

Il suicidio medicalmente assistito. Una scelta responsabile della Corte costituzionale di fronte all'immobilismo del parlamento.

di *Maria Rosaria Donnarumma*

Abstract

Il suicidio medicalmente assistito fa oggi finalmente parte dell'ordinamento italiano. E ciò grazie ad una sentenza della Corte costituzionale (n. 242 del 2019) che, dinanzi all'immobilismo del parlamento, ha ritenuto responsabilmente di dover colmare il vuoto legislativo in un settore, quale quello del "fine vita", così drammaticamente connesso al principio di dignità della persona. Come per il caso "Englaro", concernente persone in stato vegetativo irreversibile, è ancora una volta la giurisprudenza a svolgere un ruolo di supplenza. Ciò, ovviamente, non esenta il legislatore dall'intervenire per regolare nei dettagli, entro le linee essenziali enunciate dal giudice costituzionale, l'istituto del suicidio medicalmente assistito, nonché per disciplinare e integrare, alla luce della citata sentenza, quanto emerge dalla giurisprudenza "Englaro".

Medically assisted suicide is now finally part of the Italian legal system. And this is thanks to a judgment of the Constitutional Court (n. 242 of 2019) that, faced with the lack of action on the part of the parliament, took it upon itself to fill the legislative vacuum in an area, such as that of the "end of life", so dramatically connected to the principle of the dignity of the person. As in the case of persons in an irreversible vegetative state ("Englaro" case), it is once again the case-law which plays a substitute role. This, of course, does not exempt the legislator from intervening to regulate in detail, within the essential lines set out by the constitutional judge, the institute of medically assisted suicide, as well as to regulate and supplement, in the light of the above mentioned judgment, what emerges from the "Englaro" case-law.

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** La legge n. 219 del 22 dicembre 2017 sul consenso informato e sul biotestamento e il caso Welby. – **3.** Il suicidio medicalmente assistito e la giurisprudenza costituzionale. – **4.** L'assenza di un biotestamento e la giurisprudenza "Englaro". – **5.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La Corte costituzionale, con una sentenza che ben può qualificarsi storica (sentenza n. 242 del 25 settembre 2019¹), ha deciso, di fronte all'immobilismo del

¹ Depositata in cancelleria il 22 novembre 2019.

parlamento, cui pure aveva dato undici mesi di tempo per legiferare (ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018), di legittimare e inquadrare nelle linee giuridiche essenziali l'istituto del suicidio medicalmente assistito, onde evitare un *vulnus* costituzionale non sanabile in via interpretativa, ed ispirandosi, nella tecnica decisoria, alla logica del meccanismo della “doppia pronuncia”.

In un paese come l'Italia in cui, nonostante l'articolo 32, comma 2, della costituzione sancisce il diritto all'autodeterminazione del malato, il dibattito sullo spinoso problema del “fine vita” non è sfociato in una regolamentazione legislativa se non recentemente e parzialmente con la legge n. 219 del 22 dicembre 2017, la sentenza della Corte costituzionale colma responsabilmente il vuoto legislativo, non limitandosi a dichiarare la parziale incostituzionalità della norma censurata: l'articolo 580 del codice penale, che equiparava all'istigazione il mero aiuto al suicidio.

2. La legge del 22 dicembre 2017 sul consenso informato e sul biotestamento e il caso Welby.

La legge n. 219 del 22 dicembre 2017², entrata in vigore il 31 gennaio 2018, è stata adottata dal parlamento dopo anni di acceso dibattito, in cui l'inerzia del legislatore aveva lasciato al giudice il difficile compito di trovare una possibile soluzione al problema del “fine vita”, alla luce dei principi enunciati negli articoli 2, 13 e 32 della costituzione, anni in cui alcune vicende giudiziarie di ampia risonanza, quali i casi Welby e Englaro, avevano sempre più sensibilizzato le coscienze e l'opinione pubblica.

Ricordiamo in questa sede il caso Welby (della vicenda Englaro tratteremo in altro paragrafo), poiché esso è emblematico del calvario, che dovevano affrontare pazienti e persone loro vicine, e del ruolo di supplenza della magistratura.

