

La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, fra conferme e novità

Carlo Casonato*

CONSTITUTIONAL CASE-LAW ON ASSISTED SUICIDE IN THE PERSPECTIVE OF BIOLAW, BETWEEN CONFIRMATIONS AND INNOVATIONS

ABSTRACT: The law dealing with life sciences (biolaw) should be characterised by being up-to-date, open to scientific evidence and ethical pluralism and attentive to the particularities of different concrete cases. The article considers the most recent Italian constitutional case-law on end-of-life decisions (ord. 207/2018 and decision 242/2019) in the light of these features, noting many pros and a few cons.

KEYWORDS: Biolaw; euthanasia; constitutional law; end-of-life decisions; assisted suicide

SOMMARIO: 1. Base di partenza e obiettivo dello scritto – 2. Un biodiritto aperto, aggiornato, attento (cenni) – 3. Il fattore tempo e la considerazione per le innovazioni tecnologiche – 4. L'apertura verso i profili tecnico-scientifici – 5. La limitata apertura al pluralismo etico: rilievi critici – 6. L'attenzione alla concretezza del caso – 7. Conclusioni: la Corte costituzionale fra molte conferme e qualche novità.

1. Base di partenza e obiettivo dello scritto

La vivacità del dibattito scaturito dalla più recente giurisprudenza costituzionale in tema di agevolazione al suicidio è testimoniata dalla quantità e dalla qualità degli interventi dottrinali succedutisi nelle più diverse sedi di pubblicazione¹. La sentenza n. 242 del 2019, infatti, è stata analizzata da numerosi punti di vista e valutata secondo criteri e con prospettive anche molto differenti.

C'è chi, in tema di *judicial activism*, ad esempio, ha voluto leggerla nei termini di un inedito e irrimediabile *vulnus* alla discrezionalità politica, giungendo a sostenerne l'incoerenza con l'ordinanza n. 207 del 2018, in cui la stessa Corte avrebbe lasciato intendere di voler mantenere quella discrezionalità in

* Professore ordinario di diritto costituzionale comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento e membro del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail: carlo.casonato@unitn.it. Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume a cura di C. Padula, *Una nuova stagione creativa della Corte Costituzionale?*, Editore ES, Napoli 2020.

¹ Per tutti, si vedano le pagine dedicate all'ordinanza n. 207 del 2018 e alla sentenza n. 242 del 2019 ospitate nei siti di *Consulta online* e dell'*Osservatorio AIC*, oltre che il *Forum* pubblicato nel primo numero del 2020 di *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*. Da una diversa prospettiva, si vedano le tre posizioni diverse rappresentate nel parere del Comitato Nazionale per la Bioetica su *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito* del 18 luglio 2019.

capo al legislatore². Secondo altra posizione, invece, si potrebbe argomentare che quel *vulnus* – se di *vulnus* si vuole parlare – esiste da tempo, non potendosi, al fine di garantire l'effettività dei diritti e una fisiologica dinamica di *checks and balances*, affidare l'attività di circoscrivere i confini della discrezionalità politica allo stesso organo che la esercita³. Inoltre, a fronte di chi considera avvenuta «senza indugio» la rimozione del limite della stessa discrezionalità politica, c'è chi ha argomentato sulla base del lasso di tempo che i giudici avevano concesso all'inerte titolare, presuntivamente esclusivo, di quel potere⁴.

Su questa linea, anche l'oggettivo distacco dalla teoria dell'intervento "a rime obbligate" è stato letto, da alcuni, come una sostanziale novità, da altri come una conferma della tendenza già in atto da anni a non richiedere «un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima», ma a considerare necessario e sufficiente al sindacato della Corte sulla congruità di una pena il fatto che «il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e "soluzioni già esistenti"»⁵.

² A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, nel sito di Giustizia insieme, <https://bit.ly/2XBYmK8> da cui sono tratte anche le citazioni successive. Cfr. anche R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"*, reperibile al link: <https://bit.ly/3h0CVd4>. The final cut, in *Consulta online, Studi 1, 2020*, 1.

³ Il riferimento a livello comparato potrebbe andare alla *political question doctrine* statunitense. Sulla necessaria effettività dei diritti, fra gli altri, G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2020, I, 335; M. PANEBIANCO, *Il seguito dell'ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di colegislazione n. 242 del 2019*, in *Nomos*, 1, 2020, 7 ss. In generale, in riferimento al rapporto tra legislazione e giurisdizione, si può ipotizzare che «la tendenza alla "sostituzione" del legislatore da parte delle corti risulta inversamente proporzionale alla capacità del primo di adeguare le modalità di esercizio del proprio potere tanto alla peculiarità del contesto medico-scientifico quanto ai principi enunciati a livello di giurisprudenza costituzionale»: S. PENASA, F. CORTESE, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Rivista AIC*, 4, 2015.

⁴ Sostenere la contraddizione della sentenza n. 242 rispetto alla ordinanza n. 207 sul punto può essere addebitabile ad una forzata interpretazione dell'ordinanza, in cui si è voluto leggere la volontà di riservare l'ultima parola «al legislatore (e solo ad esso)»: A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit.; si veda anche L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della corte costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 marzo 2019. In diversa prospettiva, fra gli altri, C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2019, 13.

⁵ La citazione è dalla sent. n. 236 del 2016, richiamata, assieme ad altre, da P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in corso di pubblicazione in *Rivista di BioDiritto – BioLaw Journal*, 1, 2020. Sul tema, A. PUGIOTTO, *L'altra quaestio del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 giugno 2019; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 644. In generale, si vedano le considerazioni di A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2019, 785 ss. Di rime non più obbligate ma solamente possibili, in altro contesto, parla S. Leone, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 183. In prospettiva critica, già in riferimento alla sent. n. 222 del 2018,

Passando all'apparato argomentativo della sentenza, alcuni autori ne hanno privilegiato una chiave di lettura sul piano dell'autodeterminazione, salutando con favore una motivazione «basata soprattutto sul diritto costituzionale alla salute e sulla libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, sancita dalla Costituzione circa la possibilità di rifiutare o meno le cure»⁶, piuttosto che denunciando come essa acceda «ad un'accezione meramente ed esclusivamente soggettiva della dignità, facendola in buona sostanza scivolare e risolvere per intero nell'autodeterminazione della persona»⁷. D'altro canto, è pure possibile individuare il fulcro delle argomentazioni della Corte all'interno di un «classico giudizio di ragionevolezza, con tanto di *tertium comparationis* – reperito nella legge n. 219 del 2017»⁸.

