

Articolo scientifico sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 3 del Regolamento della Rivista

La Legge n. 219 del 2017 e le nuove frontiere del principio di autodeterminazione

A cura di **Dott. Andrea D'Introno**¹

ABSTRACT

La Legge del 22 dicembre 2017 n. 219, recante “Norme in materia di consenso informato e disposizione anticipate di trattamento” è stata frutto di un accidentato *iter* parlamentare, all'interno del quale hanno trovato ingresso posizioni ideologiche e culturali profondamente contrapposte, ma tutte accumulate dal desiderio di apprestare una compiuta disciplina giuridica ad un tema particolarmente avvertito all'interno del tessuto sociale, quale quello del “fine vita”. Il nuovo testo di legge introduce significative novità e fa chiarezza su diversi aspetti precedentemente dibattuti all'interno delle aule di giustizia. Come tipico delle “norme manifesto” campeggiano enunciazioni solenni, tutte alimentate e sorrette dal comune principio di autodeterminazione. Principio affatto nuovo per la nostra tradizione giuridica, ritenuto a più voci implicitamente affermato all'interno della Carta Costituzionale, in relazione a svariati beni giuridici e – per ciò che qui rileva – a presidio della salute, ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione. Tuttavia, la L. 219/2017, a causa di una probabile eterogeneità dei fini, nel risolvere tradizionali problematiche ermeneutiche finisce per introdurre delle nuove, potenzialmente più pericolose delle precedenti. Sembra allora opportuno tornare ad interrogarsi circa la portata ed i limiti del principio di autodeterminazione, in tali termini declinato, accantonando le vuote generalizzazioni in nome di una maggiore attenzione alle circostanze ed alle motivazioni che spingono a farvi appello. Le soluzioni legislative individuate per disciplinare il delicato fenomeno del fine vita, paiono tutte ritagliate sui noti casi giurisprudenziali Welby ed Englaro. Trattasi di fattispecie giuridiche tra loro differenti, ma accumulate da una medesima drammaticità umana. Ad essi si aggiunga un ulteriore caso giurisprudenziale, quello di Fabiano Antoniani

¹ Dottore magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Foggia, con votazione di 110 cum laude e plauso accademico, tesi in Diritto Civile e Privato Europeo, dal titolo: “Il Meccanismo Unico di Tutela del Risparmio: un'indagine tra responsabilità e continuità delle imprese bancarie in risoluzione”. Svolge un periodo di pratica forense anticipata presso lo studio Legale del Prof. Avv. Gianpaolo Impagnatiello. Tutor disciplinare di dipartimento presso la cattedra di Istituzioni di Diritto Privato. Attualmente iscritto al Master di Diritto Privato Europeo della Sapienza, diretto dal Prof. Avv. Guido Alpa. Vincitore di borsa Erasmus + for Traineeship, presso lo Studio Legale De Berti Jacchia Franchini Forlani, sede di Bruxelles. Vincitore della selezione indetta dall'Avvocatura Generale dello Stato di Roma per 23 praticanti (collocandosi al quinto posto su scala nazionale) ed attualmente tirocinante presso la stessa ex art. 73 del D.L. 69/2013.

(*alias* Dj Fabo), salito agli onori della cronaca a ridosso dell'approvazione della legge 219. Una nuova drammatica storia umana che difficilmente riesce ad incanalarsi entro le strette maglie della nuova legge sul fine vita, testimoniandone, se non il fallimento, quantomeno l'inadeguatezza. A seguito dell'ordinanza del 14 febbraio 2018 con cui la Corte d'Assise di Milano ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 580 c.p., la Consulta, con ordinanda n. 207/2018, ha consapevolmente scelto di non prendere una posizione, limitandosi a rinviare ogni definitiva decisione al 24 settembre 2019. Tale termine è altresì posto al legislatore italiano per porre rimedio all'evidente lacuna normativa, tornando a modificare il testo della l. n. 219/2017. A distanza di un anno, come prevedibile, il legislatore non è riuscito a produrre l'intervento normativo richiesto. Con sentenza n. 242 del 2019 la Corte costituzionale procede, come annunciato, alla dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui sanziona penalmente l'aiuto offerto all'esecuzione del libero e consapevole proposito suicidario maturato dal malato che versi in condizioni di irreversibile mantenimento artificiale in vita: con una pronuncia che finisce per ledere le prerogative parlamentari la Corte segna, dunque, l'ingresso nel nostro ordinamento dell'eutanasia attiva.

PAROLE CHIAVE

Principio di autodeterminazione – Fine vita – Disposizioni anticipate di trattamento

Sommario: 1. Luci ed ombre della Legge n. 219 del 2017 – 2. Una comune dimensione umana per differenti fattispecie giurisprudenziali – 3. La recente posizione della Corte Costituzionale sul tema del fine vita

1. Luci ed ombre della Legge n. 219 del 2017

Una riflessione giuridica sul tema del fine vita non può che prendere le mosse dall'esame del recente testo di legge n. 219/2017 sul consenso informato. Infatti, solo apparentemente il tema del rifiuto di cure può dirsi disciplinato con l'adozione della presente normativa, restando ad oggi aperte questioni di innegabile risonanza sociale, prima che giuridica.

Il dibattito sui limiti di estensione della libera autodeterminazione del singolo ha, in verità, radici antiche. Un punto di svolta sembra essere stato raggiunto nel novembre del 2017, quando lo stesso Pontefice Francesco ha mostrato una certa apertura verso le tematiche in oggetto, in occasione del *meeting* regionale

europeo della *World Medical Association*². Il discorso, tuttavia, non può essere affrontato con letture che ne banalizzino la portata in quanto imperniata da tensioni ideologiche che vedono contrapporsi un'etica laica ad un'etica cattolica³: vedere in questi termini il fenomeno del “diritto di morire” significa in realtà ridurlo profondamente.

Senza addentrarsi nel travagliato iter legislativo e fuori da ogni pretesa di esaustività, pare in questa sede opportuno sottolineare quelli che sono i punti più problematici di tale agognata legge, al fine di suscitare adeguati spunti di riflessione sulla tematica del fine vita. La legge n. 219 del 2017 è stata, infatti, lungamente attesa e frutto di una gestazione molto lunga, ma che – contrariamente alle aspettative ed ai proclami politici – non ha portato certo ad un risultato apprezzabile in termini di accuratezza ed esaustività, dimostrando piuttosto in alcuni suoi punti una certa “fretta di conclusione”.

L'art.1, seconda parte del comma 1, statuisce che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.» Da questo punto di vista, la legge non dice nulla di nuovo, limitandosi a recepire quanto già affermato in maniera pressoché pacifica dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ossia la necessità di un consenso informato per ogni trattamento sanitario⁴. L'innovazione parziale – se tale la si vuole considerare – la si trova semmai nell'accento alla “continuazione delle cure”. Mai è infatti stato posto in discussione il fatto che per iniziare una cura fosse necessario il consenso “libero ed informato” del paziente, mentre il problema si poneva piuttosto per la continuazione della cura, non tanto da un punto di vista logico – in quanto l'aver iniziato una cura non pone alcun vincolo a continuarla – ma piuttosto rispetto alla possibilità che il paziente fosse in grado da solo di rifiutare la cura in assenza del contributo di un soggetto terzo. La questione fu posta per la prima volta con il caso di Pier Giorgio Welby, un paziente *competent* (cioè in grado di intendere e di volere) che aveva richiesto la disattivazione

² Nel messaggio che il Santo Padre Francesco ha inviato al Presidente della Pontificia Accademia per la Vita, Mons. Vincenzo Paglia, e a tutti i partecipanti al Meeting Regionale Europeo della *World Medical Association* sulle questioni del cosiddetto “fine-vita”, organizzato presso l'Aula Vecchia del Sinodo in Vaticano il 16 e 17 novembre 2017, si legge “È una scelta che assume responsabilmente il limite della condizione umana mortale, nel momento in cui prende atto di non poterlo più contrastare. «Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire», come specifica il *Catechismo della Chiesa Cattolica* (n. 2278). Questa differenza di prospettiva restituisce umanità all'accompagnamento del morire, senza aprire giustificazioni alla soppressione del vivere. Vediamo bene, infatti, che non attivare mezzi sproporzionati o sospenderne l'uso, equivale a evitare l'accanimento terapeutico, cioè compiere un'azione che ha un significato etico completamente diverso dall'eutanasia, che rimane sempre illecita, in quanto si propone di interrompere la vita, procurando la morte.”

