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali*, a fronte della quale il medico non ha obblighi professionali.

Come sin dall' inizio previsto da alcuni commentatori, la legge n. 219 del 2017 non ha costituito un punto di arrivo, ma una base di partenza verso ulteriori sviluppi, sollecitati da nuove istanze di tutela di soggetti che reclamavano il diritto di disporre della propria vita con scelte radicali, sulla spinta del *movimento necessario delle cose* evocato da Montesquieu.

2. La sentenza n. 242/2019 della Corte Costituzionale

L' ordinanza n. 207 del 2018 e successivamente la sentenza n. 242 del 2019 della Corte Costituzionale si allineano alle acquisizioni della legge n. 219 del 2017, ma compiono un passo ulteriore nel riconoscimento della dignità della persona e nel rispetto della sua autodeterminazione anche nei momenti finali dell'esistenza.

Nella prospettiva considerata la morte non si configura più come un destino, ma come un evento che può essere gestito e reso compatibile, nelle modalità del suo compimento ed entro certi limiti anche nei tempi, con le concezioni personali del malato. Il punto di analisi si sposta dall' autodeterminazione del singolo in materia sanitaria e dal rifiuto delle cure alla configurazione di nuovi spazi di liceità di condotte di agevolazione al suicidio.

Come è noto e come era facile prevedere, il Parlamento ha ritenuto di non avvalersi dello spazio temporale previsto per il suo intervento dal giudice delle leggi nell'ordinanza interlocutoria n. 207 del 2018, così che all'udienza già fissata del 24 settembre 2019 la Corte Costituzionale, registrato il silenzio del legislatore, ha emesso la sentenza n. 242, con la quale, riprendendo ampiamente i passaggi argomentativi dell'ordinanza e completandone il disegno, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017 n. 219, ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza, con modalità equivalenti, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona (1) affetta da una patologia irreversibile, (2) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che reputa assolutamente intollerabili, (3) tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, (4) ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del Servizio Sanitario Nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente

Come osserva la stessa Corte Costituzionale, si trattava e si tratta di condizioni cliniche neppure immaginabili al tempo in cui la norma penale fu introdotta, rese possibili dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, in presenza delle quali l'assistenza di terzi si prospetta per il malato come l'unica via di uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, ad un mantenimento artificiale in vita non più tollerabile, in quanto la decisione di liberarsi di un corpo divenuto prigioniero e di porre termine ai tormenti che esso infligge ha bisogno per essere attuata della vicinanza e dell'aiuto materiale degli altri.

La rigorosa perimetrazione dell'ambito di legittimità della richiesta di aiuto al suicidio rende evidente che esso non può essere invocato dai soggetti minori di età, anche se in grado di autodeterminarsi.

Altrettanto evidente è l'impossibilità di inserire detta richiesta nelle DAT, che come è noto costituiscono lo strumento con il quale un soggetto capace esprime per quando non sarà in grado di farlo la propria volontà in ordine ai trattamenti sanitari da praticare o non praticare sulla sua persona.

La Corte delle leggi, considerato come punto acquisito che nel sistema normativo italiano ed in quello convenzionale il diritto di vivere non si converte nella banalità del suo contrario, il diritto di morire, già escluso dalla sentenza Englaro n. 21748 del 2007 nonché, tra le altre, dalla decisione della Corte di Strasburgo 29 aprile 2002 nel caso *Pretty c. Regno Unito* ed erroneamente ravvisato dal giudice remittente, tiene ferma la validità del precetto penale in presenza di condotte agevolative che spianino la strada a scelte suicide: rileva infatti la Consulta che l'incriminazione, oltre che dell'istigazione, dell'aiuto al suicidio è funzionale alla

tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più fragili ed influenzabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da scelte estreme ed irreversibili con il precetto di cui all' art. 580 c.p., in questo caso innescandosi una *relatio ad alteros* di fronte alla quale emerge, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita. Nella prospettiva assunta l'art. 580 c.p. difende la genuinità della volontà dell'individuo nel porre termine alla vita e realizza al tempo stesso una barriera contro indebite intromissioni di soggetti terzi.

