

Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso *Cappato*.

di *Marilisa D'Amico*

RELAZIONE AL SEMINARIO "AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA E QUESTIONI DI FINE VITA" (ROMA, SENATO DELLA REPUBBLICA, 23 OTTOBRE 2017).

Sommario: **1.** Premessa – **2.** I fatti e le prime fasi del procedimento penale a carico di Marco Cappato. – **3.** L'art. 580 c.p. e i dubbi di legittimità costituzionale: la strada dell'interpretazione costituzionalmente conforme intrapresa dalla Procura della Repubblica. – **4.** (*Segue*): le questioni di costituzionalità formulate dalla Procura della Repubblica e dalla difesa di Marco Cappato. – **5.** L'ordinanza del G.I.P. presso il Tribunale di Milano: (alcune) luci e (diverse) ombre. – **6.** Il panorama sovranazionale: spunti interessanti dalla giurisprudenza della Corte EDU e dei Tribunali costituzionali stranieri. – **7.** L'intervento (non più procrastinabile) della Corte costituzionale e i possibili profili di incostituzionalità. – **8.** Scenari futuri e azioni strategiche: la riproposizione dell'eccezione di costituzionalità nella fase pre-dibattimentale e i ricorsi dinanzi le Corti sovranazionali

1. Premessa

Da troppi anni, in Italia, si assiste alla negazione di diritti fundamentalissimi, quelli che hanno alla base le libertà di scelta delle persone.

Decidendo di non intervenire in settori eticamente sensibili, la politica pensa di fermare il cammino dei diritti, espressione dei bisogni essenziali delle persone e dell'evoluzione della società.

E tuttavia la ricchezza di uno Stato costituzionale sta nel suo affidare la realizzazione dei diritti non solo al legislatore, come succedeva nell'Ottocento, ma anche ai giudici, costituzionali e comuni.

E oggi, in Italia, il cammino giudiziario dei diritti, possibile solo grazie al coraggio delle persone che hanno accettato di mettersi in gioco anche per tutti gli altri, ha consentito di raggiungere importanti traguardi, che hanno cambiato la vita delle persone, prima e al di là dell'intervento del legislatore.

Così è stato per la legge 40 del 2004, che grazie ai numerosi interventi della Corte costituzionale, della Corte EDU e dei giudici comuni, ordinari ed amministrativi, è stata modificata profondamente; e così è stato anche per il riconoscimento delle

“unioni omosessuali”, dove sono stati i giudici, spinti dalle persone in carne ed ossa, a garantire diritti e doveri, che sono poi stati solo parzialmente riconosciuti nella legge.

Oggi, dopo anni di estenuante, quanto inutile, finora, dibattito in Parlamento, a partire dalle note vicende *Welby* ed *Englaro*, l’altrettanto noto caso “DJ Fabo” e il coraggio di Marco Cappato consentono di immaginare una strada giudiziaria per la soluzione del tema noto come “fine vita”.

Vorrei ragionare quindi – dopo aver ricostruito nei suoi tratti essenziali la vicenda da cui ha tratto origine il procedimento penale instauratosi a carico di Marco Cappato – intorno alla fattispecie incriminatrice di cui all’art. 580 c.p., tentando di enucleare, alla luce di alcuni importanti precedenti giurisprudenziali (nazionali e sovranazionali), i profili di incostituzionalità del reato d’istigazione al suicidio, nella parte in cui non esclude la punibilità di colui che si attiva per concretizzare il proposito suicida – non altrimenti realizzabile – del malato *terminale o irreversibile*, che considera la propria vita non più degna di essere proseguita, in ragione delle eccezionali sofferenze patite.

2. I fatti e le prime fasi del procedimento penale a carico di Marco Cappato

La drammatica vicenda che oggi ci occupa – come frequentemente accade in casi di questo tipo – origina da un grave incidente automobilistico.

Nel giugno 2014, infatti, mentre si trovava a bordo della sua autovettura, di rientro da una serata di lavoro, Fabiano Antoniani (d’ora in avanti “Fabo”) rimaneva coinvolto in un incidente stradale, all’esito del quale riportava lesioni midollari talmente gravi da costringerlo, fin dalle immediatezze dei fatti, in uno Stato di paralisi totale e di cecità, benché comunque ancora capace di controllare le proprie facoltà intellettive.

Nonostante le tempestive cure ricevute (peraltro, in centri altamente specializzati), le condizioni di “Fabo” non conoscevano miglioramenti nel corso dei mesi e, dopo oltre un anno di degenza presso l’unità spinale dell’Ospedale Niguarda di Milano, l’*equipe* medica decideva di dimettere il paziente, formulando un giudizio di irreversibilità della sua condizione.

Per aver piena contezza dello stato in cui versava “Fabo” nei mesi che hanno preceduto i fatti per cui è processo, si riportano qui alcuni stralci delle dichiarazioni rese dal medico curante, Dott. Veneroni, *“ho verificato le sue condizioni, cioè di persona tetraplegica, quindi immobilizzato e completamente insensibile, dal collo in giù, cieco a seguito di danno cerebrale, che si nutriva con dispositivo per la nutrizione enterale (p.e.g.) e respirava grazie ad un ventilatore inserito tramite un foro nella trachea (tracheotomia). Aveva un’incontinenza vescicale e la necessità di un supporto per lo svuotamento intestinale”*.

Con riguardo a tale gravissimo quadro clinico, occorre altresì segnalare che “Fabo” era anche *“affetto da sindrome dolorosa cronica con delle acutizzazioni periodiche di diversa intensità, tenute sotto controllo, da una terapia di fondo e dalla somministrazione aggiuntiva all’occorrenza”*.

Un ultimo – disperato – tentativo di cura veniva poi provato, tra le fine del 2015 e l’inizio del 2016 in India, senza tuttavia sortire alcun effetto positivo sulle tragiche condizioni di “Fabio”.

“*Esasperato dalla propria condizione*”, e, soprattutto, privo di qualsiasi prospettiva di miglioramento, “Fabio” maturava con decisione il proposito di porre fine alla propria esistenza e, dopo aver vinto le iniziali resistenze della madre e della compagna, entrava in contatto con Marco Cappato, noto esponente politico del partito dei radicali e, per quanto più interessa, soggetto attivo nell’ambito dell’associazione “Soccorso civile” (impegnata proprio nell’assistenza ai soggetti che desiderano porre fine alla loro vita).