Piergiorgio Welby era affetto da una gravissima distrofia muscolare degenerativa, che lo aveva costretto dal 1997 ad essere collegato ad un respiratore automatico. Dopo anni di indicibili sofferenze sia fisiche che psicologiche³, il malato, pienamente cosciente della irreversibilità della sua patologia, aveva chiesto il distacco del respiratore automatico sotto sedazione. Al rifiuto del medico curante, il paziente aveva presentato al Tribunale di Roma, sezione 1 civile, un ricorso d'urgenza ai sensi degli articoli 669 *ter* e 700 del codice di procedura civile, ricorso dichiarato, il 16 dicembre 2006, inammissibile, con la motivazione che il diritto

² In dottrina cfr., tra gli altri, CALVO R., “La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento”, in *Studium iuris*, 2018, p. 689 ss.; CANESTRARI S., “I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 78 ss. Per un esame approfondito delle problematiche concernenti il biodiritto ed il ruolo del diritto penale cfr. CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2015.

³ Piergiorgio Welby aveva pubblicato anche un libro nel 2006 (ed. Rizzoli) dal titolo eloquente “*Lasciatemi morire*”, nonché indirizzato una lettera al presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, denunciando l'accanimento terapeutico e il diritto di morire.

all'autodeterminazione, pur garantito dalla costituzione e qualificato dallo stesso giudice “grande conquista civile delle società culturalmente evolute”⁴, era purtroppo privo di una disciplina giuridica specifica. L'ordinanza veniva impugnata dalla Procura della Repubblica di Roma, perché “affetta da una palese contraddizione” e, quindi, da un vizio logico.

Nel frattempo, un medico anestesista, Mario Riccio, sensibilizzato dall'associazione “Luca Coscioni”⁵, si dichiarava disponibile ad accogliere la richiesta del malato e, dopo averne accertato lo stato di consapevolezza e avere avuto conferma dell'attualità della decisione, procedeva alla sedazione profonda e al distacco del respiratore, il che determinava nell'arco di mezz'ora la morte di Piergiorgio Welby il 20 dicembre 2006.

Il dottor Riccio subiva due procedimenti, l'uno davanti all'Ordine dei medici di Cremona⁶, conclusosi con l'archiviazione, l'altro davanti alla Procura della Repubblica di Roma. Quivi il giudice per le indagini preliminari rigettava la richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero e rinviava a giudizio il medico per il reato di cui all'articolo 579 del codice penale (omicidio del consenziente). Il procedimento si concludeva con la sentenza del 1° luglio 2007, n. 2049, di “non luogo a procedere”, stante il diritto all'autodeterminazione sancito dal secondo comma dell'articolo 32 della costituzione, nonché dall'articolo 5 della convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina⁷, diritto qualificato dal giudice, alla luce dell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale e di quella di legittimità, come “un diritto soggettivo ... già perfetto” alla nascita, “non necessitando di alcuna disposizione attuativa”. Onde la sussistenza, a favore dell'imputato, dell'esimente di cui all'articolo 51 del codice penale: adempimento di un dovere.

La legge n. 219 del 2017 sul consenso informato e il biotestamento consta di otto articoli, ivi compresi gli ultimi tre recanti le disposizioni transitorie (art. 6), la clausola finanziaria (art. 7) e l'obbligo del ministro della salute di trasmettere al parlamento una relazione annuale sull'applicazione della legge (art. 8).

Nell'articolo 1 sul c.d. consenso informato il legislatore si richiama, innanzi tutto, ai principi contenuti negli articoli 2, 13 e 32 della costituzione, nonché agli articoli

⁴ Testualmente: “Il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una grande conquista civile delle società culturalmente evolute; esso permette alla persona, in un'epoca in cui le continue conquiste e novità scientifiche nel campo della medicina consentono di prolungare artificialmente la vita, lasciando completamente nelle mani dei medici la decisione di come e quando effettuare artificialmente tale prolungamento, con sempre nuove tecnologie, di decidere autonomamente e consapevolmente se effettuare o meno un determinato trattamento sanitario e di riappropriarsi della decisione sul se ed a quali cure sottoporsi”.

⁵ L'associazione per la libertà della ricerca scientifica è stata fondata, il 5 novembre 2002, dall'economista Luca Coscioni, affetto da sclerosi laterale amiotrofica e membro del partito radicale.

⁶ Ordine di appartenenza del dr. Mario Riccio.

⁷ Art. 5, comma 1: “Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato”.

