

Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza 207/2018: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?*

di Barbara Pezzini **
(22 Giugno 2019)

L'ordinanza 207/2018, riproponendo «*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.*», sembra porsi in linea di continuità con quelle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno letto negli articoli 2, 13 e 32 Cost. un intreccio virtuoso al servizio dell'auto-determinazione della persona nel quadro della relazione medico-paziente e, più nello specifico, dei processi di costruzione del consenso informato ai trattamenti sanitari.

È stata la sent. 438/2008 ad esplicitare il collegamento fra i tre articoli a fondamento della imprescindibile necessità del consenso informato, inteso come «*l'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico*»: mentre l'art. 2 collega il consenso informato alle radici del personalismo, integrandolo nel tessuto dei diritti fondamentali, l'art. 13 estende la dimensione attiva della *libertà di scegliere* consapevolmente qualsiasi cura alla quale sottoporsi, oltre la dimensione difensiva del rifiuto (*libertà dall'obbligo* di determinati trattamenti sanitari). Poco dopo la sent. 253/2009 propone il consenso informato in «funzione di sintesi» tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute.

In realtà, a definire la pretesa di consenso espresso ad ogni trattamento sanitario basta l'art. 32 Cost., non solo con riferimento alle condizioni del secondo comma che pongono i limiti in cui il soggetto titolare del bene salute e del relativo diritto individuale può essere sottoposto ad una etero-determinazione relativa alla propria salute, ma soprattutto per come configura i soggetti essenziali della relazione terapeutica: da un lato, il titolare del bene salute individuale (*il malato*), con un potere di autodeterminazione diretto e non eliminabile sulle decisioni di cura; dall'altro chi necessariamente coopera attraverso le sue conoscenze tecniche alla formazione della decisione (*il medico*), fornendo un apporto tecnico-specialistico indispensabile perché la decisione possa essere qualificata come "terapeutica". Il malato è protagonista essenziale, portatore di un'autonomia che può essere circoscritta e variamente incisa, ma mai completamente soppressa; il medico, parimenti necessario, non essendo il titolare del bene salute sul quale si esercita la scelta, agisce in *funzione strumentale* al formarsi del processo di decisione del malato ed al compimento delle attività terapeutiche conseguenti alle scelte compiute. Il medico ha la funzione essenziale di proporre al paziente come curarsi e di somministrare cure e trattamenti entro il quadro di una stretta relazione con il paziente¹, dal momento che gli aspetti relativi alla qualità della cura non possono che essere apprezzati in un rapporto individualizzato con il

* Intervento al Seminario 2019 di Quaderni Costituzionali, *Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, Bologna, 27 maggio 2019.

paziente, la cui soggettività rappresenta addirittura la misura di taluni elementi: le sue decisioni implicano una specifica responsabilità tecnica, in particolare in ordine alla valutazione dell'efficacia della cura, e la sua sfera di azione e la relativa autonomia nella relazione terapeutica trovano fondamento e garanzia nella protezione costituzionale dell'autonomia scientifica (ex art. 33 Cost.²).

Accostato all'art. 32 Cost.³, l'art. 13 ha comunque contribuito a rendere visibile l'ampiezza e la rilevanza costituzionale della sfera di auto-determinazione del paziente costituzionalmente tutelata, forte contrappeso rispetto all'autonoma responsabilità di cura propria del medico, fondata sulla tutela della sua autonomia scientifica⁴.

Nella cornice della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'assise di Milano in riferimento al reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), la giurisprudenza costituzionale sembra ora essersi spinta sino a ricoprire con l'ombrello dell'autodeterminazione la scelta delle terapie finalizzate a liberare dalle sofferenze.

Pur nella consapevolezza che la tenuta delle affermazioni che risuonano in questa ordinanza andrà verificata alla luce del provvedimento che la Corte costituzionale adotterà in chiusura della ulteriore discussione prevista nella udienza di rinvio del 24 settembre 2019, non si può trascurare l'emergere di alcuni profili di discontinuità rispetto ai precedenti relativi all'*autodeterminazione in materia di salute*, che rendono in questo caso problematica la ricostruzione del richiamo all'art. 13 Cost. come semplicemente *ad adiuvandum* rispetto all'art. 32. La pronuncia costruisce una sostanziale equivalenza – sia pure solo qualora il soggetto agevolato al suicidio sia persona « (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli » – tra la richiesta di un atto medico che determini attivamente il momento della morte (pretesa ad comportamento attualmente punito dall'art. 580 c.p.⁵) e quella dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto con contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua (sulla base dell'esercizio di una autodeterminazione in relazione alla propria salute che è oggi specificamente

1 «In materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sent. cost. 169/2017009).