³ A rigore, si contrappongono un'etica strettamente liberale ad un'etica comunitarista. Principale esponente della prima scuola di pensiero è R. Dworkin, che nella sua opera *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale* (1994) interpreta la morte come una parte qualificante della stessa vita. Una parte su cui la persona deve pertanto vedersi riconosciuto il diritto di scegliere, in quanto interesse di tipo critico, cioè costitutivo del senso del sé, contrapposto ai c.d. interessi esperienziali, che è invece possibile trascurare in quanto mutevoli e contingenziali. Quanto all'etica comunitarista, essa non è tesa ad affermare l'idea di un dovere, piuttosto che un diritto, di vivere, ma persegue piuttosto l'obiettivo di mettere in rilievo le posizioni dei soggetti più deboli, altrimenti eclissate dall'analisi di casi paradigmatici che hanno finito per deviare l'attenzione sulla corretta interpretazione del principio di autodeterminazione, portandone ad un'insostenibile sovra-determinazione. Esse spingono verso “una rottamazione formalmente consensuale dei soggetti più deboli”, che si percepiscono come un peso per la società e la famiglia, ed acconsentono – solo formalmente – a porre fine alla propria vita.

⁴ Sul tema del consenso informato la letteratura è molto ampia. Per una panoramica generale, maggiormente attenta agli sviluppi giurisprudenziali, si veda A. Donati, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000; F. Dassano., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, ed. 2004.

della cura, a cui aveva inizialmente acconsentito. Tuttavia, non potendo egli stesso – a causa della grave malattia – procedere a darvi esecuzione, ci si interrogò sulla possibilità che un soggetto terzo fosse autorizzato ad eseguire tale volontà. La nuova legge sul consenso informato, all'art. 1, risolve definitivamente tale problema ammettendo tale possibilità, subordinandola alla manifestazione di un'effettiva volontà del paziente.

Con molta chiarezza la legge n. 219/2017 afferma il “principio di autodeterminazione del paziente”, che diventa, in definitiva, la pietra d'angolo sulla quale è costruita l'intera architettura normativa. È facile cogliere tutte le implicazioni positive di un simile principio⁵, che trova propria consacrazione costituzionale all'art. 32, in relazione ad un valore tanto importante per la persona, come la propria salute. Tutto ciò posto, vale la pena chiedersi se nel nostro ordinamento tale declinazione in termini assoluti dell'autodeterminazione sia veramente necessaria o verosimilmente possibile.

Il nostro sistema conosce infatti dei diritti rispetto ai quali è prevista l'indisponibilità da parte dello stesso titolare. Sotto tale profilo, pare quantomeno curioso osservare che, ad esempio, il diritto alle ferie – che tutela un bene sicuramente meno importante rispetto alla vita – è esplicitamente qualificato dal legislatore come indisponibile. Tale esempio dimostra efficacemente come la titolarità di un diritto non equivalga in termini assoluti alla disponibilità dello stesso. Inoltre, c'è da chiedersi se rispetto ad un diritto tanto importante, come il diritto alla vita (considerato presupposto ontologico per l'esercizio di tutti gli altri diritti), sia opportuno declinare l'autodeterminazione in questi termini.

Altro principio che emerge dalla lettura del testo normativo è quello del consenso informato.⁶

⁵ Già la Corte Costituzionale, con sentenza n. 253 del 2009, aveva ritenuto che il diritto del paziente di formulare un consenso informato all'intervento «riveste natura di principio fondamentale [...] in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». Sulla scia di tali insegnamenti, divenne pressoché pacifico in giurisprudenza ed in dottrina che tale diritto non potesse essere compromesso in nessun modo in quanto «diritto irretrattabile» dell'individuo. [così definito da Cass. civ., Sez. III, n. 16543 del 28 luglio 2011] Cfr. in dottrina, *ex pluribus*, G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche urgenti*, in *Resp. Civ. prev.*, 2009, 485 ss.; L. Nivarra, *Autonomia (bio) giuridica e tutela della persona*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2009, 719 ss.; C. Casonato, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, III, 1057 ss.; P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute*, in *Nuova giur. Comm.*, 2000, II, 1 ss.

⁶ il quale esprime, non soltanto, l'espressione consapevole di aderire alle cure [in tal senso, P. S. D'Aquino, *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e advance care health planning: prime considerazioni riguardo alla legge sul Testamento biologico*, in *Dir. pubbl. eur.*, *Rassegna online*, 2018, 8 ss.] ma è condizione di legittimità per qualsiasi intervento medico sanitario che non ha acquisito il consenso del paziente, incorre in responsabilità per il danno da lui patito anche qualora l'intervento sia stato eseguito *secundum leges artis*, potendo il paziente dimostrare che, adeguatamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento. Il principio del consenso informato non riguarda solo la materia del biotestamento, ma costituisce un principio generale, ampiamente recepito dalla giurisprudenza. In tal senso, si veda M. Rinaldo, C. Cicero, *La dignità del morire, tra istanze etiche e giuridiche*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, III, 2018, 1003 ss. Il principio del consenso informato non riguarda solo la materia del biotestamento, ma costituisce un principio generale, ampiamente recepito dalla giurisprudenza. Cfr., Cass. Civ., Sez. III, n. 24074 del 1 ottobre 2017: «In tema di attività medico-chirurgica, la manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione, cui corrisponde, da parte del medico, l'obbligo di fornire informazioni dettagliate sull'intervento da eseguire, con la conseguenza che, in caso di contestazione del paziente, grava sul medico l'onere di provare il corretto adempimento dell'obbligo informativo preventivo». In senso conforme, Cass. Civ., Sez. III, n. 16503 del 5 luglio 2017; Cass. Civ., Sez. III, n. 16543 del 28 luglio 2011; Cass. Civ., Sez. III, n. 20984 del 27 novembre 2012; Cass. Civ., Sez. III, n. 18334, 31 luglio 2013; Cass. Civ., Sez. III, sentenza n. 27751 dell'11 dicembre 2013; Cass. Civ., Sez. III, n. 2854 del 13 febbraio 2015. In dottrina, sulla responsabilità medica per violazione del consenso informato, si veda M. Costanza, *Colpa grave fra esonero ed imputazione di responsabilità*, in *AA.VV.*, *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, a cura di F. Volpe, Bologna-Roma, Zanichelli, ed. 2018, 297.

Il soggetto *competent* può cioè esprimere in tal modo la propria intenzione di attivare o disattivare un determinato trattamento sanitario rispetto alla propria persona. Il problema però si pone in ordine alle c.d. “Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT)”, disciplinate in questi termini dall’art. 5, comma 1: “Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.” Attraverso lo strumento delle DAT il legislatore accorda al soggetto la facoltà di esprimere, ora per allora, un consenso o un dissenso rispetto ad un determinato trattamento sanitario, e nominare una persona di propria fiducia che ne faccia successivamente le veci.

La disposizione, inoltre, ritiene sufficiente a garantire l’effettività di tale consenso l’aver acquisito “adeguate informazioni mediche”. Eppure, tale garanzia è estremamente inconsistente nella genericità della sua formulazione⁷. Essa infatti non richiede un necessario rapporto medico-paziente dal quale far derivare una corretta informazione medica, ma rimette alla libera iniziativa del paziente la ricerca di tali informazioni, lasciandolo, in ultima istanza, da solo di fronte ad una scelta così significativa. Nessun cenno è, infatti, fatto dal legislatore alle modalità di accertamento di tale preventiva (auto)informazione, senza contare il fatto che il concetto di “adeguatezza” rapportato all’informazione medica si rivela altamente discrezionale (ad esempio, è ben possibile che il singolo paziente reputi “adeguato” effettuare delle semplici ricerche su internet, così auto-interpretando il significato di proprie analisi o referti; si potrebbe poi addirittura arrivare a ritenere sufficientemente “adeguato” scaricare, dai numerosi siti web che lo propongono, uno schema di DAT limitandosi a flaggare le ipotesi di cure da scartare). Questa labile acquisizione di informazioni è valida quantunque proveniente da un paziente privo di alcuno stato morboso, chiamato a valutare in via prognostica ed ipotetica il proprio stato di salute futuro, magari a distanza di molto tempo. Ne deriva l’inattitudine di pazienti molto giovani a comprendere la portata, in termini di livello di sopportazione del dolore, di trattamenti sanitari da applicarsi in proiezione al proprio futuro stato di salute. Non è dunque una scelta che il paziente è chiamato ad effettuare con il proprio medico di base, eppure una proposta in tal senso era stata avanzata da parte della dottrina.

La gravità è acuita dal fatto che tali DAT, pur potendo essere revocate dal paziente in qualsiasi momento – ma anche su questo non viene detto nulla di nuovo –, sono perpetue, nel senso che non sono soggette ad alcun termine finale di efficacia. Questo può comportare tutta una serie di problemi, ove le stesse siano formulate in un perfetto stato di salute ed a distanza di molti anni dal verificarsi della malattia, poiché

⁷ In senso apertamente critico rispetto all’onere di informazione gravante in maniera esclusiva in capo alla persona interessata, cfr. D. Maffei, *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l’attenuata vincolatività delle DAT*, in *Resp. civ. prev.*, V, 2018, 1436.

comunque, mutata la percezione del soggetto nonché il suo stato di salute, restano perfettamente valide se non modificate o revocate. In questo senso parte della dottrina aveva proposto un avvicinamento alla legislazione francese in materia che prevede un termine di scadenza delle DAT, dopo la quale il paziente sarà chiamato ad effettuare, ove lo ritenga opportuno, una nuova manifestazione di volontà.

