



Rivista N°: 2/2020  
DATA PUBBLICAZIONE: 25/05/2020

AUTORE: Francesco Zammartino \*

## ANNOTAZIONI SUL TRATTAMENTO DI FINE VITA TRA INCERTEZZE LEGISLATIVE E GIURISDIZIONALIZZAZIONE DEI DIRITTI

*Sommario: 1. Considerazioni preliminari: quale ruolo del giurista? - 2. Su alcuni dubbi interpretativi della legge n. 219 del 2017. - 3. Il caso “Cappato”: verso una giurisdizionalizzazione dei diritti? - 4. Riflessioni conclusive.*

### 1. Considerazioni preliminari: quale ruolo del giurista?

In un tempo in cui i termini vita e morte hanno perso molto della loro “naturalità”, a tal punto che lo stesso limite che li separa ci sembra attualmente assai meno chiaro di quanto non capitasse soltanto qualche generazione fa<sup>1</sup>, discutere oggi del trattamento di fine vita può rappresentare, paradossalmente, un’operazione al tempo stesso molto semplice, ma anche assai complessa e impegnativa. D’altro canto, negli ultimi anni nessun tema (su cui, ed è opportuno ribadirlo, non vi è né può esservi comunanza di vedute sul punto), quale quello dell’interruzione di qualunque pratica terapeutica o assistenziale al paziente che vive ormai una vita “consumata” come pura sofferenza<sup>2</sup>, ha suscitato un acceso quanto contrastato dibattito tra i commentatori.

In quest’ultimo non sono mancate nemmeno, sulla spinta della forte pressione mediatica, talune forme di protagonismo che hanno coinvolto a turno, medici, filosofi, politici, giudici, i quali, nel loro “sentire”, non di rado sembrano perdere la bussola che dovrebbe guidare invece tutti coloro che affrontano questa delicatissima tematica: la sua effettiva inconciliabilità con la declinazione di comandi assoluti e inderogabili<sup>3</sup>.

---

\* Associato di Diritto Amministrativo nell’Università di Napoli “L’Orientale”.

<sup>1</sup> *Ex plurimis*, F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, p. 110 ss.; recentemente, D. FASSIN, *La vie. Mode d’emploi critique*, Paris, 2018.

<sup>2</sup> Cfr. Cass., Sez. IV pen., 4 giugno 2019, n. 23352.

<sup>3</sup> P. BECCHI, *Il testamento biologico*, Brescia, 2011, p. 304 ss.

In tale complesso e delicato scenario, in cui si dibattono interrogativi forse troppo grandi per poter azzardare qualche risposta che non corra il rischio di apparire banale e dove le tecnologie determinano sempre con maggiore influenza l'inizio e la fine della vita, domandarsi quale dovrebbe essere il ruolo del giurista non appare affatto semplice, anche perché la domanda induce principalmente a responsi che indicano soprattutto cosa egli dovrebbe evitare di fare.

In primis, assumere un ruolo di primo piano nell'iniziale approccio al problema<sup>4</sup>, che interpella, invece, in primo luogo le sensibilità e le competenze del medico e del filosofo (dello studioso di etica in particolare). Troppo forte è il rischio, infatti, che nell'affrontare l'argomento risultino non nette quelle distanze da posizioni estreme che portano a considerare che non tutto quello che è tecnicamente possibile è moralmente lecito, o, viceversa, illecito.

In secondo luogo, di fronte allo smarrimento indotto dalla spaventosa accelerazione del progresso scientifico e tecnologico, che genera un giudizio disomogeneo sul valore della vita che la norma giuridica dovrebbe intervenire per proteggere, declinare qualsiasi intervento volto a sanzionare quell'area di comportamenti non conformi a morale.

Sgomberato il campo da questi "presupposti", che porterebbero inevitabilmente a sovrapporre valutazione morale e qualificazione giuridica, con la conseguenza di "forzare" il mosaico delle diverse percezioni morali, culturali, religiose e scientifiche dei fenomeni di volta in volta esaminati, privilegiandone una a discapito di tutte le altre, ed ergendola a modello di riferimento, c'è da dire, però, che quando al giurista è affidato il compito di sistematizzare la materia, la sua responsabilità si accresce esponenzialmente, sia con riguardo al caso concreto come è proprio del giudice, sia con riferimento ad una disposizione normativa generale e astratta come è tipico del "virtuoso" legislatore. Una responsabilità che deve fare i conti con la circostanza che il ricorso al diritto in parola viene esercitato quasi sempre in un contesto in cui si rileva una forte inquietudine emotiva: vuoi perché deve risolversi una situazione controversa che riguarda un determinato paziente, vuoi perché si assume -qualche volta in modo assolutamente apodittico- che un Paese non può definirsi "civile", se non dispone di una legislazione chiara sul trattamento di fine vita.

A ciò deve aggiungersi, inoltre, la grande polarizzazione dell'opinione pubblica che non rappresenta sicuramente il miglior viatico affinché possa arriversi ad una decisione "pacata" da parte del giudice o -tantomeno- ad una deliberazione ponderata ad opera del legislatore.

Attorno alle basi portanti suddette, poi c'è da considerare un altro importante profilo: che è il ruolo e lo spazio del giurista nella disciplina dei problemi di bioetica in una società ormai multietnica. E' un dato incontestabile che le società omogenee da un punto di vista culturale ed etico rappresentano un modello che appartiene ormai alla storia, perché il multiculturalismo, che non è un pericolo da esorcizzare, come alcuni sostengono, è dentro di noi, perché la nostra comunità è inserita in un contesto sociale che è già multiculturale.

---

<sup>4</sup> S. PRISCO, *Il diritto e il fine della vita. Note preliminari*, in *Astrid*, 2009, p. 2.

Ciò induce ad affermare, non senza fondamento<sup>5</sup>, che la questione in sostanza ha una sua dimensione “multietica”, anziché “multietnica” e, come tale, mostra un campo di possibili applicazioni ancor più ampio. Del resto, sembra davvero difficile sostenere che l'appartenenza a determinate “culture” non incida sul modo di comprendere la conoscenza del dolore, il tempo e le modalità di cura, nonché gli stessi concetti di vita e di morte.

Si ha l'impressione che qualsiasi tentativo di eccessiva semplificazione nell'avvicinamento a questi temi - secondo uno schema bianco/nero - è una vera e propria illusione destinato a un inesorabile fallimento. Solo un approccio gradualistico, che aiuti le diverse culture a superare certi snodi fondamentali - per esempio, in materia di rapporti tra religione e diritto, di relazioni fra i sessi o di rispetto dell'identità di ciascun individuo - può essere foriero di sviluppi positivi, che sarebbero peraltro particolarmente importanti al fine di delineare un quadro più rasserenato, cancellando l'incubo - in realtà sempre incombente - dello “scontro di civiltà”.

Evidentemente, le conseguenze di quest'affermazione sul problema in esame sono assai pesanti, poiché invitano a una riflessione sul ricorso - cardine di ogni sistema democratico: il principio di maggioranza, a prima vista non adatto ad una soluzione conciliatrice o d'intesa fra posizioni totalmente distanti.

In effetti, lungi dall'approfondire o esasperare lacerazioni già latenti nel tessuto sociale, il ruolo del buon legislatore dovrebbe ispirarsi alla lettura del diritto come “minimo etico” ed evitare di incrinare la solidità di uno dei pilastri su cui si fonda la vita di ogni comunità.

