

Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019

Barbara Pezzini

SOMMARIO: 1. Il caso Cappato/Antoniani e la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019. – 2. La novità dello strumento decisionale. – 2.1. L'accertamento dell'incostituzionalità nell'ordinanza monitoria di rinvio. – 2.2. Gli effetti della declaratoria di incostituzionalità nella sentenza (*pars destruens* e *pars construens*). – 3. I contenuti della (sequenza decisionale e) della disciplina provvisoria. – 4. Di alcuni profili critici.

1. Il caso Cappato/Antoniani e la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019

Del tema del fine vita nel contesto del sistema della sanità e del diritto fondamentale alla salute si è già molto discusso dopo la legge 219/2017, anche, e soprattutto, intorno alla vicenda processuale di Marco Cappato¹, o, meglio, intorno al *caso Cappato/Antoniani*²; l'inevitabile ingresso nel giudizio di costituzionalità della peculiare vicenda della persona il cui suicidio è stato agevolato da Cappato ha, infatti, finito per acquistare rilievo deter-

¹ Troppo nota per essere qui ripercorsa nei suoi sviluppi; si menziona la sola conclusione, in data 23 dicembre 2019, con la sentenza n. 8/19 della Corte d'assise di Milano che ha assolto Marco Cappato dal reato di aiuto al suicidio perché «il fatto non sussiste», a seguito del positivo riscontro, nel caso del suicidio di Fabiano Antoniani, della sussistenza delle condizioni di non punibilità previste sentenza costituzionale 242/2019 e dell'avvenuto accertamento del rispetto dei requisiti procedurali complessivamente definiti dalla medesima pronuncia (secondo modalità ritenute equivalenti, trattandosi di fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza in Gazzetta Ufficiale).

² B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno: i vincoli di coerenza imposti dalla ordinanza 207/2018, in Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, goWare, Firenze, 2019, p. 87.

minante nella questione di costituzionalità sollevata dalla Corte d'assise di Milano, nella misura in cui proprio la particolare condizione di Fabiano Antoniani ha veicolato il confronto di talune specifiche situazioni riconducibili alla sfera applicativa dell'art. 580 c.p. – e influenzate, secondo la giurisprudenza costituzionale, «dagli sviluppi della scienza medica e tecnologica» – con quelle disciplinate dalla legge 219/2017.

La vicenda ha suscitato un vasto dibattito, come è naturale e necessario, cui ha partecipato anche la rivista *Corti supreme e salute*³: del resto gli interrogativi di fondo che il tema del fine vita ci obbliga ad affrontare sono tanti e tali che, per quanto ci possa sembrare che tutto sia stato detto e sia impossibile aggiungere alcunché di nuovo, ogni occasione di tornare sulla vicenda sollecita anche a cogliere altri profili, sfumature, complessità, in precedenza rimasti sotto traccia.

Un confronto sul tema, nel contesto attuale⁴, non può fare a meno di mettere al centro la novità giurisprudenziale rappresentata dalla sequenza decisionale *ordinanza 207/2018* – *sentenza 242/2019* della Corte costituzionale, che si intende qui esaminare riflettendo sinteticamente sulla novità dello strumento e sui contenuti della disciplina attuale dell'aiuto medico al suicidio che ne costituiscono il frutto, per evidenziare alcuni profili critici⁵, relativi in particolare alla ricostruzione della «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze» che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto «scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.».

2. La novità dello strumento decisionale

La novità del nuovo modulo monitorio⁶ sperimentato per la prima volta dalla Corte costituzionale nella vicenda costituisce un elemento di per sé estremamente interessante nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale: si tratta di una sequenza decisionale inedita, costituita da un'ordinanza di rinvio con accertamento dell'incostituzionalità e monito al legislatore, che prefigura un seguito a data certa (la data del rinvio), costituito dalla decisione «in via definitiva», cioè che definisce, ai sensi dell'art. 18 l. 87/1953, il giudizio sottoposto (nel caso specifico con la struttura di una sentenza additiva di regola cedevole).

³ Con contributi in tutti i numeri a partire dal 3/2018.

⁴ Questo scritto riprende e integra la relazione presentata nell'ambito del convegno dedicato a *Corti supreme e salute. I primi due anni della rivista*, svolto all'università Cattolica di Milano il 29 gennaio 2020.

⁵ Fra i tanti che potrebbero considerare, tra i quali anche i rapporti tra corte costituzionale e legislatore, l'estensibilità dello strumento fuori dall'ambito penale, ecc.

