

***Nuovi diritti e nuovi doveri nelle questioni di fine vita?***

***(a margine della sent. n. 242 del 2019)\****

*di Francesco Cirillo – Dottorando di ricerca in “Law and Cognitive Neuroscience” - diritto costituzionale nell’Università degli studi Niccolò Cusano*

**ABSTRACT:** The paper addresses an analysis of the main issues of the Italian Constitutional Court decision (Corte cost., sent. n. 242/2019), affirming that there are new rights of the individual and new obligations of the health organization in end-of-life care. The analysis reveals further elements in support of a theoretical thesis according to which freedom in healthcare is increasingly far from being just negative liberty. In contrast, several welfare benefits load this freedom. The right to health in the Italian constitutional system gradually extends to protect the suicide intention, under certain conditions identified by the Court. Therefore, the patient gains the right to verify the conditions that justify suicide assistance (by the MD and by the ethics committee). Nevertheless, there is no right to be assisted in suicide, but a sort of free space in the doctor-patient relationship. In this space, a specific process of assistance to euthanasia is not punishable by criminal law.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L’ordinanza di rimessione e la corrispondenza tra chiesto e pronunciato. – 3. Libertà di salute quale mero corollario della libertà personale? – 4. Gli aspetti pretensivi dell’autodeterminazione in ambito sanitario. – 5. Formula decisoria della Consulta e formula assolutoria della Corte d’Assise. – 6. Conclusioni: nuovi diritti del paziente, nuovi doveri del medico?

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

## 1. Premessa

La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019 consente di affrontare un'analisi congiunta di diversi aspetti problematici di natura sia processuale, sia sostanziale, che implicano possibili conseguenze sugli scenari attuali e futuri delle questioni giuridiche del fine vita.

La dottrina, in occasione dell'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale (n. 207/2018), aveva inizialmente concentrato l'attenzione sul meccanismo dilatorio di tale ordinanza-monito, detta perciò anche a "incostituzionalità differita"<sup>1</sup>. È emerso, sin da quel momento, che il dispositivo dell'ordinanza di rimessione fosse privo di riferimenti all'art. 32 Cost., mentre già l'ordinanza di rinvio del Giudice delle leggi introduceva (forse *ex novo*) tale parametro, il quale ha poi trovato conferma nella pronuncia definitiva. Per questa ragione, sono stati evidenziati profili critici anche in ordine all'operatività del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nella giustizia costituzionale<sup>2</sup>.

È stato poi osservato che l'ordinanza della Corte d'Assise di Milano si fosse comunque soffermata a più riprese sulla dimensione della relazione di cura e sull'art. 32 Cost., «parametro, questo, non evocato nel dispositivo nell'ordinanza di rimessione, ma più volte richiamato in motivazione» (sent. 242/2019, Cons. in dir. § 2.3.); circostanza che sembra mitigare l'ipotesi di un'aperta deroga del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato da parte della Corte costituzionale.

Tuttavia, sia pure considerata la possibilità in capo alla Corte costituzionale di integrare i parametri indicati dal provvedimento di rimessione, in questo caso è emersa la necessità di ricostruire i rapporti problematici tra libertà personale e libertà di salute, onde chiarire se

---

<sup>1</sup> Sulla singolarità dell'ordinanza-monito, in questo *forum*, v. R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2020, 1 ss., in particolare il quadro sintetico offerto alla n. 1; altra dottrina ritiene trattarsi di incostituzionalità accertata ma non dichiarata (cfr. R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Consulta online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 5-6); sull'ordinanza, anche, tra gli altri, C. CUPELLI, *Il caso cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 03.12.2018; si rinvia anche alle osservazioni conclusive di A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentratore di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2019, 74 ss.

<sup>2</sup> Ancora in questo *forum*, v. M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2020, 288 ss.; sul punto *infra* § 2.

quest'ultima rappresenti soltanto un corollario della prima o, invece, qualcosa di diverso<sup>3</sup>. In altri termini, se il riferimento al diritto di rifiutare le cure sia una mera iterazione dello *habeas corpus* o mostri caratteristiche autonome tali da giustificare diverse conseguenze giuridiche, anche di ordine pratico.

Il provvedimento della Corte d'Assise di Milano, infatti, non sembra aver trascurato il riferimento al diritto alla salute, ma avrebbe piuttosto sposato la tesi secondo cui sussista un'identità di contenuto tra la libertà personale e il diritto a rifiutare le terapie. Più problematica, invece, appare la posizione della Corte costituzionale che, nell'operare il richiamo all'art. 32 Cost. e nel servirsi delle disposizioni relative al consenso informato di cui alla l. n. 219/2017<sup>4</sup>, ha inteso attribuire una notevole centralità alla dimensione della terapia, in un ambito – l'assistenza al suicidio – in cui tale riferimento non appare affatto scontato.

In questo senso, si vuole infatti sostenere che il diritto all'autodeterminazione in campo terapeutico costituisca un diritto non del tutto (o non soltanto) riconducibile al più ampio *genus* della libertà personale, per via del fatto che esso, pur sempre espressione anche del principio personalista, si dimostri pervaso di connotazioni pretensive e solidaristiche<sup>5</sup>.

Il riferimento alle prestazioni degli operatori sanitari, peraltro, ha destato diverse considerazioni critiche. È indubbio che la sentenza, nel definire il procedimento di verifica delle condizioni scriminanti, contempra una serie di attività da svolgersi, le quali coinvolgono un ampio novero di professionisti sanitari. La dottrina, in massima parte e sulla scia di una lettura restrittiva del testo della sentenza, nega che si profilino obblighi a carico degli operatori<sup>6</sup>.

Ciononostante, risulta difficile immaginare che gli elementi necessari a escludere la punibilità dell'agevolazione al suicidio si inverino per una mera casualità. Invece, la verifica da parte del

<sup>3</sup> Sulla sistematica del diritto alla salute, v. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2018, 24 ss.

<sup>4</sup> Cfr. ancora in questo *forum* le conclusioni critiche di E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2020, 315-316.

<sup>5</sup> Basti il riferimento alle specificità dell'istituto del consenso informato, oggi delineato dalla l. n. 219/2017, in cui l'esercizio della libertà in questione si accompagna sempre con delle prestazioni dei sanitari, *in primis* quelle informative; cfr., sul tema del consenso informato quale cerniera tra le due dimensioni, L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Giappichelli, Torino 2018, 73 ss.

<sup>6</sup> Quanto alla condotta agevolatrice, si condivide che «non c'è obbligo né necessità di obiezione di coscienza», R. BIN, *"Tanto tuonò che piovve". Pubblicata finalmente la sentenza sull'aiuto al suicidio ("caso Cappato")*, in *LaCostituzione.info*, 22.11.2019.

medico delle condizioni del paziente e l'intervento del comitato etico parrebbero realizzarsi nella logica dell'adempimento di un dovere, tutt'altro che casuale o accidentale<sup>7</sup>.

Questa circostanza appare in linea con un approccio dogmatico che non limita la libertà di salute (soltanto) alla forma di un *Abwehrrecht*, posto a protezione dell'ingerenza pubblica nella sfera privata<sup>8</sup>. Per contro, diversi aspetti pretensivi, sui quali ci si soffermerà, caratterizzano l'esercizio di tale libertà, anche nel rifiuto delle terapie salva-vita. Eppure, la procedura definita dalla sentenza in esame, nel prevedere prestazioni informative e diagnostiche, rischierebbe di risultare in concreto inesigibile e di apparire comunque problematica per il quadro deontologico che, al momento del deposito della sentenza, non sembrava consentire ai sanitari adeguamenti al nuovo assetto<sup>9</sup>.

Queste ultime considerazioni impongono una riflessione sulla disciplina che risulta dall'intervento della Corte, proprio a partire dalla pubblicazione delle motivazioni della sentenza di assoluzione della Corte d'Assise di Milano, che ha affermato, in relazione all'imputato, che il fatto dell'assistenza al suicidio non sussiste, ipotizzando cioè che l'intervento della Consulta abbia ritagliato dal perimetro oggettivo dell'art. 580 c.p. uno spazio di liceità delle condotte in questione<sup>10</sup>, anche se sarebbe stata preferibile la formula del "fatto non costituisce reato".

<sup>7</sup> In questo senso si può parlare di «un diritto speciale di prestazione condizionato all'esistenza di determinate condizioni di salute critiche, irreversibili e fortemente invalidanti», in 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 *Osservatorio AIC*, n. 1, 2020, 320; o ancora di un «un diritto subordinato alle "coscienze"» secondo la formula più tenue di M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit. 300.

<sup>8</sup> Sulla combinazione di *Abwehrrechte* e *Leistungsrechte* nella dogmatica del diritto alla salute, cfr. M. LUCIANI, *Salute, I, Diritto alla salute – Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, Roma, 1991, 4; su questa categoria v. J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 5, 1992, 414 ss., «So fordert das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in seiner Abwehrfunktion vom Staat, sich aller Maßnahmen zu enthalten, die diese Güter verletzen können», nonché i riferimenti bibliografici *sub* n. 4; cfr. sul punto anche A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma, 1989, 29 ss. e ID., *Libertà I) Problemi generali*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, Roma, 1990, 20 ss.

