

## ***Il caso “Cappato”: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019***

*Zaira Secchi*

1. In tema di bioetica assai ampi sono gli spazi che la normazione positiva ha lasciato vuoti ed è, quindi, questo il terreno dove maggiormente si è esercitata e si esercita la potestà del Giudice di colmare le lacune normative, sempre ancorandosi strettamente ai principi enunciati nella Costituzione, gettando così le basi per un diritto del futuro attraverso la regolamentazione del caso concreto, obbligato com'è a pronunciarsi comunque.

D'altra parte anche in ambito internazionale i diritti in tema di bioetica, come è quello dell'autodeterminazione in materia sanitaria, fanno parte dei cosiddetti “*Diritti e libertà di quarta generazione*” ovvero quelli che sono ancora in via di definizione e di disciplina perché emersi solo di recente in ragione dell'evoluzione scientifica e dell'accresciuta sensibilità generale rispetto a tali temi. Si dovrà attendere, ad esempio, fino al 1997, con la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, per avere a livello internazionale un riconoscimento del diritto di autodeterminazione in materia sanitaria; l'art. 5 della Convenzione prevede infatti espressamente che <<un intervento in campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il suo **consenso libero ed informato**. La persona interessata può in qualsiasi momento ritirare il proprio consenso>>.

A conferma di quanto questi temi siano divisivi, va ricordato che tale Convenzione veniva sottoscritta dall'Italia e ratificata con legge 28-3-2001, n. 145, ma non veniva completato il relativo iter esecutivo, poiché dal nuovo Governo, subito dopo insediatosi, non veniva depositato lo strumento di ratifica presso il Segretariato del Consiglio di Europa, adempimento non ottemperato neppure successivamente.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> V. [Il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo, Simone Penasa in www.forumcostituzionale.it > documenti\\_forum > paper > 0007\\_penasa](http://www.forumcostituzionale.it/documenti_forum/paper/0007_penasa).

Sul tema dell'efficacia della convenzione nel diritto interno, l'autore richiama la discussione dottrinale in corso riguardante la natura, la definizione ed il contenuto della procedura di ratifica, esecuzione di trattati internazionali ed adattamento del diritto interno, concludendo che, non essendo stato

In ogni caso nel nostro ordinamento, grazie proprio alla giurisprudenza di merito e di legittimità, supportata da una vasta ed appassionata elaborazione dottrinale, si è affermato a partire dal 2007 **il diritto di autodeterminazione in materia sanitaria**, diritto finalmente non più recessivo rispetto al diritto alla salute ed al diritto alla vita, come era stato inteso fino a quel momento dalla stessa giurisprudenza. Il tutto si originava infatti nel 2007 con due sentenze innovative: la prima interveniva il 23 luglio 2007 e veniva emessa dal GUP di Roma sul cd. caso “WELBY”, la seconda interveniva il 16 ottobre dello stesso anno e veniva emessa dalla I sezione civile della Cassazione, che si pronunciava sul cd. caso ENGLARO.

In particolare il GUP di Roma stabiliva che il medico, che aveva interrotto una terapia salvavita per espressa, consapevole, libera ed attuale volontà del paziente, avesse adempiuto ad un dovere giuridico, discendente dal precetto costituzionale (art. 32, co. II), secondo il quale <<nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge>>. Il Giudice, pertanto, riteneva che con tale precetto la Costituzione riconoscesse esplicitamente il diritto all'autodeterminazione dell'individuo in materia sanitaria, mai comprimibile neppure se la terapia in questione fosse stata salvavita, e che quindi fosse la stessa Costituzione con l'espressa riserva di legge a fornire lo strumento per il bilanciamento del diritto all'autodeterminazione con i diritti alla vita e alla salute -parimenti di rango costituzionale-, stabilendo in caso di conflitto la prevalenza del primo sugli altri due, sull'assunto che, se per espressa previsione della norma costituzionale il diritto all'autodeterminazione non può essere compresso, questo diritto prevarrà sempre, salvo che la legge ordinaria non preveda diversamente.