1, 2 e 3 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, enuncianti, rispettivamente, l'inviolabilità della dignità umana, il diritto alla vita, il diritto all'integrità fisica e psichica e al consenso libero e informato. Quindi, nel valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, l'articolo disciplina dettagliatamente, da una parte, il diritto del primo ad essere informato ed aggiornato sulle proprie condizioni di salute e sulle terapie, con conseguente facoltà di rifiutarle in tutto o in parte e, d'altro canto, l'obbligo del medico di rispettare la volontà espressa dal paziente, anche laddove il rifiuto dei trattamenti sanitari metta a rischio la sopravvivenza stessa del malato, e la conseguente esenzione del medico da responsabilità civile e penale.

Importante è inoltre, nello stesso articolo, la inclusione dell'alimentazione e idratazione artificiali nella categoria dei trattamenti terapeutici, stante il dibattito sulla natura di tali atti⁸, oggi comunque risolto a favore del trattamento sanitario dalla comunità scientifica internazionale⁹.

L'articolo 2 introduce il divieto dell'ostinazione terapeutica irragionevole da parte del medico e, nel contempo, il dovere del medesimo, anche in presenza del rifiuto del trattamento sanitario da parte del paziente, di alleviarne le sofferenze con un'appropriata terapia del dolore e l'erogazione di cure palliative (legge n. 38 del 15 marzo 2010). Inoltre si legittima la sedazione profonda continua (fino al decesso), ovviamente con il consenso informato del paziente.

L'articolo 3 disciplina il consenso informato nel caso di minore o di persona interdetta o inabilitata, mentre l'articolo 4 introduce una dettagliata normativa sul c.d. biotestamento o DAT (disposizioni anticipate di trattamento), attraverso cui ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere può anticipare la propria volontà in tema di trattamenti sanitari, nell'eventualità di una futura incapacità di autodeterminarsi.

Infine l'articolo 5 tratta della pianificazione delle cure tra medico e paziente in presenza di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da irreversibilità con prognosi infausta.

Come si evince da quanto sinteticamente esposto, la legge disciplina profili importantissimi, concernenti i diritti del malato e il rispetto della libertà e della dignità della persona, in ottemperanza ai principi costituzionali. Restano comunque ancora non disciplinati due punti essenziali della problematica, per i quali il giudice ha svolto, come spesso accade, un ruolo di supplenza del legislatore: *a)* il suicidio medicalmente assistito; *b)* i diritti del paziente in stato vegetativo irreversibile, ove non abbia redatto il c.d. biotestamento.

⁸ Se, cioè, trattamento terapeutico o mezzo di sostentamento.

⁹ In tal senso l'*American Academy of Neurology*, l'*Institut of Medical Ethics*. Peraltro, già nel 2007, la Corte di cassazione, nella sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 nel caso "Englaro" (*infra* § 4), affermava testualmente: "Non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. ... Siffatta qualificazione è, del resto, convalidata dalla comunità scientifica internazionale" (cfr. *motivi della decisione*, punto 7.6).

3. Il suicidio medicalmente assistito e la giurisprudenza costituzionale.

Il giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 580 del codice penale, nella parte in cui incrimina l'aiuto al suicidio, era stato promosso dalla Corte di assise di Milano con ordinanza del 14 febbraio 2018 nel procedimento penale a carico di Marco Cappato¹⁰.

L'imputato, membro del partito radicale ed attivista dell'associazione "Luca Coscioni", si era autodenunciato per avere accompagnato in auto, presso una clinica elvetica, Fabiano Antoniani, tetraplegico ed affetto da cecità bilaterale a seguito di un grave incidente stradale occorso nel giugno 2014. L'Antoniani, in piena autonomia e consapevolezza, aveva deciso di porre fine al proprio calvario recandosi in Svizzera, stante la depenalizzazione in tale paese del suicidio assistito, purché l'aiuto non sia dettato da "un mobile égoïste" (art. 115 c.p.). Quivi il malato aveva confermato la propria irremovibile determinazione al suicidio, avvenuto il 27 febbraio 2017 mediante l'assunzione di un farmaco, che egli stesso aveva iniettato nelle vene azionando uno stantuffo con la bocca. Il caso aveva avuto un'ampia eco nella stampa.

Il giudice *a quo* eccepiva l'illegittimità costituzionale della norma censurata per contrasto con gli articoli 2, 3, 13, 32, comma 2, 25, comma 2, 27, comma 3, della costituzione sotto molteplici profili¹¹, nonché con gli articoli 2 e 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. Peraltro, in base al diritto "vivente", quale interpretato dalla suprema Corte di cassazione nell'unica sentenza pronunciata sull'articolo 580 del codice penale (sentenza n. 3147 del 6 febbraio 1998), non potevano sussistere dubbi sull'incriminazione del Cappato ai sensi di tale articolo.