<sup>9</sup> Il riferimento è al Codice di deontologia medica, il quale all'art. 17 afferma che «il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocare la morte» (tuttavia, sulla recente novella del codice deontologico, *infra*, n. 31). Il problema delle nuove frontiere dell'etica medica, in riferimento al caso di specie, è osservato anche da F. MANTOVANI, evidenziando una «riformulazione epistemologica, respinta dai più della classe medica, della medicina, con perdita della specificità terapeutica e la trasformazione in una prassi formale e neutrale di manipolazione del corpo umano», in G. FLORA, *Una domanda a Ferrando Mantovani. A proposito della sentenza della corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Discrimen Opinioni*, 30.10.2019, 2.

<sup>10</sup> Così si afferma che «l'effetto della sentenza è per così dire il taglio di un pezzo della fattispecie paternalistica, sostanzialmente ritagliato sul caso Fabo, con l'imposizione di una procedura ritenuta idonea ad evitare abusi», D. PULITANÒ, *A prima lettura. L'aiuto al suicidio dall'ordinanza n. 207/2018 alla sentenza n. 242/2019*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 12, 2019, 3.

Si rende poi necessaria una riflessione sulla formula decisoria adottata dalla Consulta, poiché sarebbe opportuno distinguere tra due possibili opzioni: il primo ventaglio di ipotesi è che la Corte, servendosi del materiale legislativo offerto dalla l. n. 219/2017, abbia inteso integrare l'art. 580 c.p., aggiungendo una nuova scriminante (procedurale<sup>11</sup>); la seconda possibilità è che sia stata rinvenuta nella l. n. 219/2017 un'autonoma base di legittimità di condotte irragionevolmente sanzionate dall'art. 580 c.p., rendendosi perciò necessaria una sentenza almeno in parte ablativa, ritagliando determinate condotte di agevolazione al suicidio dal fatto tipizzato dalla norma penale<sup>12</sup>. In altri termini, secondo una certa linea interpretativa, l'agevolazione operata potrebbe non soltanto costituire una mera condotta scriminata, ma giungerebbe a porsi al di fuori del perimetro della norma incriminatrice. Se questo dovesse essere il significato accolto dalla giurisprudenza penale, anche in relazione a future vicende, allora tali forme di assistenza costituirebbero condotte del tutto lecite, e non già condotte eccezionalmente scriminate.

Appare certo, in ogni caso, che sorga una zona grigia, in cui si collocano possibili attività consentite, ma forse non perciò dovute, le quali attendono una più adeguata regolamentazione da parte del legislatore<sup>13</sup>. Proprio quest'assunto, però, conforta l'ipotesi di una futura affermazione, magari non già piena, di un autentico diritto a prestazioni tese ad accompagnare la scelta individuale di porre fine alla vita<sup>14</sup>. Un simile diritto appare oggi in una forma imperfetta e affievolita, perché rimesso da ultimo alla coscienza del medico e fortemente condizionato dal rispetto delle modalità procedurali delineate dalla Corte. Tuttavia, l'eventuale affermazione di

---

<sup>11</sup> *Infra*, nn. 53 e 57.

<sup>12</sup> Su quest'alternativa si sofferma anche C. 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*, n. 12, 2019, 53; valorizzando il *dictum* del dispositivo, si esclude che si tratti di «un elemento negativo di fattispecie», perché sarebbe stato necessario a tal fine escludere esplicitamente il reato e non la sola punibilità, T. EPINDEDIO, *La sentenza della Corte costituzionale n.242 del 2019: apocalypsis cum figuris*, in *Giudicedonna.it*, n. 2/3, 2019, 14.

<sup>13</sup> Né più poteva spingersi la Corte nel colmare il vuoto tramite il ricorso al «punto di riferimento» della l. n. 219/2017 (richiamando la sent. n. 236 del 2016) con integrazione del requisito de «l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità»; organo ingegnosamente rinvenuto nei comitati etici territorialmente competenti, su cui *infra* nelle conclusioni.

<sup>14</sup> Attualmente si nega radicalmente la sussistenza di un diritto soggettivo; cfr., per esempio, in B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Diritti comparati*, 09.12.2019; oppure in M. CHIARLO, F. PARUZZO, *Dj Fabo e la legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, in *Questione giustizia*, 20.12.2019; ma resta del tutto oscuro come possa pronunciarsi un comitato etico, se non nell'adempimento di un vero e proprio compito quale descritto dalla sentenza in esame. Quella prestazione appare come dovuta, così come pure la verifica delle condizioni in questione, mentre non può dirsi altrettanto per la condotta di agevolazione, che certamente non configura alcun obbligo.

tale diritto e già l'odierna disciplina di risulta implicano una cascata di effetti collaterali, sui quali ci si soffermerà nelle conclusioni, anche in un'eventuale prospettiva *de iure condendo*.

## **2. L'ordinanza di rimessione e la corrispondenza tra chiesto e pronunciato**

Il dispositivo dell'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise di Milano, come già evidenziato, è privo di riferimenti all'art. 32 Cost., mentre il richiamo esplicito al diritto alla salute appare sia nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018 sia soprattutto nella sentenza n. 242/2019<sup>15</sup>.

Tale circostanza richiede una riflessione congiunta su diversi piani: in primo luogo, emerge la questione della rilevanza e della cogenza del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel diritto processuale costituzionale; poi, è necessario valutare se il richiamo all'art. 32 Cost. possa considerarsi ultroneo rispetto al provvedimento di rinvio, perché implicitamente inteso nel riferimento all'art. 13 Cost., considerati anche i richiami agli artt. 2 e 8 CEDU, poiché la libertà di salute rappresenterebbe una mera declinazione nell'ambito sanitario del più ampio *genus* della libertà personale.

Quanto alla prima delle questioni bisogna osservare, innanzitutto, che la cogenza del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non sia da intendersi in senso assoluto<sup>16</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha infatti contemplato deroghe, sia nel senso di estendere il sindacato in via consequenziale a norme analoghe<sup>17</sup>, sia proprio nel senso dell'adozione di un nuovo parametro non indicato dal giudice *a quo*<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Sul punto, si richiama il dispositivo dell'ordinanza, la n. 43/2018 del 14.02.2018 della Corte d'Assise di Milano, «Ritenuta la rilevanza nel presente giudizio e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nei termini che seguono: - nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, I comma e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; - nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25, II comma e 27, III comma della Costituzione [...]» (PQM); mentre le ragioni di tale esclusione si evincono dalla lettura del corpo dell'ordinanza della Corte di Milano, nella quale il riferimento all'art. 32 è presente ma solo in funzione ancillare rispetto all'art. 13 Cost. Nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale, invece, si afferma esplicitamente: «L'art. 580 cod. pen. deve essere dichiarato, dunque, costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., nella parte in cui [...]» (Cons. in dir., § 9); pertanto, il richiamo è esplicito e diretto.

<sup>16</sup> Con riferimento al caso di specie, v. anche M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit., 289 ss.

Più specificamente, la dichiarazione di illegittimità di norme analoghe trova uno specifico riferimento positivo, poiché è offerta dal disposto dell'art. 27, l. n. 83/1953, che consente esplicitamente di dichiarare «*quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata*». Ad eccezione di tale deroga esplicita, però, s'impone che la declaratoria di illegittimità avvenga «*nei limiti dell'impugnazione*», con ciò rinviando al principio di tradizione processual-civilistica.

Sulla base di quest'ultima formula, la giurisprudenza costituzionale ha affermato – tendenzialmente – che «l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione» (da ultimo, sent. n. 12/2018)<sup>19</sup>.

Cionondimeno, con riferimento al caso di specie, si è altresì rimarcato che l'art. 32 Cost. sia una sorta di “convitato di pietra” nell'ordinanza della Corte d'Assise, evidenziando cioè che le questioni sollevate dal giudice *a quo* siano da intendersi con riguardo all'intera ordinanza di rimessione, salvo comunque riconoscere che in passato la Corte spesso si sia avvalsa di parametri non indicati nel dispositivo<sup>20</sup>.

Pur volendo prescindere dal diffuso richiamo all'art. 32 Cost. nell'ordinanza di rimessione, infatti, la dottrina afferma una certa flessibilità nel principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, nel senso della ponderazione con altri principi in gioco<sup>21</sup>.

D'altronde, il principio assume una declinazione diversa da quella processual-civilistica, poiché il giudizio incidentale non ripete lo schema di un processo tra parti. Inoltre, le esigenze che la

<sup>17</sup> Basti il rinvio a G. BRUNELLI, *Significative convergenze: illegittimità derivata di norme analoghe e sentenze manipolative*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Jovene, Napoli 2004, 343 ss.

<sup>18</sup> Cfr., tra gli altri, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Giappichelli, Torino 2014, 242 ss.; meno possibilista appare A. Cerri, *Corso di Giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012, 281 ss.