Analogo percorso seguiva la Cassazione nella sentenza del 6 ottobre 2007 che riguardava il diverso caso di chi, afflitto da una condizione di coma profondo, non fosse più in grado di esprimere la propria volontà sul mantenimento delle terapie salvavita. Ebbene nel caso “Englaro” la sentenza autorizzava l'interruzione della terapia salvavita di Luana alla presenza di alcuni presupposti indagati nel caso concreto ovvero: 1) la presenza della condizione di irreversibilità dello stato vegetativo in cui versa la persona, 2) la possibilità di ricostruire il consenso o meglio la volontà del paziente, non più cosciente, di interrompere le terapie di mantenimento in vita, al fine di poter comunque ricondurre l'interruzione terapeutica alla volontà della persona stessa, in osservanza, anche qui, del

principio di autodeterminazione in materia sanitaria riconosciuto dalla Costituzione.

Tale inversione dell'interpretazione giurisprudenziale veniva fatta oggetto di ripetute conferme dal Giudice della legittimità, che affermava in una molteplicità di casi il diritto incoercibile del malato di rifiutare ogni trattamento -o rinunciarvi se già iniziato-, con la conseguente illiceità del comportamento del medico che operasse in difformità. Infatti, dopo pochi mesi già interveniva la prima pronuncia di conferma di tale indirizzo giurisprudenziale da parte della Cassazione (Cass. 16-1-08 in proc. Huscer), nella quale si affermava il principio secondo cui il medico non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente, che ha il diritto di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla in tutte le fasi della vita, anche quella terminale.

Nello stesso anno intervenivano anche le S.U. (sentenza 18 dicembre 2008, n. 2437), che, tra l'altro, affermavano che l'attività medica deve essere sempre rispettosa della scelta libera e consapevole del paziente, a cui come individuo, a sua volta, viene costituzionalmente riconosciuta la libertà di cura, intesa anche come diritto alla autodeterminazione in materia di trattamento sanitario. Nell'occasione sostenevano le S.U. che il diritto di autodeterminazione del malato ha il suo fondamento nei principi espressi nell'art. 2, che riconosce i diritti inviolabili dell'individuo, nell'art. 13, che afferma che la libertà personale è inviolabile ed infine nell'art. 32 che vieta che una persona possa essere obbligata a sottoporsi a trattamenti sanitari non voluti.

Alle medesime conclusioni era giunta poco prima anche la Corte costituzionale con la sentenza 15 dicembre 2008, n. 438, che per un caso diverso, ma parimenti ancorato al principio della libertà di cura, aveva confermato il diritto del malato di autodeterminarsi mediante il consenso informato, diritto che rientra tra i principi fondamentali della persona, <<atteggiandosi in materia di tutela della salute come un vero e proprio diritto della persona che trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione>>. Dello stesso tenore è anche la successiva pronuncia della Corte costituzionale (n. 253/2009), che, insieme alla n. 438/2008, viene esplicitamente citata come fonte di ispirazione nella sentenza c.d. CAPPATO/ANTONIANI.

2. La giurisprudenza sopra richiamata ha avuto nell'ambito penale come diretta conseguenza la riduzione dell'estensione delle fattispecie criminose, quali quella dell'omicidio del consenziente (art. 579, c.p.) ed infine di recente, proprio con la sentenza in commento, quella dell'aiuto al suicidio (art. 580, c.p.) e ha anche preparato il terreno alla lunga riflessione del legislatore che nel 2017 interveniva con una legge di

regolamentazione della materia (l. 22-12-2017, n. 219, intitolata *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), che recepiva integralmente le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza nel precedente decennio.

La legge n. 219/2017, infatti, non fa che riconoscere il diritto di rifiutare o di interrompere terapie salvavita da parte del malato, capace di intendere e di volere, libero e consapevole (sentenza c.d. WELBY, 23-7-2007) e di riconoscere il diritto di interrompere terapie salvavita anche nei confronti di persona non più capace di intendere e di volere (sent. c.d. ENGLARO), alla presenza dei requisiti dell'irreversibilità dello stato vegetativo e della certezza della volontà del malato.

