



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto pubblico

99

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

DIRITTO E VALUTAZIONI SCIENTIFICHE

a cura di

BENEDETTA LIBERALI e LAVINIA DEL CORONA



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4329-6

ISBN/EAN 978-88-921-7051-3 (ebook - pdf)

Il volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, nell'ambito del Corso di perfezionamento Diritto e valutazioni scientifiche.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Corso di perfezionamento Diritto e valutazioni scientifiche</i>	XIX
<i>Presentazione</i>	XXI
<i>Note sulle Curatrici</i>	XXIII
<i>Note sulle Autrici e sugli Autori</i>	XXV

PARTE I

DIRITTO E SCIENZA: PROFILI INTRODUTTIVI

CAPITOLO I

LA PROSPETTIVA DELLA FILOSOFIA DELLA SCIENZA 3

Claudio E.A. Pizzi

1. Scienza e non-scienza 3
2. Le origini della filosofia della scienza contemporanea 6
3. Spiegazione e leggi di natura 9
4. La svolta relativistica e gli orientamenti più recenti 12

CAPITOLO II

LA COMPLESSA, MULTIFORME RELAZIONE TRA SCIENZA E DIRITTO: TRACCE PER UNA TASSONOMIA 19

Lorenza Violini

1. Scienza e diritto. Alcune premesse 19

	<i>pag.</i>
2. Una relazione necessaria	25
3. Note sul sistema delle fonti nelle materie ad alta complessità tecnico-scientifica. Da regole di esperienza a norme giuridicamente rilevanti?	26
4. Il livello istituzionale del rapporto tra scienza e diritto	28
4.1. Una nota di metodo	28
4.2. Le agenzie indipendenti e il loro modo di processare le decisioni di loro competenza	29
4.3. Gli strumenti di integrazione in sede parlamentare	31
5. Oltre la dimensione istituzionale: il principio di precauzione (Cenno)	32
6. Come una postilla: la Corte Costituzionale e la scienza	32
7. Breve nota conclusiva: non solo scienza e diritto	35

CAPITOLO III

LA PROSPETTIVA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO 37

Patrizia Borsellino

1. Introduzione. Il rapporto tra scienza e diritto. Una questione riattualizzata e portata all'attenzione del grande pubblico	37
2. La Filosofia del diritto di orientamento analitico-linguistico come osservatorio privilegiato del rapporto tra conoscenza e diritto	39
3. Il diritto "giusnaturalisticamente" radicato nella "natura" e la sua critica	40
4. Giusnaturalismo, ma non solo. La conoscenza come "determinante" del diritto in altri momenti della cultura giuridica	44
5. Scienza, diritto, valori	48
6. La scienza come oggetto del diritto	51

CAPITOLO IV

SCIENZA ED ETICA: RIFLESSIONI SULLA BIOETICA PER CAPIRE COME LA SCIENZA INTERAGISCA CON L'ETICA 55

Maurizio Mori

1. Considerazioni introduttive	55
2. Della bioetica: che cos'è e quand'è nata	55

	<i>pag.</i>
3. Perché è nata la bioetica e perché negli anni '70?	58
4. Dell'etica e della teoria etica	61
5. Come la scienza interagisce con l'etica	63
6. Conclusioni breve: una prossima Rivoluzione in ambito giuridico?	68

CAPITOLO V

RICERCA E SPERIMENTAZIONE SCIENTIFICA: QUALI IMPLICAZIONI ETICHE	71
---	----

Francesca Poggi

1. Introduzione. Quale etica per la ricerca scientifica?	71
2. Regole etiche e scientificità della ricerca	74
3. Regole etiche e utilità sociale	78
4. Regole etiche e tutela dei soggetti della ricerca	83
5. Principi in conflitto?	88

CAPITOLO VI

LA RICERCA E LA SPERIMENTAZIONE SCIENTIFICA: METODOLOGIA E POTENZIALITÀ APPLICATIVE	91
--	----

Maria Pia Abbraccio

1. Cos'è la ricerca scientifica?	91
1.1. L'importanza del metodo scientifico e la differenza fra scienza e pseudoscienza	91
1.2. Il paradigma positivista e post-positivista e l'obiettività e affidabilità dell'osservazione scientifica	93
1.3. Il processo e i protagonisti della ricerca scientifica: fallibilità, imparzialità, riproducibilità e il "killer experiment"	94
1.4. Le infinite applicazioni della ricerca scientifica	98
2. Etica della ricerca	99
2.1. Contesto storico	99
2.2. Principi etici fondamentali: come impostare correttamente uno studio sull'uomo e come distinguere i "veri" farmaci dai rimedi omeopatici	101

	<i>pag.</i>
2.3. La sperimentazione sugli animali: regolamentazione europea e procedura di infrazione n. 2016/2013 della Commissione europea nei confronti dell'Italia	104
2.4. Ruolo dei Comitato etici	107
CAPITOLO VII	
PROFILI GENERALI DEL RAPPORTO FRA REGOLAMENTAZIONE NORMATIVA E SPERIMENTAZIONE SCIENTIFICA	
	111
<i>Paolo Veronesi</i>	
1. Scienza e diritto: un rapporto non sempre lineare	111
2. La “scienza” nella Costituzione italiana	112
3. Tra “teoria” e “pratica”	116
4. Nel “laboratorio” della sperimentazione animale	118
5. Un atteggiamento ben diverso: la sperimentazione sugli embrioni	122
6. Il ruolo del “contesto”	126
7. Conclusioni	128
CAPITOLO VIII	
VERSO UNA TEORIA DELLA RAGIONEVOLEZZA SCIENTIFICA: PARAMETRO COSTITUZIONALE O METODO LEGISLATIVO?	
	131
<i>Simone Penasa</i>	
1. Perché si parla di ragionevolezza scientifica delle leggi	131
2. Cosa si intende per ragionevolezza scientifica delle leggi	136
3. Verso una teoria della ragionevolezza scientifica delle leggi? L'ambito paradigmatico dell'inizio vita	142
4. La progressiva evoluzione della ragionevolezza scientifica: da parametro costituzionale a metodo legislativo	147
5. Per una teoria della ragionevolezza scientifica delle leggi: costanti e variabili di una innovativa concezione del metodo delle leggi <i>science related</i>	151

pag.

CAPITOLO IX

VALUTAZIONI TECNICHE, PUBBLICA

AMMINISTRAZIONE E DIRITTI FONDAMENTALI

155

Margherita Ramajoli

1. Accertamenti tecnici, apprezzamenti tecnici e discrezionalità amministrativa 155
2. La parabola del sindacato giurisdizionale in materia 157
3. Due vicende controverse: la tutela del diritto fondamentale a beneficiare di trattamenti sanitari presso centri di alta specialità all'estero 158
4. (*Segue*): la tutela del diritto fondamentale all'integrazione scolastica degli alunni portatori di disabilità 162

CAPITOLO X

LA RICERCA E LA SPERIMENTAZIONE

IN AMBITO MEDICO

165

Massimo Sartori

1. Introduzione 165
2. La regolamentazione della ricerca clinica 166
3. Le quattro fasi della ricerca clinica 168
4. Le criticità etiche nella ricerca clinica 172
5. La giustificazione etica della ricerca clinica 176
6. Perché partecipare a un trial randomizzato? 179
7. Il possibile ruolo della intelligenza artificiale nella ricerca clinica 180

CAPITOLO XI

SCHIZZO DI UN PROCESSO (E DI UN DIRITTO)

DIGITAL BY DESIGN

185

Amedeo Santosuosso e Giulia Pinotti

1. PNRR e digitalizzazione della giustizia: cosa? 186

	<i>pag.</i>
2. Digitalizzazione e apporto dell'IA centrati sul giudicare	188
3. I tre percorsi oggi necessari e da percorrere contemporaneamente	189
3.1. Il caveau delle decisioni e degli atti raccolti secondo il processo telematico	190
3.2. Il materiale futuro: una digitalizzazione completa e razionale	191
3.3. Una <i>Rule 74</i> : contenuto e sua funzione	192
4. Un avanzamento a portata di mano	194

PARTE II

VALUTAZIONI TECNICHE, DIRITTO E TRATTAMENTI SANITARI

CAPITOLO I

PROBLEMI (VECCHI E NUOVI) IN TEMA DI INTERRUZIONE VOLONTARIA DELLA GRAVIDANZA	199
--	-----

Giuditta Brunelli

1. La legge n. 194/1978 e le dinamiche dei rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento	199
2. Una legge di (difficile) compromesso	202
3. Alcune questioni problematiche: <i>a)</i> la tutela della riservatezza; <i>b)</i> l'aborto farmacologico; <i>c)</i> l'obiezione di coscienza dei medici e del personale sanitario	208