In siffatto quadro di riferimento la Corte Costituzionale affronta la specificità delle situazioni di estrema sofferenza chirurgicamente ritagliate nei termini sopra precisati, osservando che entro il particolare ambito considerato il divieto assoluto di aiuto finisce per limitare la libertà di autodeterminazione nella scelta delle terapie e si risolve nell'imposizione di un'unica modalità di porre fine alla propria esistenza, quella di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi - pur non invocati dal giudice remittente - di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (così il par. 9 del *considerato in diritto* dell'ordinanza. In senso analogo il punto 2.3 del *considerato in diritto* della sentenza).

Nel far riferimento al principio della dignità umana la Corte intende chiaramente assumere una accezione soggettiva del concetto di dignità, in tal modo configurando non già - come sopra osservato - un diritto a morire, ma un più limitato diritto del malato ormai esausto al rispetto della propria personale concezione della dignità e della scelta di liberarsi delle sofferenze accelerando la propria fine.

Nella valutazione della Corte e nello spirito di un'etica consequenzialista la rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale, lasciando che la malattia segua il suo corso, ed il suicidio assistito, procurandosi direttamente la morte, si pongono quindi come sostanzialmente equivalenti, in quanto entrambi accelerano la fine della vita del malato. In questa prospettiva diventa centrale non il fatto in sé del morire, ma *il tempo* del morire^[1], in quanto nella percezione del malato non vi è più alternativa alla fine della vita.

Come appare evidente, l'aiuto materiale prestato dal terzo non rende superfluo o ininfluenza l'atto finale e definitivo, che deve essere comunque posto in essere dal malato: in caso diverso si realizzerebbe l'ipotesi di omicidio del consenziente sanzionata dall' art. 579 c.p.

La Corte traccia una sorta di *identikit* del soggetto che può ricorrere all'aiuto terminale, collocandolo nel punto di intersezione degli spazi di operatività del rifiuto di cure e dell'interesse a una morte dignitosa e senza sofferenza^[2].

Nel relativo percorso argomentativo la Corte supera i profili strettamente penalistici della questione: prendendo le mosse dal diritto - ora sancito dalla legge n. 219 del 2017, ma già presente nell' ordinamento - di ogni persona capace di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, essa rafforza e dà ulteriore spazio al principio di autodeterminazione individuale, riconoscendo la massima tutela alla dignità umana, intesa come dignità anche nella morte.

Qui sta la maggiore apertura rispetto alle scelte compiute dal legislatore con la legge n. 219 del 2017, nella acquisita consapevolezza che nessuna autorità può ergersi a giudice della quantità e qualità delle sofferenze che un soggetto malato ed inguaribile può essere disposto a tollerare.

Ne deriva che non è ravvisabile tra i doveri del medico la difesa del paziente da se stesso, a fronte della fondamentale esigenza di tutela del medesimo da ulteriori sofferenze terminali non più tollerabili e non corrispondenti alla sua idea di dignità.

Ne deriva altresì che il rapporto tra medico e paziente, analiticamente descritto e fortemente valorizzato nella legge n. 219 del 2017, appare qui in certa misura ridimensionato, non offrendosi al sanitario alternativa diversa dall' opporre obiezione di coscienza, una volta preso atto della sua volontà definitiva, maturata liberamente dopo che gli siano state prospettate le conseguenze della sua decisione e le possibili alternative e dopo che si sia dato conto di tale interlocuzione nella cartella clinica, secondo le indicazioni di cui all' art. 1 comma 5 della legge n. 219.

Qui ancora si palesa l'abissale distanza dall' approccio del codice penale del 1930, che considerava la sanzione prevista dall' art. 580 c.p. come misura a tutela del diritto alla vita, inteso come valore in sé, a prescindere dalla volontà del suo titolare, come bene supremo che lo Stato si fa carico di salvaguardare, in una visione confessionale della sua sacralità. Nel delineare una precisa e circoscritta area di incostituzionalità della norma penale la Corte ridefinisce la fattispecie incriminatrice in termini più coerenti con i valori costituzionali, valorizzando al massimo l'autonomia decisionale del paziente in connessione con la tutela della dignità umana.