La Corte costituzionale, nell'udienza pubblica del 23 ottobre 2018, respinge innanzi tutto le questioni di inammissibilità avanzate dall'Avvocatura generale dello Stato: *a*) il mancato tentativo di interpretazione conforme della norma censurata, tale tentativo essendo escluso dall'incontrovertibile tenore letterale della stessa; *b*) la richiesta alla Corte di una pronuncia manipolativa, deduzione non corretta stante la domanda, da parte del giudice *a quo*, di una pronuncia meramente ablativa¹².

¹⁰ In dottrina cfr. il fascicolo 1-bis/2019, che la rivista *Giurisprudenza penale* ha consacrato all'argomento: « "Questioni di fine vita". Dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte Costituzionale nel caso Cappato ».

¹¹ Quale, innanzi tutto, il carattere anacronistico della norma, ispirata al "principio di sacralità e indisponibilità della vita in correlazione agli obblighi sociali dell'individuo, ritenuti preminenti nella visione del regime fascista". Di qui la necessità di rileggere la disposizione alla luce, in particolare, del principio personalistico enunciato dall'articolo 2 della costituzione, del principio di inviolabilità della libertà personale di cui all'articolo 13, del diritto all'autodeterminazione del malato di cui all'articolo 32, comma 2, del principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 contro l'assimilazione penale di condotte non comparabili e, quindi, del principio di proporzionalità della pena al disvalore del fatto desumibile dall'articolo 27, comma 3.

¹² Cfr. *considerato in diritto*, punti 2 e 3.

Passando al merito la Corte tiene a puntualizzare che dall'articolo 2 della costituzione (riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'individuo) e dall'articolo 2 della convenzione europea (diritto alla vita) discende il dovere dello Stato di tutelare la vita, non quello opposto dell'aiuto a morire.

Nella mutata cornice costituzionale rispetto al 1930, cui risale il codice penale, l'articolo 580, ricalcante peraltro l'analoga disposizione di cui all'articolo 370 del codice del 1889, e presente anche in altri ordinamenti contemporanei, può trovare una sua *ratio* nell'obiettivo di tutelare il diritto alla vita soprattutto di persone fragili e vulnerabili, contro il rischio di interferenze esterne di ogni genere.

Anche alla luce dell'articolo 8 della convenzione europea (diritto al rispetto della vita privata e familiare), così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, non esiste una incompatibilità di principio. La Corte europea, nel riconoscere il diritto all'autodeterminazione del soggetto, purché capace di assumere una decisione consapevole e di agire di conseguenza (art. 8, co. 1), legittima altresì l'interferenza dell'autorità pubblica, ove prevista per legge e necessaria (art. 8, co. 2), intendendo la necessità come proporzionalità dell'intervento allo scopo legittimamente perseguito, e al riguardo riconosce agli Stati un ampio margine di apprezzamento (casi *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002; *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011; *Koch c. Germania*, 19 luglio 2012)¹³.

Ciò premesso, la Corte costituzionale enuncia i limiti entro i quali la norma censurata incorre in vizio di legittimità, limiti di cui il caso oggetto del giudizio principale è esemplificativo. Le condizioni atte a rendere legittimo l'aiuto al suicidio sono le seguenti: *a)* che la persona sia affetta da una patologia irreversibile e *b)* fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che ella reputa intollerabili; *c)* che la persona sia tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitali, ma resti *d)* capace di prendere decisioni libere e consapevoli¹⁴.

In tali ipotesi – aggiunge la Corte – “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.”.

La Corte ricorda la recente legge n. 219 del dicembre 2017, successiva però ai fatti oggetto del giudizio *a quo*, nonché richiama, quali precedenti importanti, la giurisprudenza nei casi *Welby* (Tribunale ordinario di Roma, 17 ottobre 2007) e *Englaro* (Corte di cassazione, 16 ottobre 2007), e la sua stessa giurisprudenza sul consenso informato, inteso “quale vero e proprio diritto della persona”, che “trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 ... e negli artt. 13 e 32 della Costituzione”¹⁵.

¹³ *Ibid.*, punti 5, 6, 7.

¹⁴ *Ibid.*, punto 8.

¹⁵ Cfr. sentenze n. 438 del 2008, *considerato in diritto*, punto 4, e n. 253 del 2009, *considerato in diritto*, punto 2.