Altro profilo interessante attiene all'obbligo del medico, sancito dal comma 5 dell'art. 5, di rispettare il contenuto delle DAT. Il legislatore aveva davanti due diversi parametri: da un lato la Convenzione di Oviedo che afferma che il medico debba tener conto dei desideri del paziente⁸, dall'altro vari progetti di legge che si limitavano a considerare tali DAT come orientative per il medico curante. Per evitare di essere considerato oscurantista, attribuendo a tali DAT un valore soltanto formale, il legislatore ha scelto di affermare espressamente che le stesse siano vincolanti per il medico. Ciò è stato salutato come un ossequio all'autodeterminazione, ma ancora una volta occorre interrogarsi fino in fondo su quelle che siano le implicazioni di una simile affermazione. Nel testo della legge il discorso è infatti più complesso. Lo stesso comma 5 infatti così si esprime: «il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano 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.»

Innanzitutto, la norma attribuisce un “potere di scelta” in capo al medico («può disattendere») in ordine all'applicazione delle DAT in presenza di determinate circostanze. La disposizione richiede il consenso dello stesso fiduciario nominato all'interno delle DAT da parte del paziente. In caso di disaccordo il conflitto dovrà essere risolto dal giudice tutelare, ai sensi del comma 5 dell'art. 3, «su ricorso del rappresentante legale, della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.» Il medico è cioè irragionevolmente gravato dall'onere di attivazione del processo vertente sulla controversia.⁹ Tuttavia, primo presupposto legislativo per l'esercizio di tale potere di scelta è la “palese incongruità”: il legislatore ha ritenuto così di rafforzare la necessaria incongruità tra la scelta del paziente contenuta nella DAT e la scelta ritenuta dal medico più opportuna, richiedendo una differenza che potremmo considerare “plateale”.

In alternativa, è previsto il superamento della DAT esclusivamente in presenza di “terapie non prevedibili”: ma tale prevedibilità non è chiaro se sia da riferirsi al patrimonio informativo del paziente o

⁸ L'art. 9 della Convenzione di Oviedo, rubricato “Desideri precedentemente espressi”, dispone che: «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione.»

⁹ Osserva M. Azzalini, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 28, che “un richiamo al realismo, alla pratica clinica e alla peculiarità della materia de qua appare obbligato sol che si pensi alla notevole difficoltà che è immaginabile si determini nell'elaborazione di disposizioni anticipate di trattamento laddove le patologie non siano già in essere e il paziente sia — o quantomeno si ritenga — in buona salute e dunque ragioni, per così dire, al buio”. Si riporta, inoltre, quanto affermato da S. Patti, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 965, ove ritiene un autonomo problema quello di “verificare se le disposizioni di fine vita corrispondono alla volontà attuale del paziente ormai non più in grado di esprimersi” ed il problema non esisterebbe se quelle che il medico deve esaminare fossero la volontà in allora del suo attuale paziente.

piuttosto al patrimonio tecnico-scientifico esistente al momento della predisposizione delle DAT. Ma l'aspetto più controverso in ordine a tali terapie alternative, che il medico è chiamato a sostenere in deroga alle DAT, è la necessità che le stesse siano in grado di offrire «concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita»: tali possibilità devono, in altre parole, essere sia “concrete”, cioè fuori da ogni elemento probabilistico, vicine alla certezza (ma esiste la sicurezza in medicina?); ma devono altresì realizzare, non già un semplice miglioramento dello stato patologico, ma un “miglioramento delle condizioni di vita”, che è un qualcosa di più. Il legislatore delinea quindi una prospettiva pressoché irrealizzabile che vanifica, nella sostanza, ogni possibilità di superamento di quanto contenuto nelle DAT. Altro spunto di riflessione attiene alla “forma” delle DAT¹⁰, disciplinata ai commi 6 e 7, dell'art. 5, in questi termini: «6. Le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7. Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.»

Il legislatore prevede un obbligo formale piuttosto stringente, che viene pensato più nell'ottica di una garanzia *ex post* per il medico, che in quella di una tutela *ex ante* del paziente. La dottrina¹¹ ha altresì convenuto sulla maggiore opportunità, rispetto all' “atto di revoca”, di una forma eventualmente più snella per cercare di meglio adattarsi alla mutata manifestazione di volontà del paziente.

Ciononostante, una delle parti forse più problematiche della Legge sul Consenso informato resta quella relativa ai “soggetti incapaci”. Nulla di nuovo in proposito sancisce il comma 1 dell'art. 3, rubricato “Minori e incapaci”, nell'affermare che: «La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà.»

La l. n. 219/2017 si colloca infatti in linea di continuità con un *trend* legislativo, ormai consolidato, orientato verso la massimizzazione della cura dei soggetti incapaci (specie minorenni), ad esempio attraverso la previsione normativa dell'obbligo di ascolto, piuttosto che mediante la valorizzazione delle

¹⁰ Per approfondimenti sulla funzione di adeguamento della volontà del soggetto da parte del notaio, si rinvia a A. Torroni, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile. Commento alla legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. Notar.*, 2018, II, 433.

¹¹ In tal senso, A. Giordano, *Questioni controverse su inizio e fine vita*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2018, III, 1081 ss.

idee e delle capacità di comprensione personali. Eppure, nonostante tale generalizzato riconoscimento, il “nervo scoperto” di ogni disciplina che coinvolga soggetti incapaci, continua ad essere rappresentato dall’individuazione del soggetto chiamato a decidere, in ultima istanza, sostituendo la propria volontà a quella dell’incapace¹². In tale ottica, il legislatore dopo aver attribuito tale potere di scelta al tutore, al curatore ed all’amministratore di sostegno, al comma 5 effettua una scelta precisa: «Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l’amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all’articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.»

Sul punto è necessario fare alcune considerazioni.

Innanzitutto, il legislatore non distingue, nell’individuazione del soggetto incapace, tra chi è sempre stato incapace – e quindi neanche volendo avrebbe mai potuto effettuare delle DAT –, e chi lo è diventato successivamente¹³ – e pertanto avrebbe potuto effettuare delle DAT, prima del sopravvenuto stato di incapacità ma non le ha fatte –. In entrambi i casi il consenso o dissenso alle cure deve essere espresso dal rappresentante legale, avendo come parametro assolutamente generico la «tutela della salute psico-fisica e della vita del minore, nel pieno rispetto della sua dignità» (co. 2). In tale ambito il legislatore si trovava a compiere una delle scelte più difficili di tutto l’impianto normativo, ossia quella relativa all’attribuzione di un potere di scelta ad un soggetto diverso dalla persona interessata alle cure¹⁴.

Il caso, che era ben impresso nella memoria dei parlamentari, era quello di Eluana Englaro¹⁵. La Cassazione aveva riconosciuto al padre della ragazza il potere di decidere, ma si era mossa lungo un

¹² Per un’attenta analisi del fenomeno, si rinvia a M. Noccelli, *La cura dell’incapace tra volontà del paziente, istituti di tutela ed organizzazione del servizio sanitario*, in *Federalismi.it*, 2018. Occorre rammentare, sul punto, che «il carattere personalissimo del diritto alla salute dell’incapace comporta che il riferimento all’istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, il diritto incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza» [cfr. Cass. Civ., Sez. I, n. 21748 del 17 ottobre 2007]. Critico su questa impostazione, laddove però consente al tutore di esprimere la volontà di rifiutare le cure per conto dell’interdetto in stato di coma, F. Gazzoni, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull’eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 112-113.

¹³ Per una ricostruzione fondata sull’art. 2045 c.c. dell’intervento d’urgenza del terzo (familiare) nella scelta del trattamento sanitario cui sottoporre il paziente, attualmente incapace di intendere e di volere, si rimanda a R. Masoni, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, 2017, IV, 1308 ss.

¹⁴ Sulla complessa e centrale, problematica della ricostruzione della volontà del paziente, che non abbia espresso specifiche disposizioni di trattamento prima di cadere in uno stato di incapacità, si veda per tutti A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*², Lavis (TN), ed. 2016; S. Cacace, *Autodeterminazione in salute*, Torino, ed. 2017; S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Torino, ed. 2011; P. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, co. 2, Cost. al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, I, 85 ss.