Vista la ricchezza e la molteplicità delle posizioni già rappresentate in dottrina, illustrate *supra* in termini meramente esemplificativi, l'obiettivo di questo breve scritto consiste nel contribuire all'analisi della più recente giurisprudenza costituzionale in tema di fine vita adottando un piano di lettura che si basa su alcune delle proprietà che – riteniamo – debbano caratterizzare il biodiritto⁹. Si tratta, in primo luogo, di verificare se la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale italiana si ponga in una linea di coerenza rispetto alle caratteristiche di apertura, sia al dato scientifico che al pluralismo etico, di aggiornamento, rispetto alle innovazioni tecnologiche e ai mutamenti sociali, e di attenzione, verso le caratteristiche specifiche dei singoli ambiti e casi coinvolti¹⁰. Su questa base, quindi, si potranno verificare, in forma necessariamente sintetica, alcuni profili di continuità o di incoerenza della giurisprudenza costituzionale italiana in tema di decisioni di fine vita rispetto al pregresso panorama italiano e a quello comparato¹¹.

A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 251 e *contra* R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 757 ss.

⁶ M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale della AIC*, 1, 2020, 6. Sulla «individuazione dei criteri in base ai quali considerare la scelta e la conseguente condotta suicidaria realmente autonoma e libera», cfr. S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 marzo 2019.

⁷ A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda*, reperibile al link <https://bit.ly/379ckGj> (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018), in *Consulta online, Studi* 1, 2019, 97, reperibile al link <https://bit.ly/2XZPY64>.

⁸ P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, cit., e, ci si consenta, C. CASONATO, *La Corte costituzionale, tra giuste attenzioni e eccessi di prudenza*, in corso di pubblicazione in *Giur. civ. comm.*, 1, 2020. Già in riferimento all'ordinanza n. 207 del 2018, cfr. C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 139 ss. Per quanto diremo *infra*, è questa la prospettiva che ci pare più convincente.

⁹ Per biodiritto si intende, in questa sede, il fenomeno giuridico che si occupa delle questioni che sorgono nel campo della medicina e delle scienze della vita in generale.

¹⁰ Abbiamo in altra sede parlato delle "tre A" del biodiritto: C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 29 ss.; *Idem*, *21st Century BioLaw: a proposal*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, 81 ss.

¹¹ Visto il carattere del presente scritto, tale profilo potrà essere solamente accennato, per costituire, semmai, la base per future ricerche più ampie.

2. Un biodiritto aperto, aggiornato, attento (cenni)

È buona regola quella che impone ad ogni fonte e formante giuridico, secondo le rispettive caratteristiche, di tenere in considerazione le specificità dell'oggetto sui cui si interviene¹². Le scienze della vita e la medicina, oltre che le relative applicazioni, presentano, da questo punto di vista, caratteri particolari su diversi versanti.

Tali ambiti del sapere, in primo luogo, intervengono in settori altamente specializzati, le cui nozioni e dinamiche richiedono formazione specifica e competenze non comuni. Se tanto a livello legislativo (si pensi alle audizioni) quanto a livello giurisdizionale (in generale, attraverso perizie e consulenze tecniche, oltre che, per quanto riguarda la Corte costituzionale, la recente apertura agli *amici curiae*)¹³ non sono assenti canali di comunicazione fra scienza e diritto, essi non sono però sempre efficaci e non può escludersi che gli operatori giuridici, corti comprese, trovino una particolare difficoltà nel comprendere, ancor prima che decidere, le complessità che permeano la materia o il caso in oggetto. Da questo punto di vista, è necessario che il diritto che si occupa di tali ambiti si apra, per quanto possibile e senza perdere le proprie attribuzioni specifiche e forme di responsabilità, ad una virtuosa contaminazione con la dimensione scientifica.

Le scienze della vita, in secondo luogo, insistono su tematiche delicatissime anche dal punto di vista antropologico e filosofico, suscitando dilemmi etici, giuridici, culturali, sociali, economici, politici, particolarmente complessi. Tanto l'oggetto su cui intervenire (dalla procreazione assistita al *genome editing*, dalla ricerca sugli embrioni umani alle – appunto – decisioni di fine vita) quanto i parametri attraverso cui condurre l'analisi (basti pensare alla molteplicità di interpretazioni date al concetto di dignità umana) evocano, quindi, nozioni e significati esistenziali plurali e divisivi, fortemente collegati ad anche assai diverse visioni del mondo individuali e collettive. In questa prospettiva, i caratteri tipici di uno stato di derivazione liberale impongono che il diritto rispetti e promuova, pure all'interno di una cornice di sostenibilità complessiva, gli interessi e le istanze individuali che non si pongono in contrasto con le posizioni di terzi o della collettività¹⁴.

La materia coperta dal biodiritto, in terzo luogo, è caratterizzata da sviluppi molto rapidi e da percorsi non sempre lineari. Seguendo il metodo scientifico-sperimentale, che impone costanti verifiche e revisioni degli esiti raggiunti, risulta quindi fisiologico che i risultati di oggi vengano smentiti dagli studi di domani. In questa logica, ogni disciplina rischia di soffrire di un alto tasso di obsolescenza, imponendosi un bilanciamento non facile fra la fissazione di un quadro di principi che assicuri determinati margini di certezza e prevedibilità e una continua opera di rivalutazione del relativo contenuto.

Una quarta caratteristica che fa delle scienze della vita e delle relative applicazioni all'essere umano un oggetto su cui il diritto deve intervenire con attenzione deriva dal fatto che le complessità segnalate rendono spesso inadatte e inefficaci discipline generali e astratte. Sono spesso piccoli tratti concreti

¹² I riferimenti principali, in tema, vanno a R. SACCO, *Formante*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VIII, Torino, 1992, 438; R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, 2019; G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986.

¹³ Fra gli altri, cfr. M. D'AMICO, F. BIONDI, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli 2018.