⁶ R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, p. 343.

La combinazione delle due pronunce costituisce, in realtà, *una (sola) decisione in due tempi e due atti*⁷, che sostituisce, per precisa scelta, la tipologia nota come *doppia pronuncia*, già in precedenza utilizzata ed esplicitamente richiamata dalla stessa Corte costituzionale nella motivazione dell'ordinanza 207/2018⁸, trasformando in una sequenza necessaria quella che, invece, sarebbe rimasta solo eventuale nell'ipotesi delle due decisioni ricostruibili solo a posteriori come collegate tra loro in una doppia pronuncia (cioè in una sequenza costituita da una prima dichiarazione di inammissibilità della questione per rispetto della discrezionalità del legislatore, con monito al legislatore, seguita eventualmente nel tempo, di fronte al protrarsi dell'inerzia legislativa e a una nuova rimessione, da una sentenza di accoglimento).

La sentenza 242/2019 ha, infatti, confermato la necessaria coerenza tra i due tempi e due atti della sequenza decisionale già prefigurabile in base all'ordinanza 207/2018, superando i dubbi avanzati in proposito da alcuni commentatori⁹, negando all'ordinanza 207/2018 qualsiasi effetto sostanziale diverso dalla mera disposizione del rinvio di udienza. La sentenza 242 ha mostra inequivocabilmente che il «*vulnus costituzionale*» riscontrato nell'ordinanza 207 aveva già trovato in quella sede un compiuto accertamento, pur essendo stato rinviato il momento in cui, dovendo della norma incostituzionale cessare l'applicazione, si sarebbe materialmente prodotto il vuoto normativo conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità e, di conseguenza, alla seconda e definitiva pronuncia adottata in sede di rinvio sarebbe stata affidata la funzione di occuparsi degli effetti di tale accertamento, tenuti in sospenso dalla prima pronuncia.

2.1. L'accertamento dell'incostituzionalità nell'ordinanza monitoria di rinvio

L'accertamento dell'incostituzionalità nell'ordinanza 207/2018 non ha prodotto immediatamente una sentenza di accoglimento perché in essa la Corte ha riconosciuto e puntualmente individuato anche il rilievo di interessi costituzionalmente rilevanti che sarebbero stati messi a rischio dal vuoto normativo determinato dalla dichiarazione dell'incostituzio-

⁷ B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno* cit., p. 92.

⁸ Così nel par. 11 CID: «In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015).»; la sentenza 242 riprende tale prospettiva al par. 2.5 CID e al par. 4 afferma chiaramente che il rinvio disposto nell'ordinanza risponde «con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira, nella giurisprudenza di questa Corte, il collaudato meccanismo della “doppia pronuncia”».

⁹ In tal senso tra gli altri: E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 558 ss.; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, p. 16 e P. VERONESI, *Aiuto al suicidio e fine vita del malato sofferente: quali possibili risposte della Consulta alla quaestio Cappato-DJ Fabo?*, p. 60, entrambi in A. MORRONE (a cura di), *Il «caso Cappato» davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 12 ottobre 2018.

nalità¹⁰, rilevando nel contempo, nell'ambito interessato, una sfera di discrezionalità del legislatore; la regolazione della materia deve essere primariamente rimessa a quest'ultimo, circoscrivendone, però, dal punto di vista temporale, la discrezionalità, da esercitarsi entro il termine dell'udienza di rinvio. Il termine stabilito dalla Corte costituzionale non è rivolto in modo diretto e immediato a disciplinare l'esercizio della propria funzione da parte del legislatore, cosa che risulterebbe incompatibile con la natura della funzione legislativa; esso va inteso piuttosto come prefigurazione dello spazio temporale considerato ragionevole perché il legislatore possa predisporre opzioni consapevoli¹¹, che possano consentire alla Corte di restare entro i confini del suo ruolo fisiologico: «*il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore*»¹². La dislocazione temporale della dichiarazione dell'incostituzionalità rispetto all'accertamento dipende dall'ordine costituzionale delle competenze da rispettare, per quanto non indefinitamente, ma solo fino a che possa ritenersi ragionevole attendere l'attivarsi del legislatore. Il rinvio a udienza successiva prefigura uno scenario alternativo in cui, in mancanza dell'invocato intervento del legislatore, la Corte costituzionale avrebbe fatto seguire la declaratoria di incostituzionalità con i suoi effetti tipici, mentre, in caso di intervento del legislatore – come non è accaduto in questa prima sperimentazione del nuovo modello decisionale –, avrebbe rimesso la questione al giudice *a quo* perché ne rivalutasse la rilevanza alla luce dello *ius superveniens* (avendo, nel caso, la possibilità di anticipare in quella sede qualche considerazione sul modo in cui il legislatore è intervenuto, per quanto l'evidente delicatezza suggerisca il massimo di *self restraint*, per evitare di alterare la logica dell'incidentalità¹³).