¹⁵ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, n. 21748 del 16 ottobre 2007. Circa le profonde influenze tra la sentenza in oggetto ed i principi enunciati dalla l. n. 219/2017, si rinvia a B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, CEDAM, ed. 2018. In primo luogo, la pronuncia ribadì che il consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento medico sanitario, in difetto del quale l’intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell’interesse del paziente. La pratica del consenso informato, scrive ancora la Cassazione, «rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell’individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi». Conseguentemente si affermò che il diritto di autodeterminazione medico sanitaria, di cui è titolare il paziente, trova fondamento costituzionale ed implica «la facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, eventualmente di

percorso diverso e più restrittivo. In linea generale, in dottrina si sono fronteggiate due posizioni: la scuola americana, che parla di “volontà del paziente” (*wills*) incapace, dichiarata o ricostruibile; e la scuola inglese, che parla di “miglior interesse” (*best interest*). La Cassazione italiana aveva cercato di mediare tra queste due contrapposte visioni, ponendo innanzitutto un limite di ordine oggettivo: ossia l'accertamento di un recupero seppur remoto delle funzioni vitali del paziente; a cui doveva correlarsi un limite di ordine soggettivo: ossia chi decideva sulla terapia, doveva farlo, non in sostituzione dell'incapace, ma “insieme” allo stesso, ricostruendo la sua volontà in base al suo stile di vita. È chiaro che una prospettiva simile incontra dei limiti innanzi a soggetti che, a causa della giovanissima età, non possono avere convinzioni filosofiche o comunque uno stile di vita.

Nella legge il legislatore sembra superare tutto questo. Il soggetto terzo che esprime il consenso o dissenso alle cure, non ha il limite oggettivo dell'impossibilità assoluta alle cure, né è previsto un limite di tipo soggettivo, in quanto è rimessa alla volontà del rappresentante – e quindi inevitabilmente alle sue convinzioni personali – la scelta della miglior cura per la salute del rappresentato. E a voler essere cinici, una simile lacuna lascerebbe aperte tutta una serie di ipotesi che poco hanno a che vedere con la salute dell'incapace. È assurdo che lo stesso ordinamento che da un lato prevede la necessità dell'autorizzazione del giudice tutelare per la vendita di un bene di proprietà del minore incapace (e comunque per ogni altro atto patrimoniale di straordinaria amministrazione), dall'altro ritenga sufficiente per poter porre fine alla sua vita la sola volontà “cieca” del suo rappresentante legale. Può forse l'integrità patrimoniale ricevere una tutela maggiore dell'integrità fisica?

È vero che in tali casi, ove il medico sia in disaccordo con il rappresentante legale del paziente, il legislatore prevede che possa attivarsi un contenzioso innanzi al giudice tutelare. Ma non è forse eccessivo far gravare un simile onere in capo al medico? Possiamo facilmente immaginare quale sarà la scelta ritenuta da quest'ultimo più opportuna, se seguire la scelta del rappresentante o piuttosto attivare a sue spese un processo.

2. Una comune dimensione umana per differenti fattispecie giurisprudenziali

La prima coraggiosa presa di posizione giurisprudenziale sul tema dell'interruzione delle cure si è avuta nel 2007, da parte del GUP del Tribunale di Roma, in relazione al caso Welby¹⁶. Piergiorgio Welby era un soggetto intellettualmente molto impegnato, sebbene affetto da una malattia neurodegenerativa che ne

rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale». Nella medesima circostanza, si precisò ulteriormente che idratazione ed alimentazione artificiale costituiscono trattamenti sanitari.

¹⁶ Si veda in proposito l'attenta ricostruzione operata da R. Masoni, *Rifiuto di trattamento medico e scelte di fine vita nella l. n. 219/17: l'ultima tappa di un lungo percorso*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (I)*, 2018, III, 1139 ss. In termini autobiografici, si veda P. Welby, *Lasciatemi morire*, Milano, edizione 2006. Cfr. Trib. Roma, sentenza 2049, 17 luglio 2007, (con nota di R. Masoni, “*Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*”, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (I)*, 2008, 675 ss.) la cui massima recita: «il medico che, su espressa richiesta del paziente, ne cagiona la morte, interrompendo il trattamento sanitario “salvavita” cui lo stesso era sottoposto, non risponde del reato di omicidio del consenziente, operando l'esimente dell'adempimento del dovere, sempre che il dissenso alla prosecuzione del trattamento sia stato espresso liberamente e personalmente da paziente capace, compiutamente informato circa le conseguenze della sua richiesta».

determinava un'assoluta impossibilità di movimento pur preservandone integra la lucidità mentale, al punto da farne esprimere la libera e consapevole richiesta di morire. Sin dalla maggiore età, Pier Giorgio Welby era affetto da distrofia muscolare progressiva, una patologia che lascia intatte le facoltà mentali, seppur in un corpo martoriato e devastato. Nel 2006, dopo avere rivolto inutilmente un appello al Presidente della Repubblica, a causa del progresso costante ed irreversibile della patologia degenerativa che l'affliggeva, Welby si trovava completamente immobilizzato, essendogli inibito qualsiasi movimento corporeo, se non quello labiale ed oculare. In particolare, egli era tracheotomizzato, respirava grazie ad un ventilatore polmonare (cui era attaccato da quasi un decennio), si nutriva assumendo un alimento artificiale (Pulmocare) ed altri elementi semiliquidi ingeriti tramite sondino naso-gastrico, comunicava con un sintetizzatore vocale ed orinava tramite sondino inserito nell'uretra. Data la sua disperazione e solitudine, pienamente cosciente, lucido e consapevole della sua condizione di malato terminale, egli tentò da ultimo di adire le vie giudiziarie. In particolare, valendosi del diritto di autodeterminazione in materia medico-sanitaria, chiese, tramite provvedimento d'urgenza, «l'immediato distacco del ventilatore artificiale che ne assicurava la respirazione assistita», con contestuale somministrazione di terapie sedative atte ad eliminare qualsiasi stato di sofferenza fisica o psichica.

La richiesta fu ritenuta inammissibile dal Tribunale di Roma¹⁷ che, per quanto ritenesse configurabile il diritto del paziente alla consapevole ed informata autodeterminazione nella scelta delle terapie cui sottoporsi, tuttavia affermò che «tale diritto non fosse in concerto tutelabile, a causa della mancata definizione, in sede normativa, delle sue modalità attuative, in particolare con riguardo all'esatta individuazione del c.d. divieto di accanimento terapeutico». Evidentemente, i tempi non erano ancora maturi per soluzioni più coraggiose ed umane che altri magistrati avrebbero in seguito tentato. Dato che le istituzioni si mostrarono sorde alle sue grida di dolore, Welby decise di “farsi giustizia da sé”, incaricando il medico-anestesista di fiducia, il dottor Mario Riccio, affinché, previa sedazione, provvedesse al distacco del ventilatore meccanico che gli permetteva di respirare e di sopravvivere. Fu così che egli si spense nella notte tra il 20 ed il 21 dicembre 2006. La morte di Welby non passò sotto silenzio se è vero che l'anestesista che lo aiutò nell'attuazione del proposito suicidario fu sottoposto a processo penale in quanto imputato del delitto di omicidio del consenziente (ex art. 579 c.p.) Con una coraggiosa decisione, peraltro, il GIP di Roma mandò assolto il dr. Riccio, ritenendo operante la scriminante di cui all'art. 51 c.p., in tema di adempimento del dovere. Il che valeva ad affermare che il medico, innanzi alla richiesta del paziente, non poteva che dare corso a questa volontà poiché la libertà di cure è imposta dall'art. 32 della Costituzione.¹⁸

¹⁷ Cfr. Trib. Roma, ordinanza del 16 dicembre 2006.

¹⁸ Tale impostazione è ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Per un'attenta analisi dell'interpretazione data dalla Consulta, si rimanda a M. Siclari, *L'articolo 32, primo comma della Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Lex Social*, 2012, 79. A conferma dell'originaria impostazione, in tal senso attribuita all'art. 32 Cost., si veda L. Carlassarre, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'ordinamento sanitario, 1. L'amministrazione sanitaria*, a cura di R. Alessi, Venezia, 1967.

Fu quella una data importante, poiché nello stesso periodo fu deciso il caso Englaro, che aveva ad oggetto una situazione umanamente analoga a quella del signor Welby, benché tecnicamente diversa da quest'ultima. Eluana Englaro, infatti, a seguito di un gravissimo sinistro stradale del 18 gennaio 1992, era divenuta incosciente, passando da uno stato vegetativo persistente ad uno stato vegetativo permanente protrattosi fino alla morte avvenuta 17 anni dopo (il 2 febbraio 2009). Eluana era pertanto all'epoca dei fatti in quello che all'epoca si definiva uno stato vegetativo permanente da ben diciassette anni. Per cui, anche i più accaniti sostenitori del concetto di vita in senso biologico avevano difficoltà nell'affermare che quella potesse dirsi vita biologicamente intesa. Ad accumunare i due casi era, tuttavia, il solo grado di drammaticità. Dal punto di vista umano erano situazioni simili, mentre da quello fattuale si trattava di situazioni differenti. Tuttavia, la questione era più complessa, poiché all'epoca era insegnamento corrente che il consenso non potesse essere in alcun modo presunto. Si ammetteva con difficoltà il consenso "tacito", mettendo in guardia dal pericolo di confusione con quello "presunto". Sicuramente l'attenzione mediatica su tali fenomeni ha facilitato l'approvazione della legge 219/2017, i cui articoli sembrano proprio preposti a risolvere queste situazioni.