E così – esclusa fin da subito la possibilità (“tutta italiana”) di interrompere i trattamenti in corso per darsi la morte, in ragione delle sofferenze che questa scelta avrebbe determinato – “Fabio” decideva di seguire la cd. “strada svizzera”, mettendosi in contatto, grazie all’intermediazione proprio di Cappato, con la società elvetica “Dignitas”.

Nell’ottobre del 2016, dopo aver ricevuto la documentazione richiesta, la “Dignitas” rilasciava a “Fabio” il via libera all’attivazione della procedura e, su indicazione del diretto interessato, veniva individuato nel 27 febbraio 2017 il giorno in cui il giovane avrebbe potuto concretizzare il proprio proposito.

Raggiunta la sede svizzera ed espletate le necessarie visite medico-psicologiche (volte ad accertare la concretezza e l’attualità dell’intendimento di “Fabio”), nel giorno indicato, assistito dal personale della “Dignitas”, il giovane si toglieva la vita, mordendo un apposito dispositivo, con ciò dando corso autonomamente all’iniezione della sostanza letale (*Sodium Pentobarbital*) che lo avrebbe condotto al coma profondo e, quindi, alla morte¹.

Il giorno successivo, del tutto spontaneamente, Cappato decideva di recarsi presso i Carabinieri di Milano esponendo i fatti sopra descritti, rappresentando, in particolare, di essere stato sempre al corrente del motivo posto alla base del viaggio intrapreso da “Fabio” (la madre, la fidanzata e lo stesso Cappato) verso la Svizzera e di esservi attivato personalmente affinché questi potesse eseguire il proprio proposito.

Si attivava così la competente Procura della Repubblica la quale, all’esito di un breve periodo di investigazioni, in data 2 maggio 2017, decideva di formulare, ai sensi deli artt. 408 e 411 c.p.p., una richiesta di archiviazione in favore di Cappato, non ritenendo, come si vedrà più distesamente oltre, la condotta realizzata dal Cappato idonea ad integrare la fattispecie di cui all’art. 580 c.p.

Con decreto del 10 maggio 2017, il G.I.P. presso il Tribunale di Milano non accoglieva la richiesta di archiviazione e fissava l’udienza di discussione in camera di consiglio per il 6 luglio 2017.

¹ Ai fini della legislazione svizzera, è fondamentale che l’atto decisivo – in questo caso l’iniezione della sostanza mortifera – sia compiuto, nel modo che gli è possibile, dal soggetto in persona: si veda l’art. 115 c.p. svizzero.

Sentite le argomentazioni della Procura (ulteriormente articolate rispetto all'originaria richiesta di archiviazione) e della difesa (su cui *infra*), il G.I.P. presso il Tribunale di Milano, in un primo tempo, si riservava e, successivamente, in data 10 luglio 2017, emetteva ordinanza ex art. 409 c.p.p., ordinando alla Procura di formulare l'imputazione per il reato di cui all'art. 580 c.p. nei confronti di Cappato. In questo esatto senso, procedeva la Procura e il predetto presentava istanza ex art. 453, primo comma, c.p.p. di definizione del procedimento con le forme del giudizio immediato, saltando cioè l'udienza preliminare e andando direttamente a processo (dibattimento che si celebrerà, davanti alla Corte d'assise di Milano, a partire dal prossimo 8 novembre).

3. L'art. 580 c.p. e i dubbi di legittimità costituzionale: la strada dell'interpretazione costituzionalmente conforme.

Come noto, l'art. 580 c.p., sotto la rubrica "*Istigazione o aiuto al suicidio*", incrimina la condotta di chi "*determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione*", prevedendo un regime sanzionatorio piuttosto severo, da cinque a dodici anni (ulteriormente variabile a seconda delle circostanze, in particolare con riguardo alla verifica dell'evento "morte").

A ben vedere, si tratta di una fattispecie che punisce una serie articolata ed eterogenea di comportamenti – quali appunto la determinazione o l'agevolazione del proposito suicidario – che si collocano in un rapporto di funzionalità rispetto ad un gesto, quello che intende mettere in atto il suicida, che rimane (ovviamente) impunito dall'ordinamento. La reazione dell'ordinamento è infatti ambigua dinanzi al suicidio: da un lato, il tentativo di suicidio non è penalmente rilevante, dall'altro però la istigazione o agevolazione del medesimo fatto da parte di un soggetto diverso dal suicida è accompagnata da una reazione sanzionatoria dell'ordinamento. Del resto, il suicidio (in sé considerato) rimane, agli occhi dell'ordinamento, per dirla con Zagrebelsky, non più di un "mero fatto"².

La semplice lettura della norma consente di distinguere, da una parte, le condotte che rientrano nel perimetro del cd. concorso morale (l'aver determinato o rafforzato il proposito suicida dell'agente), e, dall'altra, tutte quelle ulteriori condotte idonee ad agevolarne "*in qualsiasi modo l'esecuzione*", alludendo, con tale ampia e generica formulazione, a quelle azioni che apportano un contributo causalmente apprezzabile alla realizzazione dell'evento "morte" sul piano materiale (cd. concorso materiale).

Il bene giuridico presidiato dalla norma (che rientra, come noto, nel titolo XII del nostro codice penale – "*Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale*") è la vita in quanto tale, ovvero sia in quanto bene non liberamente disponibile da parte

² Cfr. l'intervista rilasciata da G. ZAGREBLESKY al "FattoQuotidiano" in data 14 dicembre 2011.

del soggetto che ne è titolare (il quale però non è, come si diceva, ritenuto punibile).

Con l'interesse di salvaguardare la vita e la sicurezza individuale, l'ordinamento predispone, rispetto ai fatti di cui all'art. 580 c.p., strumenti di tutela di tipo indiretto: non potendo – all'evidenza – sanzionare la persona che si è suicidata, infatti, si intende punire, *ex post*, colui che ha contribuito, sul piano psicologico e/o materiale, alla realizzazione del proposito suicidario³. La assenza di pena per il tentato suicida, tuttavia, denota la fattispecie in modo specifico, aprendo un varco per l'affermarsi del riconoscimento di un punto di vista ulteriore: il bene vita è senz'altro protetto quando è aggredito da comportamenti altrui, ma se è il titolare della vita stessa ad agire, questi è libero di compiere le proprie scelte. Ciò è dimostrato dalla circostanza che l'ordinamento considera non punibile la condotta di chi abbia tentato di porre fine alla propria esistenza, a prescindere dalla presenza di altri profili penalmente rilevanti⁴, senza in questo caso dare rilievo alle quelle esigenze di prevenzione di atti emulativi. In altre parole, solo valorizzando il riconoscimento di una libertà di scelta in merito alla disposizione del bene vita da parte del soggetto che ne è titolare, si può comprendere lo scarto tra la scelta di politica di criminale di non punire il tentato suicidio e quella retrostante alla fattispecie dell'art. 580 c.p., di punire quanti agevolano il suicidio altrui.