Le uniche novità effettivamente introdotte dalla predetta legge sono state le c.d. D.A.T. (disposizioni anticipate di trattamento) e la formulazione della nozione giuridica dell'accanimento terapeutico, fino a quel momento oggetto di grande confusione interpretativa, nozione da cui scaturisce l'obbligo in capo al medico <<di astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione di cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati>>. Ma soprattutto in questa sede va ricordato che tale legge è quella da cui, come vedremo, la Corte costituzionale attinge a piene mani per tracciare una qualche regolamentazione della condotta "divenuta legittima" in seguito alla pronuncia di incostituzionalità -di parte- dell'art. 580, c.p., poiché tale normativa rappresenta a detta della Corte <<un punto di riferimento già presente nel sistema>> e proprio perché <<la declaratoria di incostituzionalità attiene in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante rinuncia a trattamenti necessari alla loro sopravvivenza ai sensi del comma 5 dell'art. 1 della legge>> ed inoltre in quanto viene ivi prefigurata una procedura medicalizzata, appunto, utilizzabile anche per quelle situazioni individuate dalla Corte costituzionale.

3. Il Giudice delle leggi **con la sentenza 22 novembre 2019, n. 242, (ud. 25 settembre 2019)**, pronunciandosi sul caso c.d. CAPPATO/ANTONIANI, fa esplicito richiamo alla sentenza 23 luglio 2007 del GUP di Roma ed alla sentenza della I Sezione civile della Cassazione del 16 ottobre 2007 e si inserisce in questa stessa scia interpretativa per arrivare a <<dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 580, c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, - ovvero quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione-, agevola l'esecuzione del proposito di

suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, **di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili**, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente>>.

Quindi, la Corte con la sua pronuncia **non liberalizza affatto il suicidio**, in quanto: a) elide solo una parte della fattispecie dell'agevolazione al suicidio, mentre rimane del tutto ferma l'illiceità della condotta di induzione al suicidio, atteso che una delle condizioni per l'esclusione della punibilità è che il proposito di suicidio si sia formato nel malato autonomamente e liberamente, b) non riconosce un generale diritto al suicidio come espressione della libertà personale dell'individuo garantita dall'articolo 13, Cost., ed in quanto rientrante tra i diritti inviolabili genericamente indicati all'articolo 2, Cost., c) associa il suicidio di chi patisca una malattia irreversibile e fonte di sofferenza fisica e morale al diritto costituzionalmente riconosciuto (art. 32, II co., Cost.) di porre fine alle proprie sofferenze, ormai divenute intollerabili. Insomma, la Corte costituzionale non fa proprie le ragioni sostenute nell'incidente di costituzionalità sollevato dalla Corte di assise di Milano (ordinanza 14 febbraio 2018), pur ritenendolo fondato, ma intraprende un percorso logico, suggerito dall'imputato costituitosi nel giudizio di costituzionalità, percorso che passa attraverso la comparazione del caso dell'aspirante suicida, irreversibilmente malato e soggetto a sofferenze fisiche e morali per lui intollerabili, con le situazioni disciplinate dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219, per le quali invece il legislatore ha riconosciuto al malato pieno diritto di autodeterminazione ed esenzione dall'illiceità civile e penale al medico che ottemperi alla volontà del paziente nell'interruzione o nel rifiuto di terapie salvavita.

Inoltre la Corte costituzionale ha ritenuto, in seguito al vuoto normativo determinatosi, di doversi assumere anche il compito di fornire una disciplina legale alla prestazione di aiuto materiale a favore dei pazienti nelle condizioni sopra descritte, non limitandosi ad una pronuncia meramente ablativa. In particolare il Giudice delle leggi, come aveva fatto anche in materia di aborto con la sentenza n. 27 del 1975 e più di recente in materia di procreazione medicalmente assistita con le sentenze n. 96 e n. 229 del 2015, ha voluto scongiurare <<intollerabili vuoti di tutela>> nei confronti della vita di persone che si trovano in situazioni di particolare vulnerabilità ed ha pensato di farlo <<**subordinando la non punibilità dei fatti che vengono di volta in volta in rilievo al rispetto di specifiche cautele** volte a garantire nelle more dell'intervento del legislatore un

controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta>>.

Nello svolgimento di tale compito la Corte costituzionale ha inteso distinguere i fatti anteriori da quelli posteriori rispetto alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta ufficiale della Repubblica, regolamentandoli diversamente: 1) nel caso di fatti successivi alla pubblicazione della sentenza, questi per poter andare esenti da punizione vanno posti in essere osservando tassativamente le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, comprese le verifiche effettuate da una struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale e l'acquisizione del parere del Comitato etico territorialmente competente, costituendo, questi ultimi, degli organismi pubblici o strutture a carattere nazionale in grado di garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità, come quelle in gioco; 2) quanto invece ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza, sarà compito del Giudice con maggiore margine di discrezionalità verificare la sussistenza nel caso concreto dell'osservanza di <<modalità equivalenti>> a quelle previste dalla predetta legge.