La circostanza che non sia enucleabile una soluzione a rime obbligate, secondo il noto approccio crisafulliano volto a fissare la delimitazione dei poteri tra legislatore e Corte Costituzionale, non impedisce alla Corte di riempire il vuoto conseguente alla ravvisata incostituzionalità della norma, non potendosi consentire, al cospetto dell' inerzia del legislatore, una menomata protezione di diritti fondamentali e dovendosi quindi provvedere a riempire quel vuoto *ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorchè non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento* (n. 4 del considerato in diritto).

La norma penale così ritagliata si fa presidio della tutela dei diritti fondamentali del malato; l'immissione nell'ordinamento di una disposizione nuova vale a rendere costituzionalmente legittima una norma che in precedenza non era tale.

Ne risulta in tal modo abbandonata, forse definitivamente, la teoria delle rime obbligate che per molto tempo aveva costituito un saldo punto di riferimento nella modulazione delle sentenze della Corte. Tale abbandono, che realizza un più intensa portata delle decisioni della Corte come fonti integrative dell'ordinamento, è peraltro riscontrabile anche nella recentissima sentenza della stessa Corte n. 156 del 2020, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 131 *bis* c.p. nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva: detta pronuncia si pone come inevitabile conseguenza dell'inerzia del legislatore rispetto al preciso monito rivoltagli nella precedente pronuncia n. 207 del 2017 *ad intervenire per evitare il protrarsi di trattamenti penali generalmente avvertiti come iniqui* e al tempo stesso conferma la crescente disponibilità del giudice delle leggi a ricorrere al parametro della ragionevolezza, pur in assenza di rime obbligate. Poco prima la Consulta ha utilizzato la medesima tecnica decisoria con l'ordinanza n. 132 del 2020, che ha rinviato al giugno 2021 la decisione sulla questione di costituzionalità degli artt. 595 c.p. e 13 della legge n. 47 del 1948, nella parte in cui prevedono la pena della reclusione, alternativa o cumulativa alla multa, per il soggetto ritenuto responsabile del delitto di diffamazione aggravata a mezzo stampa, così da consentire al legislatore - cui ha formulato un appello in termini non dissimili da quelli usati nel caso Cappato - di approvare una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali.

Per tale via il giudice delle leggi, ponendosi come mediatore tra esigenze della politica e Costituzione, si orienta a realizzare interventi creativi, piuttosto che reperire soluzioni meramente demolitorie, al tempo stesso sollecitando il legislatore ad una maggiore attenzione ai diritti fondamentali ed ai principi costituzionali.

Nella sentenza ora in esame la Corte, nell'assumere su di sé l'onere di riempire il vuoto normativo fornendo una disciplina legale alla prestazione di aiuto materiale al suicidio, in adesione ad una linea già tracciata con le sentenze n. 27 del 1975 in materia di interruzione volontaria della gravidanza e n. 96 e 229 del 2015 in tema di procreazione medicalmente assistita subordina la non punibilità al rispetto di specifiche cautele, individuando, come già ritenuto in via interlocutoria, la terapia del dolore e l'accesso alle cure palliative quali prerequisiti della scelta da compiere, nell'implicito convincimento che la determinazione del soggetto malato per una soluzione di morte non può considerarsi libera ove egli sia afflitto da sofferenze croniche divenute intollerabili e non lenite da trattamenti palliativi.

Tra i requisiti procedurali essa indica altresì la totale medicalizzazione del procedimento, secondo la disciplina contenuta negli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017, il suo svolgimento all' interno di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, che in ragione della sua natura è in grado di garantire la correttezza delle modalità di esecuzione, e l'intervento dei comitati etici territorialmente competenti, investiti istituzionalmente di funzioni consultive, quali organi terzi cui affida la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità innanzi descritte attraverso un parere che si tende in dottrina a ritenere abbia carattere vincolante.