In questa prospettiva, è interessante notare che la questione dell'opportunità o della necessità di reprimere, attraverso lo strumento penale, il suicidio ha accompagnato, fin dalle teorizzazioni dei pensatori illuministi, le riflessioni degli studiosi di diritto penale.

Riecheggiano, in questa prospettiva, le parole di Cesare Beccaria che, nel suo *“Dei delitti e delle pene”*, definisce inutile la repressione penale del suicidio, precisando peraltro che **“inutile ed ingiusta sarà parimenti la pena del suicida. E perciò, quantunque sia una colpa che Dio punisce, perché solo può punire anche dopo la morte, non è un delitto avanti gli uomini, perché la pena, invece di cadere sul reo medesimo, cade sulla di lui famiglia”**.

Chiaro invece il significato della norma nell'ordinamento fascista, come emerge dalle parole del suo autore, Vincenzo Manzini: *“non vi è dubbio che il suicidio o il tentato di suicidio, in quanto può determinare effetti dannosi in relazione ad altri, è riprovato dal nostro ordinamento giuridico. Lo Stato lo considera come **un fatto pericoloso** a causa dell'esempio suggestivo che offre a coloro che male sopportano i dolori della vita, quantunque non lo incrimini”*⁵.

³ Cfr. in dottrina, di recente, A. CONTINIELLO e G. F. POGGIALI, Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio nell'ordinamento italiano e sovranazionale, in *Giurisprudenzapenale*, fasc. 4/2017.

⁴ Non sono dunque pertinenti i pur interessanti casi giurisprudenziali in cui la Cassazione ha sì riconosciuto di non poter punire, ovviamente, il tentato suicidio, ma ha punito lo stesso soggetto che, con l'obiettivo di porre fine alla propria vita aveva violato norme in materia di armi (Cass. Pen, sez. I, n. 33244 del 2013).

⁵ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 1964.

Ciò detto, venendo a svolgere alcune considerazioni più puntuali sul bene giuridico che la norma incriminatrice di cui all'art. 580 c.p. è chiamata (ovvero dovrebbe essere chiamata) a presidiare, si deve anzitutto tenere conto del fatto che il nostro ordinamento – ovviamente non solo nel settore penale – ha conosciuto una significativa evoluzione a seguito dell'entrata in vigore della Carta costituzionale. Nell'epoca in cui è stato redatto l'art. 580 c.p., come precisato nella memoria della Procura, l'interesse *“alle garanzie dell'individuo era assolutamente secondario rispetto a quello di sviluppo della collettività statale”* e, nella cornice di queste coordinate assiologiche, la vita umana era considerata *“come bene super-individuale, totalmente indisponibile da parte dell'individuo che ne è titolare, facente capo, in buona sostanza, allo Stato, che si fa garante della sua conservazione”*.

In questa prospettiva, si è osservato che *“nelle intenzioni del legislatore storico, il suicidio non poteva che essere l'atto di chi, ancora nel pieno delle sue forze e della sua coscienza, si toglieva la vita come scopo autodistruttivo, sottraendo forza lavoro e cittadini alla Patria”*⁶.

La Procura sottolinea, condivisibilmente, che, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, la norma non può più essere letta come unicamente finalizzata a garantire il bene “vita” nell’*“ottica statale di preservazione della collettività che compone lo Stato stesso. Al contrario, lo stesso bene della “vita” deve essere declinato in un’ottica personalista, come interesse anche e soprattutto della persona fisica che ne è titolare, volto a consentire il suo ‘pieno sviluppo’ secondo quanto disposto dall’art. 3, co. 2, della Costituzione”*⁷.

Un inciso, che per un costituzionalista però presenta grande rilevanza: la mancata riforma del codice Rocco ha determinato un sistema penale ambiguo, che solo parzialmente può essere adeguato alla Costituzione, rispettando fino in fondo i suoi principi contenuti nell'art. 25, secondo comma.

Torniamo a questo punto a collocare l'attenzione sull'agevolatore.

La Suprema Corte di cassazione, chiamata in alcune (non numerosissime) occasioni a dare applicazione alla norma di cui all'art. 580 c.p., si è orientata nel senso di ritenere integrato il fatto tutte le volte in cui l'agente fornisca *“alla vittima, su richiesta di quest'ultima e conoscendo l'uso che ne farà, l'arma che poi essa utilizzerà contro se stessa ... ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongono alla realizzazione del proposito”* (cfr. Corte cass., n. 3147/1998).

Discostandosi dall'interpretazione letterale condivisa dalla Suprema Corte, la giurisprudenza di merito si è recentemente fatta carico di elaborare un orientamento assai differente (cfr. G.U.P. presso Trib. Vicenza, 14.10.2015, Imp. A.T.), secondo cui, ai fini dell'art. 580 c.p., *“integra una agevolazione penalmente rilevante la sola condotta che sia direttamente e strumentalmente connessa*

⁶ Cfr. pag. 7 memoria d'udienza della Procura.

⁷ Cfr. pag. 5 memoria d'udienza della Procura.

all’attuazione materiale del suicidio e che si ponga essenzialmente come condizione di facilitazione del momento esecutivo del suicidio stesso (ad esempio fornire i mezzi per il suicidio, offrire le istruzioni sull’uso degli stessi, ecc.)”. Precisando, poi, con riferimento ad un caso molto simile a quello che vede coinvolto Cappato, *“che non integra il delitto di cui all’art. 580 c.p. la condotta di chi, senza influire sull’altrui proposito suicida, determinandolo o rafforzandolo, si limiti ad accompagnare in auto l’aspirante suicida dalla propria abitazione in Italia fino ad una struttura per il suicidio assistito situata in Svizzera”.*

Venendo ora alla vicenda qui in esame, deve evidenziarsi che i Pubblici ministeri milanesi, rifacendosi al secondo degli orientamenti segnalati, ritenevano che la posizione di Cappato potesse essere archiviata, in applicazione proprio di una interpretazione restrittiva della norma di cui all’art. 580 c.p. (in ossequio al criterio del *favor rei*), basata tra le altre cose sul principio costituzionale di offensività, che qui preme sin d’ora richiamare.