L'art. 1, ad esempio, attraverso un procedimento *bottom up* (dal basso verso l'alto) pare ritagliato proprio sul caso Welby. L'equiparazione tra "rifiuto della cura" e "richiesta di interruzione" non attiene, infatti, ad un profilo meramente giuridico, ma si pone a salvaguardia di un interesse concreto del paziente, il quale molte volte non chiedeva di essere iniziato alle cure per il timore di rimanere poi intrappolato in un meccanismo che avrebbe portato a comprimerne i profili di umanità e dignità. E lo stesso vale sul versante del trattamento medico, giacché questa disposizione contrasta devianti pratiche difensivistiche in campo sanitario, rappresentate dal fatto che i medici spesso non raccomandavano di dare inizio ad un trattamento per paura che il paziente non potesse più tornare indietro. Questa legge risolve alcune situazioni, predispose lo strumento delle DAT – effettivamente molto parziale e lacunoso, anche rispetto ad una gestione concreta – per preservare la volontà del paziente, ma non riesce a ricomprendere tutte le possibili manifestazioni fenomeniche del problema del fine vita. Vi sono aspetti positivi, tra cui la soluzione affermativa della dibattuta qualificazione dei mezzi di sostentamento artificiale (nutrizione ed idratazione) in termini di trattamenti sanitari.

Proprio alla fine del percorso parlamentare accidentato e complesso, si è verificata la situazione di Fabiano Antoniani (*alias* Dj Fabo)¹⁹ la quale appariva come ulteriormente diversificata rispetto alle precedenti, ma come quelle caratterizzata da un forte grado di drammaticità, forse maggiore. Fabiano Antoniani non ha voluto rifiutare le cure consapevolmente del fatto che tale rifiuto avrebbe determinato una fine a distanza di parecchi giorni, con dolori strazianti ed un'ulteriore compromissione della propria situazione umana e con un carico di sofferenza ulteriore per i parenti. Gli furono quindi rappresentate le diverse possibilità

¹⁹ Per una lettura trasversale delle problematiche sollevate dal caso Cappato, si veda C. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. Pen Contemporaneo*, 2018, consultabile al seguente link: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6357-il-caso-cappato-l-incostituzionalita-differita-e-la-dignita-nell-autodeterminazione-alla-morte>

da Marco Cappato, ed optò per l'ipotesi del suicidio che si è procurato personalmente – cioè stringendo con la morsa dei denti un macchinario che gli ha iniettato il liquido letale –. Tecnicamente, allora, il comportamento di Cappato che ha fornito consigli, finanche ad accompagnare il paziente nella clinica svizzera in cui ha poi trovato la morte, configura un aiuto al suicidio. Se si sono risolti i casi Welby ed Englaro in nome di un'autodeterminazione, che è poi stata sancita anche in termini corposi da una legge, tale principio deve valere evidentemente anche nel caso di Fabiano Antoniani.

È stata allora sollevata una questione di legittimità costituzionale, tutta incentrata sul principio di autodeterminazione del paziente. L'autodeterminazione – per alcuni già presente tra le maglie del tessuto costituzionale, ma ad oggi espressamente consacrata nella l. 219/2017 – non può tuttavia essere usata “come una briscola, un grimaldello, un piede di porco”²⁰ per scardinare un sistema di tutele che è imprescindibilmente pubblicistico. Dopo l'iniziale favore per tale principio, pertanto, nell'analizzare le possibili conseguenze della futura decisione della Corte Costituzionale, sono cominciate ad affiorare alcune precisazioni di contesto. Non è possibile rinunciare al “paternalismo *soft*” dell'art. 580 c.p., posto a presidio della tutela gli interessi delle persone più deboli. È allora necessario delimitare l'ambito operativo dell'autodeterminazione alle situazioni di fine vita²¹. Ad ulteriore complicazione, vi è da considerare la progressiva soggettivizzazione del concetto di “malattia”. È ormai malattia ciò che il malato percepisce come tale, ossia qualsiasi cosa che diminuisca il suo benessere, diventando la versione negativa della concezione di “salute”, a suo tempo data dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)²². Ma questa visione della malattia difficilmente potrebbe penetrare all'interno del diritto penale, in cui non è possibile acconsentire a che sia la vittima, o meglio il soggetto paziente, a decidere cosa sia malattia e cosa no. Una soggettivizzazione di questo calibro porterebbe, secondo un argomento ormai consolidato, ad attribuire rilevanza perfino alla sola depressione.²³

Si è allora avvertita l'esigenza di costruire in termini oggettivi i requisiti di un aiuto al suicidio *vietatis causa*, cercando un temperamento tra libertà di autodeterminazione ed esigenze solidaristiche, convogliate da un discorso filosofico di stampo comunitario.

3. La recente posizione della Corte Costituzionale sul tema del fine vita

²⁰ L'espressione si deve a R. Dworking, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, 1994.

²¹ L'individuazione di quali siano i caratteri di una “situazione di fine vita” è stata affrontata sotto vari versanti (medico, civilistico, penalistico, costituzionalistico). Una definizione particolarmente calzante è stata formulata da M. D'Amico, che ha fatto riferimento alla presenza di una “malattia incurabile e foriera di gravissime sofferenze”. Altre volte si trova invocato il *test* del medico che si sorprende nello scoprire che il paziente è ancora vivo. Naturalmente, una simile ricostruzione non sarebbe valida per il diritto penale, che esige con certezza la quantificazione dei giorni e dei mesi che si interpongono alla morte.

²² L'O.M.S. (Organizzazione Mondiale della Sanità), organismo sanitario internazionale sorto a New York nel 1946, nella propria Carta fondativa del 1948, identifica la salute come “uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplice assenza di malattia.”

²³ La Depressione è a tutti gli effetti una malattia. È stato ormai superato il precedente dualismo mente-corpo. Provoca sofferenze, ma non per questo si può sostenere la liceità dell'omicidio di un soggetto depresso soltanto perché lo chiede. In realtà secondo i dati ISTAT (2015) è stato stimato che i suicidi siano realizzati in un rapporto di 4 a 1 da soggetti depressi piuttosto che da soggetti affetti da altri disturbi.

La Corte costituzionale ha tentato di offrire una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. operando un bilanciamento tra interessi contrapposti, da un lato l'interesse pubblico alla protezione dei soggetti più vulnerabili dal pericolo di una libera e facilitata cessazione della propria esistenza, e dall'altro l'interesse del singolo, in circostanze eccezionali e nel rispetto di specifiche condizioni, a poter dare esecuzione alla propria volontà di morire.

In particolare, la Corte si è espressa a distanza di un anno con due successivi provvedimenti. Il primo, di natura endoprocessuale adottato nell'esercizio del "potere di gestione del processo costituzionale" della Corte, è rappresentato dall'ordinanza n. 207 del 23 ottobre 2018 di rinvio della discussione all'udienza del 24 settembre 2019. Il secondo, definitivo e sostanzialmente confermativo dell'orientamento tratteggiato nella prima ordinanza, è rappresentato dalla sentenza di accoglimento n. 242 pubblicata il 27 novembre 2019.

Rispetto ad entrambi è opportuno operare alcune osservazioni, al netto della soluzione di merito adottata – non propriamente ottimale – ma certo la migliore delle soluzioni possibili.

Già con la prima ordinanza n. 207 del 2018, infatti, la Corte Costituzionale riconosce l'innegabile rilievo della libertà di autodeterminazione, ma contempera tale principio con un'attenta tutela dei soggetti più deboli che solo formalmente acconsentono alla propria morte. Rispetto a tale compromesso, l'art. 580 c.p. è allora un presidio ineludibile poiché rappresenta "una cintura di protezione" nei confronti dei soggetti più deboli. Consapevole, tuttavia, della necessità di un intervento legislativo – sia perché trattasi di materia penale coperta da riserva assoluta di legge *ex* art. 25 Cost., che per gli inevitabili profili discrezionali di disciplina che alla Corte è precluso colmare in quanto rimessi alla discrezionalità ed alla responsabilità politica del Parlamento – la soluzione accolta è quella della procedimentalizzazione, realizzata mediante la fissazione di un termine (il 24 settembre 2019) entro il quale il legislatore è "invitato" ad intervenire disciplinando le diverse fasi che consentano un avvicinamento del decisore alla situazione di fatto, nel tentativo di verificare nel modo più pieno possibile la libertà di autodeterminazione del soggetto. Nell'ottica della Consulta, questa si sarebbe potuta rivelare un'ottima occasione per disciplinare quella "relazione di cure e di fiducia", tanto declamata dalla legge n. 219 ma disciplinata solamente in coda all'articolo 5, rubricato "Pianificazione condivisa delle cure", al fine di trovare un bilanciamento, scevro dalla rigida logica dicotomica tipica del diritto penale.