<sup>19</sup> Su questi limiti, in relazione già all'ordinanza 207/2018, v. anche M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corriere Giuridico*, 2018, 737 ss.

<sup>20</sup> S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso “Cappato”*, in *Forumcostituzionale.it*, 28.07.2018, 21 (con riferimento anche a Corte cost., sent. n. 17/2017).

<sup>21</sup> Quanto alla distinzione secondo cui «l'applicazione dei principi per ponderazione e delle regole per sussunzione», si rinvia alle diverse prospettive in M. BARBERIS, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e Diritto*, 2011, 11 ss.; e in R. GUASTINI, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2006, 151 ss.

corrispondenza tra chiesto e pronunciato presiederebbe non parrebbero intaccate, quanto al caso in esame, da un'estensione del sindacato al parametro dell'art. 32<sup>22</sup>.

Sembra opportuno rimarcare, tra l'altro, che le conclusioni rassegnate dalla Procura all'udienza del 17 gennaio 2018, in merito alla non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, si soffermavano ampiamente su tale parametro<sup>23</sup>. Allo stesso modo, la memoria difensiva dell'imputato, nel prendere posizione sulla questione, esplicitava il riferimento all'art. 32 Cost. per tentare un'interpretazione conforme che escludesse l'applicazione dell'art. 580 c.p.<sup>24</sup>, e *a fortiori* ribadiva il rilievo primario di tale riferimento anche in caso di promovimento della questione<sup>25</sup>.

In altri termini, sia le parti sia il giudice *a quo* avevano trattato diffusamente il parametro in questione, così da consentire alla Corte non soltanto di corroborare l'impianto motivazionale con riferimenti al diritto alla salute, ma altresì di estendere formalmente il sindacato all'art. 32 Cost<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Infatti, «se di “accoglimento parziale”, il mancato rispetto del principio di corrispondenza in nulla disattende, però le esigenze del contraddittorio», in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 243; le eccezioni sono numerose e frequenti, sia nel senso dell'ampliamento (norme-parametro, norme impugnate e *tertium comparationis*), sia anche laddove la Corte assume la veste di giudice *a quo*.

<sup>23</sup> Nella memoria d'udienza del PM: «La Costituzione, infatti, riconosce all'art. 32 c. 2 il diritto a rinunciare alle cure anche quando da questa scelta derivi la morte come conseguenza inevitabile ed immediata: l'applicazione di questo principio ha portato la giurisprudenza di merito e di legittimità a riconoscere un diritto a quella che viene denominata "eutanasia passiva", ossia a porre fine alla propria vita mediante la rinuncia ai supporti terapeutici artificiali che consentono di prolungarla oltre il momento in cui essa, naturalmente, avrebbe fine. Tuttavia, in alcune situazioni, la scelta di rinunciare alle cure prospetta, per il malato e per i suoi cari, il protrarsi più o meno prolungato di una dolorosa agonia; dunque, il divieto posto dall'art. 580 c.p. pone questi soggetti in una situazione giuridica paradossale; esporre a responsabilità penale chiunque decida di aiutarli a porre fine alla loro vita o continuare un'esistenza indecorosa nell'attesa di una morte che di "naturale" non conserva più alcunché.» (§ 3.a), in G. STAMPANONI BASSI (a cura di), *Processo nei confronti di Marco Cappato per il suicidio assistito di Dj Fabo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, al link: <http://www.giurisprudenzapenale.com/processi/processo-nei-confronti-di-marco-cappato-suicidio-assistito-di-dj-fabo/> ult. cons. 13.02.2020.

<sup>24</sup> *Ibidem*, nella memoria difensiva, circa la percorribilità dell'interpretazione costituzionalmente conforme: «La fattispecie penale di cui all'art. 580 c.p., invece, implica un concetto di suicidio troppo ampio che non comprende gli atti di autodeterminazione del paziente che avvengono nel contesto descritto dalla legge "in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" e sulla scorta degli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione. In questo contesto si precisa che questa difesa è ben consapevole che l'assunzione della sostanza letale per la persona con patologia irreversibile è cosa distinta dalla interruzione di terapie vitali, ma ritiene opportuno leggere e ricomprendere entrambe le situazioni sotto lo stesso principio di autodeterminazione dell'articolo 32, visto che l'esito finale è il medesimo» (§ 4).

<sup>25</sup> *Ibidem*, «Ove tale interpretazione non dovesse essere accettata, l'eccezione di incostituzionalità, che naturalmente ed inevitabilmente ne consegue, riguarda la parte dell'art. 580 c.p. che omette di considerare che il comportamento di chi eserciti le facoltà di autodeterminazione attribuite, *in primis*, dall'art. 32 della Costituzione non costituisce suicidio. E l'art. 580 c.p. pertanto per come riscritto all'esito dell'intervento della Corte costituzionale in questa sede invocato non potrebbe più riferirsi al caso di chi si attivi con finalità di tipo solidaristico ed umanitario per agevolare il proposito suicida della persona che versi in uno stato di malattia irreversibile che produce gravi sofferenze» (§ 4).

<sup>26</sup> La Corte infatti esplicita l'estensione al parametro, affermando che «L'art. 580 cod. pen. deve essere dichiarato, dunque, costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.»



Alla luce di quanto precede, la questione della corrispondenza tra chiesto e pronunciato non sembra assumere (e non ha assunto) un ruolo determinante nella vicenda in questione e, però, contribuisce a evidenziare il profilo di rilievo dogmatico relativo alla maggiore o minor vicinanza della libertà di salute alla libertà personale.

Dalla diversa ricostruzione del problema, infatti, non dipende soltanto la valutazione di ordine processuale, su quanto la Corte si sia allontanata dal perimetro dell'ordinanza di rimessione. La questione appare centrale perché getta nuova luce sulle possibili nuove frontiere della libertà di salute e della terapia medica, anche nel senso di sondare eventuali posizioni soggettive azionabili in relazione alle questioni di fine vita.

### **3. Libertà di salute quale mero corollario della libertà personale?**

La questione dei rapporti tra libertà personale e libertà di salute è risolta senza alcun rilievo problematico nelle motivazioni dell'ordinanza di rimessione della Corte di Milano, nella quale si afferma ripetutamente come il diritto alla libertà e all'autodeterminazione sia «declinato nell'art. 32 della Costituzione con riferimento ai limiti dei doveri/poteri d'intervento dello Stato a tutela della salute delle persone» (p. 6).

Alla luce di quest'assunto, si evidenzia poi il ruolo fondamentale della l. n. 219/2017, «la quale, nel quadro della valorizzazione del principio costituzionale del consenso informato, ha «positivizzato» il diritto del paziente di rifiutare le cure e di “lasciarsi morire”.» Ancora sul punto, l'ordinanza ribadisce che «il diritto a morire, rifiutando i trattamenti sanitari, è stato di recente riconosciuto dal legislatore italiano con la legge n. 219 del 22.12.2017, nella quale vi sono espliciti richiami ai principi sanciti agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e agli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea» (p. 12).

In conseguenza di questa presunta identità contenutistica degli artt. 13 e 32 Cost. II co., il riferimento della questione di legittimità esteso anche alla seconda delle disposizioni costituzionali in parola sarebbe apparso, forse, un'inutile iterazione. In altre parole, nell'ottica della Corte d'Assise, la libertà di salute si presenterebbe come una mera *species* del più ampio *genus* della libertà personale, declinata in contesto sanitario.

La Corte costituzionale, nel notare la singolare assenza del richiamo, ne ha parzialmente condiviso però la giustificazione implicita<sup>27</sup>, evidenziando che la norma di cui all'art. 580 c.p. sull'aiuto al suicidio si ponesse in contrasto con il principio personalista, «precetto costituzionale, quest'ultimo, che, unitamente all'art. 32 Cost. (non evocato nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione, ma ripetutamente richiamato in motivazione), assicura la piena libertà dell'individuo di scegliere quali interferenze esterne ammettere sul proprio corpo e di tutelare, in questo senso, la sua dignità» (Cons. in dir. § 3.2).

Quindi, facendo propri i richiami alla l. n. 219/2017 – forse anche con troppa adesione<sup>28</sup> – la Corte ha affermato che «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita» (§ 5).

L'iter logico sembrerebbe il seguente: la libertà personale e la libertà di salute sono sostanzialmente identiche; nel caso di richiamo alla prima, è superfluo il richiamo alla seconda; la l. n. 219/2017 è comunque espressione del principio personalista in ambito sanitario, invariabilmente ancorato nelle due disposizioni costituzionali, senza che l'art. 32 Cost. dispieghi alcun'efficacia diversa rispetto all'art. 13 Cost.; da ultimo, il consenso informato e il dissenso alle cure comportano l'esclusione della punibilità di chi agevoli, a determinate condizioni, eventuali propositi suicidi<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Nel senso di una riscrittura del *thema decidendum*, ancora in M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit., 288 ss.; ma è utile anche valorizzare, a fronte dell'indiscutibile introduzione del richiamo all'art. 32 Cost. operato dalla sentenza, una comunanza dell'iter logico-motivazionale con il provvedimento di rimessione, poiché nel corpo dell'ordinanza della Corte d'Assise, come visto, non mancano i riferimenti all'art. 32 Cost. e alla l. n. 219/2017.