Appare, dunque, coerente che la sostanza dell'accertamento della incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p., così come la individuazione dei valori meritevoli di protezione costituzionale, siano stati anticipati nella ordinanza: infatti, essi devono essere, innanzitutto, «prospettati»¹⁴ al legislatore¹⁵.

¹⁰ È noto che l'ordinanza 207/2018 presenta formalmente la struttura tipica di una sentenza, compiutamente motivata nonché articolata in paragrafi separati nella prima parte di *Ritenuto in fatto* e nella seconda parte di *Considerato in diritto*; in quest'ultima afferma, in particolare: che l'adozione di una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore una simile soluzione avrebbe, infatti, generato il pericolo di lesione di altri valori costituzionalmente protetti, lasciando «*del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi*» (CID 2.4); e che «i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischiano di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa)» (CID 4).

¹¹ Anche se, naturalmente, sull'effettiva adeguatezza di tale lasso temporale si può discutere ...

¹² Così l'ord. 207, par. 10 CID.

¹³ Sulla quale, da ultimo, v. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017, p. 21.

¹⁴ Di una «incostituzionalità prospettata» nell'ord. 207/2018 ha testualmente parlato il Presidente Lattanzi nella *Relazione annuale* sull'attività del 2018, a p. 12.

¹⁵ Di ordinanza delega parla C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2018, p. 2476.

2.2. Gli effetti della declaratoria di incostituzionalità nella sentenza (*pars destruens e pars construens*)

La sentenza che segue «si salda, in consecuzione logica»¹⁶ con il precedente accertamento, occupandosi degli effetti che ne derivano. Questo ci costringe a leggere le due pronunce tenendo conto del fatto che le argomentazioni della prima (l'ord. 207/2017) si intrecciano a quelle della seconda (la sent. 242/2018)¹⁷: le prime servono a chiarire il quadro e individuare un'area di incostituzionalità prospettata (accertata ma non ancora dichiarata) e si indirizzano principalmente al legislatore, sollecitato a intervenire; le seconde – una volta preso atto che l'intervento del legislatore non c'è stato – determinano il perimetro degli effetti dell'incostituzionalità in precedenza accertata.

La sentenza presenta una configurazione complessa, con una parte ablativa e una costruttiva: da un lato (*pars destruens*), rimuove l'incostituzionalità accertata dichiarandola in dispositivo e, dall'altro (*pars construens*), previene l'incostituzionalità che potrebbe derivare dalla mera rimozione della norma incostituzionale introducendo una disciplina provvisoria per il tramite di una sentenza manipolativa additiva cedevole, che regola «*specifiche esigenze di disciplina che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese*» (CID 4).

Nella *pars construens* la sentenza ricava «*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 (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016)*».

Ma proprio l'intertestualità delle due pronunce ne rende anche particolarmente complessa la lettura, accrescendo la difficoltà di ricavarne i contenuti della disciplina creata dalla sentenza additiva cedevole; una disciplina che, in ogni caso, sarà in vigore sino a un intervento del legislatore che, pur venendo fortemente auspicato (nel par. 9), resta un avvenimento non solo futuro, ma anche meramente ipotetico, incerto nell'*an* come nel quando.

¹⁶ Sent. 242/2019, par. 2 CID.

¹⁷ In senso contrario rilevano le differenze tra l'ordinanza 207 e la sentenza 242: 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*, 2/2019, p. 213 (parlando di un ripensamento sulla dignità soggettivizzata) e C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, *ivi*, p. 224 (sottolineando «non detti» ... molto significativi».

3. I contenuti della (sequenza decisionale e) della disciplina provvisoria

I contenuti della complessa e articolata decisione costituzionale diventano anche i contenuti della disciplina in vigore dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza (avvenuta il 27 novembre 2019) e fino all'intervento del legislatore¹⁸.