Si legge, infatti, nella richiesta di archiviazione della Procura milanese che *“maggiormente conforme ai criteri interpretativi costituzionalmente orientati, anche al fine di evitare la criminalizzazione di condotte che solo marginalmente ledono il bene giuridico protetto dalla norma”* è la tesi che ritiene rilevante, ai fini dell’integrazione dell’art. 580 c.p., solo la condotta *“di chi abbia agevolato in senso stretto la fase del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all’esecuzione dello stesso, possa essere oggetto di rimprovero penale”.*

Di tal ch , il Cappato, essendosi limitato ad accompagnare “Fabo” presso la struttura svizzera, non avrebbe fornito alcun contributo materiale alla fase esecutiva del proposito suicidario del predetto, consistita, quest’ultima, come visto, nell’inserimento della sostanza letale nella siringa collegata al sondino applicato al paziente (sostanza che poi   entrata in circolo nel momento in cui quest’ultimo ha premuto con la bocca il pulsante collegato con lo stantuffo).

4. (Segue): le questioni di costituzionalit  formulate dalla Procura della Repubblica e dalla difesa di Marco Cappato.

Nei seguenti termini si conclude la richiesta di archiviazione formulata dalla Procura della Repubblica: *“qualora si dovesse rigettare l’interpretazione proposta dalla norma, ... i Pubblici ministeri ritengono che dovrebbe necessariamente essere sollevata questione di legittimit  costituzionale della stessa, al fine di verificarne la compatibilit  con i principi fondamentali di dignit  della persona umana e di libert  dell’individuo, garantiti tanto dalla Costituzione italiana quanto dalla CEDU”.*

A ben vedere, si tratta di una prima eccezione formulata in termini generali, non essendo neppure indicati i parametri costituzionali e convenzionali che si assumono violati nel caso di specie.

La Procura, nella memoria d’udienza del 22 giugno 2017, ulteriormente precisa il dubbio di costituzionalit  gi  prospettato, rivolgendosi al G.I.P. affin  questi sollevi questione di legittimit  costituzionale dell’art. 580 c.p., nella parte in cui

“non esclude la punibilità di chi partecipa fisicamente o materialmente al suicidio di un ‘malato terminale o irreversibile’ quando il malato stesso ritenga le sue condizioni di vita lesive della sua dignità”, per contrasto con gli artt. 2, 3, 12, 25, commi 2 e 3, 32, comma 2, e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in riferimento agli artt. 2, 3, 8, 14 CEDU.

Deve segnalarsi che, nella stessa udienza, anche la difesa di Cappato eccepisce l’incostituzionalità dell’art. 580 c.p. nella parte in cui “non esclude la punibilità di colui che agevola l’esecuzione del suicidio quando le circostanze di fatto lo configurano come diritto ‘in ragione di condizioni di vita ritenute non più dignitose’”, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 32, comma 2, e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 8 CEDU.

Nella sua ordinanza, il G.I.P. correttamente rileva che “*entrambe le parti chiedono che la Corte costituzionale introduca nell’art. 580 c.p., attraverso una pronuncia additiva, una causa di esclusione della punibilità che determini l’irrelevanza penale della condotta di agevolazione al suicidio quanto tale condotta corrisponda al diritto del malato terminale o irreversibile di porre fine a una vita considerata non più dignitosa*”.

Pur ponendosi, per così dire, un obiettivo in larga parte coincidente, le due eccezioni presentano alcune differenze che è opportuno mettere in luce:

- Anzitutto, dal punto di vista dei parametri, l’eccezione formulata dalla Procura appare più ampia, sia nella prospettiva nazionale che in quella convenzionale. Sul punto, ci si limita a segnalare che la Procura evoca (e svolge ampie considerazioni sul) l’art. 25 Cost., ritenendo la norma di cui all’art. 580 c.p. costituzionalmente illegittima perché in contrasto con il principio di offensività.
- Con riguardo al contenuto dell’addizione richiesta al giudice costituzionale, può dirsi che l’eccezione della Procura appare puntualmente precisata nella parte in cui circoscrive l’illegittimità costituzionale ai casi di suicidio assistito del “*solo malato terminale o irreversibile*” (elemento, quest’ultimo, non considerata nell’eccezione formulata dalla difesa).
- Ancora, rispetto alla materialità delle condotte descritte nelle due eccezioni, non è facile distinguere in modo netto il comportamento di chi “*partecipa fisicamente o materialmente*”, da una parte, e chi “*agevola l’esecuzione*”, dall’altra.

5. L’ordinanza del G.I.P. presso il Tribunale di Milano: luci ed ombre

In primo luogo, in ordine al contenuto dell’ordinanza del G.I.P. – con cui, e vale la pena ricordarlo, è stata formulata una imputazione coatta nei confronti di Cappato proprio per il delitto di cui all’art. 580 c.p. – si può positivamente osservare che l’impianto dell’argomentazione offerta dal magistrato milanese appare ben strutturato, con ampi richiami di tipo storico e giurisprudenziale (sia nazionali, costituzionali e di merito, che sovranazionali).

Ciò posto, non del tutto coerente appare l'ordinanza nella parte in cui il G.I.P. nega di far proprio *“qualsiasi approccio confessionale o di carattere ‘paternalistico’”* sul tema del suicidio assistito, dal momento che, nelle pieghe della motivazione, pur con frequenti richiami alla giurisprudenza costituzionali, si intravede una particolare concezione di tipo assolutistico del bene *“vita”*.

Va rilevato, in linea generale, che nelle situazioni in cui ai giudici si chiedono soluzioni che la politica non riesce a dare, il rischio che, nelle risposte concrete, possa entrare anche l'ideologia del giudice è sempre presente.

Per quanto concerne, poi, le eccezioni di costituzionalità formulate dalla Procura e dalla difesa di Cappato, il G.I.P. afferma che *“non è possibile rimettere la questione alla Consulta per manifesta infondatezza della questione... se questo giudice rimettesse alla Corte costituzionale le questioni di legittimità proposte dalle parti indurrebbe la Consulta ad una inevitabile pronuncia di inammissibilità”*.