La Corte distingue inoltre i fatti successivi alla pubblicazione della propria pronuncia da quelli anteriori, sull' ovvia considerazione che le condizioni previste nel primo caso, in quanto indicate solo nella sentenza, non risulterebbero mai nella pratica puntualmente soddisfatte nel secondo, ed attribuisce in detto caso al giudice il compito di verificare con maggior margine di discrezionalità^[3] l' avvenuta osservanza in concreto di modalità anche diverse da quelle previste per l' altro caso, ma comunque idonee a fornire garanzie sostanzialmente equivalenti, ed in particolare che le condizioni del richiedente abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico, che la volontà dell' interessato sia stata manifestata in modo chiaro ed univoco, che il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine alle sue condizioni, sia alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all' accesso alle cure palliative ed eventualmente alla sedazione profonda continua. Molto veloce è il passaggio relativo alla possibile obiezione di coscienza del medico, limitandosi la Corte a rilevare che la pronuncia di incostituzionalità non crea alcun obbligo del medico di procedere all' aiuto del malato, restando affidato alla sua coscienza scegliere se prestarsi o meno ad esaudire la richiesta.

Con la decisione così sintetizzata la Corte ha assunto un ruolo più pregnante di quello di giudice della legittimità costituzionale delle leggi, ponendosi come parte attiva del processo legislativo, nella consapevolezza che l'esigenza di garantire la legittimità costituzionale deve comunque prevalere su quella di dare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolamentazione della materia.

La dottrina tende a classificare la sentenza come *additiva di regola*, o come di *accoglimento manipolativo*, o anche come *manipolativa di tipo riduttivo*, o ancora come *additiva di procedura*, per avere la Corte sottratto un'area rigorosamente circoscritta di aiuto alla portata incriminatrice dell' art. 580 c.p., dettando una prima disciplina regolatoria collegata al rispetto di determinate condizioni.

3. Alcuni spunti critici

Come era prevedibile, la pronuncia della Corte Costituzionale ha suscitato un ampio e vivacissimo dibattito dottrinale, con molte voci di consenso, ma anche di dissenso[4], talune delle quali hanno finanche accusato la Corte di eresia costituzionale.

Tale dibattito ha fatto emergere i molti problemi di interpretazione ed applicazione del nuovo quadro normativo.

Alcuni commentatori[5] si dilungano a ricercare i passaggi dell'ordinanza interlocutoria n. 207 del 2018 non riprodotti nella sentenza, a dimostrazione di una diversa riflessione della Corte su alcuni punti cruciali, ed in particolare sulla configurabilità di un diritto a morire, in presenza di particolari circostanze, nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nella morte, ritenuto nell'ordinanza, ma non esplicitamente affermato nella sentenza. Si rileva in particolare al riguardo che il concetto di dignità appare in sentenza ridimensionato, stante la mancanza dei molti richiami a tale valore contenuti invece nel provvedimento interlocutorio e si formula il dubbio che tale omissione sia stata determinata dall'esigenza di evitare possibili contrasti con la sentenza della stessa Corte in tema di sfruttamento della prostituzione n. 151 del 2019, che aveva fatto riferimento alla dignità in senso oggettivo, mentre nell'ordinanza era stata evocata nella sua dimensione soggettiva[6].

Una analisi siffatta non mi appassiona e non mi convince, atteso che la stessa Corte ha affermato al punto 2 del *considerato in diritto* che *la serie di rilievi e di conclusioni formulati nell'ordinanza sono gli uni e le altre in questa sede confermati* e che *a essi si salda, in consecuzione logica, l'odierna decisione*, ed al punto 4 ha fatto espresso riferimento alla tecnica collaudata della *doppia pronuncia*. Si impone pertanto a mio avviso una lettura integrata e coordinata delle due decisioni.

Va d'altro canto considerato che il concetto di dignità può essere variamente declinato in senso soggettivo o oggettivo, in relazione alle peculiarità delle singole situazioni, senza che l'una accezione si ponga in termini di incompatibilità concettuale con l'altra.

Il problema cruciale, soprattutto nella prospettiva del giudice civile, attiene alla ravvisabilità di uno specifico *diritto ad ottenere un aiuto al suicidio*, in presenza delle condizioni date. Di un diritto siffatto sembra lecito dubitare: se è vero infatti che a fronte della richiesta di aiuto formulata dal malato non si configura alcun obbligo del medico di esaudirla, potendo egli formulare liberamente e senza condizioni né termini obiezione di coscienza, dovrebbe coerentemente escludersi l'esistenza di un diritto in tale direzione: ed è significativo che mentre la Corte riconosce il *diritto* all'interruzione dei trattamenti terapeutici, anche ove ne consegua il sacrificio della vita, con riferimento all'aiuto al suicidio parla solo

di *richiesta* di aiuto, lasciando al medico la facoltà di *esaudirla*, così riducendo il diritto a morire in modo conforme alle proprie scelte individuali tramite aiuto al suicidio a mera libertà di esprimere una richiesta non vincolante in tal senso. Si sottolinea al riguardo la pregnanza del verbo *esaudire*.