Attraverso il confronto specifico con la disciplina di cui alla l. 219/2017, la Corte costituzionale ravvisa, in primo luogo, un parallelo tra l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale e l'aiuto che sottrae a un più lento decorso soggettivamente intollerabile¹⁹, individuando così un'area circoscritta di non conformità a costituzione della fattispecie di cui all'art. 580 c.p. in presenza di quattro condizioni: quando, cioè, la persona verso cui si rivolga la condotta agevolatrice del suicidio sia «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».

Ma la legge 219 diventa anche il «preciso “punto di riferimento”»²⁰ già presente nell'ordinamento e utilizzabile nelle more dell'intervento del legislatore, sia per quanto riguarda le modalità di verifica dei presupposti (art. 1, 5 per la capacità del paziente; art. 1,4 per le forme di espressione del consenso, la cui retrattabilità resta garantita dallo stesso tipo di atto di cui si parla: perché possa aversi “suicidio” è indispensabile che il soggetto conservi il dominio sull'atto finale che innesca la morte); sia per la connessione con l'accesso alle cure palliative (art. 2), che diventa vera propria condizione preliminare²¹; sia, più in generale, perché implica l'inerenza della materia alla relazione medico-paziente (art. 1,5: anche

¹⁸ Altra rilevante questione problematica, che qui non affrontiamo, è individuare la linea di confine della “cedevolezza” e quindi lo spazio del legislatore: R. BALDUZZI, *L'alleanza terapeutica può includere l'aiuto a morire?*, in *Corti supreme e salute*, 1/2019, p. 182; C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità cit.*, p. 226. Altra ancora è ipotizzare se e in che termini la nuova disciplina possa diventare a sua volta *tertium comparationis*: L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte costituzionale 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, p. 196, nega spazi per letture estensive in sede applicativa e anche per ulteriori rimessioni; a me pare che forse proprio la “cedevolezza”, almeno per il momento, lo escluda, per lo meno sino a che non fosse trascorso un lasso di tempo significativo nell'inerzia del legislatore.

¹⁹ Sul punto v. le osservazioni critiche già formulate in B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza 207/2019: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?* in *Forum di Quad. cost.*, 22 giugno 2019; *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, in *Riv. biodiritto – BioLaw Journal*, 2/2019, p. 22 ss.

²⁰ Che la Corte evoca nel par. 5 CID richiamando anche il precedente della sent. 236/2016. Richiamando la giurisprudenza costituzionale che impone al giudice di ricercare nel sistema la soluzione più corretta (sent. 105/2018), indica la l. 219/2017 come ambiente normativo di riferimento G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, in *Forum di Quad. cost.*, 24 giugno 2019, p. 6.

²¹ Par. 5 CID: «l'art. 2 della legge n. 219 del 2017 prevede che debba essere sempre garantita al paziente un'appropriate terapia del dolore e l'erogazione delle cure palliative previste dalla legge n. 38 del 2010 (e da questa incluse, come già ricordato, nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza). Tale disposizione risulta estensibile anch'essa all'ipotesi che qui interessa. l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta, infatti, a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita».

ai fini del dialogo che prospetta condizioni e alternative; nonché per l'apprezzamento delle sofferenze fisiche o psicologiche)²².

La decisione della Corte costituzionale afferma inoltre l'esigenza che siano strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale a verificare le modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio, aggiungendo, sia rispetto ai requisiti previsti dalla l. 219/2017, sia rispetto a quanto già prefigurato nell'ord. 207/2018, il riferimento a un intervento del Comitato etico territorialmente competente: richiamato per «*la delicatezza del valore in gioco*», in quanto «*organo terzo*» in grado di garantire «*la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità*»²³. La necessità di coinvolgere un organo collegiale terzo munito di adeguate competenze viene fornita, innanzitutto, come indicazione al legislatore; nelle more, la Corte ne affida i compiti direttamente ai Comitati Etici, individuandoli (e qualificandoli) come «*organi terzi e collegiali con adeguate competenze*». L'inserimento del Comitato etico sembra rispondere a una logica piuttosto di tipo procedurale che non sostanziale, senza che il parere²⁴ che l'organo viene chiamato a esprimere, certamente obbligatorio, diventi un'autorizzazione²⁵: non è, infatti, il parere che *costituisce* le condizioni da rispettare, semmai il fatto che il parere del Comitato etico ne attesti il rispetto agevola la prova della loro esistenza. Essendo stato richiesto al fine specifico di tutelare le situazioni di particolare vulnerabilità dovrà poter escludere interferenze indebite sulla volontà della persona interessata.