Ma, al contempo, c'è da aggiungere che le preoccupazioni che si rilevano in ordine alla faticosa e incerta ricerca della mediazione democratica, assicurata dal principio di maggioranza, non possono essere considerate del tutto superate<sup>6</sup>, come è avvenuto nel nostro Paese, mediante il ricorso a una inconfutabile e ottimistica fiducia nel diritto giurisprudenziale, in cui la superiore dottrina e saggezza del giudice sarebbe in grado di garantire un'interpretazione della morale sociale, una ponderazione degli interessi in gioco e una traduzione dei principi costituzionali più equilibrate e accettabili delle deliberazioni di un'assemblea legislativa eletta a suffragio universale<sup>7</sup>.

Il tema, invece, riguarda una questione delicatissima pregna di valutazioni etiche ed etico-religiose che richiedono una grande cautela<sup>8</sup>.

Come si è avuto modo di accennare, dinnanzi ad una disciplina che non tollera forzature in gioco, non è la superiore saggezza o dottrina dell'un potere rispetto all'altro,

---

<sup>5</sup> F. ALICINO, *Diritto alla salute e fattore religioso nello spazio giuridico europeo. Alla ricerca di un laico e sostenibile pluralismo etico*, in *federalismi.it*, n.3, 2020, p. 29.

<sup>6</sup> Sui rischi legati alla tentazione “della via maggioritaria”, cfr., C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2012, p. 112 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A. KAUFMANN, *Riflessioni giuridiche e filosofiche su biotecnologia e bioetica alla soglia del terzo millennio*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 217.

<sup>8</sup> P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *federalismi.it*, 2020, n. 2, p. 4 ss.

bensì la previsione di misure più congeniali a una società eterogenea e in continua trasformazione, a dover compiere quell'opera di "faticosa mediazione" richiesta.<sup>9</sup>

## 2. Su alcuni dubbi interpretativi della legge n. 219 del 2017

In Italia il settore della bioetica ha vissuto per anni, più di altri, un curioso paradosso: se c'era un "sentire bioetico condiviso"<sup>10</sup>, si avvertiva meno l'esigenza di porre mano ad una legge; se non vi era, sembravano mancare le condizioni per il varo della legge medesima<sup>11</sup>. Ciò ha comportato un vuoto legislativo in materia davvero formidabile, mentre nel frattempo si consumavano casi drammatici, peraltro diversissimi tra loro, quali, tra i tanti, quelli di Luca Coscioni, Piergiorgio Welby, Eluana Englaro, Walter Piludu, Fabio Antoniani, noto al pubblico come DJ Fabio, che hanno evidenziato tutta la complessità dei problemi connessi all'argomento.

Partendo sempre dal principio che in un ordinamento giuridico i valori non negoziabili sono quelli affermati dalla Costituzione<sup>12</sup> (o, comunque, da essa desumibili<sup>13</sup>) e che qualsiasi deroga a questo principio riporta il dibattito su di un campo, in ipotesi nobilissimo e magari anche efficiente alla crescita della media - coscienza di tali questioni da parte della collettività, ma di certo non immediatamente spendibile sul piano dell'applicazione normativa, dopo tanti anni in cui la politica italiana si è arrovellata su se stessa in un clima di profonde fratture nella coscienza civile, come è noto nel 2017 è stata approvata la legge n.219<sup>14</sup> che introduce norme sul trattamento di fine vita.

---

<sup>9</sup> A. LUCARELLI, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. APOSTOLI- M. GORLANI, (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certeza del diritto*, Napoli, 2018, p. 128.

<sup>10</sup> L'espressione è di A. SANTOSUOSSO in M. BARNI e A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritti: prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, 1995, p. 41.

<sup>11</sup> L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2008, p. 7, il quale osserva: «la bioetica vive in una situazione paradossale: quanto più fortemente si avverte l'urgenza della risoluzione delle problematiche bioetiche, tanto più emerge e si acutizza il divario tra l'accelerazione incalzante del progresso tecnico-scientifico e la lentezza nella elaborazione di una risposta».

<sup>12</sup> Per usare le parole di A. LUCARELLI, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, cit., pp. 130-131, «Il principio non è regola generale, ma norma giuridica al massimo grado e al massimo valore per la vita del diritto, in quanto, oltre ad operare come norma tra le norme, svolge una funzione essenziale nell'interpretazione giuridica nel senso di attività intermediaria tra caso, inteso come fatto, e diritto. Il rischio è che questa teoria, pur facendo vivere i principi costituzionali attraverso il diritto giudiziale, talvolta anche in una forma "drogata", abbia quale conseguenza che ogni principio per poter coesistere con gli altri debba necessariamente entrare in un giudizio di bilanciamento e che in tale bilanciamento si veda indebolita la portata garantista della Carta costituzionale».

<sup>13</sup> S. RODOTA', *Perché laico*, Roma-Bari, 2009, p. 146.

<sup>14</sup> Cfr., tra gli altri, M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. e prev.*; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (ddl recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 975 ss.; P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 3 ss.; C. CASONATO, *Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal*, 2018, n. 1, p. 12 ss.; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Padova, 2018; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2018, 1, p. 47 ss.; B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Diritti*

Vari i punti trattati dalla legge<sup>15</sup> (dal consenso informato ai trattamenti palliativi, dal testamento biologico alla c.d. pianificazione condivisa delle cure), tuttavia, quelli su cui si sono dirette maggiori attenzioni e critiche (e su cui si è anche maggiormente ampliato il dibattito parlamentare) sono stati, da una parte, l'alimentazione e idratazione artificiali, dall'altra, le Disposizioni anticipate di trattamento<sup>16</sup>.

L'articolo 1, co. 5, sancisce che «Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». Ne consegue che il legislatore ha preso una posizione netta: nutrizione e idratazione per vie artificiali vengono considerati trattamenti sanitari e quindi rinunciabili.

Mai come su questo argomento la comunità scientifica è profondamente divisa nel ritenere se acqua e cibo debbano o no considerarsi una terapia medica soltanto perché vengono somministrati per via artificiale<sup>17</sup>; c'è da aggiungere, tuttavia, che sulla natura delle attività di idratazione e alimentazione non si vada forse molto lontani dal vero se si sostiene che il contrasto fra quanti affermano che «nutrizione e idratazione vanno considerati atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere e che la modalità di assunzione o somministrazione degli elementi per il sostentamento vitale (fluidi, nutrienti) non rileva dal punto di vista bioetico»<sup>18</sup>, e quanti, invece, si dichiarano convinti che vi sia ormai un'intera «storia comprovante che l'idratare e il nutrire organismi disidratati e demoliti è una prassi definitivamente acquisita al campo medico-sanitario»<sup>19</sup> non sia un contrasto logicamente componibile, soprattutto quando il caso venga affrontato in astratto, a distanza cioè dalla particolare condizione di sofferenza dell'infermo e, quindi, in situazioni di maggiore permeabilità a pressioni, per così dire, ideologiche.

Probabilmente, proprio un'impostazione di questo tipo avrebbe condotto a una legge in cui i dilemmi etici connessi al tema del fine vita non si sarebbero prestati ad essere risolti pregiudizialmente in base ad una norma che, chiudendo ogni spazio interpretativo, sancisce che alimentazione e idratazione costituiscono in ogni caso forme di accanimento terapeutico<sup>20</sup>.

---

*Comparati*, 2017, n. 3, p. 262 ss.; M. PICCININI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017, in dialogo con Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal*, 2018, n. 1, p. 121.

<sup>15</sup> Per un'analisi approfondita delle complesse questioni regolate dalla legge n. 219/2017, v. G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019.

<sup>16</sup> S. AGOSTA, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma, 2020.

<sup>17</sup> Cfr. L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, p. 149 ss.

<sup>18</sup> Comitato nazionale per la bioetica, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo permanente*, Testo approvato il 30/09/05, p. 2.

<sup>19</sup> G. COSMANCINI, *Testamento biologico. Idee ed esperienze per una morte giusta*, Bologna, 2010, p. 80.

<sup>20</sup> Cfr. D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre): Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018.