Lo svilimento per tale via della pretesa del malato sembra confermato dalla mancata configurazione di un obbligo delle strutture sanitarie di darsi una organizzazione volta a soddisfare comunque la domanda di aiuto, come invece avviene per l'interruzione volontaria della gravidanza, in relazione alla quale l'art. 9 della legge n. 194 impone agli enti ospedalieri e alle case di cura di assicurare in ogni caso l'effettuazione degli interventi richiesti.

Osservano sul punto alcuni commentatori^[7] che ove anche si potesse parlare del riconoscimento di un diritto, si tratterebbe di un mero riconoscimento formale di detto diritto, reso sostanzialmente ineffettivo perché non azionabile in concreto.

Tali posizioni sembrano ricevere conferma nel passaggio di cui al punto 6 della motivazione della Corte, lì dove si afferma che *la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici*.

Appare pertanto non priva di fondamento la tesi di quanti ^[8] osservano che la Corte non ha configurato un vero diritto al suicidio assistito, ma solo una limitata non punibilità del soggetto che si presta ad esaudire la richiesta di aiuto in presenza delle condizioni indicate nella sentenza. In tale prospettiva la decisione della Corte avrebbe rilevanza soltanto in ambito penale.

Questo è un punto di estrema rilevanza nel tessuto argomentativo della decisione, atteso che la dichiarata necessità di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali si risolverebbe in una finzione se detti diritti fossero degradati a mere richieste, non azionabili civilmente.

Ove peraltro voglia ritenersi la sussistenza di un diritto da far valere in via giudiziaria, dovrebbe preliminarmente accertarsi l'avvenuto *coinvolgimento* del malato in un percorso di cure palliative, che al punto 2.4 del *considerato in diritto* viene indicato come *prerequisito* della scelta. Stante la non univocità del termine *coinvolgimento*, si potrebbe ritenere sufficiente la mera proposta di cure palliative, ben potendo il paziente aver legittimamente rifiutato di esservi sottoposto.

Altro punto non chiarito dalla Corte Costituzionale attiene all'efficacia del parere dei comitati etici investiti del caso: si tratta di un parere vincolante, come a me pare, o meramente consultivo? E quali effetti produce la mancata acquisizione di

detto parere, in difetto di qualsiasi indicazione da parte del giudice delle leggi? A tali quesiti, in mancanza di un intervento del legislatore, saranno i giudici a dover fornire risposta.

Ed ancora. Osserva autorevole dottrina^[9] che la Corte si è attenuta alle peculiarità del caso concreto ed è stata ispirata essenzialmente dalla umana compassione verso l'Antoniani, aderendo al principio dell'*ex facto oritur ius*, ossia adottando la *logica della fattispecie* ed individuando un nuovo diritto sulla base del caso giuridico, che ha tratto insomma i propri criteri di riferimento dall'interno del suo stesso oggetto, anziché reperirli nel sistema costituzionale, così sostanzialmente esprimendo la propria approvazione di un fatto in precedenza realizzatosi e per tale via allontanandosi dal suo ruolo di giudice delle leggi - chiamato appunto ad esprimere un giudizio sulle leggi, e non sui fatti - per avvicinarsi a quello tipico della Corte EDU, di giudice dell'accertamento della violazione compiuta nel singolo caso.

Se tutto questo è vero, se effettivamente la Corte ha finito con l'idealtipizzare il caso concreto, resta irragionevolmente del tutto priva di tutela la posizione dei soggetti lasciati fuori dal *decisum*, ossia di coloro che non sono sottoposti a trattamenti salvavita, ma sofferenti allo stesso modo a causa di patologie gravi, invalidanti e irreversibili e allo stesso modo desiderosi di liberarsi della vita, o anche di coloro che, nelle condizioni date, non hanno più neppure un barlume di autosufficienza e non sono in grado di svolgere quel minimo di attività fisica richiesta per realizzare il suicidio, azionando i meccanismi necessari allo scopo, come si verifica nel caso della *sindrome locked in*, o *sindrome del chiavistello*, in cui il malato non può compiere alcun movimento, se non con gli occhi.