In questo caso, il giudice ha, a mio avviso, esercitato i propri poteri in tema di valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione in modo troppo approfondito e, quindi, eccedendo i propri poteri. È noto, infatti, che nell'esercitare la sua funzione di *“filtro”*, il giudice non deve mai sostituirsi al giudizio che spetta alla Corte costituzionale e quindi non deve essere personalmente convinto dell'incostituzionalità della norma oggetto del giudizio, ma semplicemente assicurarsi che la questione posta non sia del tutto priva di fondamento. Se il giudice, come è successo in questa vicenda, vuole anticipare una valutazione spettante alla Corte costituzionale come quella del confine tra il proprio sindacato e la discrezionalità del legislatore, non vi è chi non veda come, soprattutto nel caso in cui la questione sia posta anche dalle parti, venga lesa in definitiva il diritto al giudice costituzionale. Questa lacuna del nostro sindacato di costituzionalità, unita anche alla mancanza di un ricorso diretto davanti al giudice costituzionale, è stata di recente sottolineata anche dalla Corte e.d.u. nel famoso caso *Parrillo contro Italia*, avente ad oggetto la libertà di ricerca scientifica sugli embrioni.

Un interessante precedente da questo punto di vista è costituito dalla sentenza n. 162 del 2014 in cui la Corte costituzionale - pronunciata dopo che le autorità giurisdizionali avevano rimeditato le iniziali decisioni di manifesta infondatezza - è invece entrata nel merito della questione relativa al divieto di fecondazione eterologa affermando, in particolare, che la discrezionalità del legislatore non può, in termini assoluti, costituire un ostacolo al riconoscimento di diritti fondamentali.

6. Il panorama sovranazionale: spunti interessanti dalla giurisprudenza della Corte EDU e dei Tribunali costituzionali stranieri

A completamento del quadro, occorre sottolineare che anche in ordinamenti stranieri e dinanzi a Corti sovranazionali è emerso in modo prorompente il problema del diritto di accesso a farmaci letali per soggetti incapaci di porre fine alla propria vita, ma determinatisi in modo autonomo in questo senso per la

presenza di condizioni eccezionali e irreversibili incompatibili con la loro idea di vita dignitosa⁸.

Per casi come questo, in cui il legislatore fatica a stare al passo con le esigenze di chi si trova nella drammatica situazione di dover vivere una vita ritenuta non più tale, grazie (o per colpa) dell'incessante progredire della scienza medica, poter contare su uno spazio giudiziario europeo, in cui le regole per incardinare un caso dinanzi ad un giudice dei diritti sono più flessibili, è fondamentale.

Interessanti e promettenti a questo riguardo sono i punti fermi posti dalla Corte europea nel caso *Lambert*⁹ (§178 ss.), che pongono al centro del reticolo dei diritti protetti dagli artt. 2 e 8 CEDU la libertà di autodeterminazione del malato incapace di intendere e di volere circa i trattamenti sanitari salvavita (compresa la nutrizione artificiale).

La Corte evidenzia prima di tutto che il paziente è il soggetto principale nel processo decisionale e il cui consenso rimane centrale nell'erogazione di trattamenti sanitari.

Inoltre la Corte osserva che, secondo un'analisi comparata, in assenza di direttive anticipate di trattamento, alcuni Stati contraenti richiedono che si accerti la volontà presunta del paziente con una varietà di strumenti (tra cui anche la presenza di un legale rappresentante o della famiglia).

Infine, e soprattutto, la Corte sottolinea quanto affermato nella decisione *Pretty c. Regno Unito* del 2002: è stato riconosciuto il diritto di ogni individuo di rifiutare il consenso ai trattamenti che possano avere come effetto il prolungamento della stessa vita.

Alla luce di questi espliciti riconoscimenti, ancor più significativi perché provenienti da un giudice sovranazionale, può essere ipotizzato, in un'ottica maggiormente attenta alla tutela della volontà individuale, un futuro avanzamento di quella giurisprudenza della Corte EDU già occupatasi del tema del suicidio assistito, che, se esaminata in modo diacronico, sembra snodarsi verso un suo progressivo riconoscimento come diritto convenzionale in eccezionali casi in cui il malato vuole porre una fine alla propria vita, da lui ritenuta non più degna: alla luce delle affermazioni di caso *Lambert*, potrebbero infatti assumere un più forte rilievo le esigenze di tutela dei diritti del soggetto che ha deciso di porre fine alla propria vita, il quale necessita, per realizzare la sua ferma volontà, di un aiuto materiale di altri soggetti.

⁸ Il tema oggetto di questo paragrafo è stato affrontato compiutamente dalla relazione di Wladimiro Zagrebelsky, cui si rinvia per gli opportuni approfondimenti.

⁹ Sentenza del 5 giugno 2015 della Grand Chamber, in cui si è affermato che l'art. 2 (diritto alla vita) della CEDU non è violato dalla decisione del Consiglio di Stato francese del 24 giugno 2014, con la quale era stata autorizzata l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale a Vincent Lambert (maggioranza di 12 giudici a 5). Il signor Lambert era stato reso tetraplegico da un incidente automobilistico nel settembre nel 2008; dopo l'incidente, il signor Lambert è andato incontro ad una diagnosi di stato vegetativo con danni cerebrali irreversibile.

Ci si riferisce allo scenario aperto da ultimo, in modo forse non ancora sufficientemente convinto, nel caso di Ulrich Koch (Corte EDU, sez. V, sent. 19 luglio 2012, Koch c. Germania, ric. n. 497/09), cittadino tedesco che aveva accompagnato la moglie, quasi completamente paralizzata a causa di un incidente automobilistico e costretta ad un trattamento di ventilazione artificiale, la quale aveva espresso la volontà di morire, alla clinica svizzera “*Dignitas*”, affinché le venisse somministrato il *pentobarbital* rifiutatele in Germania dall’ autorità amministrativa preposta alla erogazione dei farmaci.

Il Sig. Koch era infatti ricorso alla Corte edu, asserendo che il rifiuto opposto alla richiesta della sua ormai defunta moglie avrebbe violato l’art. 8 Cedu, ed in particolare il suo diritto ad una morte dignitosa; egli lamentava altresì una violazione dell’art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo), avendo i tribunali tedeschi respinto il suo ricorso per carenza di legittimazione (la defunta moglie era stata ritenuta l’unico soggetto leso dal diniego del farmaco).

La Corte edu in risposta, superando precedenti ritrosie¹⁰, ha ritenuto che il diniego opposto dalle Corti nazionali di esaminare nel merito il loro ricorso abbia provocato una illegittima interferenza nel diritto protetto dall’art. 8 CEDU, evitando però esplicitamente di prendere posizione sulla fondatezza o meno di tale ricorso, che sarebbe spettata in prima battuta proprio ai giudici nazionali.