CAPITOLO II

LE PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA CONTRACCEZIONE	217
--	-----

Corrado Melega e Anna Pompili

1. Introduzione	217
2. Generalità	218
3. Contraccezione ormonale	221

	<i>pag.</i>
4. I Contraccettivi intrauterini (IUC o Spirali: IUD, IUS)	224
5. La contraccezione di emergenza (CE)	225
6. Contraccezione e Covid	227
7. Le criticità nell'accesso alla contraccezione	228

CAPITOLO III

ABORTO TERAPEUTICO

E NATI ESTREMAMENTE PRETERMINE	231
--------------------------------	-----

Lavinia Del Corona

1. Introduzione	231
2. L'aborto terapeutico	232
2.1. Alcune precisazioni terminologiche	232
2.2. La disciplina della legge n. 194/1978	233
2.2.1. L'aborto terapeutico prima del raggiungimento della capacità di vita autonoma del feto	233
2.2.2. L'aborto terapeutico dopo il raggiungimento della capacità di vita autonoma del feto	236
2.3. La disciplina dell'aborto terapeutico e l'evoluzione delle conoscenze scientifiche	238
2.4. Aborto terapeutico e nati estremamente prematuri	239
3. Quale cura per i nati estremamente prematuri?	240
3.1. L'attivismo terapeutico	240
3.2. Il problema dell'accanimento terapeutico	242

CAPITOLO IV

LA LEGGE N. 40 DEL 2004

FRA SCIENZA, CORTE COSTITUZIONALE

E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	245
---------------------------------------	-----

Costanza Nardocci

1. Introduzione: dai diritti riproduttivi alla legge sulla procreazione medicalmente assistita	245
2. Procreazione (naturale) e infertilità: definizioni e qualche dato	246

	<i>pag.</i>
3. Dalla procreazione “naturale” a quella “artificiale” o “assistita”: l’ingresso del progresso scientifico e tecnologico	248
4. Oltre l’innovazione tecnologica: quali diritti e diritti di chi?	249
5. Una legge (davvero) per superare infertilità e sterilità? La legge n. 40/2004 tra divieti e “tempi”	251
6. Le questioni decise dalle Corti (dalla Corte costituzionale, ma anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo)	253
6.1. Il c.d. “limite” dei tre embrioni e la definizione tutta interna del giudizio	254
6.2. Il divieto di donazione dei gameti dall’ausilio all’irrelevanza del giudizio europeo	257
6.3. La diagnosi genetica pre-impianto e l’accesso alla PMA per le coppie fertili: diritti contesi tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo	260
7. Le questioni portate davanti alle Corti, ma non accolte (non ancora?)	262
8. La “terza via”: la maternità surrogata e i diritti del nato in attesa dell’intervento del legislatore?	265
9. Conclusioni: i temi ancora sul “tappeto” e qualche osservazione	268

CAPITOLO V

LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO 271

Federico Gustavo Pizzetti

1. Le basi costituzionali delle disposizioni anticipate di trattamento	271
2. I requisiti soggettivi delle disposizioni anticipate di trattamento	275
3. Il contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento: le istruzioni di cura	277
4. Il contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento: il fiduciario	280
5. La forma delle disposizioni anticipate di trattamento	283
6. L’efficacia delle disposizioni anticipate di trattamento	284
7. Disposizioni anticipate di trattamento e pianificazione condivisa delle cure	286

pag.

CAPITOLO VI

FINE VITA E DIRITTI: L'IMPORTANZA DEI CASI 291

Irene Pellizzone

1. Introduzione: legislatore e giurisprudenza nella emersione della libertà di scelta di porre fine alla propria vita 291
2. Litigio strategico, avanzamento scientifico e diritti: l'impatto delle decisioni giurisprudenziali 293
3. La domanda di tutela retrostante ai casi: la disponibilità del bene vita 295
4. Linee direttrici nella interpretazione dei casi 297
5. Il caso di Piergiorgio Welby: l'applicazione diretta della Costituzione 297
6. Il caso di Eluana Englaro: la "voce" delle persone divenute incapaci 299
7. Il caso di Fabiano Antoniani e Marco Cappato: il congedo dignitoso dalla vita 301
8. Il caso di Davide Trentini: l'interpretazione estensiva della dipendenza da un trattamento sanitario 306
9. Il caso di Mario: il traguardo dell'applicazione diretta delle sentenze costituzionali 307
10. Conclusioni: scienza e paradigma costituzionale della tutela della vita 311

CAPITOLO VII

I PRINCIPI DEL CONSENSO INFORMATO
E LA FIGURA DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO 313*Benedetta Vimercati*

1. L'incontro di due percorsi paralleli 313
2. Incapacità, libertà e dignità nella figura dell'amministrazione di sostegno 315
3. Il perdurante(?) limite degli atti personalissimi 318
4. La prestazione del consenso informato e l'amministrazione di sostegno: dalla prima giurisprudenza tutelare alla legge n. 219/2017 320

	<i>pag.</i>
4.1. Trattamenti di sostegno vitale e autorizzazione del giudice tutelare: la parola alla Corte costituzionale	322
5. Un delicato e complesso punto di equilibrio	325
6. Alcune suggestioni pro futuro	327

PARTE III

L'EMERGENZA SANITARIA DA COVID-19

CAPITOLO I

TECNICA, POLITICA E DIRITTO
AL TEMPO DELLA PANDEMIA

333

Antonio Iannuzzi

1. Il rapporto fra politica e tecnica nell'ordinamento italiano fra problemi vecchi e nuovi	333
2. Il principio di precostituzione degli organismi tecnico-scientifici che operano a supporto della politica	337
3. La necessità di regole aperte e trasparenti per la selezione degli esperti: contro una lettura fiduciaria dei rapporti fra politica e tecnica	340
4. Il principio di trasparenza dell'apporto degli organismi tecnico-scientifici	343
5. Brevi riflessioni conclusive	348

CAPITOLO II

I POTERI EMERGENZIALI DEL GOVERNO
NELLA PANDEMIA: TRA FATTO E DIRITTO UN MOTO
PERPETUO NEL SISTEMA DELLE FONTI

351

Edoardo Carlo Raffiotta

1. Emergenza e diritto: quando l'“essere” prevale sul “dover essere”	351
2. Nascita e (graduale) trasformazione del peculiare ordinamento emergenziale di contrasto della pandemia	355
3. La prima fase dell'emergenza e il modello a “fattispecie aperta”	357

pag.

4. La seconda fase e la particolare attenzione ai rapporti tra Governo e Parlamento	361
5. I successivi decreti e la stabilizzazione ordinamentale dell'emergenza pandemica	365
6. I Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e la loro riconducibilità alle ordinanze emergenziali	367
7. I DPCM e la "fattispecie aperta" come disciplina dell'emergenza	371
8. Una tendenza non solo italiana: centralità del Governo e degli atti amministrativi emergenziali nel diritto comparato	375
9. La regola dell'emergenza e la frustrazione del giurista	377

CAPITOLO III

LA PANDEMIA COVID-19 E LA TENUTA DELLO STATO
COSTITUZIONALE

381

Marilisa D'Amico

1. Riflessioni introduttive	381
2. Anomalie e criticità nell'utilizzo degli strumenti normativi	383
3. Linee di continuità e discontinuità nella c.d. fase 2 e in quella attuale	387
4. Possiamo "sospendere" il bilanciamento fra i diritti fondamentali in nome dell'emergenza?	392
5. Come le misure emergenziali hanno impattato su chi è già discriminato	398
6. Considerazioni finali	408

CAPITOLO IV

LE VACCINAZIONI AI TEMPI DEL COVID-19

411

Benedetta Liberali

1. Introduzione	411
2. Analogie e differenze tra obbligo e raccomandazione	414
2.1. Il passaggio dalla tecnica della raccomandazione a quella dell'obbligo	416
2.2. Quale fonte del diritto	419

	<i>pag.</i>
2.3. Le vaccinazioni “necessarie” per l’accesso ai reparti ospedalieri per gli operatori sanitari a livello regionale	422
3. La sperimentazione e la validazione delle vaccinazioni contro il Covid-19	424
4. Conclusioni	427

CAPITOLO V

QUANDO L’ESPERIENZA INSEGNA: LE DECISIONI PUBBLICHE SULLE POLITICHE VACCINALI IN UNA PROSPETTIVA DI DIRITTO COMPARATO	431
---	-----

Lucia Busatta

1. La dimensione giuridica delle vaccinazioni: un problema davvero nuovo?	431
2. «La storia siamo noi»: Stati Uniti e Inghilterra precursori del dibattito sull’obbligo vaccinale	433
3. La disciplina giuridica delle vaccinazioni, tra obbligo e raccomandazione: appunti per una modellistica	437
4. Quale modello regolatorio nel contesto pandemico?	445