Ritenere che la scienza possa decidere l'inizio o la fine della vita umana potrebbe rivelarsi un errore, atteso che ogni gruppo, ogni fede, ogni cultura, persino ogni singolo individuo ha una suo personale pensiero sulla delicata tematica<sup>21</sup>.

Le scelte etiche andrebbero diluite, di volta in volta, nella situazione reale<sup>22</sup>, la cui considerazione è l'unica idonea a dare una risposta al quesito se il perseverare in certe pratiche non violi il principio di proporzionalità tra mezzi e fini<sup>23</sup>, rischiando di incrinare il valore della dignità della persona umana<sup>24</sup> che la stessa Carta costituzionale indica come limite insuperabile per ogni metodica attinente alla salute dell'individuo<sup>25</sup> (sarebbe stata opportuna la previsione dell'obiezione di coscienza per il medico, perché anche questo avrebbe portato ad una struttura interpretativa aperta in nome di quell'alleanza terapeutica che solo il dialogo e la comunicazione possono garantire, a maggior ragione, quando il soggetto non sia più in grado di esprimere personalmente le proprie volontà)<sup>26</sup>.

Con ciò si vuol dire, in altri termini, che se è indiscutibile che proseguire ad alimentare e idratare ad oltranza un paziente sia lesivo della sua libertà personale, non può non ribadirsi con altrettanta convinzione che la scelta di interrompere la nutrizione, quando un organismo sia ancora in grado di digerire le sostanze di cui ha bisogno per mantenersi in vita, sia altrettanto lesivo della sua dignità<sup>27</sup>. E la dignità costituisce un bene prezioso<sup>28</sup> quanto la libertà personale e l'autodeterminazione della persona<sup>29</sup>.

Forse un ragionamento fondato contemporaneamente sull'affermazione - spesso ribadita, ma probabilmente mai sufficientemente approfondita - relativa alla differenza fra il "dare la morte" e il "lasciar morire", sull'umanizzazione della morte al di là della rimozione che la cultura contemporanea ne ha operato e - come detto - sul significato pieno e sostanziale della "dignità umana"<sup>30</sup> avrebbe probabilmente potuto consentire sul punto una legisla-

---

<sup>21</sup> L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2004, p. 122 ss.

<sup>22</sup> V., ad esempio, l'emendamento all'art. 3 del progetto di legge presentato dalla sen. Soliani (RC 151/09), secondo cui la dichiarazione anticipata di trattamento che prevedesse esplicitamente il rifiuto di alimentazione e idratazione artificiali potrebbe essere disattesa «nel caso di motivate prospettive di beneficio terapeutico per il paziente... la cui valutazione spetta al medico curante che le proporrà al fiduciario, se nominato, e ai familiari, e fino a quando esse siano ragionevolmente attese».

<sup>23</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bologna, 2012, p. 176 ss.

<sup>24</sup> Si rinvia a, R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e «congedo dalla vita» dopo la l. 2019/2017*, Roma, 2019.

<sup>25</sup> P. CIRIELLO, *Bioetica e diritto: brevi spunti a partire dal testamento biologico*, in *Scritti in onore di C. Rossano*, Napoli, 2013, p. 111.

<sup>26</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 117/1979 che per la prima volta riconosce l'obiezione di coscienza un diritto costituzionale; in linea con l'orientamento della Consulta, L. MUSELLI - C.B. CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2017, p. 21. *Contra*, in dottrina, v. G. GEMMA, *Obiezione di coscienza ed osservanza dei doveri*, in S. Mattarelli (a cura di), Milano, 2007, p. 55 ss. e M. AINIS, *Dall'obiezione di coscienza all'obiezione di massa*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 903 ss.

<sup>27</sup> Sul punto, V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, p. 94.

<sup>28</sup> Cfr. punti 8 e 9 dell'ord. 207.

<sup>29</sup> P. RICCI SINDONI, *Dignità umana e dibattito sul testamento biologico*, in *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, biologici e giuridici*, a cura di M.G. Furnari - A. Ruggeri, Torino, 2010, p. 185 ss.; cfr. anche S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, p. 6.

<sup>30</sup> L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580*

zione più coerente con il quadro costituzionale complessivamente inteso, nel quale non si rileva nessuna disposizione o combinato disposto di esse da cui desumere il diritto di morire per mano d'altri<sup>31</sup>.

La bioetica, del resto, fa un distinguo tra cure che hanno la funzione di contrastare una certa malattia, e quelle di sostegno vitale, che rispondono a delle necessità naturali per il corpo umano, quali la nutrizione e l'idratazione; quest' ultime sono da considerarsi mezzi proporzionati e dunque non possono essere sospese, a meno che non si dimostri che esse comportino danni alla salute del paziente, come avviene nelle ipotesi in cui il malato terminale non riesca più ad assimilare regolarmente la nutrizione che gli viene data.

Per quanto riguarda poi la previsione delle disposizioni anticipate di trattamento (d'ora in poi DAT) ad opera della legge 219, essa è stata giustamente ritenuta nel suo complesso non «di per sé contraria a Costituzione, rispondendo al fine di preservare quella libertà di autodeterminazione sull'an»<sup>32</sup>.

Ciò è confermato sia dalla scelta del legislatore di sostituire il termine "Dichiarazione" con quello di "Testamento" che va letta come l'intenzione di non far discendere le decisioni di fine vita *sic et simpliciter* da una disposizione testamentaria ora per allora, sia dalla soluzione di includere le DAT nella c.d. «alleanza terapeutica» che scongiura (anche se non del tutto) un'applicazione per così dire meccanica delle stesse. Infatti, se ai sensi dell'art. 1 co. 6, «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali», al contempo, il medico, secondo quando dispone l'art. 4, co.5, può ignorare le DAT «qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita».

Ora, fatta salva l'estrema prudenza con cui il tema merita di essere trattato, operazione non poco complessa è quella di risalire effettivamente alla volontà espressa dal malato sulla circostanza di dover affrontare specifici trattamenti in stato di non vigile coscienza.

L'articolo 4, co. 4, dispone che «Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

Vale a dire, in sostanza, che ogni persona maggiorenne e dotata della capacità di intendere e di volere, può formulare una dichiarazione che risulterà vincolante per i medici ri-

---

c.p., in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 2/2018, p. 424 ss.; in argomento, si cfr. anche ID., *Omissione dell'intervento terapeutico e eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, n. 4, p. 508 ss.

<sup>31</sup> C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.3, 2018; Contra, da ultimo, G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 24 ss.

<sup>32</sup> 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. del 2018), in *Consulta on line*, fasc. 1, 2019, p. 102.

guardo ai trattamenti e agli accertamenti che accetterà o rifiuterà di ricevere nel caso non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso, congiuntamente alla nomina di un fiduciario che lo rappresenterà nei rapporti con i medici e le strutture sanitarie<sup>33</sup>.

Da tale disposizione, quindi, emerge proprio che l'obbligo costituzionale del rispetto della persona umana e della sua "dignità" faccia carico alla comunità familiare e sanitaria che lo accudisce di sperimentare in via preliminare ogni tentativo per risalire alla possibile volontà dell'infermo rispetto agli indirizzi da prendere. E credo, in linea generale, che in questo non c'è nessuna ipostatizzazione della volontà della singola persona, ma solo il dovere di non privarla, per quanto possibile, dell'esercizio di un diritto che, modalità applicative a parte, si desume dallo stesso Testo costituzionale e non accetta, quindi, differenziazioni, se non nei casi di insuperabile necessità<sup>34</sup>.

Tuttavia, vanno considerate alcune cautele che non sono secondarie, e che occorre ribadire sistematicamente.