E' immediato il riferimento al caso di Davide Trentini, malato di SLA dal lontano 1993 e affetto da dolori insopportabili e non lenibili e non sottoposto ad alimentazione e idratazione forzata, ma supportato solo da presidi farmacologici, che ha trovato la morte in Svizzera il 13 aprile 2017 con l'aiuto di Marco Cappato e di Mina Welby, i quali sono stati assolti dalla Corte di Assise di Massa all'udienza del 27 luglio 2020 con la formula *il fatto non sussiste* in ordine al rafforzamento del proposito di suicidio e *il fatto non costituisce reato* relativamente all'agevolazione. Avverso tale sentenza, depositata il 2 settembre scorso, è stata proposta impugnazione dal pubblico ministero.

Al quesito se in tali casi, i cd. *casi analoghi* subito evocati dalla dottrina, la soluzione di diritto possa trovarsi in un'interpretazione estensiva della sentenza della Corte, ovvero se sia necessario proporre nuove questioni di costituzionalità, la Corte toscana ha risposto osservando che per *trattamenti di sostegno vitale* devono intendersi non soltanto i dispositivi meccanici che consentono il mantenimento in vita, come la nutrizione e l'idratazione forzata, ma anche tutti i trattamenti sanitari, sia di tipo farmaceutico, sia di tipo assistenziale medico o paramedico senza i quali si innescherebbe nel malato un progressivo

indebolimento delle funzioni organiche, sino alla morte, in tempi non necessariamente rapidi. Ha aggiunto la Corte di Assise che anche il ricorso all' analogia, consentita nella specie trattandosi di norma favorevole al reo, permetteva di ravvisare la sussistenza del requisito in esame facendo riferimento alla necessità del Trentini di assistenza continua nelle comuni attività quotidiane e nei bisogni elementari, così che senza l'aiuto di terze persone non era possibile la sua sopravvivenza.

Il ricorso ad una interpretazione ampia del concetto di *trattamenti di sostegno vitale* ed anche per alcuni aspetti all' analogia ha consentito quindi al giudice di merito di ravvisare nel sistema la disciplina applicabile, senza dover investire di nuovo la Corte Costituzionale. E' allora facile l'obiezione di coloro^[10] che, critici nei confronti della Corte, osservano che per tale via potrebbe aprirsi un pendio scivoloso (i rischi del *prossimo passo*) verso una inesorabile radicalizzazione della prospettiva eutanasica e che tutti i confini volti a circoscrivere strettamente l'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio potrebbero saltare, in applicazione del principio di eguaglianza/ragionevolezza.

Si giunge da taluno^[11] a sostenere che anche i requisiti della irreversibilità della patologia e della intollerabilità delle sofferenze fisiche o psichiche potrebbero risultare irrilevanti se ciò che si vuole riconoscere è la liceità di una diversa modalità di realizzazione dell'evento morte.

Non meno complessa e delicata sembra la valutazione cui è chiamato il giudice in relazione a fatti avvenuti precedentemente alla pubblicazione della sentenza, dovendo egli esprimere, per effetto della delega di bilanciamento in concreto affidatagli, un giudizio di equivalenza tra gli elementi rinvenibili nella fattispecie al suo esame ed i requisiti indicati dalla Corte. In particolare, scontato il mancato intervento nel passato dei comitati etici, quale soggetto potrà considerarsi dotato dei requisiti di terzietà e competenza che lo rendano equipollente a detti comitati? Oppure, come mi sembra ragionevole ritenere, potrà ravvisarsi non essenziale per il pregresso un intervento siffatto, potendo le garanzie di correttezza della procedura essere rinvenute *aliunde*?

4. Conclusioni

Mi limito ad alcune rapide conclusioni.