La soluzione alternativa, che la Corte avrebbe potuto fare propria, consiste nell'affermazione in termini assoluti del principio di libertà di autodeterminazione, seguita dalla immediata dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. – cosa che avrebbe però creato un'impressionante lacuna ordinamentale –. Secondo alcuni autori, la Consulta avrebbe potuto – se non addirittura dovuto – limitarsi a dichiarare l'inaammissibilità della questione, anche in considerazione del fatto che la Corte Costituzionale, potendo pronunciarsi in materia penale "a rime obbligate", avrebbe inevitabilmente violato la riserva di legge: non essendo organo dotato di legittimazione democratica, non può infatti sostituirsi al legislatore. L'ordinanza n. 207/2018, in definitiva, suggerisce al legislatore una soluzione, ma affinché non rimanga lettera morta

– lasciando così Cappato alla sua ineludibile sorte giudiziaria –, fissa un termine di attuazione. La scelta appare, in definitiva, saggia. Definire una regola, in questo caso, si sarebbe rivelato subottimale, perché sovradimensionata; mentre maggiormente adeguata appare una valutazione caso per caso, che sappia evitare “distorsioni sistematiche della conoscenza”²⁴.

La Corte d’Assise di Milano, con ordinanza di remissione del 14 febbraio 2018, solleva una questione di legittimità costituzionale, che ha come proprio oggetto l’art. 580 c.p. Già soltanto il riferimento all’oggetto solleva delle perplessità, in quanto la Corte Costituzionale, alla fine del suo discorso, finisce per andare oltre l’art. 580 c.p., estendendo oltremodo l’oggetto della sua pronuncia. Ma sembra altresì che un analogo atteggiamento si registri in relazione al parametro di costituzionalità del giudizio. Il giudice *a quo*, infatti, fa altresì riferimento all’art. 3 della Costituzione, ma la Corte lo considera “un errore di fatto”, e sostiene invece *ex auctoritate sua* che il remittente avesse voluto riferirsi all’art. 2 della Costituzione. Come se ciò non bastasse, è la stessa Corte a recuperare in un secondo momento lo stesso art. 3 Cost. – in particolare sul versante del principio di ragionevolezza – come parametro del giudizio. Un’analoga anomalia si registra, inoltre, in riferimento al secondo parametro rappresentato dall’art. 32 Cost. Il giudice *a quo*, infatti, non fa espressamente riferimento all’art. 32 Cost. – qui, in verità, fondamentale – ma ciononostante la Corte lo utilizza, ancora una volta *ex auctoritate sua*, come parametro di legittimità costituzionale, ritenendolo “implicitamente invocato” dal complesso dell’impugnazione.

Ciò dà evidentemente l’idea di una forzatura, diretta al perseguimento di un obiettivo conclusivo. Anche in alcuni passaggi dell’ordinanza, emerge prepotentemente questo spirito.

La Consulta, infatti, ricostruendo il percorso dell’ordinanza di remissione afferma, in maniera troppo netta che «il bene giuridico protetto dalla norma denunciata [art. 580 c.p.] andrebbe oggi identificato, non già nel diritto di vita, ma nella libertà e consapevolezza del soggetto passivo di porvi fine evitando gli influssi che altri dimostrino sulla sua scelta». Al contrario, da parte del giudice *a quo* questa presa di posizione così netta non sembra emergere.

Ancora, la Corte Costituzionale respinge un’eccezione sollevata dall’Avvocatura dello Stato, volta a far dichiarare l’inammissibilità della richiesta del giudice *a quo*, «per avere la Corte remittente richiesto una pronuncia manipolativa in materia rimessa alla discrezionalità del legislatore». Trattasi, senza dubbio, di un’attività creativa che le è invece preclusa. Eppure, pur respingendo formalmente questa eccezione, la Corte nella sostanza finisce per decidere in un senso fortemente creativo.

Tra gli aspetti più interessanti, vi è quello della tutela della dignità umana, *ex art. 2 Cost.*, utilizzato per la ricostruzione delle condizioni alle quali è possibile ritenere non punibile il suicidio. Si tratta, afferma la Corte Costituzionale, «di ipotesi nelle quali l’assenza di terzi nel porre fine alla sua vita può rappresentarsi al malato come l’unica via d’uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona,

²⁴ Il fenomeno, noto alla psicologia comportamentale, si realizza ogniqualvolta ci si focalizzi sulle poche situazioni oggetto di attenzione mediatica, distogliendo l’attenzione dai tanti casi meno noti, in cui ci si determini a morire con molta meno consapevolezza.

a un mantenimento artificiale in vita». Vi è chiaramente una tendenza a valutare in maniera apertamente soggettiva il concetto di dignità umana, ovverosia le condizioni a cui la vita può ritenersi degna di essere vissuta. In un altro passaggio è affermato che «ancora di più se si costringe il paziente a subire un processo più lento in ipotesi corrispondenti alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care». Emerge, allora, una condizione ulteriore: la soggettivizzazione della dignità a vivere – e *a contrario* della dignità a morire – va misurata non soltanto in relazione alla percezione di chi soffre direttamente in conseguenza della malattia, ma anche di chi sta intorno al malato. Trattasi, dunque, di una doppia soggettivizzazione del concetto di dignità.

Per giustificare l'esercizio dei propri poteri di gestione del giudizio costituzionale, la Corte richiama in chiave comparata l'esperienza canadese e quella britannica. Non è raro il richiamo a Corti straniere, fatto per rafforzare il proprio *iter* argomentativo. Ma in questo caso il problema è procedurale: chiamare in causa due Corti di due ordinamenti diversi, che funzionano in modo diverso (in quanto espressione di tradizioni culturali e giuridiche di *common law*) e le cui decisioni hanno effetti diversi sui giudici ordinari, resta infatti privo di ogni ragionevolezza.

Vi è comunque da ribadire che con la prima pronuncia la Corte costituzionale in realtà non decide in senso definitivo, trattandosi di un'ordinanza con cui semplicemente viene rinviata al 24 settembre 2019 la propria decisione. Eppure, la Consulta non si limita ad invitare il legislatore ad intervenire sull'art. 580 c.p., ma finisce per richiedere un intervento normativo di ben più ampio respiro²⁵, con una disciplina particolarmente complessa, peraltro individuando essa stessa la sede in cui intervenire, ovverosia il tessuto normativo della l. n. 219/2017.

Tale *modus operandi* solleva tutta una serie di problemi. Innanzitutto, non è rispettato il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che vincola anche la Corte Costituzionale (la quale arbitrariamente sceglie di incidere tanto sull'oggetto, quanto sul parametro del giudizio). L'altro aspetto è che solo formalmente si parla di costituzionalità di una norma di legge. Dalla lettura dell'ordinanza 207/2018 sembra che la Corte sia propensa a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

²⁵ Si fa infatti riferimento «alla disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche a traverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima. Peraltro, l'eventuale collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata procedura potrebbe far sorgere l'esigenza di introdurre una disciplina ad hoc per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio a quo), che di tale non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare: anche qui con una varietà di soluzioni possibili. Dovrebbe essere valutata, infine, l'esigenza di adottare opportune cautele affinché – anche nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza. Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente.» Cfr. Corte Cost., ord. del 16 novembre 2018, n. 207.

eppure, dichiara esplicitamente di non volerlo fare prima del 24 settembre 2019. Allora, vi è da domandarsi, che efficacia abbia una simile ordinanza rispetto al prosieguo del giudizio costituzionale, peraltro proseguito da una rinnovata Corte Costituzionale. Il rinvio disposto all'esito della precedente udienza risponde, infatti, con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira, nella giurisprudenza costituzionale, il collaudato meccanismo della "doppia pronuncia" (sentenza di inammissibilità "con monito" seguita, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, da declaratoria di incostituzionalità). Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità. In altri termini, secondo la Corte, il principio di leale collaborazione tra organi costituzionali non è da intendersi in senso assoluto. Esso diviene, infatti, recessivo laddove l'inerzia di un potere fondamentale dello Stato determini un vuoto di tutela dei diritti fondamentali, che non possono pertanto restare privi di garanzia costituzionale «specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore» (sentenza n. 99 del 2019). Ove la *lacuna legis* interessi diritti fondamentali, come quello alla vita o alla salute dei cittadini, la Corte si auto-attribuisce un potere di intervenire, non già semplicemente in termini negativi – ossia espungendo dall'ordinamento le norme contrastanti con la Costituzione mediante una sentenza di accoglimento "secco" – ma promuovendo interventi di carattere positivo²⁶, ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento. Quello operato dalla Corte sarà allora qualificabile come intervento "manipolativo spurio", rispettoso della legalità costituzionale fintanto che la disciplina a tutela dei diritti fondamentali sia dalla stessa ricavata ermeneuticamente da fonti legislative.