<sup>28</sup> Sino, appunto, a interpolare il testo dell'art. 580 c.p. con le condizioni di cui alla l. n. 217/2019; circostanze che hanno indotto parte della dottrina a dubitare della modalità decisoria; cfr. già A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. n. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forumcostituzionale.it*, 27.05.2019, 1 ss. o B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza n. 207/2018: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?*, in *Forumcostituzionale.it*, 22.06.2019.

<sup>29</sup> Cfr. sul punto, F. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2019, 323 ss.

Tale ricostruzione però giungerebbe a definire un novero di pretese azionabili nel contesto della relazione di cure<sup>30</sup>, le quali implicano altresì l'accertamento da parte delle strutture sanitarie delle condizioni e delle modalità di esecuzione dell'assistenza al suicidio.

Accanto alla prima soluzione minima, si affianca così un'interpretazione più ampia, secondo cui il diritto a morire rifiutando i trattamenti, già riconosciuto in via legislativa, potrebbe giungere a imporre anche il riconoscimento di un analogo diritto di rango costituzionale a essere *lato sensu* aiutati a morire, persino tramite il ricorso al Servizio sanitario nazionale, in una modalità di esercizio della libertà personale dal carattere marcatamente pretensivo.

È chiaro, infatti, che vertendosi in materia di prestazioni terapeutiche, tutto ciò che è lecito tenda a essere altresì dovuto. Contro tale assunto, oltre alla maggioranza delle opinioni, si sarebbero poste la stessa organizzazione del sistema sanitario, l'esplicita esclusione di obblighi in capo al personale medico e persino il codice deontologico medico, prima della sua recente modifica<sup>31</sup>.

Resterebbe, quindi, un'ampia zona grigia di azioni scriminate ma non perciò dovute, con l'effetto piuttosto probabile che l'unica condotta davvero scriminata risulti quella del caso di specie, realizzata con modalità equivalenti a quelle teoricamente previste, mentre la procedura scriminante tipizzata non possa mai avere luogo, salvo che avvenga in altri contesti organizzativi o persino in altri orizzonti giuridici (magari in un altro paese, con comitati etici e medici che inverino le condizioni indicate dalla sentenza)<sup>32</sup>.

Questo percorso argomentativo, per quanto valido in linea teorica, non è esente da qualche forzatura, che forse si sarebbe potuta evitare, se il provvedimento di rimessione si fosse fondato su un diverso assunto dogmatico, che qui s'intende brevemente ricostruire.

---

<sup>30</sup> Sul profilo del diritto all'aiuto come diritto a una prestazione, valorizzando gli aspetti comunque pretensivi ricostruibili sulla base della procedura definita dalla Consulta, in questo *forum*, v. G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire*, cit., 12.

<sup>31</sup> In relazione al quale, in data 06.02.2020, si è aggiunto un comma all'art. 17, riprendendo il dispositivo della sentenza: «*Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocare la morte. La libera scelta del medico di agevolare, sulla base del principio di autodeterminazione dell'individuo, il proposito di suicidio autonomamente e liberamente formatosi da parte di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli (sentenza 242/19 della Corte Costituzionale e relative procedure), va sempre valutata caso per caso e comporta, qualora sussistano tutti gli elementi sopra indicati, la non punibilità del medico da un punto di vista disciplinare*».

<sup>32</sup> «Si osserva, da ultimo, che, seppure non espressamente richiesto dalla Corte Costituzionale con riferimento alle condotte antecedenti la sua pronuncia, in ogni caso Marco Cappato aveva accompagnato Fabiano Antoniani a porre fine alla sua vita presso una struttura che vi provvedeva con modalità che erano state vagliate dai Servizi sanitari elvetic», ancora in Corte d'Assise di Milano, sent. 8/2019.

L'assunto in questione intende valorizzare il disposto dell'art. 32 Cost., con riguardo alla relazione di cura, nella quale l'autodeterminazione in ambito sanitario si esplica e incontra limiti e condizioni che ne rafforzano la specificità rispetto al *genus* della libertà personale, sino al punto da consentire una lettura autonoma della libertà di salute.

Evitando il fraintendimento che pare connotare la prima ricostruzione, sarebbe possibile raggiungere il medesimo risultato concreto (la non punibilità della condotta), senza tuttavia ricorrere a un tale gioco di analogie forzate.

Nel percorso argomentativo analizzato, una libertà dal contenuto negativo si converte progressivamente in una libertà positiva, riconosciuta ma non pienamente garantita, senza che il percorso argomentativo giustifichi appieno tale metamorfosi.

Il fraintendimento, quindi, risiederebbe nell'identificazione piena tra libertà personale e libertà di salute, potendo intendersi quest'ultima come qualcosa di simile alla prima, ma soltanto parzialmente. La maggior conferenza del richiamo al principio del consenso informato, sancito da ultimo nella l. n. 219/2017, va collocata nell'ambito più circoscritto della relazione di cura e dei relativi obblighi e, quindi, non nel campo aperto delle libertà esercitabili *erga omnes*. La stessa Corte afferma che «il riferimento a tale disciplina implica, d'altro canto, l'inerenza anche della materia considerata alla relazione tra medico e paziente» (§ 5).

La scriminante in questione, allora, se sorge all'interno della relazione di cura, non potrà che realizzarsi nell'esercizio da parte del paziente di una libertà carica di aspetti pretensivi. Se diversamente essa si pone al di fuori della relazione di cura, come l'esercizio di un generico diritto di *habeas corpus*, ogni riferimento alla disciplina del consenso informato e all'attività di medici e comitati etici dovrebbe considerarsi inconferente.

#### **4. Gli aspetti pretensivi dell'autodeterminazione in ambito sanitario**

Appare del tutto condivisibile che libertà di salute sia innanzitutto una declinazione in ambito sanitario del principio personalista, il quale costituisce il radicamento ultimo di ogni diritto di

libertà<sup>33</sup>. Tuttavia, non sembra altrettanto appropriato affermare che la libertà di salute si limiti a realizzare una mera iterazione della libertà personale.

Il primo elemento sintomatico dell'alterità della libertà di salute rispetto alla libertà personale è il luogo in cui la prima si esplica, la dimensione della relazione di cure, come ribadito, tra l'altro, dallo stesso disposto dell'art. 1 della l. n. 219/2017<sup>34</sup>.

È in questo contesto che ha senso pretendere che il consenso, abitualmente di per sé sufficiente a costituire una base di liceità per le altrui ingerenze nella vita dell'individuo (o ad assolvere a una funzione scriminante), sia anche informato, cioè corredato dall'adempimento di un obbligo (quello informativo), che è il primo segno dell'instaurazione di un rapporto articolato, che comporta diritti relativi, come tali riferibili a prestazioni determinate. Tali prestazioni sono, infatti, dovute non già perché imposte alla generalità dei consociati, ma perché richieste a una platea determinata dall'occasione specifica (i professionisti sanitari coinvolti nella relazione di cura).

La medesima garanzia, l'adempimento dell'obbligo informativo, si richiede anche come condizione del dissenso, che quindi, più che il semplice esercizio di una pura libertà negativa, si esplica tramite la prestazione informativa e terapeutica del sanitario. La comunicazione che intercorre tra medico e paziente, infatti, costituisce parte della cura o meglio, adottando la prospettiva del legislatore, «*il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*» (art. 1 co. VIII, l. n. 219/2017).

Nella stessa l. n. 219/2017, tra le principali novità della normativa, anche le disposizioni anticipate di trattamento (DAT) si caratterizzano per la medesima logica<sup>35</sup>. Tali dichiarazioni sono rese dalla persona interessata al professionale sanitario, soltanto «*dopo avere acquisito adeguate*

---

<sup>33</sup> Sul rapporto tra principio personalista e libertà di salute, mi limito a richiamare, su tutti, M. LUCIANI, *Salute*, 2 ss.; sul punto della ricostruzione bipartita del diritto alla salute come libertà e diritto alle cure, v. ampiamente in D. MORANA, *La salute come diritto fondamentale*, in particolare 33 ss. e 69 ss.

<sup>34</sup> Il comma secondo dell'art. 1, l. n. 219/2017, restituisce la complessità del quadro: «*È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.*»

<sup>35</sup> Il riferimento alle DAT conduce parte della dottrina a conclusioni sul tema in parte diverse, evidenziando il discrimine tra il rifiuto alle cure e la cd. eutanasia attiva, così p. e. in A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, n. 1, 2019, 105 ss.

*informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte»* (art. 4)<sup>36</sup>. Giova sottolineare, poi, che esse possono essere disattese dal medico in accordo con il fiduciario, se incongrue o se sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione (art. 4 co. V). Sono persino previste ipotesi di conflitto tra il medico e il fiduciario, da risolvere sempre sulla base della pianificazione condivisa delle cure (art. 5). Ciò rappresenta un'ulteriore conferma della centralità del rapporto di cura e, soprattutto, del rilievo della posizione del medico, il quale è destinatario di un potere di determinare a monte il quadro delle possibili scelte entro cui il paziente può autodeterminarsi, sia pure sulla base della propria competenza e non dell'arbitrio. Altro elemento di rilievo è che, sia nelle DAT, sia più in generale nella l. n. 219/17, il familiare e il terzo fiduciario hanno un ruolo senza precedenti.