La legislazione oggi in vigore –prosegue la Corte – “non consente ... al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. In tal modo, si costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care”. E ancora: “... il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce ... per limitare la libertà di autodeterminazione del malato ... 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”¹⁶.

Trattasi di un *vulnus* costituzionale che la Corte non può sanare, “almeno allo stato” con una pronuncia meramente ablativa, che determinerebbe un pericoloso vuoto legislativo “in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale”, né col meccanismo della “doppia pronuncia”, perché ciò lascerebbe in vita ed applicabile una norma incostituzionale, per un tempo non definibile, in un settore in cui sono coinvolti rilevanti valori.

La Corte, pertanto, con l’ordinanza in esame decide, il 24 ottobre 2018, di rinviare la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nel giudizio *a quo* all’udienza del 24 settembre 2019, dando al parlamento undici mesi per legiferare alla luce dei criteri enunciati, ed evitando che la norma nella parte censurata possa trovare applicazione *medio tempore*.

In ottemperanza a quanto disposto nell’ordinanza la Corte costituzionale si riunisce nuovamente in udienza pubblica il 24 settembre 2019, dovendo purtroppo constatare l’immobilismo del parlamento e l’impossibilità di prevedere un intervento imminente del legislatore.

Di fronte ad una tale situazione e ad un *vulnus* costituzionale incidente su diritti fondamentali dell’individuo, per giunta in ambito penale, *vulnus* non sanabile in via interpretativa, la Corte non può esimersi dal decidere¹⁷.

Il giudice ripercorre quanto esposto nella precedente ordinanza, di cui conferma i rilievi formulati e le conclusioni in ordine al *thema decidendum*. Ribadisce, quindi, il diritto del paziente, nei casi analiticamente individuati, ad ottenere una morte rapida, ove la sedazione profonda continua, prevista dalla legge n. 219 del 2017, non sia da questi accettata, perché comportante un *iter* più lento ed implicante, nel suo decorso fino al decesso, il totale annullamento della coscienza e della volontà, aspetti che il soggetto può legittimamente ritenere non consoni alla dignità della persona.

¹⁶ Cfr. ord. n. 207/2018, *considerato in diritto*, punto 9.

¹⁷ La Corte cita al riguardo la sua pregressa giurisprudenza (sentenze n. 113 del 2011, n. 162 del 2014, n. 96 del 2015, n. 99 del 2019), intesa ad “evitare che l’ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale” (cfr. *considerato in diritto*, punto 4).

E la Corte aggiunge: “Se ... il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l’obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva ... da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all’accoglimento della richiesta del malato di un aiuto” ad una morte rapida¹⁸.

Circa poi l’esigenza di evitare possibili abusi nelle more dell’intervento legislativo e, quindi, la necessità di un controllo delle condizioni che rendono legittimo l’aiuto al suicidio, la Corte, ricordando i precedenti in materia di aborto (sentenza n. 27 del 1975) e, più di recente, in tema di procreazione medicalmente assistita (sentenze n. 96 e n. 229 del 2015), fa riferimento alla disposizione di cui all’articolo 1, comma 5, della legge n. 219 del 2017, disposizione che “prefigura una « procedura medicalizzata » estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo”¹⁹.

La Corte puntualizza, inoltre, la necessità che la verifica delle condizioni resti affidata a strutture pubbliche del Servizio sanitario nazionale, con in più l’intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità, organo individuato, nelle more dell’intervento del legislatore, nei comitati etici territorialmente competenti.

Quanto poi all’obiezione di coscienza del personale sanitario, la Corte precisa che “resta affidato ... alla coscienza del singolo medico se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato”.

Alla luce di quanto sopra, la Corte costituzionale, con sentenza del 25 settembre 2019, “dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 ... – 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”.

¹⁸ Cfr. *considerato in diritto*, punto 2.3.

¹⁹ *Ibid.*, punto 5.

4. L'assenza di un biotestamento e la giurisprudenza "Englaro".

I casi finora esaminati e la relativa normativa e giurisprudenza riguardano pazienti coscienti e in grado di esprimere consapevolmente la propria volontà sul fine vita.

La situazione è ben differente e ancor più drammatica – e ciò a prescindere dal fatto che la normativa dello Stato interessato contempra o meno una forma di eutanasia "attiva" – quando il paziente è in stato vegetativo irreversibile e non ha lasciato alcuna direttiva formale al riguardo.