Per esempio, di primaria importanza è verificare, e qui la legge appare lacunosa, l'"attualità" della volontà espressa dal paziente<sup>35</sup>, che potrebbe non sussistere a causa della distanza di tempo dalle dichiarazioni e magari del mutare delle situazioni o condizioni rispetto a quelle che avevano determinato dichiarazioni anticipate, compresi i progressi della scienza<sup>36</sup>.

Restando pacifica, mi preme ripeterlo, per tutti i casi la facoltà della persona di modificare in ogni momento le sue precedenti volontà, il problema si pone quando non sussistano più le condizioni per confermare o revocare il consenso prestato; e questo vale a prescindere sia dalle modalità formali attraverso cui l'espressione di volontà si era concretata, sia dalla eventuale fissazione di un limite temporale di validità alle dichiarazioni anticipate e sia, in ultimo, dalla possibile previsione di un regime diversificato di vincolatività in relazione al tempo trascorso, che sembra, a parere di chi scrive, produrre conseguenze differenziate in ordine alla fattispecie che qui si esamina.

E infatti, problemi non di secondo rilievo sembrano sorgere nella parte in cui la legge prevede la figura del c.d. fiduciario, col compito di operare sempre e solo secondo le legittime intenzioni esplicitate dal paziente nelle sue dichiarazioni anticipate, per farne conoscere e realizzare la volontà e i desideri, e nell'ipotesi che l'interessato non avesse provveduto a tale designazione, sempre nell'ottica di non privare alcuno dell'esercizio di un diritto costitu-

---

<sup>33</sup> Cfr. Cass. civ. sez. I, 16 ottobre 2007. In dottrina, N. COMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana: Una prospettiva etico-clinica*, in *BioLaw Journal- Rivista di Biodiritto*, 2006, n. 3, p. 241 ss.; recentemente, C. VIGNA, *Vita umana e autodeterminazione. Una questione molto disputata*, in *Bio Law Journal – Rivista di Biodiritto*, 2017, n. 2, p. 205 ss.

<sup>34</sup> L'efficacia di questa impostazione, tuttavia, deve fare i conti con quegli ambienti in cui il consenso o il dissenso al trattamento sanitario del paziente è influenzata da forti pressioni psicologiche e sociali.

<sup>35</sup> Restano ancora tante le perplessità in merito alla sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007 che ordinò di staccare il sondino nasogastrico che idratava e alimentava Eluana Englaro, ricostruendo la volontà della ragazza, in mancanza di certezze di volontà più solidamente documentate, da convinzioni e stili di vita espressi; in dottrina, ex multis, C. SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2009, p. 6 ss.

<sup>36</sup> Sul punto, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012.

zionalmente attribuitogli<sup>37</sup>, riconoscere questa funzione a quanti - stretti congiunti (genitori, figli, coniuge) o amici - per comunanza di vita e di frequentazione sembrano i più idonei ad assumersi questa annosa responsabilità.

Aldilà che sembra alquanto discutibile che il malato sia rappresentato, nella relazione con il medico e con la struttura ospedaliera, attraverso atti di disposizione (mandato, trust, ecc...)<sup>38</sup> che potrebbero non avere «nulla da spartire con le disposizioni di carattere non patrimoniale consentite dalla legge»<sup>39</sup>, laddove sarebbe stato forse più congruo inquadrarli nell'ambito di negozi unilaterali tra vivi non patrimoniali, espressione dell'esercizio del diritto personalissimo e incomprimibile alla salute (art. 32 Cost.), ho l'impressione che, come prevista, una DAT possa rischiare di diventare non sempre rappresentativa delle reali volontà del paziente a motivo del progresso della scienza medica. Non convince, infatti, la formula, alquanto incerta, utilizzata dal legislatore quando cerca di prevenire questa eventualità stabilendo che «il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione»<sup>40</sup>. A parte il fatto che l'accezione "palesemente incongrue" sembra ingenerare un' evidente discordanza, atteso che, da un lato si afferma il carattere vincolante delle DAT, dall'altro, si attribuisce al medico la facoltà di disapplicarle in rapporto alla condizione clinica attuale del malato o in rapporto ai progressi medici o tecnologici, conviene quantomeno evidenziare che nella norma non è puntualmente indicata la condizione reale nella quale il soggetto proietta la sua volontà, riferendosi a tutte le condizioni cliniche possibili, lasciando così la questione alla determinazione individuale, con una evidente vaghezza interpretativa della norma<sup>41</sup>.

La scelta del mantenimento di una DAT espressa da un paziente non più in grado di autodeterminarsi può risultare la soluzione migliore solo se in essa si riscontri una piena applicazione del principio di precauzione, che, derivante dall'art. 174 del Trattato istitutivo della Comunità europea, ormai è ben radicato nella stessa Carta costituzionale.

Dalla prospettiva qui adottata, è possibile affermare che la cautela e l'accortezza proprio in questi delicatissimi casi non sono mai eccessive, e se è vero che la nostra Costituzione preserva la vita e non la morte<sup>42</sup>, non è affatto incongruo sostenere che, di fronte a un mutamento delle conoscenze scientifiche sostenute da accreditati esperti dalle quali si prospettano benefici terapeutici per il paziente, il carattere vincolante delle DAT susciti non po-

---

<sup>37</sup> Cfr., in termini, G. COLETTA, *Le difficoltà del dibattito bioetico e la necessità di una legislazione caratterizzata dal rispetto delle scelte individuali*, in L. CHIEFFI e P. GIUSTINIANI, (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, p. 51 ss.

<sup>38</sup> In argomento, R. BAILO - P. CECCHI, *Direttive anticipate e diritto a rifiutare le cure*, in *Rass. dir. civ.* 1998, p. 489 ss.

<sup>39</sup> Così, P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in *Testamento biologico* (a cura di), Milano, 2006, p. 15 ss.

<sup>40</sup> Legge 219/2017, art. 5, co. 4.

<sup>41</sup> Sul punto L. PALAZZANI, *Le DAT e la legge 219 del 2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche advance care directives and the la 219 del 2017: bioethical and biolegal considerations*, in *Rivista italiana di medicina legale*, fasc.3, 2018, p. 965.

<sup>42</sup> Cfr. S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Bologna, cit., 176 ss.

che perplessità. D'altra parte, il principale problema connesso alle DAT consiste proprio nella perdita del carattere dell'attualità della dichiarazione nel momento in cui si ritiene essenziale l'attuazione del trattamento<sup>43</sup>. Può profilarsi, in effetti, un mutamento di interessi del soggetto nei diversi stadi della malattia, per cui la volontà esplicitata da un soggetto munito di totale capacità cognitiva potrebbe non concordare con gli interessi di un soggetto incosciente, che potrebbe non essere consapevole dell'evoluzione della scienza medica<sup>44</sup>.

In altri termini, l'ultrattività delle disposizioni anticipate non garantisce l'effettiva conformità tra l'astratto proponimento quale scaturente dalla DAT e ciò che l'individuo disporrebbe nella circostanza reale<sup>45</sup>. Ma sul problema della delimitazione temporale della validità delle DAT la legge 219 non dà soluzioni, laddove invece sarebbe stato importante prevedere un rinnovo ciclico delle disposizioni entro un termine prestabilito, al fine di consolidare concretamente quel rapporto tra paziente e medico, tra autonomia e competenza, di cui all'art. 1 della legge in parola.

### 3. Il caso “Cappato”: verso una giurisdizionalizzazione dei diritti?

Il caso “Cappato” costituisce l'ennesima tappa verso un sistema che oramai tende a cercare il proprio fondamento nella giurisdizionalizzazione dei diritti. Si badi bene, l'ipotesi che le persone possano trovare tutela dei propri diritti non solo nella legge, ma anche nelle sentenze dei giudici, è stato un traguardo importante raggiunto dalla democrazia costituzionale. Ciò, però, non ci esime dal sottolineare come l'inerzia del legislatore rischi di creare nel nostro Stato un sistema sbilanciato tra i due poteri<sup>46</sup>, atteso che la modalità di produzione pubblica del diritto s'incentra sempre più frequentemente nelle sedi giurisdizionali<sup>47</sup>.