¹⁴ Su cui, ad esempio, i contributi raccolti nel Forum *Biodiritto e pluralismi*, pubblicato in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016. 1 ss.

quelli che fanno la differenza da caso a caso; differenza che richiede di essere rilevata e tenuta in considerazione dal diritto al fine di non pregiudicare, con regole vaghe, l'adeguatezza e la proporzionalità della disciplina.

Sulla base di queste considerazioni, in sintesi, può proporsi un diritto che, occupandosi delle scienze della vita, deve assumere i caratteri dell'apertura, verso la scienza e il pluralismo etico, dell'aggiornamento e dell'attenzione alle specificità del caso in oggetto. Tali qualità sono state finora studiate con prevalente riferimento alla fonte legislativa¹⁵; la sentenza n. 242 del 2019, in "combinato disposto" con l'ordinanza n. 207 del 218, costituisce, quindi, l'occasione per verificare quanto esse possano applicarsi anche alla giurisprudenza e, in particolare, ad una giurisprudenza costituzionale peculiare quale quella che si è occupata dell'assistenza al suicidio¹⁶.

3. Il fattore tempo e la considerazione per le innovazioni tecnologiche

La Corte costituzionale, anzitutto, riconosce espressamente come la situazione clinica di Fabiano Antoniani non sarebbe stata nemmeno pensabile ai tempi in cui l'articolo 580 del codice penale fu adottato. All'adozione di tale testo (1930) erano appena apparsi, in via poco più che sperimentale, i primi macchinari a pressione negativa per la ventilazione meccanica, i cosiddetti polmoni d'acciaio. Solo a partire dal 1940 si cominciarono a studiare le sostanze più adatte e le dosi più efficaci da adottare nella nutrizione e idratazione artificiali¹⁷; e non fu prima del 1980 che si diffuse l'uso degli oppioidi nella terapia del dolore, con un utilizzo ancora più tardo, e tutt'oggi ancora molto disomogeneo, della sedazione palliativa profonda¹⁸.

Su queste basi, la Corte riconosce già nell'ordinanza n. 207, e conferma nella sentenza n. 242, che la condizione di Fabiano Antoniani fa parte di quelle «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali»¹⁹.

¹⁵ C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, cit., 29 ss.; Idem, *21st Century BioLaw: a proposal*, cit., 81 ss.; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Editoriale Scientifica, 2015; S. PENASA, F. CORTESE, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, cit.

¹⁶ In generale, sulle intersezioni fra giurisprudenza, anche costituzionale, e scienze della vita, la letteratura è molta. Fra gli altri, M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, 2012; R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, Aracne, 2014; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2016; M. TALLACCHINI, *Diritto e scienza*, Torino, 2012; C. CASONATO, S. PENASA, *Dinamiche costituzionali e biodiritto. Il ruolo del giudice tra inerzia e solerzia*, in L. MEZZETTI, E. FERIOLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, 2018, 879 ss.

¹⁷ Rispettivamente, A. SLUTSKY, *History of Mechanical Ventilation. From Vesalius to Ventilator-induced Lung Injury*, in *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine*, 2015 (191), 1106; F. VASSILYADI et al., *Hallmarks in the History of Enteral and Parenteral Nutrition. From Antiquity to the 20th Century*, in *Nutrition in Clinical Practice*, 2013 (28) 213. Per la situazione Italiana, in generale, cfr. G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia*, Bari, 2005, 380 ss.

¹⁸ M. STOLBERG, *A History of Palliative Care, 1500-1970*, Cham, 2017.

¹⁹ Punto 8 del *Considerato in diritto* dell'ordinanza e 2.3 di quello della sentenza.

Il fattore tempo, il delta riscontrabile fra l'entrata in vigore della norma e la sua applicazione, gioca così un ruolo importante nel rendere il caso concreto non più riconducibile alla fattispecie astratta su cui si era costruita la norma incriminatrice. E se è vero che il diritto, in tutte le sue componenti, deve assicurare un margine di certezza e prevedibilità anche su scala temporale, pare difficile non condividere la difficoltà nel ricondurre la situazione clinica di Fabiano Antoniani a quelle prospettabili quasi novanta anni prima.

In termini generali, non è certo la prima volta che la Corte costituzionale si trova a trarre da novità scientifiche o tecnologiche elementi rilevanti per il suo giudizio²⁰. Già nella giurisprudenza relativa alla legittimità costituzionale della legge contenente i nuovi criteri di accertamento della morte, la Corte rilevava come, a fronte della situazione del 1930, «il successivo sviluppo delle conoscenze scientifiche e dei perfezionamenti tecnologici, anche in relazione alle misure di rianimazione e di realizzazione dei trapianti di organi vascolarizzati, ha posto la necessità per il diritto di riconsiderare quei dati scientifici ed operare delle scelte, introducendo per via legislativa una nozione di morte ed ampliando i criteri per il suo accertamento»²¹. Su queste basi, concludeva facendo riferimento «[a]llo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero», ammettendo quindi implicitamente il rilievo del mutamento scientifico sul giudizio di legittimità²². Anche nella giurisprudenza relativa al caso Di Bella, ad esempio, e poi in quella su Stamina, il fattore tempo ha giocato un ruolo decisivo nel condurre alla (non immediata) formazione di un giudizio clinico di inefficacia terapeutica dei trattamenti proposti; inefficacia da cui sono derivate le decisioni sulla illegittimità costituzionale delle norme che estendevano il diritto di

²⁰ In termini generali, fra gli altri, G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"* (a cura di E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI), Torino 2002, 431 ss.; R. BIN, *La Corte e la scienza*, relazione al seminario su *Biotecnologie e valori costituzionali il contributo della giustizia costituzionale*, Parma, 19 marzo 2004; *Idem*, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, 313 ss.; da ultimo, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

²¹ Sent. n. 414 del 1995 (p. 3 del *Considerato in diritto*) sulla legge n. 578 del 1993 (artt. 1 e 2.2) in tema di accertamento della morte. S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2, 2015, 290 ss.

²² Il testo completo recita: «Allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero, può dirsi che la recente legge n. 578 del 1993, nel riflettere i progressi scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona), non si ponga in contrasto con norme e principi costituzionali per quanto concerne il circoscritto oggetto del presente giudizio, attinente alla chiarificazione della nozione di morte e l'indicazione dei criteri di accertamento della stessa»: punto 4 del *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta).

accesso a quei trattamenti²³. E in tema di obblighi vaccinali, la Corte ha parimenti considerato opportuno un sistema di monitoraggio periodo che ne possa far mutare i caratteri²⁴.