PARTE IV

PROBLEMATICHE APERTE
E PROSPETTIVE FUTURE

CAPITOLO I

LA PRODUZIONE PUBBLICA DEL DIRITTO DELL’AMBIENTE TRA <i>EXPERTISE</i> TECNICO-SCIENTIFICO, DEMOCRAZIA E RESPONSABILITÀ POLITICA	453
---	-----

Marcello Cecchetti

1. L’inscindibilità del binomio “scienza/politica” in materia ambientale come acquisizione consolidata degli ordinamenti giuridici più evoluti	454
--	-----

	<i>pag.</i>
2. Dalle politiche alle norme giuridiche: la necessità e la pervasività della “normazione tecnica” in campo ambientale	456
3. La “normazione tecnica” come luogo privilegiato delle relazioni tra scienza e politica <i>in subiecta materia</i> e l’esigenza di “governare” la complessità di tali relazioni secondo un preciso ordine giuridico formale	458
4. Alcune variabili che costituiscono altrettanti moltiplicatori esponenziali della complessità ai fini del “governo/regolazione” dei rapporti tra scienza e politica nella “normazione tecnica” ambientale	460
5. La priorità logica e l’urgenza sempre più avvertita di una “meta-normazione” ambientale, caratterizzata dalla natura vincolante e da alcuni contenuti tipici ed essenziali	464
6. L’attuale “disordine” delle relazioni tra scienza e politica nell’ambito dei procedimenti di produzione normativa ambientale in Italia e alcuni casi paradigmatici nell’esperienza più recente	467
6.1. Il caso degli “allegati tecnici” agli atti normativi e del loro aggiornamento al progresso “tecnico-scientifico”	468
6.2. Il caso dei “pareri vincolanti” del Consiglio del Sistema nazionale a rete per la protezione dell’ambiente sui provvedimenti del Governo aventi natura tecnica in materia ambientale (art. 13, comma 2, legge n. 132/2016)	473
6.3. <i>Il caso delle linee guida ISPRA recanti «Criteri tecnici per stabilire quando il trattamento non è necessario ai fini dello smaltimento dei rifiuti in discarica» (art. 48, legge n. 221/2015)</i>	475

CAPITOLO II

INTELLIGENZA ARTIFICIALE:

COORDINATE COSTITUZIONALI

479

Francesca Biondi

1. Introduzione	479
2. Intelligenza artificiale: coordinate definitorie	480
3. Algoritmi e processi decisionali	482

	<i>pag.</i>
4. IA e costruzione del consenso: verso una “ <i>bubble democracy</i> ”	489
5. Intelligenza artificiale e nuove forme di discriminazione	493
6. Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: considerazioni conclusive	497

CAPITOLO III

LE PROBLEMATICHE CONNESSE ALLO SVILUPPO DEGLI ORGANISMI GENETICAMENTE MODIFICATI	499
---	-----

Giada Ragone

1. Cenni introduttivi e definizioni	499
2. Una questione scientificamente controversa?	502
3. La regolamentazione giuridica degli Ogm tra Unione Europea e Stati membri	506
4. Uno sguardo al futuro	510

CAPITOLO VI

FINE VITA E DIRITTI: L'IMPORTANZA DEI CASI

Irene Pellizzone

SOMMARIO: 1. Introduzione: legislatore e giurisprudenza nella emersione della libertà di scelta di porre fine alla propria vita. – 2. Litigio strategico, avanzamento scientifico e diritti: l'impatto delle decisioni giurisprudenziali. – 3. La domanda di tutela retrostante ai casi: la disponibilità del bene vita. – 4. Linee direttrici nella interpretazione dei casi. – 5. Il caso di Piergiorgio Welby: l'applicazione diretta della Costituzione. – 6. Il caso di Eluana Englaro: la "voce" delle persone divenute incapaci. – 7. Il caso di Fabiano Antoniani e Marco Cappato: il congedo dignitoso dalla vita. – 8. Il caso di Davide Trentini: l'interpretazione estensiva della dipendenza da un trattamento sanitario. – 9. Il caso di Mario: il traguardo dell'applicazione diretta delle sentenze costituzionali. – 10. Conclusioni: scienza e paradigma costituzionale della tutela della vita.

1. Introduzione: legislatore e giurisprudenza nella emersione della libertà di scelta di porre fine alla propria vita

Il tema oggetto di questo capitolo è costituito da un'analisi dei casi giudiziari che hanno costituito la trama della legislazione vigente in tema di libertà di scelta di porre fine alla propria vita in Italia, attraverso il prisma del rapporto tra avanzamento delle conoscenze mediche, relativa evoluzione della coscienza, giurisprudenza e diritto. Obiettivo di queste riflessioni sarà dunque ricostruire il rapporto tra avanzamento della scienza e staticità del diritto legislativo, modificato solo parzialmente a seguito dell'impulso giurisprudenziale e politico, nell'ambito del fine vita, tramite l'esame della forza propulsiva della giurisprudenza, che ha fatto breccia nell'immutato quadro legislativo, dando la spinta per il parziale intervento

del Parlamento avvenuto, come si vedrà, nel 2017, a fronte di una legislazione risalente al periodo fascista.

Infatti, nel nostro ordinamento, è stata la giurisprudenza a fornire, attraverso l'interpretazione della libertà del proprio corso, protetta all'art. 13 Cost., della libertà di scelta delle cure mediche, di cui all'art. 32 Cost., e del principio della dignità umana, di cui all'art. 3 Cost., la trama giuridica cui fare riferimento per la tutela della libertà di scelta delle cure mediche nella fase finale della vita, che ha innescato un mutamento della coscienza sociale intorno a questo tema.

La problematica si è aperta perché, come noto, l'avanzamento scientifico in ambito medico ha reso possibile il concretizzarsi di situazioni in cui le persone malate, pur sopravvivendo a eventi traumatici gravissimi, o vedendo prolungarsi il decorso di patologie invalidanti progressive o terminali, avvertono la loro condizione di vita come una vera e propria prigionia, in un corpo non più riconosciuto come il proprio, nonché sofferenze fisiche e psicologiche insopportabili, tanto da definire il loro stato non più vita, ma sopravvivenza¹.

Nel nostro ordinamento, il mancato adeguamento legislativo, frutto invero della scelta parlamentare di non intervenire, è stato oggetto di incisivi contraccolpi di decisioni giudiziarie per così dire pilota, che, nell'immutato quadro legislativo, hanno provocato considerevoli passi in avanti nell'emersione della libertà di rinuncia alle cure c.d. salvavita e nella scelta di congedarsi dalla vita mediante l'assunzione di un farmaco letale. Da notare che la prospettiva, come si vedrà, non è mai stata affrontata dalla giurisprudenza, ordinaria, amministrativa o costituzionale che sia, in termini di dicotomia tra morale pubblica e solidarietà collettiva, e di libertà di autodeterminazione, ma di libertà di rinuncia alle cure; tale prisma di analisi riporta dunque la tematica nell'alveo del diritto alla salute e, sullo

¹ Come affermato da Mario (nome di fantasia: all'epoca, 43enne di Ancona tetraplegico dopo un incidente stradale), in una lettera rivolta all'Associazione Luca Coscioni (cfr. il Corriere della Sera, 31 marzo 2021).

Come ricorda 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 d'altri"*, in *BioLaw Journal*, 2018, III, Fabiano Antoniani, in video messaggio rivolto – con l'ausilio della voce della fidanzata Valeria Imbrogno – al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella il 18 gennaio 2017, aveva affermato di trovarsi in una «notte senza fine».

sfondo, mantiene saldo il riferimento ad una procedura medicalizzata, in cui centrale è il rapporto tra medico e paziente².

2. *Litigio strategico, avanzamento scientifico e diritti: l'impatto delle decisioni giurisprudenziali*

L'intervento del Parlamento, mediante la legge n. 219/2017 (*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*), è sopraggiunto dopo un decennio rispetto all'avvento delle pronunce di alcuni di questi casi strategici: il caso di Piergiorgio Welby, all'esito del quale è stata emessa la sent. 17 ottobre 2007, n. 2049, da parte del Giudice dell'Udienza preliminare di Roma, ed il caso di Eluana Englaro, rispetto alla quale cruciale è stata la sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, della prima sezione civile della Corte di Cassazione di Roma. Il primo provvedimento, è risultato decisivo per l'affermazione del diritto costituzionale di rifiutare le cure, anche se c.d. salvavita, da parte di una persona affetta da malattia degenerativa invalidante, di fatto dipendente da trattamenti sanitari che la tenevano in vita. Il secondo provvedimento, per parte sua, ha condotto al riconoscimento del medesimo diritto anche in capo alla persona divenuta incapace di intendere e di volere a seguito di incidente stradale, in modo irreversibile, abilitando l'intervento di soggetti abilitati a "far sentire la voce" di quest'ultima, circa l'interruzione di trattamenti sanitari non rispondenti alla sua concezione, ricostruita tramite testimonianze ed altre prove, di vita dignitosa.