In qualche modo bisognava incidere sul processo penale pendente su Marco Cappato²⁷. La Corte era ben consapevole del disinteresse politico verso l'approvazione di una legge su una tematica tanto delicata a livello di consenso popolare e si è posta essenzialmente un problema di natura umana. Ha pertanto cercato di conciliare delle posizioni che altrimenti non avrebbero potuto trovare composizione. Lo strumento processuale prescelto, ossia una mera ordinanza di carattere strettamente procedurale²⁸, non ha tuttavia alcuna efficacia sugli altri giudici (ordinari e costituzionali) che dovessero trovarsi ad affrontare questioni analoghe, limitandosi a conservare la sospensione del giudizio *a quo*.

²⁶ In questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016.

²⁷ In proposito, si veda E. Furno, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2020, n. 1; R. Pescatore, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2020, n. 1; A. Licastro, *L'epilogo giudiziario della vicenda Cappato e il ruolo "sussidiario" del legislatore nella disciplina delle questioni "eticamente sensibili"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, n. 3, pag. 609

²⁸ Essa è stata mutuata dalla Germania, in cui esistono sentenze di mera incompatibilità ai sensi dell'art. 31 BVerfGG, che però a differenza dell'ordinanza in oggetto, producono alla scadenza quale effetto automatico l'illegittimità costituzionale e caducazione della legge impugnata. Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda M. T. Röig, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, in *Corte Costituzionale. Servizio studi. Area di diritto comparato*, 2018. In questo caso, la peculiarità è che, al contrario, la Corte avrebbe astrattamente le mani libere alla scadenza.

Un'ultima osservazione di carattere formale riferita all'ordinanza n. 207/2018 attiene alla data individuata come termine per gli adempimenti legislativi richiesti, nonché per la definitiva decisione della Consulta. Il 24 settembre 2019 è, a ben vedere, una data strategica, in quanto coincidente con la decadenza della presidenza Lattanzi, nonché dell'allora conformazione del collegio di giudici della Corte. Nei fatti, dunque, essa sceglie consapevolmente di non decidere, rimettendo a quella che sarà la nuova formazione della Corte la definitiva presa di posizione su tale delicatissima questione. Vi è, poi, un ulteriore dato significativo da considerare. Nell'ordinanza in oggetto, la Corte Costituzionale spinge il Parlamento ad intervenire sulla legge 219/2017, entro un tempo prestabilito da essa stessa individuato. Tuttavia, i tempi medi di approvazione delle leggi nel nostro Parlamento, ammontano circa a 450 giorni in media (considerato anche le leggi su cui è posta la questione di fiducia e le leggi di conversione dei decreti legge). Ne deriva nettamente che il rinvio a settembre 2019 non possa dirsi un termine ragionevole entro cui normalmente il legislatore sarebbe potuto riuscire ad intervenire. Una maggiore rapidità sarebbe potuta certo essere assicurata dall'adozione di un decreto legge da parte del Governo. Tuttavia, è impensabile che un tema come questo, gravido di implicazioni etiche, sia gestito in questi termini, dovendo piuttosto essere il frutto ragionato del confronto tra le forze politiche presenti in Parlamento. Resterebbe, in ogni caso, di eccezionale gravità – oltre che biasimevole – la circostanza che l'organo costituzionale di garanzia delle leggi cerchi di dettare i tempi del procedimento alla luce del proprio cambio di guardia, scegliendo in definitiva di non scegliere, per non assumersi la responsabilità delle proprie decisioni.

Come prevedibile, alla data di udienza fissata dall'ordinanza 207/2018, il Parlamento²⁹ non è riuscito ad assumere alcuna posizione definitiva sul tema del fine vita. Con la sentenza del 25 settembre 2019, pertanto, la Corte costituzionale ha proceduto a realizzare l'annunciato³⁰ accoglimento del ricorso dichiarando «l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, 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 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

²⁹ I plurimi progetti di legge pure presentati in materia, di vario taglio, sono rimasti, infatti, tutti senza seguito. Il relativo esame – iniziato presso la Camera dei deputati, quanto alle proposte di legge A.C. 1586 e abbinata – si è, infatti, arrestato alla fase della trattazione in commissione, senza che sia stato possibile addivenire neppure all'adozione di un testo unificato.

³⁰ Cfr. C. Masciotta, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirimenti implicazioni*, in *www.giurcost.org*, 2020, n. 1.

Espressamente la Corte, nel considerato in diritto, richiama e conferma i rilievi e le conclusioni elaborate all'interno dell'ordinanza 207/2018, ai quali «si salda, in consecuzione logica, l'odierna decisione». Preliminarmente, dunque, si ribadisce la scelta procedurale di non adottare una pronuncia di inammissibilità della questione con monito al legislatore di intervenire in materia rimuovendo il *vulnus* di costituzionalità – cui ampiamente la stessa Corte ha fatto ricorso in passato – stante l'impossibilità, nel caso di specie, per via delle peculiari caratteristiche e della rilevanza dei valori coinvolti, di garantire attraverso essa un'adeguata protezione ai diritti fondamentali coinvolti, dal momento che una simile pronuncia avrebbe avuto l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione.

Nel merito la sentenza 242/2019 chiarisce che l'art. 580 c.p., nel punire i comportamenti di istigazione ed aiuto al suicidio, svolge una rilevante funzione costituzionale rispetto a quelle categorie di soggetti più deboli e vulnerabili che, a causa di una valutazione distorta della propria dignità, siano indotti a sentirsi un peso per la propria famiglia e l'intera società, così rifiutando cure che razionalmente dovrebbero invece essere portati ad accettare. La norma incriminatrice è stata introdotta dal legislatore fascista del 1930, secondo il quale la vita umana e le relazioni sociali dovevano incanalarsi all'interno di un sistema dirigista fortemente verticalista. In tale prospettiva, infatti, le condotte di istigazione e di aiuto al suicidio erano ritenute di pari disvalore – di qui l'analoga cornice edittale indicata dall'art. 580 c.p. - dal momento che entrambe contribuivano causalmente alla sottrazione di forza lavoro e militare alla patria. Con la Costituzione repubblicana tale visione della forma di Stato è tramontata. Al centro dell'ordinamento non vi è più l'interesse dello Stato ma quello della persona, alla cui piena realizzazione la Repubblica deve tendere (in tal senso, sono da leggere gli articoli 2 e 3, comma 2 della Costituzione). Tale rivoluzione copernicana della scala valoriale dello Stato ha determinato una rilettura delle disposizioni adottate precedentemente. Tra queste lo stesso art. 580 c.p. il quale conserva anche nell'attuale assetto costituzionale una propria operatività³¹, rappresentata dalla «tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere» (ordinanza n. 207 del 2018). Il principio generale che ispira l'attuale ordinamento, presidiato dal divieto oggetto della norma incriminatrice in questione, è dunque quello della tutela della vita, «primo dei diritti inviolabili dell'uomo» (sentenza n. 223 del 1996), in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri, rispetto al quale la libertà di autodeterminazione sancita dall'art. 13 Cost. è da ritenersi recessiva.

Tuttavia, la Corte costituzionale ravvisa un limitato spazio di non conformità a Costituzione dell'art. 580 c.p., che è rappresentato da situazioni che all'epoca dell'introduzione della norma non erano affatto

³¹ Cfr. B. Liberali, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *www.diritticomparati.it*, 2020.

immaginabili ma che, con il progresso della medicina e della tecnologia, sono oggi possibili. Il riferimento è a quelle situazioni di eccezionale gravità nelle quali il soggetto versò in un'irreversibile situazione di mantenimento artificiale in vita, pur restando in una perdurante condizione di lucidità mentale, che gli permetta di valutare consapevolmente la non opportunità del relativo trattamento sanitario – che è legittimato a rifiutare ai sensi dell'art. 32 Cost. –, ma al contempo versando nell'incapacità materiale di porre autonomamente fine alla propria vita, se non con ulteriori sofferenze fisiche e psichiche per se stesso e per i propri cari.

Le condizioni individuate dalla Consulta affinché ricorra tale straordinaria situazione di estraneità dall'ambito di applicazione dell'art. 580 c.p., tale da non giustificarne costituzionalmente la repressione, sono quelle poste dalla stessa ordinanza 207/2018. È necessario che l'aspirante suicida si identifichi – come nella vicenda oggetto del giudizio *a quo* – in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» (ordinanza n. 207 del 2018).