Anche nel panorama comparato, le corti che variamente svolgono funzioni di *judicial review*, o ad esse avvicinati, puntano a considerare le innovazioni scientifico-tecnologiche come uno dei criteri su cui fondare i rispettivi giudizi²⁵. Sia la Court of Appeal di Londra che la House of Lords, ad esempio, giunsero a considerare applicabile la disciplina sulla procreazione assistita (*Human Fertilization and Embryology Act*) agli embrioni derivanti da trasferimento nucleare del somatocita (*somatic cell nuclear transfer: SCNT*), tecnica non ancora praticata al tempo dell'adozione della disciplina normativa, proprio sulla base di un approccio *purposive* necessitato dalla novità tecnologica²⁶.

Passando alla dimensione europea, va registrata, *mutatis mutandis*, una tendenza simile da parte sia della Corte di Strasburgo sia di quella di Lussemburgo. La Corte europea dei diritti dell'uomo, così, ha spesso richiamato la necessità, in termini di legittimità convenzionale, che gli Stati rivolgano specifica attenzione alle innovazioni scientifico-tecnologiche (caso *S.H. v. Austria*, ad esempio)²⁷. E di fronte a (pur presunte) nuove risultanze scientifiche, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella sentenza *ISCO*, ha mutato indirizzo rispetto a quanto sostenuto solo tre anni prima in *Brüstle*, riguardo alla conducibilità del partenote alla categoria "embrione umano"²⁸.

²³ Cfr., fra gli altri, M. TOMASI, *Il potere legislativo e la giurisdizione di fronte al pluralismo delle domande di salute. Dal multitrattamento Di Bella al vaso Stamina*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 2016, 133 ss.; Idem, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della vicenda "Stamina"*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2013, 63 ss.; P. VERONESI, *Al crocevia del "Caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2015, 91 ss.; N. VETTORI, *Sistema normativo 'aperto', rigore del metodo scientifico e diritto alla salute: il difficile ruolo di mediazione delle Istituzioni pubbliche. (A proposito del 'caso Stamina')*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2015, 61 ss. In termini generali, C. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Padova 2006.

²⁴ Sent. n. 5 del 2018: «Questo elemento di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, denota che la scelta legislativa a favore dello strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso» (punto 2.8.5 del *Considerato in diritto*). Cfr., A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, 1/2018, 87 ss.; M. TOMASI, *Lo stato dell'arte sugli obblighi vaccinali all'indomani della sentenza costituzionale n. 5 del 2018*, in *Studium Iuris*, 7-8, 2018, 829 ss.

²⁵ Si vedano le sentenze n. 185 del 1998 e n. 274 del 2014.

²⁶ S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit., 322. Si veda anche *High Court*, caso *Quintavalle & Anor, R (on the application of) v. Human Fertilisation & Embryology Authority (HFEA)* [2008] EWHC 3395 (Admin) (09 December 2008).

²⁷ Fra le altre, *S.H. and others v. Austria* (appl. no. 57813/00) del 3 novembre 2011: «The Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States» (punto 118 della motivazione), su cui S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit., 81 ss.

²⁸ Si tratta delle sentenze *Oliver Brüstle v. Greenpeace* (c-34/10) del 18 ottobre 2011 e *International Stem Cell Corporation contro Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks* (c-364/13) del 18 dicembre 2014. Cfr. S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di "embrione umano"*, in *Quaderni costituzionali*, 1 2015, 213 ss.; M. TOMASI, *La Corte di giustizia e l'embrione umano: una definizione meno ampia e più, funzionale, sempre scientificamente e tecnologicamente condizionata*, in *DPCE online*, 2, 2015, 217 ss. e si permetta, C. CA-

In tutti questi casi, qui richiamati in termini meramente esemplificativi, non è ovviamente il solo trascorrere del tempo né l'avanzare del sapere scientifico o la scoperta di nuove applicazioni tecnologiche a rendere la norma di riferimento incostituzionale. Ma il fattore tempo, e i mutamenti scientifico-tecnologici ad esso collegati, si pongono come variabili importanti all'interno di un giudizio di ragionevolezza complessivo che – vedremo – tiene in attenta considerazione le specificità del caso concreto²⁹. Su questa linea, il richiamato riferimento della Corte costituzionale alla obsolescenza della norma, considerata rispetto alle innovazioni tecnologiche intervenute fra l'adozione del codice penale e la sua applicazione al caso concreto (situazione «inimmaginabile»), non costituisce una novità né per la giurisprudenza costituzionale italiana né in riferimento ad un panorama comparato più ampio, ma rappresenta piuttosto la conferma di una tendenza verso l'aggiornamento dei profili (anche tecnico-scientifici) su cui basare il proprio giudizio.

Tali considerazioni, in termini più generali, si legano all'apertura del diritto nei confronti delle risultanze scientifiche.

4. L'apertura verso i profili tecnico-scientifici

Una seconda caratteristica del biodiritto, infatti, si collega alla sua necessaria apertura nei confronti della dimensione tecnico-scientifica complessivamente intesa. Oltre alle considerazioni sui progressi tecnologici intervenuti negli ultimi anni, la Corte costituzionale dà dimostrazione di tale attenzione in alcuni passaggi delle decisioni in tema di agevolazione al suicidio.

Anzitutto, la Corte dimostra di aver ben compreso le peculiarità di natura medica che caratterizzavano la situazione di Fabiano Antoniani. I giudici, infatti, non si limitano ad osservare genericamente che il malato era tenuto in vita grazie a trattamenti di sostegno vitale, ma entrano nello specifico dei dettagli tecnici legati a tale condizione. Dopo averne richiamato la tetraplegia e il carattere corticale, quindi permanente, della cecità bilaterale, si registra la necessità di periodiche asportazioni di muco e di manovre di evacuazione. La presenza di spasmi e contrazioni ricorrenti, inoltre, è riportata al fine di indicare la presenza di «acute sofferenze, che non potevano essere completamente lenite farmacologicamente, se non mediante sedazione profonda»³⁰. Tale descrizione non è fine a sé stessa, ma serve a comprendere, in termini tristemente realistici, il contesto tecnologico della condizione di forte dolore psico-fisico e la complessità, spesso sottovalutata, dei trattamenti cui le persone come DJ Fabo devono essere sottoposte.