In altri termini, mentre non si richiede generalmente che una manifestazione di volontà sia anche informata perché risulti efficace, le DAT, invece, richiedono un'informazione consapevole, poiché l'autodeterminazione in questo caso si declina in una dimensione più articolata e comunque condizionata anche all'adempimento di prestazioni altrui.

Non è, tuttavia, nel solo testo della legge n. 219/2017 che si ritrovano indicazioni a sostegno di tale assunto. Il colore sempre pretensivo e condizionato dell'autodeterminazione declinata in ambito terapeutico emerge sempre più diffusamente.

Ancora sul piano legislativo, alcuni spunti si traggono anche dalla l. n. 38/2010<sup>37</sup>, cui la l. n. 219/2017 rinvia esplicitamente, la quale riconosce al malato, anche in caso di rifiuto del trattamento principale, il diritto alla terapia del dolore e delle cure palliative. Tali prestazioni terapeutiche rientrano persino nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza, consentono il ricorso a tipologie di farmaci ritualmente non adottati e implicano un articolato programma di attuazione, a testimonianza

---

<sup>36</sup> Sulle DAT, v. da ultimo le osservazioni critiche in G. BALDINI, *La legge 219/17 tra molte luci e qualche ombra*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2019, 12; occorre specificare che le dichiarazioni siano rese al personale sanitario solo a condizioni determinate, altrimenti sono rese, previa informativa di un professionista non chiaramente definito, al pubblico ufficiale. Tale il risultato del combinato disposto del primo comma dell'art. 4, secondo cui ogni persona maggiorenne «*dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari*», salvo poi consentire al sesto comma che «*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.*»

<sup>37</sup> La l. n. 38/2010 reca appunto le «disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore». Sul punto, v. anche G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2013, 249 ss.

della presenza effettiva di un vero proprio diritto all'alternativa, laddove le condizioni consentano al personale sanitario di assecondare la volontà del paziente<sup>38</sup>.

Da queste constatazioni si deduce che l'autodeterminazione si declini nel campo sanitario in una forma diversa e, almeno in parte, nuova: la sua collocazione nella relazione di cura consente di definire una forma di libertà terapeutica che non si esercita nel modo tipico dei diritti assoluti.

Il paziente, rifiutando il trattamento principale, devia gli obblighi di prestazione del sanitario che, nei limiti delle opzioni percorribili secondo scienza e coscienza, è comunque tenuto a offrire una prestazione alternativa<sup>39</sup>. Pertanto, nell'ambito delle prestazioni alternative, il diritto all'assistenza si estende anche alla terapia del dolore e alle cure palliative, così come definite all'art. 2 della l. n. 38/2010 e senza esplicite clausole di coscienza.

La medicina palliativa, eventualmente, è anche in grado di accelerare la morte del paziente, quindi di provocare effettivamente la causa della morte in concreto, senza perciò comportare alcuna forma di omicidio, benché la valutazione del decorso causale in ottica penalistica indurrebbe, almeno in linea teorica, a tale inferenza<sup>40</sup>. È infatti evidente che in questo caso la tipizzazione della procedura terapeutica escluda la rilevanza penale delle condotte del sanitario; né può attribuirsi una particolare pregnanza alla circostanza per cui la morte figurerebbe come un effetto collaterale e non voluto; quasi un effetto secondario rispetto alla principale finalità (palliativa)<sup>41</sup>. Non può omettersi, poi, che il medico che attui una terapia palliativa, in determinati casi, accetti consapevolmente il rischio connesso (in linea solo teorica, con ogni conseguenza in ordine all'elemento soggettivo in ambito penale).

---

<sup>38</sup> Sul parziale ritardo nell'attuazione del programma, quindi anche in relazione al tema degli *hospices*, cfr. il *Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n. 38 del 15 marzo 2010 "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore"*, a cura di Ministero della Salute, da cui «emerge un quadro dello stato di attuazione della legge n. 38/2010 caratterizzato da luci e ombre, con forti disomogeneità».

<sup>39</sup> «Il rifiuto o la rinuncia a un determinato trattamento sanitario non comportano – il più delle volte – il rifiuto di ogni tipo di trattamento», in S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.03.2019, 6.

<sup>40</sup> Contro quest'equiparazione, *ibidem*, 16, «Il medico dovrebbe contribuire alla realizzazione della scelta del paziente di accelerare la propria morte pur disponendo di un trattamento sanitario – la sedazione palliativa profonda – che non abbrevia la vita e consente di “morire senza dolore”»; in senso favorevole, invece, il quadro teorico offerto in G. CRICENTI, *Il sè e l'altro. Bioetica del diritto civile*, ETS, Napoli 2012, 96 ss., e più recentemente U. ADAMO, *Ragioni a favore di una legalizzazione dell'eutanasia*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 1-bis, 2019, 39 ss.

<sup>41</sup> Valorizza la distinzione tra le condotte, evidenziando il ruolo della finalità primaria delle cure palliative del bilanciamento con i rischi connessi, G. BEGUINOT, *L'eutanasia attiva indiretta: problemi e prospettive*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, 2019, n. 1, 25 ss.

Il medico, pertanto, può somministrare un farmaco per determinare la fine della sofferenza, anche se tra le eventuali implicazioni ci sia la morte del paziente. Inoltre, sulla base dell'attuale quadro ordinamentale, il medico è tenuto ad assecondare la volontà del paziente di ricorrere a tale opzione terapeutica, se ne sussistono le condizioni<sup>42</sup>.

In questo contesto, ricostruite le specificità della relazione di cura, in cui si realizza l'autodeterminazione terapeutica, viste anche le possibilità già offerte dalle norme vigenti, è chiaro che è più agevole escludere la punibilità del medico che, in condizioni limite, previo consenso informato del paziente ed esperita ogni strada alternativa, somministri un farmaco antidolorifico che comunque provochi la morte dell'individuo, accelerando il processo terminale.

Quanto al medico, come è chiaro, si verte anche in tema di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.)<sup>43</sup>, ma il medesimo argomento si estende facilmente alla figura del terzo che accompagna il paziente nel suo cammino nell'ipotesi di assistenza al suicidio<sup>44</sup>. Anche per ragioni intuitive, nessuno punirebbe chi agevoli un individuo a intraprendere un legittimo percorso terapeutico palliativo che ne acceleri eventualmente la morte. Non già e non tanto perché la condotta in tesi non configuri *lato sensu* una forma di agevolazione se non addirittura una condotta attiva o omissiva che causi la morte concreta del paziente, ma perché la centralità del rapporto medico-paziente esclude la rilevanza di ogni condotta esterna, lasciando emergere la liceità della terapia di sedazione profonda o delle cure palliative, come pure il rilievo del consenso libero e informato del paziente. Quindi, la

---

<sup>42</sup> Che la possibilità del ricorso alla sedazione profonda continua costituisca il nucleo del *tertium comparationis* adottato dalla Corte, emerge diffusamente: «Se, infatti, il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale» Cons. dir. § 2.3». Sul punto, cfr. anche F. MORONI, *I poteri della Corte costituzionale in materia penale: riflessioni a margine del caso Cappato*, in *Giudicedonna.it*, n. 2/3, 2019, 11 ss.

<sup>43</sup> Sull'omicidio del consenziente da parte del medico si condivide che «la condotta del personale sanitario che predispone tale trattamento letale, che il malato dovrebbe comunque assumere da sé solo, si dovrebbe ritenere non punibile in forza dell'esercizio, da parte del malato stesso, del suo proprio diritto, di spessore costituzionale [...]», in F. PIZZETTI, *L'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, pronunciata nel corso del "Caso Cappato", e il diritto del paziente che rifiuta le cure salvavita a evitare un'agonia lenta e non dignitosa*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2019, 13.

<sup>44</sup> Si tenga ancora presente il disposto dell'art. 1 II co., l. n. 219/2017, che prevede che nella relazione di cura «sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.»



medicina palliativa, pur in astratto attratta nel perimetro dell'art. 579 c.p., è una pratica lecita perché esplicitamente consentita dal legislatore.

Questo quadro articolato privilegia un contenuto sostantivo dell'art. 32 Cost. e non limita la sua lettura a una mera iterazione dell'art. 13 Cost. e del principio personalistico; un contenuto in cui la terapia e l'assistenza hanno confini più estesi di quelli tradizionali.

Inoltre, tale lettura consente di collocare l'autodeterminazione terapeutica nel suo ambito di esistenza, che non è il generale rapporto che intercorre tra l'individuo e gli altri consociati. Il rapporto medico-paziente non è, infatti, presidiato dal solo principio del *neminem laedere*, né si sostanzia in generiche ipotesi di protezione, ma è un rapporto che, indipendentemente dalla sua natura contrattuale o meno, determina la nascita di diritti *inter partes*.