4. Di alcuni profili critici

Così sinteticamente ricostruiti gli elementi di novità della tecnica decisoria e i contenuti della disciplina attuale dell'aiuto (medico) al suicidio che è derivata dalla sequenza decisoria esaminata, vanno messi in luce alcuni profili critici della decisione.

Nella sentenza 242/2019 torna testualmente il richiamo alla «*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.*» (par. 2.3 CID) già presente nell'ordinanza 207 /2018, che vuole certamente sottolineare la linea di continuità con quelle ricostruzioni, dottrinali e della stessa giurisprudenza costituzionale, che hanno let-

²² Par. 5 CID: «*Il riferimento a tale disciplina implica, d'altro canto, l'inerenza anche della materia considerata alla relazione tra medico e paziente*».

²³ Par. 5 CID: l'evocazione della *terziarietà* suscita qualche perplessità, non essendo facile comprendere quali siano, per la Corte, le parti contrapposte tra le quali il Comitato etico si porrebbe in ruolo neutrale, e neppure da chi il Comitato etico sia, eventualmente, in grado di proteggere il malato, che è evidentemente il soggetto che potrebbe trovarsi in situazioni di particolare vulnerabilità.

²⁴ Il dispositivo lo qualifica espressamente come tale e la motivazione, richiamando la legislazione vigente, fa riferimento al possesso di «*funzioni consultive*».

²⁵ A prescindere dal fatto che taluni pareri resi in ambiti diversi dallo specifico contesto del suicidio medicalmente assistito possano essere configurati nella legislazione vigente come vincolanti: mi pare che debbano superarsi le contrarie opinioni espresse, in proposito, ad es. da L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte costituzionale 242/2019*, cit., p. 197.

to da tempo gli articoli 2, 13 e 32 Cost. nei termini di un positivo combinarsi al servizio dell'autodeterminazione della persona in materia di salute (e in particolare nel cosiddetto consenso informato)²⁶. La combinazione normativa *virtuosa* così ricavata dai tre articoli, tuttavia, non sarebbe strettamente necessaria, dal momento che l'art. 32 Cost. risulta sufficiente a fornire fondamento alla pretesa di consenso espresso ad ogni trattamento sanitario: sia nelle condizioni che, al secondo comma, definiscono i limiti entro i quali il soggetto titolare del bene salute e del relativo diritto individuale può essere sottoposto a etero-determinazione relativa alla propria salute (riserva di legge e rispetto della dignità personale), sia per come configura i soggetti indispensabili di ogni relazione terapeutica²⁷. La sequenza decisionale che qui discutiamo assume, comunque, come punto di partenza il diritto del paziente di rifiutare un trattamento di sostegno vitale, che presuppone l'esistenza di una relazione terapeutica, come oggi regolata dalla l. 219/2017, per effetto della quale è esplicitamente consentito al malato di *rifiutare* trattamenti salvavita ottenendo la sedazione profonda accompagnata da cure palliative. Il fatto che tale facoltà sia oggi espressamente disciplinata dall'art. 2 della legge non deve farci dimenticare che essa ha corrispondenza e fondamento costituzionale *direttamente* nell'art. 32 Cost., da considerare già di per sé, a prescindere dal richiamo *ad adiuvandum* degli art. 2 e 13 Cost. – e a me questo pare un punto davvero fondamentale – sufficiente a tutelare il diritto del malato ad esprimere in ogni circostanza il proprio consenso o dissenso, adeguatamente consapevole, ad ogni tipo di trattamento.

Nel contesto evocato dalla Corte costituzionale (nei casi in cui, a parità di condizioni di irreversibilità della patologia e di riconosciuta capacità decisionale del paziente, l'espresso rifiuto di trattamenti salvavita produrrebbe effetti vincolanti sulla condotta del medico, indirizzando verso cure palliative e terapia del dolore), quando la valutazione di medico e paziente, maturando ed esprimendosi nel contesto di una relazione terapeutica che ne re-