Un'accelerazione nell'*iter* di formazione della legge in tema di fine vita è senz'altro derivata dall'apertura del procedimento penale nei confronti di Marco Cappato, per la condotta di aiuto al suicidio verso Fabiano Antoniani, avvenuta 10 mesi prima della sua approvazione.

Ciò è vero su un piano politico, a prescindere dallo scarto tra contenuto della legge e suicidio assistito ed eutanasia. È vero infatti che il Par-

² Come sottolinea, in riferimento alla soluzione giurisprudenziale escogitata in ambito di suicidio assistito, 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 *Oss. AIC*, 2020.

lamento ha lasciato privo di disciplina, e dunque penalmente rilevante, l'ambito delle condotte volte al congedo dalla vita mediante un processo più rapido e percepito come più "sopportabile" (dunque dignitoso) della rinuncia alle cure, cioè l'assunzione di un farmaco letale, tanto nella forma del suicidio medicalmente assistito, che dell'eutanasia. Tuttavia, il processo penale nei confronti di Marco Cappato ha certamente attirato l'attenzione del dibattito pubblico intorno al tema della libertà di scelta del malato su come affrontare situazioni di sofferenza ritenute non più dignitose, anche a costo di porre fine alla propria vita, favorendo in sé una più rapida trattazione della materia da parte di Camera e Senato e, dunque, la conclusione del procedimento legislativo che ha portato alla entrata in vigore della legge n. 219/2017.

Dinanzi alla regolamentazione del Codice penale, che, agli artt. 579 e 580, punisce l'omicidio del consenziente e vieta in modo assoluto qualsiasi forma di aiuto a porre fine alla propria vita, è stato dunque di nuovo cruciale una sentenza di un giudice, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi per la prosecuzione della vicenda giudiziaria nei confronti di Marco Cappato, sopra richiamata. I giudici costituzionali sono infatti giunti a permettere il riconoscimento di uno spazio di non punibilità della condotta di assistenza al suicidio, con la sent. n. 242/2019³.

Questo capitolo cercherà di mettere in luce come, in tutte queste decisioni, l'ingresso delle conoscenze scientifiche nei giudizi dinanzi alle autorità giurisdizionali abbia avuto, nel silenzio del Parlamento, un impatto per così dire strategico, sia pure in senso debole. Infatti, dalle decisioni giudiziarie che verranno trattate si è sprigionata una forza per così dire politica, a prescindere dal contenuto delle stesse, che ha alimentato il dibattito pubblico da cui è scaturita la legislazione in vigore, nel caso della rinuncia alle cure salvavita, nonché, tramite la Corte costituzionale, la base legale dell'aiuto al suicidio nel caso dell'assunzione del farmaco legale. In entrambi i casi, tuttavia, l'assenza di una disciplina di stampo legislativo ha provocato indubbie resistenze, *latu sensu* culturali, alla applicazione diretta dei principi costituzionali enucleati dalla giurisprudenza, financo costituzionale, da parte delle autorità, anche giudiziarie, coinvolte e degli operatori sanitari. Proprio per questo perché le pronunce costituzionali emesse

³ Preceduta dall'ord. n. 207/2018.

nel caso della morte di Fabiano Antoniani, assistito da Marco Cappato nella realizzazione dell'intento di porre, mediante auto-somministrazione di un farmaco letale, fine alla propria vita, è stato necessario intraprendere ulteriori vie giudiziarie. A tal fine, poste le basi per una corretta interpretazione del dispositivo della Corte costituzionale, è stato essenziale il caso di Davide Trentini, e, successivamente, la vicenda giudiziaria del caso di Mario, che per la prima volta in Italia ha visto accolta l'istanza di accesso alla procedura delineata dalla Corte costituzionale.

3. La domanda di tutela retrostante ai casi: la disponibilità del bene vita

Dietro a questi casi sorge la domanda di natura filosofica, a cui poi il diritto anche deve indirizzarsi, se la vita sia un bene disponibile al singolo. Essa emerge con forza a seguito del progresso scientifico, che ha creato delle situazioni di vita artificiale particolarmente lontane dagli esiti che ci si possono immaginare della propria vita, e quindi pone degli interrogativi nuovi: la vita è un bene disponibile dal singolo nel nostro ordinamento costituzionale⁴?

Non c'è ancora una risposta su questo punto.

Di sicuro, le istanze di tutela di Piergiorgi Welby, Eluana Englaro, Fabiano Antoniani, Davide Trentini e Mario hanno posto alla ribalta i limiti della tutela del principio di indisponibilità della vita, che, viceversa, era accolto nell'ordinamento pre-costituzionale.

Sul riconoscimento e collocazione del bene vita nell'ordinamento costituzionale, occorre partire dal presupposto che, ancorché la Costituzione italiana non tuteli esplicitamente il diritto alla vita, la Corte costituzionale ha affermato in alcune sentenze degli anni '90 è il 'primo dei diritti inviolabili dell'uomo'⁵ e 'concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona'⁶. In questo

⁴In tema vedasi, anche per la ricostruzione ed inquadramento dei termini giuridici delle due tesi filosofiche opposte, G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Torino, 2020.

⁵Corte cost., sent. n. 223/1996.

⁶Corte cost., sent. n. 238/1996.

senso, sono stati ritenuti inammissibili *referendum* che, secondo il giudice costituzionale, avrebbero fatto venire meno la tutela minima costituzionalmente necessaria della vita, sia del nascituro⁷ che della persona titolare del diritto, afflitta da situazione di vulnerabilità⁸.

Posto che, secondo questa impostazione, l'Assemblea costituente non ha sentito neanche il bisogno di esplicitare questo diritto, occorre però fare i conti con l'evoluzione della tecnica scientifica, che ha posto nuovi orizzonti inimmaginabili, per cui si è messo limitatamente in discussione il paradigma implicitamente tenuto fermo, a livello culturale, che la vita non sia disponibile da parte del singolo.

La vita diventa però, secondo la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale, rispettivamente, disponibile dal suo titolare, in alcuni limitati casi, connotati:

a) dalla rinuncia a cure di sostegno vitale, che porta direttamente alla morte (come avvenuto nei casi di Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro, sopra citati);

b) dalla presenza, verificata da una struttura sanitaria pubblica e previo parere di un comitato etico competente per territorio, di una malattia irreversibile, sofferenze fisiche o psicologiche insopportabili, mantenimento in vita mediante un trattamento di sostegno vita, capacità di prendere decisioni libere e consapevoli (decisioni nn. 207/2018 e 242/2019 della Corte costituzionale nel caso di Fabiano Antoniani e Marco Cappato, poi resa applicativa in un caso successivo alle pronunce costituzionali nella vicenda di Mario).

I casi che si illustreranno, pur diversi uno dall'altro e sebbene non esaustivi⁹, sono stati strategici perché hanno delineato alcuni paradigmi diversi, rispetto alla indisponibilità assoluta della vita, abbracciati dal diritto costituzionale.

⁷ Corte cost., sent. n. 35/1997.

⁸ Corte cost., sent. n. 50/2002.

⁹ Molto importante è altresì il caso Piludu, per cui v. il decreto del Tribunale tutelare di Cagliari, emesso in data 16 luglio 2016, in cui l'autorità giudiziaria ha accolto l'istanza presentata per il tramite del proprio amministratore di sostegno da parte di un soggetto affetto da sclerosi laterale amiotrofica, volta ad ottenere l'autorizzazione al distacco dei presidi medici necessari per il sostegno vitale.

4. *Linee direttrici nella interpretazione dei casi*

Prima di esaminare singolarmente i casi strategici, è opportuno indicare alcune linee direttrici attraverso cui saranno classificati e analizzati, che impegnano con diverse sfumature i diritti costituzionali in gioco, a seconda di fattori molto importanti.

In primo luogo, va annoverata la capacità di intendere e di volere della persona che si trova in condizioni di dipendenza da trattamenti sanitari non più voluti o percepisce la situazione in cui si trova come lontana dalla propria dignità e identità. Ci sono dei casi in cui vi è la capacità di intendere e di volere, come il caso Welby, Fabiano Antoniani, Mario. La persona è consapevole della situazione in cui si trova, è a conoscenza delle conseguenze delle sue azioni in termini di rifiuto dei trattamenti sanitari o di assunzione di farmaci che lo portano al congedo dalla vita, ovvero farmaci letali, e vi sono casi in cui invece questa capacità non c'è, come nel caso di Eluana Englaro, che nel 1992 ha avuto un incidente stradale a seguito del quale ha perso la capacità di intendere e di volere. Questo è un primo elemento distintivo ovviamente fondamentale, che richiama il problema della possibilità di rinunciare a delle cure salvavita in assenza di una manifestazione di volontà attuale.