La sentenza “Cappato” sembra proprio inquadrarsi principalmente in questo “pericoloso” contesto, in quanto il Giudice delle leggi, indirizzando le sue decisioni verso tutte quelle materie che richiedono, alla luce dei principi costituzionali un intervento del legislatore ma non ancora non disciplinate, si appropria in sostanza di una sfera di attribuzione riservata alle valutazioni discrezionali del legislatore<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Rivista italiana di medicina legale*, cit., pp. 417-419. Meno recente, si v. anche A. MANNA, voce *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 1298.

<sup>44</sup> 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 marzo 2019, p. 4.

<sup>45</sup> In tal senso, L. MALDONATO, *L'interruzione di un trattamento salvavita in assenza di DAT: quali spazi per il consenso*, in *Giur. penale*, 2018, p. 7.

<sup>46</sup> Su tali temi, si rinvia, tra gli altri, a M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016.

<sup>47</sup> S. STAIANO, *Costituzionalismo e diritto giurisprudenziale nel tempo storico. Note preliminari per un dialogo*, in *Studi in onore di L. Labruna*, Napoli, 2007, p. 5374.

<sup>48</sup> Sul punto si v. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2007, p. 9 ss.; si v. anche G.M. FLICK, *A proposito di un testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Pol. dir.*, 2009, n. 4, p. 509 ss.

La vicenda è divenuta ormai nota, anche perché oggetto di dibattito pubblico. In sintesi, nel febbraio di tre anni fa Marco Cappato, dopo aver accompagnato in Svizzera presso la clinica Dignitas Fabiano Antonani che aveva programmato di dare corso al proprio suicidio in quella clinica, si presentava ai Carabinieri di Milano raccontando l'avvenuto. Di qui a poco egli venne iscritto nel registro degli indagati da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano che, tuttavia, in data 2 maggio 2017, presentava nei confronti dell'indagato richiesta di archiviazione. Durante l'udienza, i pubblici ministeri chiesero al Giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui considera reato "il comportamento di 'partecipazione fisica' o 'materiale' al suicidio altrui senza escludere la rilevanza penale della condotta di chi aiuta il malato terminale o irreversibile a porre fine alla propria vita, quando il malato stesso ritenga le sue condizioni di vita fonte di una lesione del suo diritto alla dignità". Di qui un rapido susseguirsi di eventi che si concretarono nel rigetto da parte del GIP delle richieste avanzate dai pubblici ministeri e Marco Cappato e l'invito alla Procura di formulare nei confronti di Cappato l'imputazione per la fattispecie di aiuto al suicidio. In seguito, con rito abbreviato, e dopo aver sentiti i testimoni tra cui anche l'inviato del programma televisivo "Le iene", all'udienza di discussione sia il pubblico ministero, sia la difesa dell'imputato, chiedevano l'assoluzione, o, in alternativa, di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. All'udienza del 14 febbraio 2018, la Corte di Assise di Milano con ordinanza sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'articolo citato. La Consulta, riunitasi il 23 ottobre 2018 per discutere la questione di costituzionalità dell'art. 580 del codice penale, decise di sospendere il giudizio e di fissare una nuova udienza al 24 settembre del 2019, con il concomitante invito al Parlamento a intervenire entro quella data introducendo una disciplina che prevedesse «la tutela di determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti»<sup>49</sup>. Dinanzi alla persistente inerzia del legislatore in materia<sup>50</sup>, il Giudice delle leggi ha sancito con la sentenza n. 242 del 2019 l'incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Corte cost., ord. n. 207 cit.

<sup>50</sup> Cfr. P. ZICCHITTO, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte Costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, p. 11 ss.

<sup>51</sup> Punto 8 del *Considerato in diritto*.

Per il dibattuto percorso dei diritti fondamentali nel nostro Paese la sentenza in parola è stata definita storica<sup>52</sup>, in quanto gli effetti della decisione coinvolgono non solo la vicenda oggetto della nostra trattazione, qual è il delicato tema della libertà di cura del paziente, bensì anche il profilo strettamente processuale.

Ragioni legate ad economia di esposizione inducono a incentrare solo su quest'ultimo punto le brevi riflessioni che seguono, peraltro già oggetto di numerosi contributi dottrinari<sup>53</sup>.

E' indubbio che la tecnica dell'accertamento dell'incostituzionalità con rinvio sperimentata dalla Corte con l'ordinanza n. 207 del 2018<sup>54</sup> (incostituzionalità accertata successivamente dalla sentenza additiva di principio n. 242) rappresenta un *quid novi* dal punto di vista processuale, che va ben oltre il fatto che essa incida sull'oggetto del giudizio, come definito nell'ordinanza del giudice rimettente, e sui parametri invocati da questi. Del resto, il fatto che con l'ordinanza in parola venga riscritto sostanzialmente il vaglio dei principi costituzionali interessati nell'ordinanza di rimessione del Giudice a quo è operazione sperimentata dalla Corte già in diverse occasioni<sup>55</sup>. In altri termini, nella giurisprudenza costituzionale vicende contrapposte al principio di stretta corrispondenza tra chiesto e pronunciato anche con riguardo al "restringimento" del *petitum*, non sono state affatto rare<sup>56</sup>. La vera novità processuale è il diverso utilizzo dello strumento monitorio nella decisione formale, mediante il quale, pur prevedendosi il rinvio del giudizio per consentire un intervento del legislatore, al contem-

---

<sup>52</sup> 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 *Rivista AIC*, fasc. 1, 2020, p. 2.

<sup>53</sup> Tra i primi commenti all'ordinanza, si v. U. ADAMO, *La Corte è "attendista"...* «facendo leva sui poteri di gestione del processo costituzionale». Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in *federalismi.it*, n. 10/2018; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2018; S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"* in *Forum costituzionale.it*; E. CANALE, *La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it); F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quad. cost.*, 5 giugno 2019; M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com); ID., *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 *Rivista AIC*, fasc. 1, 2020, p. 2; M. E. DE TURA, *Il principio di autodeterminazione e la tutela della vita umana: esiste un diritto a morire?*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2017; N. FIANO, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, I, p. 578 ss.; E. FURNO, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 138 ss.; A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Seminario preventivo*, Università di Bologna, 12 ottobre 2018, in [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it), p. 6.; C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum di Quad. cost.*, 7 giugno 2019; A. PUGIOTTO, *L'altra quaestio del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*, in *Forum di Quad. cost.*, 4 giugno 2019; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2018; ID., *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2018; A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nella ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in *Pen. cont.*, 6 maggio 2019.

<sup>54</sup> Tra i primi commenti, S. CASSESE, *La fine di DJ Fabio, un rebus anche per la Corte costituzionale*, in *Corriere della Sera*, 15.02.2018.

<sup>55</sup> Cfr. E. CATELANI, *L'ordinanza di rimessione del giudice a quo nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in *Foro it.*, 1997, p. 202 ss.

<sup>56</sup> A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, p. 201 ss.

po si sono stabiliti “accuratamente” i termini (un anno) entro cui il Parlamento comunque sarebbe dovuto intervenire, nonché il contenuto minimo essenziale della futura disciplina (peraltro largamente discrezionale) del “suicidio medicalmente assistito”<sup>57</sup>.

In effetti, nelle more dell'intervento legislativo chiesto dal Giudice delle leggi, la regolazione della materia scaturisce proprio dalla successiva sentenza additiva<sup>58</sup>, che può definirsi la conseguenza logica dell'ordinanza<sup>59</sup>.