A seguito di ciò una recente decisione del tribunale amministrativo federale con sede a Lipsia (sentenza del 2 marzo 2017, Tribunale amministrativo federale di Lipsia, BVerwG 3 C 19.15) ha riconosciuto che in casi eccezionali non può essere vietato l’accesso ad una sedazione volta a rendere possibile un suicidio senza dolore¹¹. Ciò facendo leva sul “diritto della personalità”, garantito dall’art. 2, comma 2, in collegamento con l’art. 1, comma 1, della Costituzione tedesca, i quali abbracciano anche il diritto del paziente afflitto da una malattia grave e inguaribile a decidere come e a che punto la sua vita possa terminare, purché egli possa formare la propria volontà in modo libero e agire in conformità ad essa.

La vicenda tedesca denota la influenza giocata dalla Corte di Strasburgo, pur cauta attenta a non interferire con il margine di apprezzamento statale, ancor più delicato

¹⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo (Sezione IV), 26 ottobre 2000, caso Sanles c. Spagna.

¹¹ Nel comunicato ufficiale della decisione, si ritrovano importanti principi: “l’accesso ad una sedazione che renda possibile un suicidio senza dolore in determinati casi eccezionali (trad. letterale: estremi casi eccezionali) non può essere vietato. Il generale “diritto della personalità”, garantito dall’art. 2, comma 2, in collegamento con l’art. 1, comma 1, abbraccia anche il diritto del paziente afflitto da una malattia grave e inguaribile a decidere come e a che punto la sua vita possa terminare, purché egli possa formare la propria volontà in modo libero e agire in conformità ad essa. Da ciò si può ricavare che in casi estremi che lo stato non può vietare l’accesso a mezzi sedativi che rendano possibile al paziente un suicidio (lett. auto inflizione della morte) dignitoso e senza dolore”.

in un ambito come quello del fine vita, sull'operato dei giudizi nazionali, a dimostrazione del fondamentale apporto di uno spazio giudiziario europeo¹².

7. L'intervento (non più procrastinabile) della Corte costituzionale e i possibili profili di incostituzionalità della norma.

I profili di contrasto tra la inderogabile previsione di una sanzione penale per chi si attiva, in qualsiasi modo, per agevolare la morte del malato *terminale o irreversibile*, che considera la propria vita non più degna di essere proseguita, in ragione delle eccezionali sofferenze patite, sono molteplici e l'intervento della Corte costituzionale appare quindi non più procrastinabile, alla luce peraltro della perdurante inerzia del legislatore in materia.

Tali profili affondano le loro radici, prima di tutto, nell'**art. 2** della Costituzione, inteso come norma che tutela proprio il diritto di scegliere di porre fine ad una vita ritenuta non più degna per condizioni oggettive eccezionali.

Questa norma deve essere letta a sistema con gli **artt. 13 e 32 Cost.** che tutelano la libertà della sfera fisica della persona, la prima, e il principio della volontarietà delle cure e del consenso informato, la seconda.

Da questo punto di vista, la scelta di vedere eseguite le proprie volontà anche nel proposito di porre fine alla propria vita ha una evidente copertura costituzionale e deve dunque essere garantita questa possibilità anche a chi, per menomazioni fisiche, non è capace di provvedervi in moto autonomo.

A sostegno di questa lettura, fondamentali paiono le acquisizioni della sentenza della Cassazione nel noto **caso di Eluana Englaro** (Cass.civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748), secondo cui il diritto alla salute, "*come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire*".

La stessa Corte di cassazione ha poi evidenziato che le citate norme costituzionali costituiscono il fondamento del "*principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni*

¹² Altro caso significativo è quello di Carter v. Canada, del 6 febbraio 2015, deciso dalla Corte Suprema Canadese, in cui si afferma che: "in riferimento alla morte di una malata di sclerosi laterale amiotrofica che considerava il suo dolore insopportabile e la sua condizione ormai insostenibile.. deve essere dichiarato incostituzionale il carattere assoluto del divieto di assistenza al suicidio anche perché esso imponeva la 'crudele scelta' tra il suicidio quando ancora capace di porlo in essere e la rinuncia alla possibilità di esercitare ogni controllo sulle modalità e sul tempo della propria morte» (cfr. www.biodiritto.org).

etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive”.

Si è ben consapevoli della differenza tra l’ipotesi del rifiuto delle cure e della richiesta di agevolazione del suicidio; tuttavia, sembra anche in questo secondo caso che il **principio personalista** assuma un rilievo inconfutabile, non potendosi pretermettere completamente il diritto di ogni individuo di poter scegliere in ordine alla fine della propria esistenza, quando eccezionali condizioni oggettive rendono quest’ultima non più degna.

Da un punto di vista fattuale, peraltro, talvolta possono sfumare le differenze tra l’interruzione delle cure salvavita accompagnate dalla cura palliativa consistente nella sedazione profonda e l’accesso ad un farmaco letale: affiorano dunque **esigenze di parità di trattamento** tra chi interrompendo un trattamento sanitario, financo trovandosi in uno stato vegetativo permanente, rifiutando, eventualmente tramite il proprio tutore o curatore speciale, la alimentazione ed idratazione artificiale, e chi versa nelle stesse condizioni di “Fabo” e non può autonomamente eseguire il proprio proposito.

Da queste considerazioni si ricava il principio che colui che si attiva per agevolare l’esecuzione della scelta liberamente assunta di porre fine alla propria esistenza, in quanto oggettivamente non rispondente ad una concezione di vita dignitosa, non può essere sanzionato penalmente.

Sotto questo profilo, quindi, anche l’**art. 25** della Costituzione appare violato dal momento che la sanzione penale, in questa eccezionale ipotesi, sarebbe utilizzata non per reprimere un comportamento che lede o mette in pericolo un bene giuridico ma, al contrario, che è posto in essere per agevolare l’esercizio di una libertà costituzionale.

Non può peraltro sottacersi la circostanza che la cornice edittale di cui all’art. 580 c.p. (che, lo si ricorda, prevede la reclusione da 5 a 12 anni) appare manifestamente sproporzionata rispetto al disvalore del fatto, specie quando questo viene posto in essere per agevolare il proposito suicida del malato terminale. La norma citata, pertanto, sembra porsi in contrasto anche con l’**art. 27 Cost.**, la cui primaria ed autonoma rilevanza, nello scrutinio sulle scelte sanzionatorie del legislatore, è stata recentemente riconosciuta dalla Corte costituzionale (cfr., in particolare, sent. n. 236 del 2016).