²⁶ La sentenza 438/2008 della Corte costituzionale ha reso esplicito il collegamento fra gli articoli 2, 13 e 32 Cost., ponendoli congiuntamente al servizio dell'auto-determinazione della persona per quanto riguarda le scelte relative alla salute e fondando su di essi l'imprescindibile necessità del consenso informato, inteso come «l'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico»: l'art. 2 collega il consenso informato alle radici del personalismo, integrandolo nel tessuto dei diritti fondamentali, l'art. 13 estende la dimensione attiva della *libertà di scegliere* consapevolmente qualsiasi cura alla quale sottoporsi, oltre la dimensione difensiva del rifiuto (*libertà dall'obbligo* di determinati trattamenti sanitari). Di poco successiva, la sentenza 253/2009 propone il consenso informato in «funzione di sintesi» tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute. La stessa qualificazione del consenso come «informato» ne postula il carattere e la dimensione relazionale: R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, p. 12. Sulla «inderogabile esigenza di fornire al singolo un'informazione corretta e comprensibile» a garanzia della «effettiva possibilità di uno svolgimento corretto e compiuto del procedimento di formazione della volontà» di sottoporsi a un trattamento terapeutico v. già B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, p. 42. Sul consenso informato come processo rivolto a consentire una consapevole volizione: F. PIZZOLATO, *Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute*, in *Corti supreme e salute*, 2018, p. 439.

²⁷ Sul diritto di rifiutare le cure come direttamente fondato sull'art. 32 Cost., v. B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Pisa, 2011, p. 177; la formalizzazione negli istituti della l. 219/2017 lo ha reso certamente più riconoscibile ed efficacemente tutelabile.

sta l'ineliminabile presupposto, dovessero convergere nel riconoscere l'intollerabilità della sofferenza cui resterebbe esposto il malato, i valori della dignità e auto-determinazione, che trovano fondamento negli articoli 2 e 13 Cost., sembrano acquistare, nella visione della Corte costituzionale, un diverso spessore e una funzione che non è più solo *ad adiuvandum*. Il rilievo di «dignità e autodeterminazione» cresce fino a rendersi autonomo dalla sfera della tutela della salute in quanto tale e a determinare una discontinuità rispetto al momento dell'accertamento condiviso, che resta – questo sì – radicato nella relazione terapeutica e nell'art. 32 Cost.

La necessità di riconoscere e garantire la dignità della persona esce dalla sfera propria del diritto alla salute e approda nella diversa dimensione del riconoscimento della *libertà del paziente nella dignità del morire*. È questa, infatti, la dimensione in cui, secondo la Corte costituzionale – dal momento che la vulnerabilità dei soggetti particolarmente fragili è stata sufficientemente considerata “a monte”, ancorando l'accertamento delle condizioni di intollerabilità delle sofferenze alla esistenza ed alle forme della relazione terapeutica – alla possibilità di autodeterminazione in ordine al percorso individuale di incontro con l'evento finale e ineluttabile della morte non si contrappone alcun altro interesse costituzionale da tutelare, come afferma con molta nettezza l'ordinanza 207/2018: « *entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare 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, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive*». Si tratta, infatti, di un passaggio motivazionale che integra e sorregge l'intera prospettiva decisionale, anche se non specificamente ripreso nella sentenza 242/2019, per quel carattere unitario dell'intero modulo decisionale costituito dalle due decisioni²⁸.

A me sembra che quanto il paziente chiede al medico e, reciprocamente, il medico può dare al paziente – vale a dire un trattamento che sia diretto «*non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte*» – venga a trovare, in questa ricostruzione, un proprio fondamento costituzionale direttamente negli articoli 2 e 13 Cost.; l'art. 32 Cost. appare solo sullo sfondo, nelle premesse di una situazione che con il diritto alla salute appare ormai collegata solo nella misura in cui ha trovato origine in una relazione terapeutica, nell'ambito della quale sono maturati il rifiuto di trattamenti salvavita e la scelta *condivisa* di trattamenti commisurati alla dignità della singola persona. Detto in altri termini, a venire

²⁸ In questo senso non convincono le letture che indulgono, invece, a sottolineare le omissioni e le differenze tra le due pronunce: C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità* cit., p. 223.

in gioco è una sfera di libertà costituzionalmente presidiata, direttamente dagli art. 2 e 13 e “in remoto”, a monte, dall’art. 32 Cost.

Un contesto in cui il medico entra spontaneamente con il paziente in una forma di relazione solidale, sapendo di agire, nella misura in cui siano rispettate le condizioni procedurali e sostanziali indicate dalla giurisprudenza costituzionale, in un’area di non punibilità della sua condotta rispetto all’art. 580 c.p., nonché di irrilevanza rispetto al Codice di deontologia medica²⁹.