In questo modo, anche nel diritto al rifiuto delle cure, si scorge l'altra dimensione della tutela della salute, quella del diritto alle cure, che manifesta la sua presenza silente in declinazioni nuove<sup>45</sup>. Il principio personalista, quello solidarista e quello pluralista si coniugano in modelli sempre meno ancorati a visioni paternalistiche e sempre più distanti dall'immagine della dignità come dovere verso se stessi<sup>46</sup>.

In ogni caso, in questa specifica declinazione del principio personalista, non si può trascurare il ruolo centrale del medico. Nella logica della libertà personale, infatti, la sua presenza non sarebbe diversa da quella di un terzo soggetto potenzialmente invasivo e, nell'ipotesi di aggressioni, eventualmente scriminato dal consenso dell'avente diritto. Nell'autodeterminazione alle cure, invece, la relazione di cura impone obblighi (come quelli informativi e poi quelli di cura in senso stretto), ma attribuisce anche determinati poteri. Ne consegue che la terzietà del medico è affievolita dalla sua partecipazione a una relazione in cui coopera alla tutela dell'individuo, con la conseguenza che il medico e gli altri attori della relazione siano terzi rispetto al soggetto e, al contempo, parti interne alla relazione stessa.

In tal senso, a titolo esemplificativo, l'art. 5 della l. n. 219/2017 disciplina la pianificazione condivisa delle cure, che rappresenta l'istituto con cui questo rapporto articolato si modella, in cui il

---

<sup>45</sup> Nel senso dell'estensione del diritto alla salute a una concezione "a tutto tondo", sino a trattare di un «un diritto comprensivo, pertanto, anche della possibile autosomministrazione di sostanze letali: un'attività del tutto lecita e il cui esito – nelle condizioni date – è già consentito perseguire con l'aiuto di altri (seppure in forme diverse)», sul punto v. P. VERONESI, "Ogni promessa è debito": la sentenza costituzionale sul "caso Cappato", in *Giustiziainsieme.it*, 11.12.2019.

<sup>46</sup> Gli usi e gli abusi del concetto di dignità nell'ambito bio-giuridico sono indagati anche da G. CRICENTI, *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Carocci, Roma 2017, 23 ss.

potere della tecnica medica si relaziona agli spazi di autodeterminazione del paziente. Bisogna rimarcare che la relazione di cura non può risolversi nella scelta di un *iter* terapeutico arbitrario da parte del paziente, che poi il medico sarebbe chiamato ad attuare<sup>47</sup>; né si risolve in una sorta di trattativa sulla terapia. Cionondimeno, è chiaro che l'autodeterminazione si misuri con limiti che attraversano trasversalmente la relazione di cura.

Per contro, in altri ambiti dell'ordinamento, la libertà personale non incontra né simili limitazioni, né tantomeno un eguale ventaglio di diritti a prestazioni che sorreggono le scelte individuali.

Queste considerazioni, anche in ragione della dimensione costituzionale della relazione di cura e della rilevanza del richiamo al diritto alla salute, consentono di ancorare la libertà di autodeterminazione in ambito terapeutico alle specificità del rapporto medico-paziente *lato sensu* inteso, con ciò evidenziandone l'autonomia rispetto alla libertà personale in senso stretto.

In tal modo, la libertà di cure non rappresenta una mera libertà negativa, ma costituisce una declinazione del principio personalistico in cui l'autodeterminazione si colora di tinte marcatamente pretensive e incontra condizioni limitanti radicate nella dimensione relazionale di riferimento.

Pertanto, quest'*excursus* consente di sostenere che, sebbene la Corte non abbia inteso delineare alcun obbligo di assistenza al suicidio in capo al personale sanitario, sia comunque ammissibile, almeno in linea teorica, che il rifiuto delle prestazioni produca diritti a prestazioni alternative a quella principale.

Tra queste prestazioni, quella più problematica è senz'altro il ricorso alla sedazione profonda, soprattutto in caso di rifiuto del trattamento terapeutico salva-vita. In tale ipotesi, spesso in seguito al rifiuto del paziente di trattamenti ostinati, consegue la pianificazione di un *iter* terapeutico, che in alcuni casi (non sempre) accelera l'evento-morte<sup>48</sup>. I trattamenti terapeutici in questione, ancorché tesi a finalità non omicide, possono giungere essi stessi a determinare in concreto la morte del

---

<sup>47</sup> Sul tema della limitazione dell'autodeterminazione in ragione del dominio del sapere tecnico e scientifico, v. da ultimo A. GUSMAI, *Il diritto all'autodeterminazione: una libertà "perimetrata" dal sapere scientifico?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2019, 5-6.

<sup>48</sup> Questa considerazione avrebbe imposto la necessità di rivedere gli artt. 579 e 580 c.p. anche prima della l. n. 219/2017, sul punto v. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15.03.2017, 6; anche in A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore. Reati contro le diverse specie di libertà, l'invulnerabilità del domicilio e dei segreti*, Giappichelli, Torino 2007, 51 ss.

paziente e, si badi, costituiscono una prestazione assistenziale dovuta, cui il personale medico è obbligato, senza esplicita previsione di clausole di coscienza.

Da ultimo, la presenza ubiqua di aspetti pretensivi nella libertà di salute consente di sostenere che il paziente possa ambire a un sostegno anche nel caso in cui scelga di rifiutare le cure e decida di andare incontro alla morte. A tal riguardo, la sentenza in esame non apparirebbe del tutto neutra quanto alla posizione del paziente, aprendo la via ad alcune pretese eventualmente azionabili in relazione al fine vita, sulle quali ci si soffermerà nelle conclusioni<sup>49</sup>.

## 5. Formula decisoria della Consulta e formula assolutoria della Corte d'Assise

Volendo partire dal dato testuale, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità» di chi agevola un suicidio sulla base di un proposito formatosi autonomamente e liberamente, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche reputate intollerabili, 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. Quanto, invece, ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza, saranno scriminate anche le condotte realizzate con modalità equivalenti a quelle indicate, «nei sensi di cui in motivazione», dovendo quindi la Corte di Milano valutare, quanto al caso di specie, se sussistano tali modalità.

La formula rinvia al modello dell'additiva di meccanismo<sup>50</sup>, di procedura<sup>51</sup> o di regola<sup>52</sup> e probabilmente mira nelle intenzioni esclusivamente ad aggiungere una scriminante procedurale o, meglio, due diverse declinazioni di una medesima scriminante, una per il passato, l'altra per il

<sup>49</sup> Accoglie coraggiosamente la tesi del diritto soggettivo di rango costituzionale, G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto all'eutanasia e al suicidio assistito costituzionalmente garantito*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n.1/2019, 52, secondo cui: «non c'è niente di strano, un medico che effettua una iniezione letale al paziente che vuole morire non è responsabile, così come non lo è un medico che dimette un paziente dall'ospedale, sospendendo un trattamento oncologico, senza il quale il paziente morirà, trattamento che il paziente non vuole più»; analogamente U. ADAMO, *Ragioni a favore*, cit., 39.

<sup>50</sup> Cfr. A. CERRI, *Corso di Giustizia costituzionale*, cit., 361 ss. e 371-372.

<sup>51</sup> Su cui v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 175.

<sup>52</sup> Secondo la maggioranza della dottrina, trattasi di una sentenza additiva di regola. Sul punto, cfr. R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 24 e n. 141.

futuro<sup>53</sup>. Il concetto di scriminante, inoltre, presenta non poche ambiguità, perché, sempre se si valorizza il dato letterale del dispositivo, si tratterebbe nel caso in esame di un'esclusione della punibilità in senso stretto<sup>54</sup>.

Le opzioni interpretative della portata della pronuncia si possono riassumere in due principali ipotesi: la prima afferma che la sentenza avrebbe ritagliato dal perimetro oggettivo della fattispecie incriminata una serie di condotte di agevolazione; la seconda ipotesi sottolinea la forza additiva della pronuncia, nel senso di un'aggiunta di un elemento di difficile collocazione, che può trovare una sistemazione dogmatica variegata, sia come elemento positivo o negativo del fatto tipico, sia sul terreno della colpevolezza, sia quale esclusione dell'antigiuridicità, per quanti accolgono la *Drei-Stufen-Theorie*. La questione, poi, si connette anche alla scelta della formula assolutoria, tra insussistenza del fatto e altre formule che comportino diverse eventuali ricadute sul piano extrapenale (civilistico, deontologico, ecc.).

Infatti, la principale implicazione delle opzioni sistematiche in questione è di ordine pratico, ma la questione coinvolge differenti concezioni filosofico-giuridiche: bisogna, infatti, intendersi sulla qualificazione delle condotte scriminate. Sono esse soltanto tollerate, perfettamente lecite (quindi, forse, dovute) o si collocano in un terreno di fronte al quale il diritto arretra, lasciando così uno "spazio libero dal diritto penale"<sup>55</sup>.