Da ultimo, deve rilevarsi che, da un punto di vista fattuale, il sistema repressivo italiano provoca la lesione di fondamentali diritti riconosciuti dalla Carte sovranazionali: ci si riferisce, in particolare, **all’art. 117, primo comma, Cost.**, in relazione agli artt. 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti), 8 (rispetto della vita private e familiare) e 14 (divieto di discriminazioni) CEDU e art. 11 (diritto alla protezione della salute), punto 1, e dell’art. 13 (diritto all’assistenza sociale e medica), punti 1 e 3, della Carta sociale europea, su cui si svolgeranno alcune considerazioni conclusive.

Infine, non può non rilevarsi come la ricerca di una tutela della libertà di scelta nei casi in esame si traduca, con sempre maggior frequenza, nel fenomeno

(difficilmente arginabile) dei “viaggi” verso ordinamenti in cui la morte dignitosa è consentita. Anche questa realtà va tenuta in considerazione perché all’evidenza genera una ulteriore lesione dell’**art. 3** della Costituzione, concretizzando discriminazioni di tipo economico tra soggetti che possono affrontare i costi delle trasferte e delle procedure – comunque onerose – e quelli che si trovano in stato di indigenza (anche da questo punto di vista la sent. n. 162 del 2014, in tema di fecondazione eterologa, costituisce un importante precedente).

8. Scenari futuri e azioni strategiche: la riproposizione dell’eccezione nella fase pre-dibattimentale e i ricorsi dinnanzi le Corti sovranazionali

Alla luce di tutte le considerazioni sopra formulate, appare evidente l’importanza di promuovere azioni strategiche, a livello nazionale e sovranazionale, con l’obiettivo di incidere sulla formulazione dell’art. 580 c.p., rendendolo conforme ai citati principi costituzionali e convenzionali.

a) La riproposizione delle questioni di costituzionalità

La prima strada percorribile a tal fine è quella della riproposizione della questione di costituzionalità (già formulata come visto dalla Procura e dalla difesa di Marco Cappato) in occasione della celebrazione del dibattito davanti alla Corte d’assise di Milano.

Al riguardo, occorre segnalare che non sembra costituire un ostacolo il fatto che già nella fase delle indagini le parti abbiano eccepito l’incostituzionalità dell’art. 580 c.p., respinta dal G.I.P. Ciò per almeno due ragioni.

In primo luogo, la Corte costituzionale ha più volte sottolineato l’autonomia delle fasi processuali delle indagini preliminari e del giudizio¹³, ciò che elimina ogni dubbio circa la possibilità di riproporre la medesima eccezione nella fase successiva del processo.

In secondo luogo, si deve ricordare che la Corte ha nel tempo chiarito che “l’effetto preclusivo alla riproposizione di questioni nel corso dello stesso giudizio deve ritenersi operante **soltanto allorché risultino identici tutti e tre gli elementi che compongono la questione** (norme impugnate, profili di incostituzionalità dedotti, argomentazioni svolte a sostegno della ritenuta incostituzionalità)”¹⁴.

¹³ Ha osservato infatti la Corte che “*le indagini preliminari, destinate ad esaurirsi nell’alternativa tra richiesta di archiviazione ed esercizio dell’azione penale, costituiscono una vera e propria fase del procedimento del tutto autonoma rispetto alla successiva e altrettanto autonoma fase dell’udienza preliminare, avente natura processuale (sulla udienza preliminare quale «momento di “giudizio”, v. sentenze n. 224 del 2001 e n. 335 del 2002, ordinanze n. 367 del 2002 e n. 271 del 2003” - cfr. Corte cost., ord. n. 90 del 2004).*

¹⁴ Cfr. ordd. nn. 54/1961, 90/1964, 140/1973, 197/1983 e 225/1994.

Peraltro, su questo aspetto, è importante rimarcare che la riproposizione della questione di costituzionalità costituisce una cruciale modalità di esercizio del diritto di difesa ex art. **24 Cost.**, proprio quando nel giudizio si discuta di applicare una norma penale, come l'art. 580 c.p., dagli evidenti profili di incostituzionalità.

b) Il ricorso individuale davanti alla Corte EDU

A prescindere dagli sviluppi del processo che vede coinvolto Marco Cappato, occorre guardare con attenzione agli strumenti offerti dal diritto internazionale e ad un loro utilizzo strategico volto ad intercettare violazioni dei diritti su cui la Corte costituzionale per motivi interni all'ordinamento italiano potrebbe avere difficoltà a pronunciarsi.

A questo proposito, va osservato che l'art. 580 c.p., nel prevedere la sanzione penale per l'agevolatore, provoca una illegittima interferenza nella tutela del diritto alla vita privata e familiare protetto dall'**art. 8 CEDU**, in quanto misura sproporzionata e non giustificata in una società democratica, congiuntamente agli artt. **3 e 14 CEDU**.

Come già riconosciuto dalle sentenze *Pretty c. Regno Unito* (2002) e *Haas c. Svizzera* (2011): sebbene in nessuno di questi casi si sia giunti alla condanna dello stato, infatti, emerge che l'art. 8 CEDU abbraccia anche la scelta di porre fine ad una “*undignified and distressing life*”.

Si noti che in nessuno dei due casi si giunge ad una condanna, perché:

- nel primo caso la legge britannica che punisce l'aiuto al suicidio è proporzionata allo scopo di tutelare i soggetti vulnerabili da abusi e “anche perché una certa elasticità è resa possibile in casi particolari” (sono possibili riduzioni e sospensioni della pena, sono portati dati che attestano numerosi casi di sospensione della pena o pene minori e necessità, su un piano processuale, del consenso del pubblico ministero per esercitare l'azione penale) [cfr. § 76]
- nel secondo caso la Svizzera consente il suicidio assistito e le condizioni poste dalla legge svizzera, che lo vietavano nella fattispecie, sono proporzionate

Da un diverso punto di vista, si potrebbe configurare una lesione anche dell'**art. 13 CEDU** che impone agli Stati di garantire la piena effettività del diritto a ricorrere ad un giudice qualora la Corte costituzionale dovesse “chiudere la porta” all'esame nel merito della questione qui prospettata. Interessanti, sul punto, gli stessi approdi della giurisprudenza di Strasburgo (nel caso di *Ulrich Koch*, § 5 ivi), che ha rinvenuto la lesione del diritto del ricorso effettivo al giudice (art. 13) da parte delle autorità giudiziarie tedesche, le quali avevano rifiutato una pronuncia nel merito del ricorso presentato dal marito della donna recatasi in Svizzera per ottenere il suicidio assistito. La cauta pronuncia della Corte europea parrebbe infatti trafugare la violazione dell'art. 8, cioè il profilo sostanziale, sotto una veste meno traumatica per lo Stato, cioè la mancata tutela del diritto al giudice, quasi come sotterfugio per stimolare le autorità giudiziarie tedesche, come poi è accaduto, a riconoscere la violazione del diritto al suicidio assistito della moglie del ricorrente.