Infatti, una volta che la Corte costituzionale ha ritenuto che la presenza di specifiche condizioni valga ad escludere la *responsabilità penale* del medico che mette a disposizione di un paziente un farmaco letale, a maggior ragione le stesse condizioni debbano valere ad escludere la *responsabilità deontologica*; in una certa misura, sembra averlo riconosciuto anche l’Ordine dei medici, negli indirizzi applicativi dell’art. 17 del codice deontologico³⁰, per quanto, prevedendo “sempre” una valutazione caso per caso, tali indirizzi onerino l’aiuto medico al suicidio di un’ulteriore forma di controllo delle procedure in sede deontologica, non prevista dalla Corte costituzionale. A me sembra, invece, che la condotta del medico in aiuto al suicidio – inquadrata come sopra si è indicato – fuoriesca dall’ambito delle attività propriamente mediche presidiate dall’Ordine e appartenga a un ambito di comportamenti spontaneamente solidali irrilevanti rispetto alle competenze dell’Ordine.

In un inquadramento normativo così caratterizzato (dove non si manifesta, a tutti gli effetti, una relazione terapeutica ai sensi dell’art. 32 Cost., ma emerge una sfera di libertà del singolo costituzionalmente presidiata in termini di autodeterminazione, sia pure con un collegamento a una preesistente relazione terapeutica), risulta meno incoerente³¹ anche la sbrigativa evocazione dell’obiezione di coscienza³² nella sent. 242: «*Quanto, infine, al tema dell’obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare 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*

²⁹ P.F. BRESCIANI, *Il lungo anno dell’art. 580 cod. pen.: l’art. 17 Codice Deontologia Medica può precludere la partecipazione del medico ai suicidi assistiti?*, in *Forum di Quad. cost.*, 2 maggio 2019; E. PULICE, *Autonomia e responsabilità medica: la scelta deontologicamente (dis)orientata*, in *Riv. biodiritto – BioLaw Journal*, 1/2019, p. 237.

³⁰ Delibera adottata dal Consiglio nazionale FNOMCeO il 6 febbraio 2020: «*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*».

³¹ Rimarca la contraddizione di una situazione che non garantisce fino in fondo dignità e diritti fondamentali del malato se la sua richiesta non può diventare una pretesa: C. TRIPODINA, *La “circostrita area” di non punibilità*, cit., p. 230.

³² L’obiezione di coscienza era richiamata anche nell’ordinanza 207/2018 come uno degli elementi della discrezionalità legislativa: il legislatore era invitato a considerare – accanto alle modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l’aiuto, alla disciplina del relativo processo medicalizzato e all’eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale – «*la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura*» (par. 10 CID).

ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato» (CID 6).

Il richiamo dell'obiezione, significativamente rimasta estranea alla legge 219/2017, rappresenta un ulteriore indicatore del superamento del perimetro costituzionale propriamente definito dall'art. 32 Cost. L'obiezione di coscienza introduce una configurazione oppositiva dei ruoli del paziente e del medico, proposti come portatori originari di posizioni e interessi contrapponibili anziché convergenti, che, a mio avviso, incide sulla possibilità stessa di instaurare una autentica relazione terapeutica nel senso ricostruito sulla base dell'art. 32 Cost., secondo cui il medico assume nella relazione terapeutica un ruolo "strumentale"³³ al formarsi di decisioni di altri sulla propria salute e sulle proprie complessive condizioni di vita (secondo la ampia definizione di salute dell'OMS) e, di conseguenza, al realizzarsi di conseguenti pratiche terapeutiche da altri subite sul proprio corpo.

Muovendo dalla estraneità da considerarsi *strutturale* – come altrove ho cercato di dimostrare³⁴ – dell'obiezione di coscienza del medico a una ricostruzione della relazione terapeutica propriamente inquadrata nell'art. 32 Cost., emerge ulteriormente la difficoltà di considerare davvero omogenee, come invece fa la Corte costituzionale, le condotte che un paziente può esigere dal medico che lo assiste dopo avere a pieno diritto richiesto l'interruzione di trattamenti salvavita: l'accompagnamento con cure palliative, da un lato (per cui non è prevista l'ipotesi di alcuna obiezione di coscienza), e la somministrazione di un farmaco che determina la morte, dall'altro (per la quale, invece, si lascerebbe aperta la possibilità del medico di sottrarsi a prestazioni doverose).