In una materia come questa, in cui la posizione dei commentatori e degli interpreti non può non essere in qualche misura influenzata dalla rispettiva visione soggettiva su temi che hanno a che fare con la religione, con la filosofia, con la morale, prima ancora che con il diritto, credo sia comunque possibile esprimere in una valutazione di sintesi un apprezzamento nel merito della decisione in commento.

Va a mio avviso dato atto alla Corte Costituzionale di aver reso una risposta non elusiva ad una drammatica domanda di giustizia, di aver percepito l'inaccettabilità da parte dell'ordinamento del dolore di persone che si trovano in situazioni come quella di Fabiano Antoniani e di aver ritenuto irragionevole continuare ad infliggere loro una sofferenza gravissima per mantenere un divieto penale assoluto contrario ad ogni principio di ragionevolezza.

Questa percezione è prova del rispetto della Corte verso il principio di dignità della persona, evocato in tante sue sentenze, e tanto più meritevole di tutela nella fase più drammatica e delicata della vita; è anche dimostrazione di attenzione alle nuove rivendicazioni di diritti che scaturiscono dalle conquiste della medicina e dalle tecnologie disponibili, nonché dai grandi cambiamenti nella società e nel sentire collettivo sulle questioni inerenti la fine della vita.

Con spirito laico e libero da incrostazioni ideologiche la Corte ha saputo conciliare i valori della vita e della salute con il principio di autodeterminazione anche nella scelta finale di morire con dignità, realizzando un equilibrato bilanciamento di interessi e valori e prendendo così le distanze dalla tradizionale posizione dottrinale che la configura solo come *legislatore negativo*.

Come osserva Silvestri^[12], è percepibile tra le righe della motivazione un' ansia di "giustizia", che non è la giustizia immortale e trascendente del giusnaturalismo religioso nè quella scolpita nel cuore dell'uomo propria dell' illuminismo laico, ma quella legata al senso di solidarietà verso ogni persona, la cui esistenza sociale si identifica con la dignità.

Resta però, a fronte delle lacune, delle incertezze e degli interrogativi che scaturiscono da detta decisione, l'esigenza di un intervento sollecito del legislatore, peraltro invocato con particolare fermezza dalla stessa Corte, affinché medici e pazienti non siano lasciati soli nell' affrontare i problemi clinici e gli interrogativi etici sul tappeto e siano superate le difficoltà applicative del percorso tracciato dalla Corte Costituzionale, e anche perché i giudici possano fondare le loro decisioni su precise indicazioni normative: e tale intervento appare tanto più necessario in assenza di *rime obbligate* e nella ricorrenza di mere *rime adeguate*^[13].

E' necessario allora che il Parlamento, portando a compimento il disegno tracciato dalla Consulta ed eventualmente modificandolo, disciplini in dettaglio il perimetro di liceità dell'assistenza al suicidio, perché in un sistema di *civil law* dovrebbe essere il legislatore statale a dettare una regolamentazione compiuta della materia, in quanto esso soltanto ha il grado di rappresentatività necessario per individuare un punto di equilibrio tra le esigenze di tutela dei vari interessi in gioco. Ciò è tanto più vero nella materia penalistica, in cui vi è una riserva assoluta di legge teleologicamente rafforzata, anche se nel caso di specie siamo in presenza

di una operazione *in bonam partem*, da ritenere esclusa dal divieto di analogia ex art. 14 delle preleggi.^[14]

E' innanzi tutto necessario che il legislatore definisca la posizione giuridica del soggetto richiedente, così consentendo di individuare gli strumenti per la relativa tutela in sede civile.

Il Parlamento dovrà inoltre stabilire se le quattro condizioni che nella pronuncia della Corte Costituzionale fissano il perimetro all' interno del quale si legittima la richiesta di aiuto a morire siano tassative o se costituiscano solo un punto di partenza per ulteriori aperture. In questo ambito dovrà anche fornire elementi di chiarezza sul concetto di trattamenti di sostegno vitale.