Il quadro clinico è completato da un ulteriore dato tecnico, collegato al fatto che la dipendenza respiratoria non era assoluta, imponendo l'ausilio non continuativo della ventilazione meccanica. Tale dettaglio è, nell'economia complessiva della decisione, di grande rilevanza. A differenza di quanto accaduto a Piergiorgio Welby, infatti, l'interruzione della ventilazione non avrebbe causato la morte immediata del malato: non essendo Antoniani «totalmente dipendente dal respiratore artificiale, la sua

SONATO, *La brevettabilità dell'embrione umano fra scienza e diritto*, in S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA (coordinadores), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, Ciudad de México, 3, 2017, 239 ss.

²⁹ L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, 143 ss.

³⁰ Punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*.

morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo»³¹.

Tali considerazioni fanno emergere come la consapevolezza del quadro clinico (scientifico e tecnologico) della condizione clinica di Fabiano Antoniani fosse necessaria al fine di adottare una decisione che ne rispettasse i diritti costituzionali. Ed è proprio tale consapevolezza a condurre alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p., nella parte in cui imponeva un processo di morte ritenuto non dignitoso e causa di sofferenza per il malato e per i suoi cari.

Passando ad una rapida valutazione del carattere innovativo o meno di tale profilo, va detto che nemmeno l'apertura a dettagli tecnico-scientifici nel giudizio della Corte costituisce una novità. Può, infatti, ricordarsi risalente e già ben studiata giurisprudenza in cui la Corte utilizza parametri di giudizio esterni alle norme giuridiche, derivanti da dati extra-normativi, al cui interno «possono essere appropriatamente inclusi anche quelli derivanti dal sapere scientifico-tecnologico»³². Con stretto riferimento alle questioni di carattere medico, così, è la stessa Corte a precisare, pur in un diverso contesto, che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite»³³. Si tratta di una considerazione specifica dell'ambito scientifico-tecnologico che accompagna la Corte fino alle più recenti decisioni in tema di procreazione medicalmente assistita³⁴.

In riferimento al caso oggetto del presente contributo, va quindi rilevato come la sent. n. 242 costituisca una conferma della tendenza da parte della Corte a parametrare il proprio giudizio anche su basi tecnico-scientifiche. In questo senso, si è parlato di un giudizio di «ragionevolezza scientifica» o, addirittura, della scienza come «parametro interposto di legittimità costituzionale»³⁵. E in questa sede, può

³¹ Punto 9 del *Considerato in diritto* dell'ord. n. 207, ripreso al punto 2.3 del *Considerato in diritto* della sent. n. 242.

³² G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 220. In termini complessivi,

G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, 2008. Una prospettiva più critica in A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014.

³³ Sent. n. 282 del 2002, punto 5 del *Considerato in diritto*. In generale, L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, cit., 137 ss.; L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 1450. L'ambito della procreazione medicalmente assistita, e la legge n. 40 del 2004, sono altri luoghi tipici di espressione della ragionevolezza scientifica: G. Ragone, *Scienza e diritto nell'argomentazione della corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2015

³⁴ Su cui, ampiamente, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit. passim.

³⁵ I riferimenti vanno, rispettivamente, a S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 817 ss. e a C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016. Cfr. anche R. BIN, *La Corte e la scienza*, e G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, entrambi in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, rispettivamente, 9 e 58; e molti dei contributi raccolti in L. CHIEFFI

solo rinviarsi agli studi che hanno dimostrato come un approccio che potremmo qualificare *science o evidence based* sia un dato costante di molte altre giurisdizioni di carattere statale, internazionale e sovranazionale³⁶.

5. La limitata apertura al pluralismo etico: rilievi critici

La terza delle proprietà che abbiamo indicato come virtuosi caratteri del biodiritto si riferisce all'apertura vero il pluralismo etico e culturale. Se tale apertura impone al legislatore canali istituzionali capaci di sensibilizzarlo in termini più articolati rispetto a quanto possano fare i circuiti ordinari della rappresentanza politica (come ad esempio gli *États généraux de la bioéthique* in Francia, l'intervento del *Nuffield Council of Bioethics* nel Regno Unito o il ruolo di commissioni *ad hoc* in Spagna)³⁷ per i giudici costituzionali la questione si pone in forma assai differente. Per quanto riguarda la giurisprudenza, e quella di natura costituzionale, infatti, tale profilo può essere riferito più che a particolari modalità di esercizio della funzione (come per i due caratteri già esaminati: l'aggiornamento e l'apertura al dato tecnico-scientifico) alla presa in considerazione di una peculiare interpretazione del principio personalista. L'apertura verso il pluralismo etico e culturale, in questi termini, gioca un ruolo a livello di contenuto, più che di modalità, del *decision-making process*, orientando il provvedimento da assumere verso la maggiore cifra possibile di rispetto della scelta individuale.

Da questo punto di vista, la logica adottata dalla Corte costituzionale italiana, soprattutto nella sentenza n. 242, non pare caratterizzarsi per una grande apertura³⁸. Il riferimento all'autodeterminazione

(a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Bari, 2016. In termini ancor più generali, fra gli altri, i contributi raccolti in A. CERRI A. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2007. Estendono il discorso gli autori dei contributi raccolti nella parte dedicata a *Reasonableness, Bioethics, and Biolaw* di G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (editors), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, 2009, 329 ss.