Un'ultima osservazione, infine, sulla necessità della mediazione legislativa.

Prima della sentenza definitiva avevo ipotizzato che la mediazione legislativa fosse indispensabile per superare il divieto assoluto espresso dall'art. 580 c.p. e i limiti della l. 219/2017 (in particolare il divieto, posto dall'art. 17 del Codice di deontologia medica richiamato dall'art. 1, co. 6, di effettuare o favorire, anche su richiesta del paziente, atti finalizzati a provocarne la morte).

Ritenendo che la Corte costituzionale non disponesse direttamente degli strumenti atti ad evitare con efficacia i «*possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul*

³³ Senza alcuna degradazione del ruolo fondamentale del medico: il medico ha la funzione essenziale di proporre al paziente come curarsi e di somministrare cure e trattamenti entro il quadro di una stretta relazione con il paziente; le sue decisioni implicano una specifica *responsabilità tecnica*, in particolare in ordine alla valutazione dell'efficacia della cura, e gli aspetti relativi alla qualità della cura non possono che essere apprezzati, da parte dello stesso medico, in un rapporto strettissimo e individualizzato con il paziente, la cui soggettività rappresenta addirittura la misura di taluni elementi. L'autodeterminazione del paziente, nel bilanciamento, agisce come forte contrappeso all'autonoma responsabilità di cura propria del medico, fondata sulla protezione della sua autonomia scientifica (art. 33 Cost.): profilo particolarmente oggetto di ampia analisi ricostruttiva da parte di A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico*, Bari, 2018. In giurisprudenza, la sent. 282/2002 parla di un diritto fondamentale della persona malata «*ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica*».

³⁴ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, in *Riv. biodiritto – BioLaw Journal*, 2/2019, p. 142 sg.

piano costituzionale» – paventando i quali la Corte nell'ordinanza 207/2018, avvalendosi dei propri poteri di gestione del processo costituzionale, aveva disposto un rinvio che consentisse al legislatore di intervenire e che, contemporaneamente, evitasse che la norma incostituzionale potesse «trovare, in parte qua, applicazione medio tempore» – avevo, pertanto, ipotizzato, a garantire l'indispensabile coerenza con la prima fase del processo decisionale, un *dispositivo di accoglimento riduttivo* che riducesse la portata normativa della fattispecie di aiuto al suicidio, escludendone ben determinati casi³⁵. L'incostituzionalità *in parte qua* dell'art. 580 c.p. avrebbe prodotto effetti *erga omnes* che avrebbero comunque consentito di evitare la pesante condanna per il reato di aiuto al suicidio di Marco Cappato nel processo *a quo* (come di altri che, in situazioni analoghe, avessero prestato o prestassero aiuto a chi si trovi nelle condizioni descritte); rispetto agli indirizzi del monito formulato nel primo atto della sequenza argomentativa e decisionale, sarebbero rimaste parzialmente insoddisfatte le esigenze costruttive, non potendosi accompagnare la parte ablativa dell'incostituzionalità con una disciplina positiva che regolamenti adeguatamente «la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi». Ritenevo, infatti, che solo un intervento legislativo avrebbe potuto orientare l'accertamento delle situazioni di malati dipendenti da trattamenti salvavita esposti a subire un processo «più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire» e le prestazioni che al medico avrebbero potuto essere richieste e che avrebbe potuto legittimamente erogare; in assenza dell'esercizio della discrezionalità legislativa la questione avrebbe potuto essere affrontata *caso per caso*, escludendo, sulla base del principio di ragionevolezza e uguaglianza, il rilievo penale dell'aiuto prestato alle condizioni determinate dall'accoglimento riduttivo e affidando al singolo giudizio l'apprezzamento in concreto delle quattro condizioni soggettive che rappresentano la generalizzazione dell'esperienza singolare del *caso Cappato/Antoniani* e che, in base alla *ratio decidendi* dell'ordinanza 207, trovano nella disciplina della relazione terapeutica *ex lege* 219/2017 un utile riferimento normativo.

Ma la Corte costituzionale, come abbiamo visto, è andata molto oltre.

E la mediazione legislativa, evocata dall'ordinanza 207/2018 e ancora definita indispensabile nel *Comunicato* del 25 settembre 2019, degrada nella pronuncia finale a un mero *auspicio*, per quanto vigoroso: «Questa Corte non può fare a meno, peraltro, di ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati» (par. 9 CID).

³⁵ B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno*, cit.