Altro elemento distintivo fondamentale da tenere in considerazione riguarda la modalità di congedo dalla vita: esso può avvenire mediante un rifiuto di trattamenti sanitari che mantengono in vita la persona, oppure mediante l'assunzione di un farmaco letale, che può essere ingerito o auto-iniettato, oppure con l'aiuto di un terzo (da qui la distinzione tra suicidio assistito ed eutanasia).

5. *Il caso di Piergiorgio Welby: l'applicazione diretta della Costituzione*

Piergiorgio Welby, affetto da distrofia muscolare, era giunto ad una fase molto avanzata della malattia, venendo mantenuto in vita da un respiratore artificiale. Queste condizioni lo avevano portato a richiedere, sia attraverso una lettera al Presidente della Repubblica¹⁰, sia attraverso un

¹⁰ La lettera è del settembre 2006.

ricorso al giudice civile di Roma, che il personale medico preposto alla sua assistenza potesse procedere al distacco del respiratore artificiale, somministrandogli dei sedativi, in modo da potersi congedare dalla vita.

Il caso è particolarmente interessante sul piano giuridico-costituzionale, non tanto per le questioni scientificamente controverse che ne sono alla base, quanto perché in questo caso viene messa alla prova la diretta applicabilità della Costituzione italiana anche in materia di rifiuto di cure salvavita che richiede una condotta attiva del medico, il quale pone in essere, appunto, il distacco dal respiratore artificiale e somministra dei sedativi¹¹.

Se oggi è indubbio che il principio costituzionale del consenso informato alle cure imponga di eseguire la richiesta del paziente, capace di comprendere la situazione in cui si trova ed esprimersi, di interruzione delle cure, nel 2006 il personale medico a cui si era rivolto Piergiorgio Welby, aveva opposto un rifiuto di procedere a quest'ultimo passaggio, proprio perché alla base vi era la domanda della disponibilità della vita umana, che, forse, in quel momento la coscienza sociale non percepiva come accettabile¹². Pertanto, Piergiorgio Welby ha dovuto rivolgersi al giudice civile di Roma, affinché ordinasse al personale medico di eseguire il distacco del ventilatore. Quest'ultimo però, nella sua decisione, riconosce la correttezza della tesi del ricorrente, ma dichiara inammissibile la sua richiesta, sottolineando che l'articolo 32 Cost., in questo caso, non è direttamente applicabile, perché manca una legge che consenta di attuare la volontà della persona¹³.

¹¹ Poco conta in questo senso che la morte derivi su un piano naturalistico dallo spegnimento di una macchina, perché sostanzialmente infatti essa è la conseguenza della rinuncia alle cure e del diritto ad una morte dignitosa: v. così F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 5 ss.; ponendosi su un piano più esplicito, definisce la condotta del medico un vero e proprio aiuto a morire M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

¹² In tema di rapporti tra evoluzione della coscienza sociale e giurisprudenza v. per le fondamentali osservazioni di N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017, IV.

¹³ Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16 dicembre 2006.

Gustavo Zagrebelsky, in un articolo pubblicato su Repubblica¹⁴, all'indomani della decisione stigmatizza la problematicità di una decisione giurisprudenziale che paralizza l'efficacia della regola sancita nell'art. 32 Cost., distinguendo illegittimamente tra cure salva-vita e cure che non sono salva-vita, mentre come noto la norma costituzionale avrebbe dovuto essere immediatamente applicata, senza bisogno di una intermediazione legislativa, giacché sarebbe stata sufficiente la condotta del medico in diretta attuazione della volontà del paziente. In seguito Piergiorgio Welby, attraverso la condotta di un anestesista cremonese, Mario Riccio, ottiene il distacco dal ventilatore artificiale e una sedazione profonda da parte dell'anestesista che lo conduce alla morte. L'anestesista Mario Riccio viene poi imputato per omicidio presso il tribunale di Roma, dove il giudice dell'udienza preliminare, nella già citata sent. 17 ottobre 2007, n. 2049, giunge, dopo adeguato approfondimento istruttorio sulle condizioni di salute e le cure mediche cui era sottoposto Piergiorgio Welby, alla dichiarazione di non luogo a procedere, grazie all'applicazione dell'art. 51 del c.p., che sancisce la causa di giustificazione dell'esercizio di un dovere, ovvero eseguire la volontà del paziente in ottemperanza all'art. 32 Cost.

6. Il caso di Eluana Englaro: la "voce" delle persone divenute incapaci

Proprio in quel periodo, viene alla ribalta anche il drammatico caso di Eluana Englaro, una ragazza che, nel 1992, a seguito di un incidente stradale, perde in modo irreversibile la capacità di intendere e di volere e si ritrova in una condizione quanto mai lontana quantomeno dalle testimonianze del padre e degli amici dalla sua idea dignità personale e, dunque, di vita dignitosa.

Eluana Englaro dunque sopravvive, tenuta in vita attraverso alimentazione ed idratazione artificiale, assestandosi il suo equilibrio medico in una situazione in cui, in totale incapacità ed inconsapevolezza della sua situazione. Il suo corpo si trasforma progressivamente e il padre intraprende una serie di battaglie giudiziarie, volte a condurre al rispetto della

¹⁴ Del 19 marzo 2007.

volontà della figlia “alla luce del sole”, senza dunque ricorrere ad aiuti a morire nell’ombra delle corsie di un ospedale.

Questa battaglia giudiziaria termina con la citata decisione della Corte di Cassazione del 2007 (cfr. *supra*, § 2), in cui si riconosce che, in base a taluni criteri, possa essere accolta la richiesta del tutore di Eluana, cioè il padre, presentata in contraddittorio con quella di un curatore speciale volta a far emergere, trattandosi di una questione particolarmente delicata, la voce della ragazza divenuta incapace. Verificato che il punto di vista del curatore speciale converge con quello del tutore, la Corte di Cassazione adotta una decisione particolarmente innovativa e, se vogliamo, creativa, ponendo una serie di condizioni per cui si possa giungere all’interruzione di trattamenti di sostegno vitale erogati a persone incapaci di intendere e di volere, dando voce alla persona divenuta incapace, al fine di consentirle di porre fine, attraverso il rifiuto delle cure, ad una vita ritenuta non più dignitosa secondo la sua concezione: queste condizioni sono: a) la irreversibilità della malattia; b) lo stato vegetativo permanente, così definito dalla Corte di Cassazione; c) la prova, attraverso testimonianze o altri strumenti probatori, che il protrarsi della vita in quelle condizioni è contrario all’idea di dignità della persona stessa. Questi sono i requisiti che la Corte di Cassazione pone alla base dell’accoglimento della richiesta di interruzione delle cure salva-vita.

Su un piano mediatico, in realtà, “esplodono” delle questioni scientificamente controverse quantomeno nel dibattito mediatico, relative alla esistenza o meno di uno stato vegetativo permanente e alla riconducibilità dell’alimentazione e idratazione artificiale al novero di trattamenti sanitari. Per quanto concerne la prima questione, la Corte di Cassazione ritiene provato che lo stato vegetativo in cui si trova Eluana Englaro sia irreversibile, grazie a una serie di elementi probatori, basati su referti medici. Rispetto alla seconda questione, occorre notare che la Corte di Cassazione non esita a configurare i trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale come medici, evitando così di doverli rappresentare come pietosi, con la conseguenza che, in ossequio ad un principio monodirezionale pretesamente ricavato dal contenuto solidaristico dell’art. 2 Cost., non sarebbero stati rifiutabili. La decisione è dunque particolarmente significativa per il suo impatto anche su elementi scientifici, che i giudici di legittimità affrontano sulla base dello stato dell’arte medica.

Non è possibile, in questa sede, soffermarsi sugli ostacoli poi frapposti all'attuazione della decisione della Corte d'Appello di Milano che, in ottemperanza ai principi di diritto espressi dalla Cassazione nella sentenza sopra citata, aveva riconosciuto di dover accogliere la richiesta del tutore, in quanto voce di Eluana, di interrompere l'alimentazione artificiale. Si segnala solo sul punto che il Governo aveva tentato di ottenere l'emanazione di un decreto legge che impedisse il distacco del sondino ad Eluana, rifiutata dal Presidente della Repubblica Napolitano e che la regione Lombardia, ove si trovava Eluana, aveva emesso una nota, poi annullata dai giudici amministrativi, per impedire alle strutture sanitarie lombarde di eseguire la sentenza della Corte d'Appello¹⁵.