Questa innovativa tecnica decisoria non si limita a utilizzare quei criteri propri degli strumenti di “interlocuzione” già adoperati dalla Corte e che autorevole dottrina<sup>60</sup> aveva riconosciuto sotto il termine di doppia-pronuncia<sup>61</sup>, poiché in siffatte ipotesi, il monito era identificabile solo ex post<sup>62</sup>.

Nel caso oggetto di analisi, invece, il monito della Corte è palesemente riconoscibile nella struttura stessa dell'ordinanza, nella quale si determina un' “incostituzionalità prospettata” volendo prendere a prestito il termine utilizzato dall'allora Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi<sup>63</sup>. In effetti, la sentenza 242, nei suoi principali passaggi argomenta-

---

<sup>57</sup> La Consulta stabilisce nella sentenza 219, al punto 2.3 del *Considerato in diritto* che “All'interno del petitum principale del rimettente, la Corte ritiene di individuare una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa, corrispondente segnatamente ai casi in cui l'aspirante suicida si identifichi ... in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»” (così già ord. n. 207 del 2018); in dottrina, cfr. P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e ai suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019.

<sup>58</sup> F. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Riv. AIC*, n. 4/2019, p. 323.

<sup>59</sup> F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *DirittiFondamentali.it*, fasc. 1, 2020, p. 674.

<sup>60</sup> Si rinvia a, e G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 136.

<sup>61</sup> A tal proposito, R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano 1993.

<sup>62</sup> L'origine di tale prassi è riconducibile alla storica sentenza n. 1 del 1956, in cui per la prima volta il Giudice delle leggi fece un utilizzo c.d. “flessibile” degli strumenti processuali. In particolare, la questione di illegittimità costituzionale fu proposta con riferimento al t.u. pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931 n. 773), e in modo specifico con riferimento alla compatibilità, con l'art. 21 della Costituzione, dell'art. 113 del T.U., una norma quindi antecedente l'entrata in vigore della Carta Costituzionale. La questione riguardava la competenza della Corte a giudicare l'illegittimità costituzionale con riferimento alle leggi di epoca fascista, per cui si trovava a decidere l'oggetto del suo giudizio e di conseguenza l'estensione temporale delle sue sentenze. La Corte, come noto, decise che l'affermazione secondo cui «il nuovo istituto della “illegittimità costituzionale” si riferisce solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori, non può essere accolto, sia perché, dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Costituzione quanto l'art. 1 della legge costituzionale 8 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sia perché dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali».

<sup>63</sup> Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2019, p. 12.

tivi, si richiama chiaramente all'ordinanza 207, distinguendosi per il solo fatto di arrivare alla dichiarazione d'incostituzionalità<sup>64</sup>.

Una tecnica decisoria<sup>65</sup>, insomma, che lungi dall'inaugurare un nuovo modello di relazione con il legislatore, in un dialogo collaborativo, si allontana dai criteri fissati per l'esercizio della giurisdizione costituzionale<sup>66</sup>, realizzando una vera e propria invasiva interferenza della Consulta nel campo d'intervento del legislatore<sup>67</sup> (peraltro in una disciplina in cui non esisteva nessun vuoto legislativo, sia perché da poco era stata approvata la legge n. 219/2017, sia perché la legge n. 38/2010, come stabilito dalla stessa Corte, non solo è una legge essenziale per il fine vita, ma è l'unica che tutela diritti nel fine vita), atteso che la tecnica di modulazione temporale della sentenza prospettata provvede a fissare vere e proprie indicazioni di politica legislativa e di tecnica di normazione<sup>68</sup>.

Ma aldilà dei profili propri del processo costituzionale, e tornando nel merito del tema oggetto della nostra trattazione, c'è da dire, innanzitutto, che la sentenza 242 considera costituzionalmente ammissibile l'ipotesi del suicidio assistito<sup>69</sup> (preannunciata peraltro dall'ordinanza 207) qualora il soggetto capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sia affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili e che la sua esistenza sia mantenuta in vita grazie a trattamenti di sostegno vitale. Il perno attorno al quale ruota tutta la costruzione del ragionamento della Corte è la discutibile, quanto pericolosa scelta, di voler ricondurre il diritto al suicidio<sup>70</sup> nel perimetro del diritto al rifiuto delle cure quando afferma che «l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.»<sup>71</sup>.

---

<sup>64</sup> Cfr. P. VERONESI, *Un'incostituzionalità solo "di fatto" del reato di aiuto al suicidio: in attesa del seguito del "caso Cappato"*, in *Studium Iuris*, n. 3/2019, p. 283; A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in *DirittiFondamentali.it*, n.1, 2020, p. 749.

<sup>65</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2/2019, p. 644 ss.

<sup>66</sup> Tra gli altri, C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 6, 2019.

<sup>67</sup> Nella sent. n. 242 la Corte esplicitamente afferma che "L'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve ... prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia", giacché, di fronte a violazioni della Costituzione (non sanabili in via interpretativa), "la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio». Cfr. 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, *passim*.

<sup>68</sup> M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura (ord. n. 207/2018)* in *Forum di quaderni costituzionali – Rassegna*, n. 1/2019, p. 1 ss.

<sup>69</sup> La sentenza in esame è stata definita come una "pronuncia a incostituzionalità differita" da A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'incocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2018, III, p. 574.

<sup>70</sup> Si v. le lucide argomentazioni di R.E. OMODEI, *L'istitigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, n. 10, 2017, p. 150 ss.

<sup>71</sup> Si rinvia a M. LUCIANI, *Diritto alla salute*, in *Enc.giur.*, XXVII, Roma, 1991; v. anche C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013, p. 116 ss.

Tutto il percorso argomentativo ricostruito nella sentenza additiva di principio si basa sulla “disparità di trattamento” che andrebbe a delinarsi tra coloro per i quali l’unica soluzione è la decisione di interrompere un trattamento già in atto e coloro per i quali questa soluzione genererebbe patimenti superiori a quelli cui lo stesso malato subirebbe avvalendosi del suicidio assistito. Secondo la Corte, «se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall’ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l’interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l’aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione».

Come è facilmente desumibile, ciò che ha fondamentalmente spinto il Giudice delle leggi a considerare dovuta l’assistenza al suicidio ai malati che si trovassero nelle condizioni sopra ricordate è un mero giudizio di ragionevolezza sulla legge 219, atteso che, secondo la Consulta, è irragionevole una disciplina che da una parte considera la volontà del soggetto di rifiutare un trattamento di sostentamento vitale assicurandogli la somministrazione di una sedazione profonda e continuativa, e, dall’altra, respinge la sua richiesta di ridurre il tempo che lo divide dalla morte, quando la sospensione delle cure non assicuri una morte in tempi celeri<sup>72</sup>.

Dinnanzi a un argomento eticamente così complesso, la Consulta, quindi, piuttosto che fornire una soluzione che coinvolgesse la valutazione dei principi personalista e di autodeterminazione individuale, ha basato la motivazione della propria decisione sulla congruità della legge n. 219 che «viene a costituire il baricentro attorno al quale ruota tutta la motivazione che porta alla dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 580 cod. pen. e all’operazione di “scrittura” della nuova normativa».<sup>73</sup>

Quanto statuito sembra seriamente preoccupante. Infatti, in nome della salvaguardia di diritti costituzionali a cui sembra attribuirsi un valore “supercostituzionale” rispetto ad altri<sup>74</sup>, la sentenza n. 242 stravolge le fondamenta su cui si basa la legge 219, la quale, nonostante presenti indubbiamente alcune “zone grigie” nel suo impianto fondamentale, ha comunque il merito di tracciare l’importante distinzione tra rifiuto delle cure ed eutanasia, ga-

---

<sup>72</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 5 del *Considerato in diritto* e sent. n. 242/2019, punto 2.2 del *Considerato in diritto*; Si cfr., ex plurimis, N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle corti italiane*, in *Riv. AIC*, 1/2011; D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre): Brevi osservazioni all’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, cit., p. 5.