³⁶ Si pensi, per gli Stati Uniti al noto caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.* (113 S.Ct. 2786 del 1993) e, in dottrina, a S. JASANOFF, *Science at the bar: law, science, and technology in America*, 20th Century Fund, 1995. Per la Corte di Giustizia, si pensi, ad esempio, a *Artegodan v. Commissione* (26 novembre 2002, C-221/10, in appello contro T-429/05) in tema di legittima competenza in materia di ritiro dal mercato di un prodotto medicinale. La Corte afferma: «the withdrawal of a marketing authorisation must in principle be regarded as justified only where a new potential risk or the lack of efficacy is substantiated by new, objective, scientific and/or medical data or information. In particular, it is entirely logical that the application of a new assessment criterion, which reflects a current consensus in the medical community, is justifiable during the period of the authorisation's validity only if that development is based on new data or information» (p. 194). Per la Corte Europea dei diritti umani, fra gli altri, si veda *Hatton and Others v. The United Kingdom* (appl. n. 36022/97, 8 luglio 2003) in cui la *Grand Chambre* ha trattato della decisione del governo britannico di permettere un'estensione dei voli notturni presso l'aeroporto di Heathrow: «a governmental decision-making process concerning complex issues of environmental and economic policy such as in the present case must necessarily involve appropriate investigations and studies in order to allow them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake» (p. 128). Per alcuni spunti più complessivi, al riguardo, cfr. C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 191 ss.

³⁷ S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit., passim; C. CASONATO, *21st Century BioLaw: a proposal*, cit., passim.

³⁸ Alcuni passaggi dell'ordinanza n. 207, non testualmente ripresi dalla sentenza n. 242, sembrerebbero aprire maggiori spazi per l'autodeterminazione individuale. Si veda ad esempio il punto 9 del *Considerato in diritto* dell'ordinanza: «Entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per

del malato, infatti, pur non totalmente assente, non assume un rilievo autonomo: se non può essere limitato «ingiustificatamente nonché irragionevolmente», esso è utilizzato non come parametro indipendente di giudizio, ma di sponda, per così dire, come ambito di concreta emersione del principio di eguaglianza³⁹. Secondo la Corte, così, non è possibile «desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita»⁴⁰. Con diverso approccio, la Corte Suprema canadese e la Corte costituzionale colombiana sono giunte a considerare incostituzionale il reato di assistenza al suicidio⁴¹. E una recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sull'incostituzionalità del reato di assistenza professionale e commerciale al suicidio permette di cogliere la distanza delle argomentazioni delle due Corti proprio in punto di autodeterminazione. I giudici tedeschi, a fine febbraio 2020, hanno disposto che il diritto di autodeterminarsi nella morte, anche togliendosi la vita, è ricompreso all'interno di un più generale diritto al libero sviluppo della propria personalità (*Persönlichkeitsrecht*, art. 2, co. 1 Grundgesetz) che si ancora al principio di dignità umana (*Menschenwürde*, art. 1, co. 1 Grundgesetz). In particolare, il Tribunale ha deciso che porre fine alla propria vita «è frutto della concezione che il singolo ha di sé ed è basilare espressione di ogni uomo capace di autodeterminazione e responsabilità morale. Quale sia il significato che il singolo veda nella propria esistenza, e se e per quali ragioni la persona possa determinarsi a terminare la propria vita, sono aspetti che rientrano nelle più personali convinzioni e credenze (*höchstpersönlichen Vorstellungen und Überzeugungen*). La decisione tocca le questioni fondamentali sull'essere umano (*Grundfragen menschlichen Daseins*) e interessa l'identità e l'individualità del singolo uomo». Su queste basi, si conclude, «la decisione del singolo, di porre fine alla propria vita sulla base della propria concezione della qualità della vita e del senso della propria esistenza, è nel momento finale un atto frutto di un'autonoma determinazione che lo Stato e la società devono rispettare»⁴².

limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive». Ciononostante, il punto 8 del *Considerato in diritto* della sentenza indica come parametri del giudizio proprio gli artt. 2, 13 e 32.

³⁹ Cfr. anche C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, cit., 9. Di non identico avviso, M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale* della AIC, 1, 2020, 6. Sulla «individuazione dei criteri in base ai quali considerare la scelta e la conseguente condotta suicidaria realmente autonoma e libera», cfr. S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 marzo 2019.

⁴⁰ Punto 2.2. del *Considerato in diritto* della sentenza n. 242.

⁴¹ Rispettivamente, *Carter v. Canada* del 2015 (SCC 5, 115), su cui, in italiano, M. TOMASI, *Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele*, in *DPCE online*, 2, 2015, 291 ss.; e sentenza della Corte costituzionale colombiana n. 239 del 20 maggio 1997, su cui C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 134.

⁴² *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvR 2347/15, del 26 febbraio 2020: si veda al riguardo la scheda di sintesi, in italiano, curata da G. BATTISTELLA, reperibile al link <https://bit.ly/2UeQnRb>.

Su basi e con prospettive affatto differenti, la Corte italiana centra il proprio ragionamento non sulla tutela della autodeterminazione della persona, anche se consapevole, malata e sofferente, ma sul trattamento irragionevolmente differenziato dei malati che decidono di morire attraverso la interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e quelli che, egualmente sottoposti a tali trattamenti, reputano i tempi e i modi del decesso conseguente a tale interruzione lesivi della propria dignità, e chiedono un'accelerazione del processo di morte⁴³. Infatti, 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 [...] non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»⁴⁴. Quanto, poi, all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, prosegue la Corte «è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze appartengono solitamente a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri»⁴⁵.

La limitata considerazione del principio di autodeterminazione, che si collega ad un altrettanto ridotto riconoscimento del principio personalista, se si vuole, pone di per sé, nel contesto di una forma di Stato di derivazione liberale, alcuni elementi problematici complessivi che sono stati già oggetto di dibattito⁴⁶. In riferimento allo specifico ambito qui considerato, inoltre, le conseguenze di tale impostazione sono assai rilevanti⁴⁷.

Il numero dei malati che potranno richiedere un aiuto nel commettere il proprio suicidio ai sensi della pronuncia della Corte, anzitutto, viene a ridursi di molto, essendo limitato alle persone che, oltre che malate in forma grave e irreversibile, fortemente sofferenti e capaci di esprimere una volontà consapevole e libera, sono allo stesso tempo sottoposte ad un trattamento di sostegno vitale (tipicamente

⁴³ Tale ci pare essere la lettura sistematica più convincente delle argomentazioni della sentenza; da un punto di vista testuale, in ogni caso, i parametri espressamente indicati dalla Corte a sostegno dell'accoglimento parziale sono gli artt. 2, 13 e 32, e non il 3 (punto 8 del *Considerato in diritto*).

⁴⁴ Punto 2.3 del *Considerato in diritto* della sentenza, da cui anche la successiva citazione.