Da evidenziare la circostanza in base alla quale, alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea, che qualifica come definitive anche situazioni in cui non sono esperiti tutti i gradi di giudizio ma chiaramente prive di tutela giurisdizionale all'interno dell'ordinamento (v. da ultimo il caso *Oliari contro Italia*, 2015), sarebbe possibile fin da ora, da parte dei cittadini italiani, percorrere autonomamente la strada del ricorso diretto alla Corte europea.

c) Reclamo collettivo davanti al Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS)

Un ultimo interessante orizzonte è quello che offre la Carta sociale europea la quale, benché poco utilizzata fino ad oggi, può essere valorizzata alla luce delle sue indubbe potenzialità.

In questa prospettiva, tenendo in disparte i profili processuali legati alla legittimazione ad agire, potrebbe essere proposto un reclamo collettivo al Comitato europeo dei diritti sociali (secondo giudice del Consiglio d'Europa), lamentandosi la violazione dell'**art. 11** (diritto alla protezione della salute), **punto 1, e dell'art. 13** (diritto all'assistenza sociale e medica), **punti 1 e 3, della Carta sociale europea.**

Il reclamo collettivo dovrebbe avere ad oggetto la tutela del diritto di accesso ad un farmaco sedativo volto a permettere una interruzione delle cure senza dolore e dignitosa, diritto che appare oggi violato dall'impossibilità di ottenere l'erogazione del farmaco medesimo, alla luce della previsione di una sanzione penale per chi agevola l'esercizio di tale diritto.

Una volta dimostrato che l'accesso ad una sedazione che renda possibile un suicidio senza dolore e dignitoso in determinati casi eccezionali è indispensabile perché possa realizzarsi la volontà del malato in ordine alla scelta delle cure mediche, compresa la modalità attraverso cui terminare tali cure senza per questo dover attraversare ulteriori e più gravi sofferenze, affiora infatti con limpidezza che il diniego del farmaco costituisce violazione del diritto alla salute, tutelato dall'**art. 11 della Carta**, nella parte in cui, al punto 1, impone agli stati l'obbligo di rimuovere le cause di una "salute deficitaria"¹⁵.

Infatti, l'**art. 13 della Carta** richiede, ai punti 1 e 3, che gli stati contraenti si impegnino:

¹⁵ *"L'adozione di misure volte a rimuovere le cause di una salute deficitaria va intesa principalmente nel senso dell'obbligo per gli Stati di garantire, a tutti quelli che ne hanno necessità, l'accessibilità e la sostenibilità economica delle cure sanitarie. La mancanza di risorse economiche non deve costituire un impedimento a tale accesso; di conseguenza gli Stati europei hanno, ai sensi della Carta sociale, l'obbligo di garantire l'accesso alle cure sanitarie senza costi a chi non dispone di risorse economiche. Questo implica, evidentemente, che i costi delle cure sanitarie debbano essere sostenuti, almeno in parte, dalla comunità statale. Ed implica anche che debbano essere prese misure specifiche per ridurre l'onere finanziario per i pazienti che appartengono alle categorie più svantaggiate della popolazione"* (Palmisano, 2016).

- “ad accertarsi che ogni persona che non dispone di risorse sufficienti o che non è in grado di procurarsi tali risorse con i propri mezzi o di riceverli da un'altra fonte, in particolare con prestazioni derivanti da un regime di sicurezza sociale, possa ottenere un'assistenza adeguata e, in caso di malattia, le cure di cui necessita in considerazione delle sue condizioni;

- “a prevedere che ciascuno possa ottenere mediante servizi pertinenti di carattere pubblico o privato, ogni tipo di consulenza e di aiuto personale necessario per prevenire, eliminare o alleviare lo stato di bisogno personale e familiare”;

In entrambe le ipotesi, in questa prospettiva, la violazione dei menzionati diritti sociali deriva dalla discriminazione economica che l'attuale quadro normativo italiano provoca tra soggetti non indigenti, che possono affrontare le spese di un viaggio all'estero per realizzare il loro diritto, e soggetti indigenti, segregati nella loro sofferenza dal divieto italiano a causa delle loro condizioni patrimoniali.

La conseguenza dell'accoglimento del reclamo dovrebbe essere dunque quella non solo di imporre all'ordinamento italiano di attivarsi per garantire la libertà di accesso al farmaco al malato, alle condizioni eccezionali da individuarsi sulla base delle scelte dello stato¹⁶, ma anche di rendere accessibile, mediante la destinazione di risorse pubbliche, il farmaco a soggetti che si trovano in condizioni economiche disagiate e che dunque non possono affrontarne privatamente i costi.

Si tratta evidentemente di una soluzione di tutela estremamente avanzata, che affonda però le sue radici nella attuale discriminazione economica insita nella disciplina tracciata dall'art. 580 c.p., il quale accentua le condizioni di svantaggio di chi non può recarsi all'estero ed affrontare i conseguenti costi di accesso e somministrazione del farmaco.

In conclusione, parafrasando Gustavo Zagrebelsky¹⁷, che in un recente scritto parla di “diritti per forza”, evidenziando i rischi di una tutela solo giudiziaria degli stessi, mi sento di affermare che la “forza dei diritti” impone che si percorra ora questa strada, aspettando certo una disciplina legislativa, ma non lasciando sole le persone più fragili. La nostra Costituzione, infatti, quando fu scritta, pensava soprattutto a loro.

¹⁶ Libertà della condotta principale che, per sua natura, renderebbe lecita, operando come scriminante, la condotta dell'agevolatore (questa sarebbe una conseguenza diretta ed immediata dell'accoglimento, non incentrato però sulla illegittimità della previsione di una responsabilità penale in capo a tale soggetto).

¹⁷ G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017.