<sup>73</sup> Conforme, F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”?*, cit., p. 672.

<sup>74</sup> E’ ciò che accade quando il Giudice delle leggi prevede che la limitazione della libertà di autodeterminazione del paziente individua per forza una lesione della dignità del medesimo. Si afferma, infatti, che il divieto senza distinzioni di aiuto al suicidio «finisce...per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, ... imponendogli ... un’unica modalità per congedarsi dalla vita». Tale limitazione non trova giustificazione in alcun 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».

rantendo pienamente solo il primo. Inoltre, la sentenza in esame dichiara, mediante una motivazione che appare inadeguata e, comunque, non del tutto persuasiva, che non sussisterebbe alcuna differenza fra l'ipotesi contemplata dalla legge, di decorso della malattia accompagnato da sedazione profonda e quella del suicidio assistito. Per la Consulta in tutte e due le ipotesi la morte è un accadimento destinato in ogni caso a compiersi a seguito della libera volontà del soggetto<sup>75</sup>, laddove sarebbe importante riuscire sempre a distinguere i casi in cui il rifiuto dei trattamenti consente che la malattia faccia il suo corso, evitando così insopportabili sofferenze e interrompendo terapie gravose, da quelli finalizzati a porre fine volontariamente alla vita<sup>76</sup>.

Ora, a parte tutti i dubbi che si possono sollevare rispetto a un cambiamento così drastico nell'impianto giuridico del nostro Paese come quello di introdurre il diritto di morire velocemente per effetto, esclusivamente, di una decisione giudiziaria, nonché a una sentenza di "scelta etica", ho l'impressione che chi aderisce a tale impostazione non tenga nel giusto conto i pericoli ed i rischi connessi ad un'opera di intensa e costante delegittimazione degli equilibri dell'assetto costituzionale esistente.

Affermazioni del tipo che la scelta (discrezionale) fatta dal legislatore sia priva di una copertura costituzionale e che la Carta costituzionale pretenda di garantire il diritto al suicidio assistito, significa in concreto il riconoscimento in capo alle persone di un diritto eutanasi che, a parere dello scrivente, non è il diritto al rifiuto delle cure garantito dall'articolo 32, co. 2, Cost.<sup>77</sup> in combinato disposto con gli artt. 2 Cost. e 8 CEDU<sup>78</sup>.

Non mi sembra infatti che la volontà di rinunciare a un trattamento sanitario mediante la sedazione profonda (che è una terapia del dolore durante il decorso della malattia), di cui alla l. 38 del 2010, sia comparabile con l'assunzione di un farmaco che provoca direttamente la morte.

Quest'ultime considerazioni inducono a considerare quanto sia necessario che il tema "fine vita" non diventi terreno di scontro tra principi secondo un rigido schema gerarchico che affida a taluni di questi un valore "supercostituzionale", sottraendoli a ogni possibilità di bilanciamento<sup>79</sup>, laddove, invece, è nel fondamento del costituzionalismo moderno che il va-

---

<sup>75</sup> A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi, illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 2018, p. 14 ss.

<sup>76</sup> Va invece salutata positivamente la scelta della Corte costituzionale (che getta luce sull'art. 1, co. 6 della legge 219) quando permette alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi o no ad esaudire la richiesta del malato tutte le volte in cui questa si configuri come richiesta di aiuto al suicidio, sgomberando il campo da interpretazioni volte a ricavare presunti obblighi del medico di esaudire richieste del paziente anche implicanti un aiuto al suicidio, espresse direttamente o tramite DAT.; cfr. punto 2.4 *in dir.* della sentenza in esame.

<sup>77</sup> In argomento, si rinvia a C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, *passim*.

<sup>78</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 57; G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., XV, Torino, 1999; S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare*, cit., 110; M. VILLONE, *Il diritto di morire*, Napoli, 2011. Critico F. CAVALLA, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in *Diritto e società*, 1, 2008, p. 9.

<sup>79</sup> Secondo R. GUARINO, *Il testamento biologico nel sistema degli atti giuridici*, in C. Buccelli (a cura di), *Le criticità nella medicina del fine vita: riflessioni etico-deontologiche e giuridico-economiche*, Torino, 2013, p. 137, «Il profilarsi in tale materia di una concezione personalista, in cui assumono rilevanza i principi di dignità e auto-

lore si assoggetti alle possibilità interpretative offerte dal sistema solo quando si positivizza e diventa norma<sup>80</sup>. Allora è necessario che i delicati bilanciamenti tra principi costituzionali restino affidati, in linea di principio, al legislatore<sup>81</sup>, e che il compito “naturale” del Giudice delle leggi sia quello di monitorare la conciliabilità di scelte già compiute dal legislatore<sup>82</sup>, nell’esercizio della propria discrezionalità politica, nel pieno rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone interessate<sup>83</sup>. A ragionare diversamente, si corre il rischio, tra l’altro, di fondare attese «miracolistiche» sulla giustizia costituzionale, la cui funzione certamente non è quella di presentarsi come la possibile panacea di tutti i mali, con l’unico risultato sicuro, nel caso che non si siano raggiunti tutti i risultati sperati, è di produrre un pericoloso «effetto boomerang» che comprometterebbe irrimediabilmente l’equilibrio tra i poteri<sup>84</sup>.

#### 4. Considerazioni finali

Il principio dell’autodeterminazione e del consenso informato è certamente una grande conquista civile delle società culturalmente evolute<sup>85</sup>. Nel proseguo degli anni si è assistito a un profondo cambiamento nel modo di concepire il rapporto medico-paziente, e il segno

---

*nomia non è in grado di elidere la sensazione di incertezza e sgomento in cui si dibatte il giurista quando si cimenta con i temi legati alla fine della vita umana. La problematicità della questione emerge dal fatto che può delinearsi un conflitto tra la libertà di autodeterminazione, sancita dagli art. 13 e 32 Il comma Cost., il diritto alla salute, contemplato dall'art. 32 Cost, e il diritto alla vita, bene indisponibile, previsto dall'art. 2 Cost; quindi, deve operarsi un temperamento di tali principi, che consideri preminente il rispetto della dignità umana».*

<sup>80</sup> S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, in *federalismi.it*, n.9/2012, p. 8.

<sup>81</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

<sup>82</sup> Non sembra discostarci molto dal vero nel ritenere che la delicata questione relativa ai limiti del giudizio di costituzionalità (quale giudizio meramente ablatorio o avente anche una funzione “ricostruttiva”) incida profondamente sul rapporto tra Corte costituzionale e legislatore. In dottrina, tra gli altri, cfr. M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Cortecostituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, p. 107; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova 1997, passim; M. B. BELLETTI, *Il Giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti con forza di legge*, in L. Mezzetti- M. Belletti- E. Doriando -E. Ferioli, ( a cura di), *La Giustizia Costituzionale*, Padova, 2007, p. 319 ss.; G. SERGES, *Il “dominio” degli effetti temporali delle decisioni d’incostituzionalità*, in *Diritto e società*, n. 4/2016, pp. 603-627.

<sup>83</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 27 marzo 2009, par. 3.

<sup>84</sup> A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019, p. 2.

<sup>85</sup> Sul punto, G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, n. *Dir. pubbl.*, 1, 2008, p. 95 ss.; più recentemente S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino 2017, specie p. 264 ss.

di questa svolta epocale è proprio nella rilevanza assunta dal consenso informato<sup>86</sup>, che ha spostato il potere di decisione dal medico al paziente<sup>87</sup>.