Rispetto a tali casi è opportuno valorizzare adeguatamente la libera autodeterminazione del paziente rispetto al termine della propria esistenza, escludendo in forza di tale eccezionale scriminante³² l'antigiuridicità della condotta di chi soltanto materialmente aiuti quest'ultimo nell'esecuzione del proposito suicidario – restando invece penalmente rilevante la diversa condotta di “istigazione al suicidio”, di chi cioè determini o rafforzi l'altrui proposito suicidario, anche in presenza delle straordinarie condizioni –. La Corte costituzionale fonda il proprio ragionamento alla luce del «valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico»: principio qualificabile come vero e proprio diritto della persona, che trova fondamento nei principi espressi negli artt. 2, 13 e 32 Cost. (sentenze n. 253 del 2009 e n. 438 del 2008).

L'antigiuridicità della condotta di aiuto al suicidio in tali situazioni è data dal riconoscimento legislativo del diritto a richiedere, con effetti vincolanti nei confronti di terzi, l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua (c.d. eutanasia passiva) ai sensi della legge 219 del 2017. Tale legge, infatti, all'art. 1 riconosce ad «[o]gni persona capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale (art. 1, comma 5), in nome della «relazione di cura e di fiducia» tra paziente e medico. In ogni caso, il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare

³² Cfr. M. Bianca, *L'aiuto al suicidio è ancora reato. riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Il Corriere giuridico*, 2020, n. 2, pag. 145; N. Colaianni, *La causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio ('rectius': dell'assistenza a morire)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, n. 3, pag. 591; M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale tra profili processuali, principi penali e dilemmi etici.*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2020, n. 1.

il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», rimanendo, «in conseguenza di ciò, [...] esente da responsabilità civile o penale» (art. 1, comma 6). Inoltre, la legge n. 219 del 2017 prevede che la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari possa essere associata alla richiesta di terapie palliative, allo scopo di alleviare le sofferenze del paziente (art. 2, comma 1). Lo stesso art. 2 stabilisce inoltre, al comma 2, che il medico possa, con il consenso del paziente, ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari. Disposizione, questa, che «non può non riferirsi anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali: scelta che innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte» (ordinanza n. 207 del 2018).

In conclusione, invocando il fondamentale principio di ragionevolezza ordinamentale³³, di cui all'art. 3 Cost., la Corte costituzionale finisce per equiparare il diritto all'interruzione delle cure vitali con sedazione profonda continua ed eventuale terapia del dolore, che indirettamente portano ad una morte più lenta ma naturale del paziente (eutanasia passiva), con il diritto alla somministrazione di trattamenti sanitari che direttamente determinano la morte immediata dello stesso (eutanasia attiva).

Tale equiparazione è retta esclusivamente dal rilievo che la libertà di autodeterminazione del paziente rispetto alle cure vitali assumerebbe in entrambe le fattispecie, sostenendo che «se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri». Fuori da tale generica assimilazione le fattispecie di eutanasia attiva e passiva risultano tra loro profondamente diverse, ravvisandosi nella prima una condotta attiva del medico che cagiona la morte del paziente mediante la somministrazione del trattamento letale, mentre nella seconda una condotta passiva del medico che si limiti ad interrompere il trattamento vitale precedentemente avviato. Inoltre, l'estensione analogica della disciplina dell'eutanasia passiva contenuta nella L. 219/2017 all'eutanasia attiva è ostacolata dalla stessa definizione di trattamento sanitario di cui il paziente può disporre, il quale è logicamente preordinato alla cura della salute, sia in termini di guarigione che di miglioramento e non peggioramento delle condizioni di vita, del paziente. È in tale dimensione funzionale alla conservazione della vita umana che il trattamento sanitario è preso in considerazione dalla Costituzione all'articolo 32. Non è razionalmente immaginabile, prima che giuridicamente privo di meritevolezza, un trattamento sanitario finalizzato alla morte del paziente. Un simile trattamento sarebbe, infatti, contrario alle «norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali» che ai sensi dell'art. 1, comma 6 della L. 219/2017 fungono da limite al diritto di interruzione

³³ Cfr. R. Di Maria, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"*. "The final cut", in www.giurcost.org, 2020, n. 1;

delle cure – e quindi all'autodeterminazione del paziente in materia sanitaria – senza che una simile richiesta possa rappresentare un obbligo professionale del medico – il quale pertanto, ove vi dia seguito, risponderà del proprio comportamento a titolo di lesioni o di omicidio –.

Tali considerazioni valgono ad escludere la sussistenza di un “caso simile” da regolare ricorrendo all'applicazione di “norme simili” secondo un procedimento di interpretazione analogica ispirato al canone della ragionevolezza, risultando piuttosto l'estensione della disciplina contenuta all'interno della L. 219/2017 rivolta ad un “caso diverso” secondo un processo di creazione normativa³⁴ riservato, come noto, al Parlamento. Con la sentenza 242 del 2019 la Corte costituzionale detta una chiara direttrice politica al Parlamento sul tema del fine vita³⁵, dapprima con l'ordinanza 207/2018 invitando genericamente l'organo legislativo ad intervenire sulla materia avendo come proprio riferimento la L. 219/2017 e successivamente imponendo una precisa scelta di merito relativa al ragionevole (o presunto tale) riconoscimento del diritto di morire, con correlata esenzione di responsabilità per coloro i quali rendano possibile la realizzazione della volontà suicidaria del soggetto. L'art. 580 c.p. diventa, così, il grimaldello per scardinare un sistema valoriale che ha nella protezione della vita e della salute degli individui la propria garanzia di tenuta: il riconoscimento e l'effettiva realizzazione dei diritti fondamentali, che sono doveri della Repubblica, presuppongono infatti la primigenia garanzia del diritto alla vita dei consociati. Il diritto di morire³⁶, trionfo dell'autodeterminazione, non soltanto non trova corrispondenza all'interno delle scelte di politica legislativa effettuate con la L. 219/2017 – la quale ha come proprio obiettivo la regolamentazione della relazione di fiducia tra medico e paziente, in un'ottica di protezione della volontà consapevole di quest'ultimo rispetto a trattamenti sanitari che si risolvano in forme di accanimento terapeutico – ma opera una scelta normativa preclusa alla Corte costituzionale che richiederebbe piuttosto un ragionato dibattito parlamentare³⁷ volto ad interpretare l'effettiva sussistenza di una volontà popolare in tal senso orientata.

A fronte di una sentenza manipolativa del dettato normativo, con cui la Corte ha di fatto usurpato la potestà legislativa del Parlamento – unico organo deputato dalla nostra Costituzione ad esprimere la volontà del popolo sovrano –, estremamente pericolosa si rivela l'assenza di una disciplina legislativa avente ad oggetto un'accurata specificazione delle condizioni e delle procedure atte alla valutazione della relativa sussistenza in capo ai soggetti che scelgano deliberatamente di morire richiedendo la somministrazione di un farmaco letale. In assenza di una specifica disciplina della materia, infatti, come peraltro già prospettato dalla stessa Corte costituzionale nell'ordinanza 207/2018, «qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio,

³⁴ Cfr. A. Ruggieri, *La disciplina del suicidio assistito è "legge" (o, meglio, "sentenza-legge"), frutto di libera invenzione della Consulta. A margine di Corte cost. n. 242 del 2019*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, n. 3, p. 633.

³⁵ Cfr. O. Caramaschi, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2020, n. 1.

³⁶ Cfr. F. Bertolini, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in www.rivistaaic.it, 2019, n. 4.

³⁷ Cfr. G. Battistella, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento "costituzionalmente obbligato" del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2020, n. 1.

per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo ex ante sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti».

In attesa di una presa di posizione legislativa del Parlamento, stante l'inconsistenza della posizione assunta dalla Corte Costituzionale, non si può che osservarsi il crescente rischio di abbandono terapeutico, oramai drammaticamente presente³⁸, sia a livello micro che macro. A livello "micro" possiamo chiederci se soggetti più vulnerabili non possano essere spinti, da una valutazione distorta della propria dignità, a sentirsi un peso per la propria famiglia e l'intera società, così rifiutando cure che razionalmente dovrebbero invece essere portati ad accettare e accedendo senza controlli preventivi a trattamenti letali. Ma un analogo problema può porsi anche a livello "macro", dove in tempi di crisi può cominciare a serpeggiare l'idea dell'insostenibilità di una spesa sanitaria per soggetti che non hanno possibilità concrete di un miglioramento di vita. Questi e molti altri interrogativi restano ad oggi aperti, di fronte ad un provvedimento legislativo accolto con il clamore politico tipico delle norme-manifesto, ma carico di implicazioni che rischiano di determinarne a livello sociale un pericoloso ribaltamento della stessa *ratio* che lo ha ispirato.

³⁸ In tal senso, per un importante contributo alla lettura dei risvolti etico-umanitari della nuova l. n. 219/2017, si rimanda a C. Casalone, *Vivere il morire con umanità e solidarietà*, in *La Civiltà Cattolica*, ed. 2017.