Due sono le soluzioni adottate in proposito: *a)* quella del "*substituted judgement test*", che cerca di ricostruire la volontà presunta del paziente rifacendosi ai valori che hanno improntato il suo stile di vita, soluzione impostasi negli Stati Uniti e in Europa a partire dal caso *leading Quinland*, deciso dalla Corte suprema del New Jersey il 31 marzo 1976²⁰; *b)* quella del "*best interest*", adottata in Inghilterra, che dà priorità alla decisione del medico nell'interesse del paziente, decisione però subordinata allo svolgimento di un'inchiesta da parte dell'*Official Solicitor*, in rappresentanza del malato, e all'autorizzazione del giudice (caso *Bland*, House of Lords, decisione del 4 febbraio 1993).

In Italia la giurisprudenza *leading* è data dal caso *Englaro* (Corte di cassazione, sezione 1 civile, sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748) nella linea del "*substituted judgement test*".

Eluana Englaro era stata vittima, il 19 gennaio 1992, a ventuno anni, di un incidente stradale, con conseguente trauma cranico-encefalico e uno stato vegetativo permanente. Nel 1999 il padre, Beppino Englaro, nominato suo tutore con sentenza del Tribunale di Lecco del 19 dicembre 1996, inizia la battaglia legale per porre fine al calvario della figlia, battaglia destinata a protrarsi fino al 2008 in un drammatico confronto giudiziario tra due interpretazioni: prevalenza del valore della vita o salvaguardia della dignità della persona.

Il Tribunale di Lecco respinge più volte (decreti del 2 marzo 1999, del 20 luglio 2002, del 2 febbraio 2006), in nome del principio di indisponibilità del diritto alla vita, l'istanza del padre per l'autorizzazione ad interrompere l'alimentazione artificiale della figlia, mentre la Corte d'appello di Milano rigetta nel merito i ricorsi, invocando il dibattito ancora aperto sulla qualificazione scientifica dell'alimentazione e idratazione artificiali (decisione del 31 dicembre 1999), la mancanza di una disciplina legislativa (decisione del 10 dicembre 2003) e infine (decisione del 16 dicembre 2006) invocando la priorità da darsi al diritto alla vita in presenza di una persona incapace.

Contro quest'ultima decisione del 2006 e per il suo annullamento l'Englaro ricorre, il 3 marzo 2007, alla Corte di cassazione, cui si aggiunge il ricorso in via

²⁰ Cfr. anche la sentenza della stessa Corte del 24 giugno 1987 nel caso *Nancy Ellen Jobes* e la sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti del 25 giugno 1990 nel caso *Cruzan*.

incidentale del curatore speciale, nominato ai sensi dell'articolo 78 del codice di procedura civile²¹.

I due ricorsi, il principale e l'incidentale, vengono riuniti dalla Corte di cassazione (art. 335 c.p.c.), in quanto diretti contro lo stesso decreto e vertenti su questioni connesse, che il giudice così riassume: *a*) se la terapia praticata (alimentazione artificiale mediante sondino nasogastrico) integri una forma di accanimento terapeutico; *b*) se la terapia possa essere interrotta su richiesta del tutore, in base alle opinioni a suo tempo espresse dalla paziente e ai di lei convincimenti circa il significato della dignità umana²².

La Corte inizia dall'esame della seconda questione, essendo essa preliminare in ordine logico.

Il giudice richiama innanzi tutto il principio del consenso libero e informato, enunciato in numerose leggi speciali, a partire dalla legge n. 833 del 23 dicembre 1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale (artt. 1 e 33). Trattasi di un principio fondamentale, poiché esso “esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente”, rapporto fondato innanzi tutto “sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica”, secondo i principi consacrati nella costituzione (artt. 2, 13, 32), nel codice di deontologia medica del 2006 (art. 35), nonché nelle fonti internazionali (convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina, art. 5; carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 3)²³.

L'applicazione di un tale principio implica la facoltà di ogni individuo “non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di rifiutare la terapia o di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”. E la Corte precisa: “Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita”.

Quanto precede concerne evidentemente il caso di persona nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere, mentre la situazione è ben diversa – prosegue il giudice²⁴ – ove il soggetto sia in stato di totale incapacità e non abbia redatto un biotestamento. Tuttavia, “anche in tale situazione, pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali”.