In questo caso, dunque, l'assenza di una legge pesa molto a livello non solo culturale, veicolando perplessità nei medici e nel personale sanitario chiamati a intervenire, ma anche esplicitamente politico.

7. Il caso di Fabiano Antoniani e Marco Cappato: il congedo dignitoso dalla vita

Dieci anni dopo, come anticipato nel § 2, viene approvata la legge n. 219/2017, che ha introdotto nell'ordinamento le Direttive anticipate di trattamento.

Fermo restando che il legislatore italiano, con questa legge, ha intenzionalmente lasciato inalterato l'impianto normativo, risalente al Codice del 1930, per cui il suicidio medicalmente assistito e l'omicidio del consenziente sono puniti senza eccezioni¹⁶, un altro caso porta all'aggressione diretta delle norme poste a tutela del paradigma dell'assoluta indisponibilità della vita.

Si tratta del caso di Fabiano Antoniani, che era divenuto, a seguito di un incidente stradale, tetraplegico e cieco, subendo altresì gravi spasmi che lo attraversavano nel corso della giornata, tali da rendere necessari un sollievo mediante, in certi momenti, la ventilazione artificiale, e la nutrizione con sondino.

¹⁵ In tema v. T. GROPPi, *Il caso Englaro: viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 149 ss.

¹⁶ Artt. 579 e 589 c.p.

Fabiano viene assistito nella realizzazione della sua volontà di porre fine alla propria, come già detto *supra* (cfr. § 2) da Marco Cappato, il quale, dopo il suicidio vita assistito in Svizzera, si autodenuncia all'autorità giudiziaria di Milano, la quale, nonostante la richiesta di archiviazione della Procura della Repubblica, formula l'imputazione coatta per violazione dell'art. 580 c.p. (Istigazione e aiuto al suicidio), la cui cornice edittale va da 5 a 12 anni di reclusione¹⁷.

Si instaura quindi il giudizio penale dinanzi alla Corte d'Assise di Milano, orientato, nella strategia difensiva di Marco Cappato, a portare alla luce più elementi possibili relativi alla situazione medica nella quale si trovava Fabiano Antoniani e, soprattutto, alla reale incidenza dell'aiuto di Marco Cappato nella realizzazione del suo commiato dalla vita e, soprattutto, attraverso una approfondita consulenza medica dell'imputato, agli effetti di una rinuncia alle cure da parte di Fabiano sulla sua sopravvivenza.

Infatti, obiettivo della difesa non è dimostrare che la condotta dell'imputato è priva di responsabilità penale, ma che la norma del Codice penale sulla cui base dovrebbe essere condannato è incostituzionale, attraverso una pronuncia di incostituzionalità della Corte costituzionale: ciò dimostra evidentemente che questo è un tipico caso di litigio strategico.

Nel corso del processo, emerge che Fabiano avrebbe potuto congedarsi dalla vita senza bisogno di assumere un farmaco letale, ma rinunciando ai trattamenti sanitari che rendevano la sua vita possibile, interrompendo la nutrizione artificiale e la ventilazione artificiale che lo sosteneva durante parte della giornata. Le sofferenze della persona malata avrebbero dunque potuto vedere una fine con la rinuncia, lecita nell'ordinamento, ai presidi medici indicati. Tuttavia, grazie alla consulenza tecnica di parte del medico anestesista dott. Mario Riccio, emerge che Fabiano Antoniani avrebbe potuto giungere alla morte a seguito della rinuncia alle cure in un numero di giorni non quantificabile, in cui il malato avrebbe potuto beneficiare di cure palliative, compresa la sedazione profonda. Nonostante la sedazione profonda allevi, a quanto è dato sapere, qualsiasi tipo di sintomo refrattario alle cure, compreso lo spasmo respiratorio, Fabiano ritiene, pensando alla sofferenza non tanto sua, quanto della madre e della

¹⁷Cfr. l'ordinanza del 10 luglio 2017, del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano.

fidanzata, di non congedarsi dalla vita percorrendo la via della rinuncia alle cure, ritenuta non dignitosa.

La Corte d'Assise, terminato il dibattimento, a seguito della richiesta di assoluzione della Procura della Repubblica, decide di investire la Corte costituzionale della questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p., in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 27, e 117, comma 1, Cost., in all'art. 8 CEDU. Oltre alla violazione della libertà di scelta della persona malata e della sua dignità, viene sottolineata la sproporzione della cornice edittale dell'art. 580 c.p.

Si noti che l'art. 32 Cost. non compare tra i parametri costituzionali evocati, probabilmente perché la Corte d'Assise di Milano fa propria una impostazione centrata sulla libertà di autodeterminazione, imperniata sull'art. 13 Cost., ma il diritto alla salute trapela in tutta la motivazione. Ciononostante, la Corte costituzionale, coadiuvata in questo senso dal collegio difensivo di Marco Cappato, costituitosi come parte privata nel giudizio di legittimità costituzionale, pone al centro della sua argomentazione, che la conduce ad accertare (pur non dichiarandola subito) l'incostituzionalità di parte dell'art. 580 c.p., la libertà di rifiutare i trattamenti sanitari, mostrando come di fatto la sua tutela sia resa impossibile dalle sofferenze dei prossimi congiunti.

Il giudice delle leggi, consapevole dell'impatto che una decisione di accoglimento potrebbe avere rispetto alla vita di persone che definisce fragili e più vulnerabili, dunque circuibili da congiunti o vicini interessati alla loro dipartita, enfatizza nella sua decisione l'importanza di un intervento, in via prioritaria, del Parlamento, affinché disciplini la materia in modo organico.

Pertanto, con un *iter* inedito, accertata l'incostituzionalità della norma, la Corte rinvia l'udienza a data fissa, lasciando cioè 11 mesi al legislatore per approvare una legge, con la notissima ord. n. 207/2018. Viene dunque scisso l'accertamento dell'incostituzionalità dalla dichiarazione di incostituzionalità.

I Giudici Costituzionali, quindi, si fanno carico della questione e della sua complessità, ma, allo stesso tempo, cercano di rispettare l'interesse istituzionale e costituzionale che il Parlamento intervenga in via prioritaria. Insomma, gli aspetti sostanziali del caso, ed il fatto che al centro del caso vi sia la vita umana ed il rischio di condanna sulla base di una pena alta-

mente problematica su un piano costituzionale, premono sul processo costituzionale, inducendo la Corte costituzionale, nell'ord. n. 207/2018, ad escogitare la nuova tecnica processuale che lasci al Parlamento lo spazio per intervenire in via prioritaria¹⁸.

Ebbene, l'aspetto saliente di questa decisione è che i giudici costituzionali, da una parte, colpiscono in modo molto mirato l'art. 580 c.p., laddove prevede un divieto assoluto al suicidio medicalmente assistito; dall'altra parte, reinterpretano la stessa norma, ponendo al centro della protezione penale non più la tutela della integrità della popolazione italiana, che attraverso il suicidio perde uno dei suoi membri, come avveniva nell'ottica fascista, ma il bene vita individuale, quindi la vita delle persone più fragili.

L'art. 580 c.p. viene dunque colpito per l'assolutezza della pena per l'assistenza al suicidio: questa condotta, all'esito dell'ord. n. 207, non può più essere punita se sussistono la consapevolezza e libertà di autodeterminazione della persona, che intende porre fine alla propria vita, l'irreversibilità della malattia, l'intollerabilità fisica o psicologica delle sofferenze, e la presenza di trattamenti sanitari salvavita.

Come noto, a distanza di 11 mesi il Parlamento non interviene e, dunque, l'esito del giudizio è l'accoglimento della questione di costituzionalità, con la sent. n. 242/2019. Con questa decisione, pur in linea con la precedente ordinanza di rinvio, viene aggiunta alla puntiforme demolizione dell'art. 580 c.p., ovvero di una procedura di verifica dei requisiti per cui l'aiuto medicalmente assistito al suicidio non è un abuso.

Alla *pars destruens* dell'ord. n. 207/2018, si aggiunge nella sent. n. 242/2019 una *pars construens*, preso atto che il legislatore non è voluto intervenire.

Le condizioni in presenza delle quali l'aiuto al suicidio non è punibile e le modalità di esecuzione dello stesso, infatti, devono essere accertate preventivamente rispetto all'evento della morte, con il coinvolgimento di una struttura del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato

¹⁸Non è possibile soffermarsi in questa sede sull'amplessissima letteratura prodottasi. Ci si limita a richiamare, su tutti, a R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Libet amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta online*, 24 aprile 2020.

etico territorialmente competente, prima che l'assunzione del farmaco letale, e dunque il congedo dalla vita, siano compiuti.