E' ancora indispensabile che siano fornite indicazioni utili per la qualificazione della fattispecie in sede penale, in termini di esclusione della tipicità per effetto della riduzione dell'ambito oggettivo dell' ipotesi incriminatrice ovvero di causa di non punibilità o di scriminante procedurale. La questione non è meramente teorica, ma si riflette sulla formula assolutoria da adottare: il fatto non sussiste (come ha ritenuto la Corte di Assise di Milano nella sentenza del 30 gennaio 2020) o il fatto non costituisce reato (come enunciato più di recente dalla Corte di Massa), con le conseguenti implicazioni sul piano civilistico?

E' necessario altresì, ferma la pregnanza delle indicazioni fornite dal giudice delle leggi, o quanto meno la possibile individuazione da parte del Parlamento di garanzie sostanzialmente equivalenti, che sia puntualmente articolata la procedura da seguire, soprattutto in relazione all' intervento ed al potere di controllo di un organismo terzo e all'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario, sommariamente previsti dalla Corte.

Quanto ai comitati etici, va rilevato che essi si occupano essenzialmente di sperimentazione, onde l'attribuzione di funzioni di controllo richiede un' opportuna riforma della loro struttura e del loro funzionamento.

Per ciò che concerne l'obiezione di coscienza, sono evidenti le ricadute che essa può determinare sui beni costituzionali in gioco, tenuto conto che la possibilità di una sua generalizzata utilizzazione, senza alcuna indicazione sui soggetti, sui tempi e le modalità della sua manifestazione e sulla necessità di predisporre soluzioni alternative all' interno della struttura sanitaria, rischia di rimettere totalmente nelle mani dei medici l'attuazione del precetto costituzionale. E' pertanto indispensabile la previsione di un'organizzazione dell'ente ospedaliero diretta a garantire l'attuazione della volontà del malato, alle condizioni date.

E' ancora importante che il legislatore detti una disciplina per le fattispecie precedenti la pronuncia del giudice delle leggi, assumendo in proprio la

responsabilità di scelte che non possono essere affidate alla discrezionalità dei singoli giudici.

* Testo rielaborato della relazione svolta il 24 novembre 2020 in occasione dell'incontro di studio organizzato dalla struttura della formazione decentrata della Corte di Cassazione.

[1] Così RIMEDIO, *“Eccezione” di aiuto al suicidio? Osservazioni critiche sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, 2020,1.

[2] In tal senso VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Diritto Penale e Processo*, 2019, p. 805 e ss.

[3] Al riguardo VERONESI, *“Ogni promessa è debito”: la sentenza costituzionale sul “caso Cappato”*, in *Giustizia Insieme*, 11 dicembre 2019; *Studium Iuris* 2020, 2, parla di “delega di bilanciamento in concreto”.

[4] Tra le prime voci di dissenso v.RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Corte dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 27 novembre 2019.

[5] V., tra gli altri, NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Giur.It. - Corti supreme e salute*, 2019, 2; TRIPODINA, *La “circoscritta area “di non punibilità dell’ aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Giur. It.- Corti supreme e salute*, 2019,2.

[6] V. al riguardo CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema Penale* 2019, 12.

[7] V. ancora CUPELLI, *op. loc. cit.*

[8] Così NICOLUSSI, *op. loc. cit.*; TRIPODINA, *op.loc.cit*; VERONESI, *La Corte Costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”*, in *BioLaw Journal*,2020,1.

[9] In tal senso EPIDENDIO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019: apocalypsis cum figuris*, in *giudicedonna.it*, 2019, 2/3.

[10] V. per tutti NICOLUSSI, *op. loc. cit.*; TRIPODINA, *op.loc.cit.* .

[11] POGGI, *Il caso Cappato: la Corte costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire*, in *BioLaw Journal- Rivista di biodiritto*, 2020, 1.

[12] *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia* 2020, 3.

[13] Così ADAMO, *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, 2020, 1.

[14] Va ricordato che nel settembre 2019 è stato presentato al Senato il disegno di legge A.S. 1494, recante *Modifiche all' art. 580 del codice penale e alla legge 22 dicembre 2017 n. 219, in materia di aiuto medico a morire e tutela della dignità nella fase finale della vita*. Quanto alla Camera dei Deputati, sono attualmente all' esame presso le commissioni Giustizia e Affari Sociali le proposte di legge n. C 2 di iniziativa popolare, C 1586, C 1655, C 1875, C 1888.