A tal fine è necessario inquadrare la figura del rappresentante legale in quanto, anche nel caso di paziente in stato di totale incapacità, “l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento

²¹ Facendo seguito a un'ordinanza della Corte di cassazione (n. 8291 del 20 aprile 2005), che aveva rilevato la mancanza della nomina di un curatore speciale, al fine di assicurare il contraddittorio con il tutore legale.

²² Cfr. *motivi della decisione*, punti 3 e 5.

²³ *Ibid.*, punto 6.

²⁴ *Ibid.*, punto 7.

tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati”.

Norma di riferimento è quella di cui all’articolo 357 del codice civile, letta in connessione con l’articolo 424 dello stesso codice, ed ai cui sensi “il tutore ha la cura della persona” interdetta. Egli è quindi investito della “legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell’incapace”. Ciò conformemente a fonti sia di diritto interno che di diritto internazionale, tra le quali in particolare: *a*) gli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n. 211 del 24 giugno 2003 (Applicazione della direttiva 2001/20/CE sulle sperimentazioni cliniche di medicinali) che, per le persone incapaci, non solo subordinano la sperimentazione al consenso informato del rappresentante legale, ma impongono a quest’ultimo di “rappresentare la presunta volontà del soggetto”(art. 5); *b*) l’articolo 13 della legge n. 194 del 22 maggio 1978 sulla richiesta di interruzione volontaria della gravidanza da parte di una donna interdetta; *c*) l’articolo 6 della convenzione di Oviedo²⁵ che, nel prevedere l’autorizzazione del rappresentante legale, gli impone di effettuare la scelta terapeutica mirando soltanto al “direct benefit” della persona incapace.

Posto, quindi, che è indubbio che tra i doveri di cura del tutore rientri il compito di prestare il consenso informato al trattamento medico del paziente, è necessario precisare che la rappresentanza legale non conferisce al tutore un potere incondizionato, ma è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: “egli deve, innanzitutto, agire nell’esclusivo interesse dell’incapace e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non « al posto » dell’incapace, né « per » l’incapace, ma « con » l’incapace: quindi ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche”.

Il tutore “non può ... trascurare” – insiste la Corte – “l’idea di dignità della persona ... manifestata” dal rappresentato “prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte”.

Lo stato vegetativo permanente, di cui il giudice sottolinea l’estrema tragicità, nulla toglie all’individuo in quanto “persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente”. Ma, se dal suo stile di

²⁵ Convenzione che - afferma il giudice - per quanto non ancora ratificata dall’Italia, nonostante l’autorizzazione alla ratifica con legge 28 marzo 2001, n. 145, può essere utilizzata al fine di dare, ove possibile, un’interpretazione conforme delle norme interne (cfr. *motivi della decisione*, punto 7.2).

vita e dalle sue convinzioni discende che egli ha legato indissolubilmente la sua dignità a una vita cosciente, uno Stato come l'Italia, che, per delle scelte fondamentali sancite nella costituzione, rispetta il pluralismo dei valori, non può che rispettare anche una tale scelta. Ciò a condizione che lo stato vegetativo “sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza”.

Per ciò che concerne infine il ruolo del giudice, “diversamente da quanto mostrano di ritenere i ricorrenti, al giudice non può essere richiesto di ordinare il distacco del sondino nasogastrico”, poiché “una pretesa di tal fatta non è configurabile di fronte ad un trattamento sanitario, come quello di specie, che, in sé, non costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico”. Il ruolo del giudice consiste, piuttosto, in “una forma di controllo della legittimità della scelta nell’interesse dell’incapace, e ... si estrinseca nell’autorizzare o meno la scelta compiuta dal tutore”²⁶.

Ritornando al caso di specie, la Corte d’appello di Milano – osserva il giudice di cassazione – ha “omesso di accertare se la richiesta di interruzione del trattamento [sanitario] formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia”. Di qui la cassazione del decreto impugnato e il rinvio della causa ad una diversa sezione della Corte d’appello di Milano che, dopo aver colmato l’omissione, dovrà decidere sulla base del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione²⁷.

In sintesi, il giudice può autorizzare l’interruzione del trattamento sanitario, chiesta dal tutore in contraddittorio con il curatore speciale, in presenza dei seguenti presupposti: a) irreversibilità, “in base ad un rigoroso apprezzamento clinico”, dello stato vegetativo; b) “elementi di prova chiari, univoci e convincenti” confermantici che la richiesta del tutore riflette la volontà presunta del paziente. “Ove l’uno o l’altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l’autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita”.