Quindi, il suicidio assistito deve avvenire al di fuori di una struttura del Sistema Sanitario Nazionale, ma il Sistema Sanitario Nazionale deve intervenire prima della morte, ad accertare quelle condizioni e, inoltre, che siano state prospettate alla persona tutte le alternative possibili comprese le cure palliative.

La Corte costituzionale, altresì, insiste molto sulla necessità che le cure palliative vengano effettivamente erogate su tutto il territorio nazionale.

Ciò posto a livello contenutistico, si intende sottolineare la forte operazione ermeneutica della Corte costituzionale, che al centro della *ratio decidendi* pone l'art. 32 Cost. e supera altri difetti processuali nell'ordinanza della Corte d'Assise milanese, legati alla rimessione di due questioni diverse in modo non perfettamente subordinato l'una all'altra. La Corte costituzionale voleva dunque entrare nel merito di questa questione. Si noti che, pur risultando già normati i poteri istruttori, il giudice delle leggi non vi ricorre, pur avendo forse attivato indagini a livello informale, ad esempio in merito agli effetti della sedazione palliativa profonda ed alla durata della sopravvivenza di Fabiano dopo l'interruzione delle cure.

Si noti che, nel caso in esame, l'Avvocatura dello Stato, solitamente usa ad intervenire a difesa della continuità dell'ordinamento, aveva portato degli argomenti piuttosto deboli nella direzione dell'inammissibilità o del rigetto della questione: anche gli interventi, avendo alcune associazioni pro-vita tentato di essere ammesse al giudizio, come ovvio senza esito positivo, non avevano veicolato nuovi argomenti o fatti. La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, avvenuta qualche mese dopo alla seconda ed udienza del caso Antoniani/Cappato, che ha introdotto la possibilità di attivare audizioni di esperti e degli *amici curiae*, può dunque avere costituito, in ipotesi, la risposta dei giudici costituzionali ad un certo disagio¹⁹.

¹⁹ Pubblicate in *G.U.*, Serie generale, n. 17 del 22 gennaio 2020.

8. *Il caso di Davide Trentini: l'interpretazione estensiva della dipendenza da un trattamento sanitario*

A seguito della sent. n. 242/2019, Marco Cappato, come noto, viene assolto a Milano, per l'imputazione dell'aiuto al suicidio di Fabiano Antoniani: la Corte d'Assise di Milano non ravvisa infatti, sussistendo tutti i requisiti indicati per le fattispecie già poste in essere prima della sua decisione, elementi per fondare una condanna²⁰.

Si noti che *l'addendum* procedurale necessario per l'accertamento di tali requisiti (la verifica della struttura sanitaria pubblica e il previo parere del comitato etico), aggiunto dalla Corte costituzionale, può essere, da dispositivo della stessa sent. n. 242, applicato solo pro futuro, non essendo stati i passaggi da seguire relativi al modo di accertamento dei requisiti della non punibilità e alle modalità di esecuzione del suicidio assistito conoscibili al momento dei fatti dagli agenti, perché introdotti a seguito della commissione del fatto (in base al principio di irretroattività in *malam partem* in materia penale).

A seguito di questa pronuncia, tuttavia, non si sono verificate condotte di aiuto al suicidio in Italia.

Infatti, il procedimento penale a carico di Marco Cappato e Mina Welby per l'aiuto al suicidio di Davide Trentini, apertosi prima, ma chiusi dopo il deposito della sentenza costituzionale, riguarda fatti precedenti alla sentenza medesima. Anche in questo frangente, dunque, esiziale è stata la verifica dei requisiti per la non punibilità dell'aiuto al suicidio in sede giudiziaria, e non preventivamente, nelle tappe più volte enumerate.

Il caso è tuttavia molto importante, perché contribuisce a mettere a fuoco l'interpretazione del presupposto per la non punibilità dell'aiuto al suicidio costituito dal mantenimento in vita mediante un trattamento di sostegno vitale, assai limitativo, oggettivamente, per l'emersione della tutela della libertà di affrancamento e dignità di un'ampia categoria di persone malate, nonché foriero di discriminazioni tra malati, come affermato dal Comitato Nazionale di Bioetica in un parere del 30 luglio 2019.

Ancora una volta, per l'interpretazione estensiva o analogica dei trattamenti di sostegno vitale essenziale è la prova: mediante consulenza me-

²⁰ La decisione è stata pronunciata il 23 dicembre 2019.

dica, vengono acquisiti dalla Corte dati sulle condizioni di salute di Davide Trentini, affetto da affetto da sclerosi multipla che gli provocava indicibili dolori, pur non dipendendo da macchinari eroganti trattamenti sanitari salvavita, tanto che emerge come Davide potesse sopravvivere grazie ad un meticoloso dosaggio di farmaci cardiologici, pressori, antidolorifici e antispastici, oltre ad essere evacuato artificialmente.

Valorizzando, in modo particolare, la dipendenza di Davide dai farmaci, la Corte d'Assise di Massa, nonché la Corte d'Assise d'Appello di Genova, ritengono sussistente anche il requisito della dipendenza da un trattamento di sostegno vitale, di natura farmacologica, considerando, alla luce dei diritti costituzionali coinvolti, che non solo una "macchina" esterna al corpo del malato potesse integrare l'elemento richiesto dalla Corte costituzionale, ma lo possa fare anche un trattamento farmacologico²¹.

Se i malati terminali sono dunque ancora esclusi dall'ambito di applicazione dell'eccezione al divieto penale, l'art. 580 c.p. viene inciso da un non trascurabile allargamento dell'area di non punibilità.

9. Il caso di Mario: il traguardo dell'applicazione diretta delle sentenze costituzionali

Si arriva così al caso di Mario, il primo malato in Italia a richiedere formalmente l'accesso alla procedura delineata dalla sent. n. 242/2019 per porre fine alla propria vita mediante auto-somministrazione di un farmaco letale.

Questa vicenda è essenziale perché, nel momento in cui si scrive, nessun caso di suicidio medicalmente assistito è stato posto in essere in Italia a seguito del pronunciamento della Corte costituzionale.

Mario, chiamato così con un nome di fantasia, a seguito di un incidente stradale si trova in una condizione di tetraplegia che gli consente di muovere, solo in minima parte, le braccia. Ha il *pacekemaker*, usa il cate-

²¹ Cfr. la sent. 27 luglio 2020, n. 1 della Corte d'Assise di Massa, nonché la sent. 18 aprile 2021, n. 1 della Corte d'Assise d'Appello di Genova su cui v. F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre Dj Fabo: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini*, in *Sistema penale*, 14 settembre 2020, per una lettura critica della soluzione interpretativa adottata.

tere e deve essere evacuato artificialmente. È perfettamente lucido, si nutre senza sondino, con cibi semi-solidi, e ha capacità di parlare. A determinati orari del giorno è attraversato da spasmi e dolori.

Mario vive nelle Marche e, provato dalla sua condizione, a seguito della pubblicazione della sent. n. 242/2019, si determina ad avvalersi del percorso delineato dalla Corte costituzionale, per porre fine alle sue sofferenze in Italia. Tuttavia, la struttura sanitaria competente per territorio, ovvero la Azienda Sanitaria Unica delle Regione Marche (di seguito indicata come ASUR), oppone un rifiuto, fondato sull'assenza di una legge: in altre parole, la sent. n. 242/2019 avrebbe inciso sull'art. 580 c.p., ma sarebbe priva di effetti quanto alla procedura per l'accertamento dei requisiti volti all'ottenimento del farmaco letale, perché l'esecutività della stessa dovrebbe intervenire il Parlamento.

Segue a questo diniego un ricorso *ex art. 700 c.p.c.* da parte di Mario al giudice civile di Ancona, al fine di veder riconoscere il proprio diritto all'espletamento della procedura da parte della ASUR e alla predisposizione del parere da parte del comitato etico competente per territorio, con contestuale ordine a questi soggetti di provvedere, in base alla sentenza costituzionale.

Ebbene, anche il giudice civile di Ancona, con una decisione del 26 marzo 2020²², rigetta il ricorso, adducendo, sulla falsariga di quanto sostenuto dalla ASUR, che la sent. n. 242/2019 ha dichiarato illegittimo, in modo parziale, l'art. 580 c.p., ma non ha previsto una procedura per la prescrizione e la somministrazione del farmaco, rispetto alla quale occorre attendere l'approvazione di una legge.