Si deve osservare che – ancora una volta – il dilemma non è meramente teorico e il rilievo della questione non è percepibile soltanto sul fronte penalistico. Anzi, se appare chiaro che la punibilità è esclusa per l'agevolazione realizzata nelle modalità indicate, senza che sia altrettanto limpido il relativo quadro sistematico, per contro resta oscuro se la sequenza procedimentale sia

<sup>53</sup> In questo senso, C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere*, cit., 44-46; sulle possibili formule decisorie, prima della pronuncia, P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, n. 2, 2019, 360 ss.

<sup>54</sup> In proposito, basti il richiamo alla prima ricostruzione dogmatica: R. DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1957, 175 ss.; nonché la voce di G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. del dir.*, Milano 1960, 609 ss.

<sup>55</sup> «Dovrebbe mirarsi, piuttosto, a delineare uno "spazio libero dal diritto penale", rinunciando ad cieco ed irragionevole paternalismo»: A. NAPPI, *La Corte costituzionale ridisegna i confini dell'art. 580 c.p.: la sentenza n. 242/2019 viatico per l'equilibrata perimetrazione di uno 'spazio libero' dal biodiritto penale?*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, n. 1, 2019, 81; su quest'opzione si rinvia al testo della discussione dell'udienza pubblica della Corte costituzionale del 23 ottobre 2018, minimamente riveduto e corredato di richiami bibliografici (V. MANES, *È ancora suicidio?*, *Note di udienza (Corte cost., ud. 23.10.2018)*, in *Associazione lucacoscioni.it*, 9) dove si afferma che «qui non si discute solo o tanto del rango/valore/status da attribuire ad un tale "diritto" o all'autodeterminazione individuale [...] ma si discute in realtà solo dell'opportunità di garantire uno "spazio libero dal diritto penale"»; F. DI PAOLA, *Ritorno al futuro: e se la Corte Costituzionale avesse indicato una strada già tracciata?*, in *Giurisprudenza Penale*, n. 1, 2019, 6 ss.

semplicemente tollerata o, qualora si inverino le condizioni tipizzate, se essa sia lecita e persino dovuta.

La soluzione del *rechtsfreier Raum*<sup>56</sup>, apprezzabile per l'ambito penalistico, sembrerebbe anche di un certo fascino come impostazione filosofica generale. Tuttavia, si richiede di definire se sussistano nuovi diritti soggettivi e nuovi obblighi in capo ai soggetti coinvolti. La tutela del diritto alla salute, nella trama del diritto sanitario, non sembra sposarsi con la logica dello "spazio libero" dal diritto. Occorre, perciò, che sia chiarito il quadro in cui la scriminante in tesi possa realizzarsi. In particolare, proprio la logica amministrativistica e l'organizzazione sanitaria ambirebbero a una definizione degli eventuali diritti e doveri sorti a valle della pronuncia della Corte.

Presumibilmente, nelle intenzioni della Consulta s'intendeva soltanto interpolare la norma penale con l'aggiunta di una scriminante procedurale<sup>57</sup>, seguendo un modello già discusso e introdotto dalla dottrina penalistica; modello in cui mancherebbe una valutazione del legislatore sul bilanciamento degli interessi in gioco, mentre si consentirebbe la tutela di un interesse tramite la mera esecuzione di una procedura neutra<sup>58</sup>.

A ben vedere, però, la procedimentalizzazione dell'autodeterminazione, più che risolversi in un'opzione realmente neutra<sup>59</sup>, subordina l'esercizio della libertà individuale alla verifica di

---

<sup>56</sup> Il riferimento principale per la teoria dello spazio libero dal diritto nelle cause di giustificazioni è al pensiero di A. KAUFMANN, per cui basti il rinvio a ID., *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung – Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs*, in AA. VV., *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Karlsruhe 1972, 327 ss.

<sup>57</sup> Diffusamente in A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, ESI, Napoli 2018; nonché v. anche in G. M. PALMIERI, *La scriminante procedurale come strumento di garanzia per le ipotesi di suicidio medicalmente assistito*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, 2018, 3; da ultimo anche A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 06.05.2019, 11 ss.

<sup>58</sup> Così, ad esempio, M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2001, 253 ss.

<sup>59</sup> La neutralità sul fronte valutativo è quasi unanimemente riferita al contributo della dottrina tedesca in W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigung*, in *Festschrift für Ernst Gottfried Marenholz*, Nomos, Baden-Baden 1994, 731 ss.; più recentemente e diffusamente in A. EICKER, *Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmenwechsels*, Nomos, Baden-Baden 2010; si rinvia altresì al contributo postumo di W. HASSEMER, *Die Risiken der Transparenzgesellschaft*, in H. GARSTKA, W. COY (a cura di), *Wovon – für wen – wozu. Systemdenken wider die Diktatur der Daten Wilhelm Steinmüller zum Gedächtnis*, Humboldt-Universität zu Berlin, Berlino 2014, 400, in cui la questione della procedimentalizzazione si ritrova in una declinazione connessa alla liceità del trattamento dei dati.

condizioni legalmente tipizzate, con ciò implicando una precisa ideologia presupposta<sup>60</sup>. Dunque, forse, «non si tratta di spazio libero dal diritto»<sup>61</sup>.

In ogni caso, pur potendo approfondire le intenzioni e il retroterra culturale della decisione assunta, le sentenze della Corte costituzionale, una volta pubblicate, entrano nell'ordinario circuito ermeneutico, senza sottrarsi alle insidie tipiche dell'interpretazione delle corti di merito.

Ciò implica, con riferimento al caso di specie, che alla Corte d'Assise fosse garantito un certo margine di libertà, che *ça va sans dire* è stato prontamente sfruttato. Infatti, la Corte di Milano ha assolto l'imputato «perché il fatto non sussiste», asserendo che il Giudice costituzionale «non ha definito in modo esplicito se l'area di non punibilità necessaria per escludere l'applicazione di una sanzione penale per le condotte di aiuto al suicidio che presentano i requisiti più volte richiamati, debba intendersi come riduzione dell'ambito oggettivo della fattispecie incriminatrice» e, perciò, ritenendo di aderire all'orientamento secondo cui «la pronuncia di incostituzionalità riduce sotto il profilo oggettivo la fattispecie»<sup>62</sup>. Questa che potrebbe apparire come una forzatura interpretativa non è sorretta, si direbbe, da un'ampia motivazione, anche perché la Corte d'Assise afferma che «in definitiva, il discorso sugli effetti dell'intervento della Corte interessa più gli studiosi del diritto penale che pubblici ministeri, avvocati e giudici» (p. 16).

Invece, la questione della zona grigia aperta dalla pronuncia, donde consegue anche la scelta della formula assolutoria, sembra mostrare un interesse non solo penalistico ma anche costituzionalistico, soprattutto con riferimento all'analisi degli effetti collaterali che si generano.

## **6. Conclusioni: nuovi diritti del paziente, nuovi doveri del medico?**

Il primo dato che quest'analisi intende evidenziare è che la Consulta non abbia dichiarato soltanto l'illegittimità dell'art. 580 c.p., così come sarebbe accaduto in accoglimento delle censure in tema di offensività e di proporzionalità, ma ha riconosciuto uno spazio di tutela dell'individuo

---

<sup>60</sup> In tal senso, G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *Discrimen*, 03.02.2020, 17 e sub n. 32.

<sup>61</sup> M. DONINI, *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in ID., R. ORLANDI (a cura di), *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Bologna, 2010, 263.

<sup>62</sup> Sul rapporto tra le scriminanti e le formule decisorie, v. F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento: radici storiche e funzioni attuali*, Giappichelli, Torino 2015, 248 ss.

radicato sia nella libertà personale, sia nel diritto alla salute. Non è perciò soltanto la norma incriminatrice a presentare profili di illegittimità costituzionale, ma sussiste anche una dimensione costituzionale delle scelte individuali sul fine vita, persino se tese al suicidio<sup>63</sup>.

La dottrina, piuttosto unanimemente, ha affermato che non si dia alcun diritto soggettivo ad essere assistiti nel suicidio e che non sussistano obblighi del personale sanitario<sup>64</sup>. Si tratterebbe allora di uno spazio libero dal diritto, nel quale, tuttavia, dovrebbe realizzarsi un'articolata procedura che consenta di escludere la punibilità di un eventuale condotta di assistenza.

Il personale medico, chiamato a verificare le condizioni indicate dalla Corte, e il comitato etico, nel rendere un parere sul caso, agirebbero soltanto secondo coscienza, senza compiere attività esplicitamente lecite e, quindi, dovute?

Dalla ricostruzione operata è possibile affermare che la sentenza abbia una portata duplice: da un lato, essa compie un'operazione ablativa dell'art. 580 c.p., con ciò ritagliando uno spazio di liceità di alcune condotte di assistenza; dall'altro, la pronuncia colma il vuoto conseguente con due diverse tecniche<sup>65</sup>. La prima è quella di estendere la portata del "punto di riferimento"<sup>66</sup>, la l. n. 219/2017; la seconda tecnica, la più ardita, consiste nell'offrire una base normativa alla funzione consultiva dei comitati etici, integrando la procedura scriminante con un elemento di garanzia fortemente innovativo. La sentenza allora mostra, un effetto combinato sia ablativo (quanto alla norma

<sup>63</sup> I "nuovi diritti" di rango costituzionale sono da intendersi nel senso suggerito dal relatore della sentenza, in F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, 2 ss.