Quale è il ragionamento che segue il Giudice delle leggi per arrivare alle conclusioni sopra riportate?

Nell'ordinanza n. 207/2018 la Corte costituzionale aveva sospeso per circa un anno il suo giudizio di costituzionalità sull'art. 580, c.p., al fine di consentire al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina, atteso <<che l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione>>. Pertanto constatata l'inazione del Parlamento sul punto, la Corte, riunitasi in camera di consiglio ed in attesa del deposito della sentenza, attraverso il suo ufficio stampa anticipava già nello scorso settembre in gran parte il tenore della decisione.

Ma riprendiamo il filo del ragionamento della Corte costituzionale: abbiamo visto che il Giudice delle leggi non si proietta affatto verso una liberalizzazione del suicidio, bensì formula una censura di costituzionalità solo per la manifesta irragionevolezza insita nel diverso trattamento che viene riservato a quello che è invece lo stesso substrato fattuale degli articoli 579 e 580 quando vi siano soggetti che patiscono la medesima sofferenza fisica e psichica per patologie irreversibili e destinate a portare alla morte. Pertanto la Corte costituzionale ha riscontrato situazioni equivalenti dal punto di vista dei diritti in gioco (vita ed autodeterminazione in materia sanitaria), ma soggette irragionevolmente ad un diverso trattamento: in un caso il malato può decidere liberamente di porre fine alla propria esistenza interrompendo terapie salvavita e chi lo aiuta è esente da responsabilità con la legge n. 116/2017, mentre nell'altro

caso l'ordinamento <<limita ingiustificatamente ed irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze>> ed inoltre chi aiuta il malato è suscettibile di condanna.

Ma c'è un'unica e grande differenza fattuale tra le due situazioni: la sospensione della terapia salvifica porta nel primo caso all'immediato decesso del paziente perché egli non può fare a meno della terapia per sopravvivere (come è avvenuto per Welby), mentre nell'altra ipotesi l'interruzione porterebbe solo all'aggravamento della sofferenza fisica per poi approdare comunque, dopo un periodo non quantificabile, alla morte (come sarebbe avvenuto per Antoniani). Pertanto in quest'ultimo caso il paziente per congedarsi dalla vita è costretto a subire un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care, che sarebbero costrette ad assistere a questo prolungamento inutile di sofferenza del loro congiunto.

Aggiunge la Corte che <<la sedazione profonda e continua necessaria a lenire questo prolungamento di sofferenza ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso>> e che <<pertanto si comprende come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile>> con la conseguenza che deve essere consentito al malato di decidere se intraprendere una strada o l'altra.

**La Corte tende pertanto a creare, superando tutte le contraddizioni, un sistema complessivo e ragionevole di regolazione delle scelte di fine vita, ma sempre rigorosamente inserite e vagliate all'interno di un rapporto terapeutico, tanto da rimandare, anche nel caso di aiuto al suicidio, la verifica delle condizioni richieste e delle modalità esecutive ad una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale proprio <<per evitare rischi di abuso nei confronti di persone specialmente vulnerabili>>.**

## **BIBLIOGRAFIA.**

*Federico Consulich e Carolina Genoni "Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo", in Giurisprudenza Penale, 2019.*

*M. Donini, "Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto", in Cass. pen., 2007.*

*Mario Falanga "Il principio di effettività", Libera Università di Bolzano, 2017.*

*Pasquale Fimiani “Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato”, in [WWW.penalecontemporaneo.it](http://WWW.penalecontemporaneo.it).*

*Ferrando Mantovani, Diritto penale, parte generale, 1993.*

*Ferrando Mantovani “Biodiritto e problematiche di fine vita”, in Criminalia, 2006.*

*Ferrando Mantovani “Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente”, in Iustitia, 2017.*

*Luigi Salvato “Profilo del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale”, 2015.*

*Francesco Viganò “Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziario, Magistratura, 2008, n. 2, Riv. Dir. proc. pen.;*

*Francesco Viganò “L’interruzione dell’alimentazione e dell’idratazione artificiali nei confronti dei pazienti in stato vegetativo”, 2009.*