2 La sent. 282/2002 parla di un diritto fondamentale della persona malata «ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica»

3 Anche solo *ad adiuvandum* R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4963.

4 A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico*, Bari, 2018.

5 Punto 9 Cons. in dir.: «La legislazione oggi in vigore non consente, invece, al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. In tal modo, si costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care».

assistita dalle garanzie della legge 219/2017, ma di per sé direttamente fondato sull'art. 32 Cost.⁶).

Uno slittamento, sinora inedito, tra *letting die* e *killing*⁷, che supera la linea di demarcazione saldamente presidiata dall'obbligo deontologico espresso nell'art. 17 del codice di deontologia medica, richiamato specificamente dall'art. 1 della l. 219/2017⁸.

Tanto più che la legge 219 come *tertium comparationis* non è introdotta semplicemente per indirizzare un'interpretazione costituzionalmente conformata dell'art. 580 c.p.⁹, che escluda che, nella condotta di chi – come ha fatto Marco Cappato aiutando F. A. nella vicenda – abbia accompagnato in macchina un malato in quelle particolari condizioni in un paese straniero ove gli è stato possibile realizzare l'intento suicidario rivolgendosi ad una clinica, sia ragionevolmente configurabile un aiuto al suicidio punibile con il rigore della disciplina penale vigente. Quello sarebbe un obiettivo conseguibile con una pluralità di dispositivi, come la dottrina ha ben evidenziato in via preventiva¹⁰, che avrebbe anche potuto essere alla portata dei giudici milanesi (seguendo l'interpretazione delle corti di merito citate nella stessa ordinanza di rimessione, o rilevando l'interruzione del nesso di causalità tra aiuto prestato da Cappato e atto suicidario, essendo il mero accesso alla clinica dove il trattamento è stato possibile un presupposto necessario ma non sufficiente, sia perché è stato indispensabile l'intervento attivo di chi ha messo a disposizione il farmaco letale, sia perché F. A. avrebbe potuto non solo non essere ritenuto idoneo, ma mutare idea sino all'ultimo momento).

La Corte costituzionale procede, con un ulteriore slittamento, oltre il perimetro della rilevanza della questione di costituzionalità, ipotizzando la doverosità costituzionale di un intervento legislativo¹¹ che, pur nell'indispensabile esercizio di delicati bilanciamenti costituzionali che restano affidati alla responsabilità del

6 B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Pisa, 2011, p. 177.

7 M. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale, paper al Seminario "Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?"*, Bologna, 27 maggio 2019.

8 Art. 17: "Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocare la morte". E. PULICE, *Autonomia e responsabilità medica: la scelta deontologicamente (dis)orientata*, in *Riv. Biodiritto*, 1/2019; P.F. BRESCIANI, *Il lungo anno dell'art. 580 cod.pen.: l'art. 17 Codice Deontologia Medica può precludere la partecipazione del medico ai suicidi assistiti?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2 maggio 2019

9 Sempre nel punto 9 del *Considerato in diritto*: «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 – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

10 A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *www.forumcostituzionale.it*.

11 Rimettendo al legislatore la responsabilità di scegliere entro un ventaglio di opzioni discrezionali, prima tra tutte la scelta tra intervenire sull'art. 580 c.p. e la legge 219/2017, l'ordinanza precisa al punto 11 "ferma restando l'esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati dalla presente pronuncia".

legislatore, garantisca una “tutela del malato” intesa come diritto ad ottenere la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, in quanto trattamento ritenuto comparabile alla già riconosciuta possibilità di “liberarsi delle proprie sofferenze” attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale (anche se, proprio evocando la molteplicità di opzioni che il legislatore dovrà valutare, la Corte dimostra di non ritenere, in realtà, perfettamente equivalenti le due opzioni in precedenza presentate come simmetriche). Allontanandosi dal perimetro delle condotte e delle relazioni soggettive interessate dal giudizio *a quo*, si fanno più sfumate anche le linee che permettono di distinguere tra le sfere soggettive interessate e tra gli effetti che in tali sfere ricadono sui soggetti individuati: dal soggetto che spontaneamente presta aiuto all'altrui proposito suicidario già indipendentemente maturato, si passa a considerare la condizione del soggetto irreversibilmente malato e intollerabilmente sofferente e, quasi senza soluzione di continuità, al riconoscimento delle sue pretese verso altri (trascurando la differenza tra uno spazio fattuale di libertà personale possibile e un vero e proprio diritto *al quale corrisponda l'affermazione di una doverosità del comportamento altrui*¹²).

L'ordinanza 207 colloca così la questione in uno spazio costituzionale non compiutamente definito, tra un *diritto di morire* che non c'è ed un *dovere di vivere* che non può fondarsi su valori distinti e pretesi superiori alla (autocoscienza della) persona in sé considerata.