⁴⁵ È proprio la centralità del riferimento al principio di eguaglianza, ad esempio, a portare la Corte a fissare, per l'espressione della volontà di essere assistiti nel suicidio, le stesse procedure previste dalla legge n. 219 del 2017 per il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale (punto 5 del *Considerato in diritto* della sentenza). Sui collegamento fra la pronuncia della Corte e la legge n. 219, oltre che sulle relative implicazioni professionali, cfr. L. BUSATTA, N. ZAMPERETTI, *Scelte di (fine) vita: cambia il diritto; può cambiare la medicina?*, in corso di pubblicazione in *Rivista italiana di medicina legale*.

⁴⁶ Fra i molti altri, si vedano i contributi raccolti in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012. La posizione di chi scrive è sintetizzata in C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2018, 3 ss.

⁴⁷ Si riprendono in questa parte alcune considerazioni espresse in C. CASONATO, *La Corte costituzionale, tra giuste attenzioni e eccessi di prudenza*, cit.

ventilazione meccanica e forme di nutrizione e idratazione artificiali)⁴⁸. Se, da un lato, tale logica si collega alla specificità del caso considerato dalla Corte (su cui *infra*), dall'altro, se ne possono mettere in luce conseguenze paradossali.

Alcuni malati, ad esempio, potrebbero non volere essere ventilati meccanicamente o idratati artificialmente, e richiedere l'aiuto nel porre fine alla propria vita proprio per evitare tali interventi⁴⁹; altri, prevedendo una futura incapacità, potrebbero non volersi esporre a periodi anche lunghi di mantenimento in vita in assenza totale di consapevolezza⁵⁰. Costringerli a subire tali trattamenti (fortemente invasivi, fra l'altro) al solo scopo di essere assistiti nel suicidio potrebbe, quindi, rivelarsi incostituzionale in quanto lesivo del «rispetto della persona umana» che rinforza la riserva di legge dell'art. 32, secondo comma, della Costituzione. Le condizioni cliniche di altri, inoltre, potrebbero non essere compatibili con una tracheotomia, ad esempio, privandoli dell'aiuto richiesto per motivi del tutto casuali. In sintesi, rendere necessaria la presenza di un trattamento di sostegno vitale al fine di ottenere l'agevolazione al suicidio rischia di creare «una discriminazione irragionevole [...] fra quanti sono mantenuti in vita artificialmente e quanti, pur affetti da patologia anche gravissima e con forti sofferenze, non lo sono o non lo sono ancora. Si imporrebbe, inoltre, a questi ultimi di accettare un trattamento anche molto invasivo, come nutrizione e idratazione artificiali o ventilazione meccanica, al solo scopo di poter richiedere l'assistenza al suicidio, prospettando in questo modo un trattamento sanitario obbligatorio senza alcun motivo ragionevole»⁵¹.

In termini di diritto comparato, inoltre, la presenza di tale condizione costituisce un *unicum* a livello sia legislativo sia giurisprudenziale⁵²; *unicum* sul quale non è escluso che la Corte italiana debba tornare a breve, a motivo della possibile proposta della questione di legittimità costituzionale da parte della Corte di Assise di Massa all'interno del processo che vede imputati (sempre *ex art.* 580 c.p.) Marco Cappato e Mina Welby per aver agevolato nel suicidio Davide Trentini, gravemente malato di sclerosi multipla, ma non sottoposto a trattamento di sostegno vitale.

6. L'attenzione alla concretezza del caso

La quarta proprietà del biodiritto, si è detto, è riconducibile all'esigenza di valutare le concrete specificità di ogni singolo caso. Si tratta di sviluppare la capacità di rivolgere l'attenzione a «ciò che può fare

⁴⁸ La questione è in realtà più complessa, cfr. G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in *AIC Osservatorio costituzionale*, 1, 2020, 335.

⁴⁹ È questo, ad esempio, il caso della signora Gloria Taylor che è stata la protagonista del citato caso canadese *Carter. v. Canada*.

⁵⁰ Sul punto, ad esempio, L. POLI, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, 2020, I, 370; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistema penale*, 2019, XII.

⁵¹ Cfr. quanto sostenuto da parte del Comitato Nazionale per la Bioetica (posizione B) nel citato parere su *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, del 18 luglio 2019.

⁵² Se non sono molte le corti che sono intervenute a dichiarare incostituzionale il divieto assoluto di assistenza al suicidio (negli Stati Uniti e nel Regno Unito, ad esempio, le rispettive Supreme Courts hanno espressamente negato tale richiesta) quelle che lo hanno fatto non hanno mai indicato la condizione relativa alla presenza del sostegno vitale; da questo punto di vista, quindi, la scelta della Corte italiana costituisce una (problematica) novità.

la differenza”, senza permettere che norme generali e astratte si rivolgano indiscriminatamente a situazioni in realtà disomogenee. Tale capacità, meno facilmente esercitabile a livello legislativo (essendo la legge fonte, per antonomasia, “generale e astratta”) è terreno tipico del giudiziario, e, anche in ragione del requisito della rilevanza e attraverso l’applicazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza, della Corte costituzionale⁵³. Da questo punto di vista, la sentenza n. 242 conferma l’attenzione alle specificità del caso già dimostrata dall’ordinanza n. 207; attenzione che può però essere valutata in termini ambivalenti.

La Corte, anzitutto, rivolge molta cura nel ricostruire la condizione clinica di Fabiano Antoniani. In particolare, come illustrato *supra*, rileva la presenza di spasmi e contrazioni che generano acute sofferenze, oltre che il carattere non assoluto e non continuativo della dipendenza dal ventilatore. La considerazione di tali aspetti si pone come uno degli elementi decisivi per la decisione di accoglimento parziale della Corte⁵⁴.

L’attenzione alle condizioni specifiche del malato, d’altro canto, si collega alla già criticata scelta di fissare, fra le condizioni che possono giustificare la non punibilità dell’agevolazione al suicidio, la presenza di un trattamento di sostegno vitale. Tale considerazione, come visto, assume un ruolo centrale all’interno della trama argomentativa della Corte permettendo ad essa di limitare il fulcro del proprio ragionamento al principio di eguaglianza piuttosto che estenderlo all’autodeterminazione individuale; in questo modo, però, si espone ad una serie di critiche di sistema e pone le basi per l’emersione di conseguenze pratiche assai problematiche.