<sup>64</sup> Quanto alla nascita di nuovi obblighi, la sentenza esplicita 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» (Cons. in dir. § 6); sull'insussistenza di nuovi obblighi, tra gli altri, A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2019, 210; nonché M. CHIARLO, F. PARUZZO, *Dj Fabo e la legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, in *Questione giustizia*, 20.12.2019; anche D. PULITANÒ, *A prima lettura*, cit.; *idem* L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2019, 194; dubita di tale insussistenza CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere*, 50, «come può tale assunto conciliarsi con l'assenza del diritto di ottenere tale agevolazione quantomeno da parte di un medico all'interno della struttura sanitaria pubblica deputata?».

<sup>65</sup> Sulla combinazione di effetti ablativi e additivi, v. A. CERRI, *Corso di Giustizia costituzionale*, cit., 260 ss.; sull'effetto che si produce estendendo (con una sentenza additiva detta anche "aggiuntiva") una causa di esclusione già presente nell'ordinamento, v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 176.

<sup>66</sup> La motivazione richiama esplicitamente la sent. n. 236/2016, la quale in tema di alterazione di stato ha dichiarato illegittima la forbice edittale indicata dall' art. 567 c.p. Il co., utilizzando coerentemente «grandezze già rinvenibili nell'ordinamento» (§ 5), cioè il "punto di riferimento" del primo comma del medesimo articolo.

incriminatrice), sia aggiuntivo (estendendo la portata della l. n. 219/2017), sia propriamente additivo di prestazione (introducendo il parere del comitato etico)<sup>67</sup>.

L'estensione dell'assistenza clinica alla verifica delle condizioni esplicitate, non realizzando forme di agevolazione, comporterebbe un rafforzamento della posizione del paziente all'interno della relazione di cura, conseguente all'ampliamento del ventaglio delle pretese azionabili nei confronti del personale sanitario<sup>68</sup>.

Da questa prospettiva, se è vero che non si crea un diritto a essere aiutati, né un obbligo di agevolare il proposito suicida, è pur vero che la verifica delle condizioni indicate dalla sentenza (sussumibile al *genus* dell'attività diagnostica)<sup>69</sup> appare come una nuova prestazione medica, in quanto tale dovuta. Inoltre, la modifica del Codice di deontologia medica del 6 febbraio 2020, che aggiunge parte del dispositivo della sentenza della Consulta all'art. 17 del Codice medesimo<sup>70</sup>, anche se discutibile, indebolisce ogni perplessità etica della categoria professionale.

Quanto all'attività dei comitati etici, sono state sollevate diverse critiche, almeno in parte condivisibili<sup>71</sup>. È chiaro che i comitati siano sorti per la sperimentazione clinica e farmacologica, così come si evince dalle norme istitutive<sup>72</sup>. Tuttavia, già il d.m. dell'8 febbraio del 2013 del Ministero della Sanità contemplava la funzione consultiva affermando, al secondo comma dell'art. 1, che «*ove non già attribuita a specifici organismi, i comitati etici possono svolgere anche funzioni*

<sup>67</sup> Sulle sentenze additive di prestazione, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 171.

<sup>68</sup> *Contra*, tra gli altri, L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019*, cit., 6, secondo cui non rientra tra le condotte scriminate la somministrazione dei farmaci e che «la competenza dei medici non potrà andare oltre la «definizione clinica» delle condizioni cui la Corte attribuisca rilievo» (in relazione a cui non si pone alcun obbligo), richiamando anche e soprattutto il disagio di FNOMCeO in ordine ai profili deontologici.

<sup>69</sup> Tale essendo «il complesso di atti – sia conoscitivi che valutativi – necessari a pervenire alla diagnosi, ossia a identificare il quadro clinico presentato da un paziente», così la voce di C. SCANDELLARI, *Diagnostica*, in *Enciclopedia Italiana*, V App., 1991, anche *on-line*.

<sup>70</sup> V. *supra* n. 30.

<sup>71</sup> Così in L. BENCI, *Il suicidio assistito come diritto costituzionale. Un'analisi della sentenza della Consulta*, in *Quotidiano sanità*, 25.11.2019, facendo propria la posizione assunta da Consulta di bioetica onlus, secondo cui però la sentenza della Corte avrebbe «aperto un'autostrada al diritto di morire», ponendo l'Italia all'avanguardia nel mondo; così nel sito dell'associazione ma anche in M. MORI, *Suicidio assistito. La sentenza della Corte costituzionale ha aperto un'autostrada al diritto di morire*, in *Quotidiano Sanità*, 19.12.2019; il Comitato Nazionale di Bioetica ha espresso a più riprese qualche perplessità sull'attribuzione di ogni questione bioetica ai comitati etici, così ad esempio evidenziando «in ordine alla possibilità di un “consulente etico unico”, che non è possibile rinunciare al carattere multidisciplinare e pluralistico della consulenza etica che deve essere, quindi, fornita esclusivamente dai Comitati per l'etica nella clinica nell'interesse dei loro componenti e alla luce della varietà delle singole competenze», così già in *I comitati per l'etica nella clinica*, comunicato del Comitato Nazionale del 31.03.2017.

<sup>72</sup> Art. 12 co. X, d.l. n. 158/2012; nonché l'art. 1 del citato d.m. del Ministro della salute 08.12.2013, recante i «Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici», che invece estende la competenza anche alle questioni etiche relative alle attività assistenziali.



*consultive in relazione a questioni etiche connesse con le attività scientifiche e assistenziali, allo scopo di proteggere e promuovere i valori della persona».*

Pertanto, l'intervento della Consulta offrirebbe una copertura normativa ulteriore alla funzione consultiva dei comitati nelle questioni bioetiche, implementando la disciplina di rango secondario, in un modo già *potenzialmente* previsto dal quadro complessivo precedente e confermandosi così, se non proprio "a rime obbligate", quanto meno a "rime possibili". Difficile trovare nel quadro ordinamentale un organo maggiormente idoneo, anche se i profili critici non mancano. Quindi, anche in relazione a questo elemento integrativo, non essendo l'attività consultiva dei comitati etici una forma di agevolazione (incriminata o scriminata), non può negarsi che il paziente abbia guadagnato una nuova pretesa azionabile e che l'organizzazione sanitaria abbia un nuovo "compito" da svolgere<sup>73</sup>. Secondo quest'analisi, pertanto, un intervento del legislatore che chiarisca il quadro sarebbe opportuno, ma non necessario<sup>74</sup>.

La procedura descritta dalla sentenza, da svolgersi specificamente in seno all'organizzazione del Servizio sanitario nazionale, dovrebbe ritenersi lecita e, in quanto tale e se richiesta, anche dovuta. Diversamente, il meccanismo scriminante non potrebbe mai realizzarsi.

Inoltre, per quanto criticabile possa apparire l'impianto motivazionale della sentenza della Corte d'Assise di Milano, il risultato è comunque apprezzabile, perché si coglie l'effetto ablativo della sentenza della Consulta e si afferma la piena liceità delle condotte in questione, senza alimentare il dubbio che si tratti di attività semplicemente tollerate perché scriminate.

Infine, "libero dal diritto" non sarebbe nemmeno lo spazio ultimo dell'agevolazione al suicidio scriminato. Questo spazio, seppure non presidiato da obblighi e diritti al suicidio, sarebbe ancora interno alla relazione di cura, comunque densa di libertà e di diritti a prestazione. Soltanto in questa cornice, infatti, non è punibile chi «con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219» agevola l'esecuzione del proposito di suicidio.

<sup>73</sup> La pronuncia sembra accordare 'compiti' in modo pressoché inequivoco: «La delicatezza del valore in gioco richiede, inoltre, l'intervento di un organo collegiale terzo, *munito* delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità. Nelle more dell'intervento del legislatore, tale *compito* è affidato ai comitati etici territorialmente *competenti*» (Cons. in dir. § 5, corsivi aggiunti).

<sup>74</sup> Cfr. F. CONSULICH, C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *Giuriprudenza Penale Web*, 2019, 44; sul punto, in questo *forum*, v. 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 *Osservatorio AIC*, n. 1, 2020, 385 ss.; alle stesse conclusioni perviene A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla Unvereinbarerklärung? (Osservazioni su Corte costituzionale, ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)*, in *Nomos*, n. 3, 2019, 28-29.

Quindi, l'ultimo quesito sembrerebbe riguardare chi possa lecitamente aiutare l'individuo nelle condizioni descritte, atteso che nella relazione di cura «*sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo*» (art. 1 co. III, l. n. 219/2017).

Un'interpretazione che non vanifichi la portata della pronuncia e la tutela dell'individuo potrebbe valorizzare il coinvolgimento nella relazione di cura di soggetti anche diversi dal medico curante.