Di fronte ai progressi della tecnologia, quel supplemento di saggezza di non prolungare i trattamenti quando ormai non giovano più alla persona dovrebbe essere ormai un dovere del medico<sup>88</sup> il quale, piuttosto che impegnarsi a lenire la sofferenza e differire il più a lungo possibile una vita che non è più appieno umana, deve attenersi alla volontà espressa dal malato nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico, così come disposto dall'articolo 4 della legge n. 219.

Ma, il fatto che l'inizio e la fine della vita siano sempre più determinati dalle tecnologie, e che la scienza possa finanche individuarne il preciso momento, sebbene ogni gruppo, ogni fede, ogni cultura e finanche ogni singolo individuo abbia su tale argomento una sua personale convinzione, induce, come anticipato, quantomeno ad alcune riflessioni.

Prima fra tutte la questione dell'alimentazione e dell'idratazione per vie artificiali. Pretendere, come hanno fatto giudici e legislatore, di dare risposte in punto di principio in una disciplina così complessa e delicata, sostenendo che l'alimentazione e l'idratazione costituiscano a tutti gli effetti un trattamento sanitario, al pari di altri trattamenti, non pare che interpreti pienamente la sensibilità sociale e culturale della comunità. Non penso che ci si allontani molto dal vero se si sostiene che occorra tracciare quantomeno una netta distinzione tra quei casi in cui nutrizione e idratazione artificiali costituiscano una funzione terapeutica, e quelli in cui siano funzione di mero sostegno vitale di tipo palliativo<sup>89</sup>.

Appare alquanto forzato pensare che i suddetti trattamenti costituiscano a tutti gli effetti un trattamento sanitario, al pari di altri, evocando, peraltro, inopportuni elementi di paragone, quali, ad esempio, la ventilazione meccanica: quasi che fornire meccanicamente aria ad un paziente che non può assumerla da sé, non sia altrettanto indispensabile per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere quanto lo è il fornirgli alimentazione e idratazione.

Si ha l'impressione che si assista ad una forte presa di consapevolezza bioetica, che, invece, data la complessità della questione, andrebbe quantomeno attenuata.

I temi etici rischiano di innescare più problemi che soluzioni quando il giurista pretende di affrontarli con la lente dell' "onnipotenza", sovrapponendo valutazione morale e qualificazione giuridica<sup>90</sup>.

Non dimentichiamo che è un dato di fatto che nella maggior parte degli Stati europei le minoranze culturali rifiutano di ricondurre la propria identità al comune denominatore dei diritti di libertà propri del canone occidentale. Ne consegue, che diritti, pur riconosciuti in

---

<sup>86</sup> *Ex plurimis*, v. Cass., 15 maggio 2018 n. 11749.

<sup>87</sup> G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate*, in *Testamento biologico*, 2006, p. 46 ss.

<sup>88</sup> Sul punto cfr. A. D'ALOIA, voce *Eutanasia (Dir. Cost.)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. V, Torino 2012, p. 321 ss.

<sup>89</sup> L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p., cit.*, p. 424.

<sup>90</sup> F. RESCIGNO, *Brevi riflessioni, laiche a margine del caso Cappato, Intervento al Seminario su Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, Bologna 12 ottobre 2018, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

principio, non possono imporsi “al primo colpo” su fatti che hanno lo spessore storico-culturale di una tradizione<sup>91</sup>. D'altra parte, non sembra senza fondamento quel grido di allarme di chi ha affermato che «un eccesso di diritto e di rivendicazioni giuridiche sfocia in una situazione nella quale, al termine, il diritto stesso diventa inesistente»<sup>92</sup>.

Lo svilupparsi delle conoscenze scientifiche ha poi determinato scenari di “cronicizzazione” della sofferenza e della malattia, a tal punto che la triangolazione tra malato, familiari e curanti ha reso ancora più complesso il dibattito sulle dichiarazioni anticipate di trattamento<sup>93</sup>. Si pongono alcuni interrogativi rimasti ancora senza risposte: le DAT sono da considerarsi come uno sviluppo del consenso informato? La volontà presunta del paziente incapace è totalmente ricostruibile in base alle precedenti dichiarazioni? E ancora, in assenza dell'obiezione di coscienza, cosa è da considerarsi conforme alla deontologia professionale e che cosa invece il medico potrà rifiutarsi di eseguire?

Certamente risulterebbe operazione assai miope quella di chiedere al diritto di dare forma e validità giuridica a regole (apparentemente) fondate su di un'etica comune che, nella realtà, non esiste (o non esiste ancora)<sup>94</sup>.

Purtroppo la sentenza n. 242 della Corte costituzionale sembra indirizzarsi in quest'ordine di pensiero quando afferma che chi si ritrova in determinate situazione di salute non è da considerarsi condannabile se lo si aiuti a morire.

Al di là delle (lecite) preoccupazioni che possono sollevarsi rispetto a questo *modus operandi* che va a neutralizzare norme penali poste a protezione della vita, introducendo, di fatto, una (illogica quanta incomprensibile) deroga al divieto di uccidere<sup>95</sup>, nonché agli effetti della decisione che potrebbero riflettersi sui principi dell'inviolabilità del diritto alla vita e dell'uguaglianza quale pari dignità sociale, senza distinzione di condizioni personali e sociali (art. 3 Cost.)<sup>96</sup>, si ha la sensazione che l'interpretazione costituzionale data dalla Corte sia avulsa dall'ampio contesto di informazione e di conoscenza sulla questione che divide il tessuto pluralistico<sup>97</sup>.

L'estrema delicatezza del tema del fine vita e della sua sostanziale incompatibilità con la declinazione di comandi assoluti e inderogabili non ha bisogno di *coup de théâtre* nè

---

<sup>91</sup> R. ADINOLFI, *Etica di fine vita: è possibile un consenso condiviso sulle direttive anticipate?*, in E. LUCREZI e E. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita*, Catanzaro, 2010, p. 606.

<sup>92</sup> J. ELLUL, *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano, 1981, p. 37

<sup>93</sup> In argomento, v. S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul testamento biologico e sui trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, fasc. 4, p. 1010 ss.

<sup>94</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co.2, Cost. al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2008, p. 110 ss.

<sup>95</sup> Basti pensare che proprio attraverso deroghe ai codici penali in Belgio e in Lussemburgo si è legalizzata la c.d. “eccezioni d'eutanasia”. Tale eccezione, però, in breve tempo si è estesa prima ai minori, poi a neonati, in attesa di estenderla (c'è un serio dibattito politico nei paesi citati) anche a quelle persone che, pur non soffrendo particolari patologie, sono stanchi di vivere.

<sup>96</sup> In tal senso, G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'invioabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc., n. 1, 2020, p. 655.

<sup>97</sup> P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, cit., p. 6.

tantomeno di un estenuante braccio di ferro come sembra essere purtroppo stato ingaggiato negli ultimi tempi tra giudice (in particolare costituzionale) e legislatore<sup>98</sup>.

Alto sarebbe il rischio di marcare una partita inevitabilmente destinata a chiudersi non a somma algebrica zero, ma con un esito negativo per tutti, a prescindere da quali dovesse essere i potenziali vincitori.

---

<sup>98</sup> R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro italiano*, I, 2009, pp. 49 ss. C'è da dire, infatti, che se è vero che il contrasto tra Giudice delle leggi e legislatore è un tema che risale alle origini della storia costituzionale, non può non evidenziarsi che esso acquista una valenza particolare quando il giudice costituzionale è chiamato a pronunciarsi su questioni eticamente sensibili che coinvolgono la stessa visione dell'esistenza.