A seguito di questa importante pronuncia, la Corte d’appello di Milano, sezione 1 civile, avendo constatato la presenza, nel caso di specie, delle condizioni fissate dal giudice di cassazione, autorizza, con decreto del 9 luglio 2008, n. 88, l’interruzione del trattamento sanitario.

Purtroppo, la battaglia giudiziaria²⁸ non è ancora terminata, poiché le due camere del parlamento introducono ciascuna, il 17 settembre 2008, un ricorso per conflitto

²⁶ Cfr. *motivi della decisione*, punto 8.

²⁷ *Ibid.*, punti 9 e 10.

²⁸ La battaglia non è però solo giudiziaria. Il ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali del governo Berlusconi, Maurizio Sacconi, adotta, il 16 dicembre 2008, una direttiva vietante alle strutture sanitarie pubbliche e convenzionate di eseguire la decisione della Corte d’appello di Milano, sotto la minaccia dell’esclusione dal Servizio

di attribuzione davanti alla Corte costituzionale, accusando il potere giudiziario di avere invaso il dominio della legge, creando “una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall’ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall’autorità giudiziaria”.

La Corte costituzionale, con ordinanza n. 334 dell’8 ottobre 2008, dichiara inammissibili i due ricorsi perché: *a)* per costante giurisprudenza²⁹ il conflitto di attribuzione “non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici”; *b)* non si rileva “la sussistenza nella specie di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati ... come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa”.

5. Considerazioni conclusive

La sentenza n. 242 del 25 settembre 2019 della Corte costituzionale segna una tappa importantissima nel lungo e travagliato percorso per una piena attuazione del principio di autodeterminazione, sancito dall’articolo 32, comma 2, della costituzione. Ed è, ancora una volta, la giurisprudenza a compiere il salto di qualità di fronte a un legislatore inerte.

In Europa l’eutanasia “attiva”, mediante cioè l’infusione di un farmaco che provoca in modo rapido, con l’intervento di un terzo, la morte del paziente che lo richiede, è prevista e regolamentata in alcuni paesi, quali i Paesi-Bassi (legge del 10 aprile 2001), il Belgio (legge del 28 maggio 2002), il Lussemburgo (legge del 16 marzo 2009). In Svizzera l’assistenza al suicidio è stata depenalizzata (art. 115 c.p.), a condizione che l’aiuto non sia dettato da “un mobile égoïste” e sia “indiretto”, sia cioè il malato stesso a compiere l’atto causante la morte.

L’eutanasia “attiva” si distingue ovviamente dalla c.d. eutanasia “passiva”, che consiste nell’interruzione dei trattamenti sanitari, anche ove ciò comporti la morte del paziente, interruzione oggi disciplinata dalla legge n. 219 del 22 dicembre 2017.

La Corte costituzionale, con la citata sentenza, ha dato finalmente attuazione a principi qualificanti della nostra costituzione, ponendo fine ad un vuoto legislativo, tanto più grave e colpevole perché incidente su diritti fondamentali dell’individuo e fonte, nell’incertezza della tutela, dell’acuirsi di drammi umani.

sanitario nazionale, mentre il governo adotta, il 7 febbraio 2009, un decreto-legge interdittivo dell’alimentazione e idratazione artificiali, decreto non firmato dal capo dello Stato perché privo dei requisiti della necessità ed urgenza ai sensi dell’articolo 77 della costituzione. Il presidente del consiglio dei ministri, Berlusconi, e il ministro Sacconi reagiscono presentando al senato un disegno di legge (n. 1369), che non sortisce l’effetto voluto poiché lo stesso giorno dell’inizio della discussione, il 9 febbraio 2009, viene annunciata la morte di Eluana Englaro (il disegno di legge verrà poi ritirato). A tutto ciò aggiungasi un’ignobile campagna di stampa contro il padre della giovane donna.

²⁹ Cfr., ad es., Corte costituzionale, ordinanza n. 359 del 22 luglio 1999; sentenza n. 200 del 17 luglio 2007, *considerato in diritto*, punto 4.

Compete ora al legislatore intervenire per regolare compiutamente, entro le linee giuridiche essenziali tracciate dal giudice costituzionale, l'istituto del suicidio medicalmente assistito, peraltro già operante nel nostro ordinamento in virtù della citata sentenza, nonché adeguare e disciplinare quanto emerge dalla giurisprudenza "Englaro".

Si auspica che l'intervento legislativo non si faccia troppo attendere.