Passando ad un altro profilo, la Corte dimostra un’attenzione particolarmente condivisibile alla vulnerabilità che tipicamente caratterizza la condizione dei malati molto gravi. La preoccupazione per la possibilità che la scelta di assistenza al suicidio possa essere dettata, ad esempio, da una sofferenza che potrebbe essere evitata con mezzi accettati dal paziente porta la Corte a soffermarsi sull’urgenza di una più capillare diffusione della terapia del dolore e sulla necessità di un coinvolgimento del malato all’interno di un efficace percorso di cure palliative. Altre attenzioni del tutto condivisibili, nella stessa direzione, sono quelle dimostrate in riferimento alla promozione di ogni azione di sostegno anche di natura psicologica al paziente e dell’intervento di strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale con il compito di verificare le condizioni legittimanti l’intervento di aiuto al suicidio⁵⁵.

Se tali indicazioni paiono fondate, a motivo della particolare posizione di debolezza dei malati gravissimi e senza prospettive di miglioramento⁵⁶, un’ultima cautela indicata dalla Corte pare eccessiva e fonte di inutile complessità. Si tratta dell’intervento dei comitati etici territorialmente competenti per

⁵³ A. D’ALOIA, *Biodiritto e giurisdizione*, in L. MEZZETTI, E. FERIOLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, cit., 891.

⁵⁴ Per le diverse ipotesi ricostruttive della tipologia di sentenza adottata, fra ablativa parziale e additiva di regola o di meccanismo, cfr. C. CUPELLI, *Le motivazioni della sentenza di assoluzione della Corte di Assise di Milano e la perdurante inerzia del legislatore*, in *Sistema Penale*, 6 febbraio 2020.

⁵⁵ Punto 5 del *Considerato in diritto* della sentenza.

⁵⁶ Questi aspetti, ad esempio, hanno trovato unanime riconoscimento all’interno del citato parere del Comitato Nazionale per la Bioetica su *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*.

le sperimentazioni cliniche di medicinali e dispositivi, cui la Corte affida un ruolo di «tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità»⁵⁷. Oltre alla sovrapposizione di tale compito con quanto attribuito alle già indicate strutture del servizio sanitario nazionale, la Corte non precisa la natura del parere fornito, anche se si potrebbe dedurre dal tenore letterale della formula utilizzata («previo parere del comitato») che si tratti di un parere obbligatorio ma non vincolante. Un'altra possibile complicazione legata all'intervento di tale organo riguarda i tempi entro cui si debba esprimere; tempi la cui brevità è peraltro imposta dalla gravità dei casi di cui si tratta. Ancora, non si determina l'incidenza sull'operato del comitato di possibili obiezioni di coscienza dei membri; come, in termini complessivi, non si considera che la composizione dell'organo risponde all'esigenza di valutare protocolli di ricerca più che di dare complesse valutazioni di natura etica e giuridica.

Anche dell'attenzione dimostrata dalla Corte nei confronti delle caratteristiche specifiche del caso oggetto del suo giudizio si può dare una valutazione di sostanziale continuità. E che, del resto, il giudizio di costituzionalità incidentale e successivo si contraddistingua complessivamente da quello preventivo per il carattere concreto è facilmente derivabile dalla stessa ovvia necessità di valutare la norma, oltre che la sua rilevanza, con riferimento alla situazione di fatto portata di fronte alla Corte. Da questo punto di vista, le caratteristiche della fattispecie pesano tipicamente sui giudizi di legittimità di natura costituzionale⁵⁸.

Dal punto di vista comparato, inoltre, la decisione che più si avvicina a quella oggetto di questo breve contributo è la citata *Carter v. Canada* della Corte Suprema canadese, la quale, certamente anche a motivo del diverso sistema di giustizia costituzionale, è parimenti molto attenta alle specificità delle concrete situazioni personali portate alla sua attenzione.

7. Conclusioni: la Corte costituzionale fra molte conferme e qualche novità

In termini conclusivi, necessariamente sintetici, può dirsi che l'analisi della più recente giurisprudenza costituzionale italiana in tema di decisione di fine vita, condotta sulla base della verifica dei quattro caratteri tipici del biodiritto indicati (apertura scientifica ed etica, aggiornamento e attenzione alle specificità del caso concreto), conduce alla prevalenza degli elementi di continuità rispetto a quelli di novità.

In particolare, la Corte tiene in considerazione il passaggio del tempo fra l'adozione della disposizione oggetto di giudizio (l'art. 580 c.p.), ritenendo la situazione odierna «inimmaginabile» negli anni '30. Essa prosegue nell'apprezzamento della dimensione tecnica e scientifica della questione, ritagliando

⁵⁷ Cfr., anche M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., 295; C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in *Consulta online*, 1, 2020, 73.

⁵⁸ La letteratura di riferimento è ovviamente molto ampia. Fra gli altri, in generale, M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, 3 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 62; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1987, 1045 ss.; M. VICARIO, *I fatti nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2017. Tratta di questioni "biogiuridiche" P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano 2007.

la propria pronuncia sulla base delle peculiarità che tale ambito riflette sul caso. In questo modo, la Corte dà anche atto, in un giudizio dalle conseguenze assai problematiche, di una attenzione specifica ai singoli profili che rendono il caso di Fabiano Antoniani diverso da molti altri. In riferimento all'apertura nei confronti del pluralismo etico e culturale, anche su base individuale, la Corte italiana adotta un approccio molto (a giudizio di chi scrive, troppo) cauto che si pone pure all'interno del solco di quanto complessivamente già sostenuto in altre sue pronunce.

Da un punto di vista comparato, invece, la giurisprudenza italiana apre una terza via, inedita, che si caratterizza per un'estrema cautela nel riconoscimento della non punibilità dell'aiuto al suicidio dei soli malati sorretti da sostegno vitale; terza via che si pone fra gli approcci che hanno adottato un atteggiamento di rigido *self-restraint* (negli Stati Uniti e in Regno Unito) e quelli (canadese e colombiano) che hanno riconosciuto in termini più decisi, e coerenti, la non punibilità dell'aiuto a morire.