Più precisamente, secondo il giudice di Ancona «Non sussistono motivi per ritenere che, individuando le ipotesi in cui l'aiuto al suicidio può oggi ritenersi penalmente lecito, la Corte abbia fondato anche il diritto del paziente, ove ricorrano tali ipotesi, ad ottenere la collaborazione dei sanitari nell'attuare la sua decisione di porre fine alla propria esistenza; né può ritenersi che il riconoscimento dell'invocato diritto sia diretta conseguenza dell'individuazione della nuova ipotesi di non punibilità, tenuto conto

²² La decisione è pubblicata sul sito dell'Associazione Luca Coscioni, cui Mario si era rivolto, inizialmente nella persona di Marco Cappato, per avere tutela. Si rinvia al sito dell'Associazione per una ricostruzione di tutte le tappe della storia di Mario.

della natura polifunzionale delle scriminanti, non sempre strumentali all'esercizio di un diritto». Il giudice di Ancona disconosce, in altre parole, che la *pars constuens* della sent. n. 242/2019, contenente le regole procedurali per l'accertamento delle condizioni di non punibilità e della modalità di esecuzione del suicidio assistito, sia direttamente applicabile; allo stesso tempo, limita gli effetti della sentenza di incostituzionalità alla non punibilità delle condotte di aiuto al suicidio in presenza dei requisiti richiesti dalla Corte, elidendola dunque rispetto alla procedura medesima.

La incongruenza di tale *iter* argomentativo è evidente: esso, colpendo e paralizzando la procedura, non espletabile in assenza di una legge, paralizzerebbe in toto gli effetti giuridici della dichiarazione di incostituzionalità, essendo la previa verifica un *prius* del suicidio assistito, che è invece un *posterius*. In altri termini, la non punibilità dell'aiuto, essendo il caso di Mario (a differenza di quello di Davide Trentini) successivo alla pubblicazione della sentenza, non potrebbe mai essere pronunciata, anche in presenza dei quattro requisiti, se questi non fossero accertati previamente dalla struttura sanitaria pubblica competente per territorio, previo parere del comitato etico. Tale impostazione impedirebbe dunque, a monte, l'applicazione dell'art. 580 c.p., come riprodotto dalla Corte costituzionale.

Peraltro, il giudice di Ancona riconosce, esondando dalle sue competenze, la sussistenza dei quattro requisiti, la cui verifica è di spettanza invece dell'ASUR, e afferma di non poter ordinare all'ASUR la prescrizione e somministrazione del farmaco. Viene quindi a travisare la richiesta oggetto del ricorso, ovvero di riconoscere il diritto alla procedura di Mario e di ordinare all'ASUR di espletarla, anziché di porre in essere la condotta di aiuto al suicidio.

Mario decide dunque di presentare reclamo al Tribunale in composizione collegiale, impugnando la decisione di rigetto di prime cure, ed ottiene questa volta una pronuncia di accoglimento della sua domanda. Infatti, con ordinanza del 9 giugno 2021, viene affermato che la richiesta di ordinare all'ASUR la verifica delle condizioni poste dalla Corte costituzionale è fondata. In particolare il collegio sottolinea, nella sua ordinanza, come il reclamante avesse richiesto non che l'ASUR si sostituisse al legislatore, ma che effettuasse «tutte [le] verifiche e [i] passaggi previsti dalla sentenza 242/2019, [per poter] accedere al suicidio assistito in piena legalità e senza che nessuno sia accusato di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p.».

In questo modo, Mario ha visto, sia pure con non trascurabile ritardo, a maggior ragione date le sue condizioni di grave sofferenza, tanto da rendere necessarie tre diffide alla ASUR²³, aprirsi, svolgersi e chiudersi la procedura di verifica.

Al di là di alcuni momenti di stallo, dovuti probabilmente al fraporsi di una sorta di ritrosia culturale, data dal vuoto legislativo, ricorrente nei casi strategici esaminati in questo capitolo, tale da intaccare l'efficacia e l'autorevolezza delle decisioni giudiziarie, merita di essere segnalato che il comitato etico, nel suo parere del 9 novembre 2021, ha evidenziato che sussistono tutti e quattro i requisiti richiesti dalla Corte costituzionale. Si ritiene così provata anche la presenza di una sofferenza psicologica (oltre che fisica) intollerabile, definita come più difficile da dimostrare, scaturendo da un elemento soggettivo, in quanto tale difficile da misurare: ebbene, il comitato etico ritiene tale requisito attestato dalla coerenza della narrazione del paziente con la sua manifestazione, appunto, di sofferenza.

Anche la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale è ritenuta sussistere, con una valutazione che ricalca l'impostazione seguita dalla Corte d'Assise di Massa e dalla Corte d'Assise d'Appello nel caso di Davide Trentini (cfr. il § 8). Infatti, i trattamenti medici da cui Mario dipende, ovvero il pacemaker, il catetere vescicale a permanenza e l'evacuazione artificiale hanno, è vero, un ruolo di tipo «sussidiario», perché subentrano a sostegno di funzioni fisiologiche e non si sostituiscono ad esse (come la ventilazione artificiale), ma allo stesso tempo la loro interruzione potrebbe portare a complicanze tali da condurre al decesso, a meno di non porre in atto interventi molto invasivi, con sofferenze del malato e comunque un congedo dalla vita non dignitoso.

Peraltro, al fine di vedere ASUR e comitato etico pronunciarsi anche sulle modalità di esecuzione del suicidio assistito, come richiesto dalla Corte costituzionale, è stato necessario, da parte di Mario, un ulteriore passaggio: fornire il parere di un consulente tecnico sugli aspetti legati alla somministrazione del farmaco prescelto, cioè il tiopentone. Infatti, la ASUR e comitato etico non si erano espressi sul punto, nonostante l'ordine in tal

²³ Per una ricostruzione, si rinvia al sito dell'Associazione Luca Coscioni (ultimo accesso, 2 aprile 2022): <https://www.associazionelucacoscioni.it/il-caso-di-mario-che-chiede-la-morte-assistita-in-italia-e-porta-in-tribunale-la-asl-punto-per-punto>.

senso del tribunale di Ancona. Ciò dunque è avvenuto in chiave collaborativa da parte di Mario, così da agevolare l'iter procedurale, tenuto conto che la Corte costituzionale richiede che siano la struttura sanitaria pubblica ed il comitato etico ad esprimersi sulle modalità di esecuzione del suicidio medicalmente assistito.

10. *Conclusioni: scienza e paradigma costituzionale della tutela della vita*

In conclusione, non siamo passati ad un paradigma di responsabilità della vita ma solo di limitate eccezioni alla indisponibilità della vita.

Ciò che sta alla base di tutto questo fermento e della perdurante problematicità di un diritto frammentario, forgiato su casi strategici risolti in via giurisprudenziale, è la incapacità di affrontare in modo organico, fosse anche con una legislazione restrittiva, la condizione di chi, prima di morire, si sente già in una condizione di non vita, di sopravvivenza, di un artificiale mantenimento delle funzioni biologiche.

Per affrontare a livello giudiziario questa tematica, non è bastato dunque avere contezza delle norme in vigore e della loro interpretazione, ma è stato necessario anche produrre dinanzi all'autorità giudicante in modo scrupoloso fatti rilevanti su tipo e durata della malattia, sua irreversibilità, sofferenze fisiche e psicologiche del malato, trattamento farmacologico e sanitario cui è sottoposto, compresa l'evacuazione artificiale, la sua volontà, libera, autonoma e costante di porre fine alla propria vita, mediante consulenze tecniche appropriate e testimonianze.

Questo vale anche, su scala diversa, per l'intervento da parte del legislatore.

Anche la legge n. 219/2017, una volta approvata, si è scontrata con una sorta di diffidenza degli operatori sanitari²⁴. Anche per questo, occorre rafforzare la consapevolezza della indefettibilità, nel dibattito parlamentare, di acquisizioni scientifiche sui trattamenti di sostegno vitale (fermo re-

²⁴ V. in tema v. B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Riv. dir. comp.*, 2017, III, p. 267 ss.

stando che su un piano medico esista davvero questa categoria), natura ed effetti della sedazione palliativa profonda, statistiche sulle persone e sul tipo di patologie da cui sono afflitte, terminali e non, che si avvarrebbero di suicidio assistito ed eutanasia.

La scienza e l'arte medica ed i dati dovrebbero costituire il terreno del dibattito nelle aule dei rappresentanti democraticamente eletti. Senza questo terreno, infatti, lo scontro di visioni e argomenti a favore del paradigma della disponibilità o indisponibilità della vita è slegato dalla realtà e fittizio, per i diritti delle persone malate. In altre parole, la scelta finale di come regolare la materia deve pur sempre fondarsi su dati scientifici, indispensabili per evitare che la limitazione della libertà di scelta sia imposta a costo zero²⁵.

²⁵ Mentre si scrive, è all'esame del Senato il testo di un disegno di legge, approvato alla Camera il 10 marzo 2022, rubricato *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita* (cfr. A.S. 2553).