Per quanto nessuna norma della costituzione consenta di configurare un *diritto di morire*, che proietti la piena disponibilità individuale del bene della vita fino al riconoscimento della pretesa di esigere comportamenti conformi da parte di altri soggetti (vale a dire, assistenza e collaborazione al suicidio), il libero sviluppo della persona protetto dall'art. 2 Cost. e la piena dignità riconosciuta dall'art. 3 Cost. ad ogni essere umano impongono il massimo rispetto della persona anche *nell'attraversamento del confine tra la vita e la morte*. E per quanto l'ordinamento costituzionale tenda nel complesso a privilegiare la vita, orientando la solidarietà all'esistenza in vita del soggetto, non autorizza la sostituzione di determinazioni eteronome all'autonomia del soggetto: i doveri di solidarietà dell'art. 2 Cost. sono, infatti, correlativi, non superiori ai diritti fondamentali della persona. Resta uno spazio costituzionale aperto, in cui riconoscere un fondamento costituzionale al *diritto di morire con dignità*¹³, il cui contenuto riguarda pretese di autodeterminazione relative alla possibilità di conformare le modalità della propria morte, che hanno fondamento nel principio personalistico e che possono trovare protezione *in connessione* con le garanzie offerte dall'art. 32 Cost.

Ciò nella misura in cui al diritto costituzionale alla salute si può ricondurre il diritto di determinare a quali trattamenti sottoporsi e quali rifiutare, *anche e specificamente* quando il rifiuto o l'interruzione significhi accettare l'esito fatale del sopraggiungere della morte (rifiuto o interruzione di trattamenti salvavita): in tal caso, infatti, nell'ambito della relazione terapeutica diventano prestazione alternativa ai trattamenti salvavita rifiutati dall'interessato le cure palliative

12 A. MORRONE, *Il “caso Cappato”* cit., p. 9.

13 P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003.

(sedazione profonda e terapia del dolore), che il medico deve¹⁴ somministrare per assistere il paziente, accompagnandolo verso un esito inevitabile. Le cure palliative rappresentano quanto viene fatto per garantire che, anche nella fase tra il rifiuto dei trattamenti salvavita ed il momento della morte – nel *processo del morire* –, la cooperazione del medico in uno stretto dialogo con il paziente assicuri a quest'ultimo la migliore condizione di salute possibile (qualità terapeutica *relativa*). La condizione di pazienti affetti da malattie caratterizzate da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, che non rispondono a trattamenti rivolti alla prospettiva della rimozione della malattia, è *situazione-limite* che scinde la qualità terapeutica dalla proiezione della cura alla guarigione (che di norma sembrano coincidere); ma una qualità terapeutica *relativa* in assenza di prospettiva di guarigione non è una qualificazione riduttiva, come se la qualità della vita potesse dirsi, al contrario, "assoluta" in assenza della malattia (e *solo* in assenza di malattia): sta piuttosto ad indicarne lo stretto rapporto con il soggetto malato, l'*individualizzazione* che, in verità, caratterizza sempre la qualità della vita perseguita da un trattamento medico-sanitario nella prospettiva dei bisogni e delle preferenze individuali del malato, tanto più rilevanti quando venga meno l'aspettativa di un'evoluzione positiva della malattia.

Ma quando la prestazione alternativa alle cure salvavita rifiutate o interrotte consiste in un trattamento che induce la morte, si può dubitare che ci si trovi ancora entro l'orizzonte della *relazione terapeutica*: non si tratta di accompagnare il processo del morire, ma *dell'atto* di dare la morte.

Per questo, l'ordinanza 207/2018 non sembra potersi leggere in continuità con i precedenti riferiti all'autodeterminazione in materia di salute; il richiamo dell'art. 13 non si innesta nell'art. 32, ma è fondativo di una più ampia dimensione dell'autodeterminazione *tout-court*, a sostegno della quale viene, infatti, invocata la dignità, in accezione sostanzialmente soggettiva: per la Corte negare al malato «*un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale*» appare l'imposizione di «*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 (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)*».

14 Punto 10 Cons. in dir.: «*Dovrebbe essere valutata, infine, l'esigenza di adottare opportune cautele affinché – anche nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza. Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente*».

L'evocazione nell'ordinanza 207 del tema dell'obiezione di coscienza, significativamente rimasto estraneo alla legge 219/2017, rappresenta un ulteriore sintomo del superamento dei confini dell'art. 32 Cost: il legislatore è invitato a considerare – accanto alle modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, alla disciplina del relativo "processo medicalizzato", all'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale – «*la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura*» (punto 10 del *Considerato in diritto*).

Ma l'obiezione di coscienza introduce una configurazione oppositiva dei ruoli del paziente e del medico, proposti come portatori originari di posizioni ed interessi contrapponibili anziché convergenti, che incide sulla possibilità stessa di instaurare una autentica relazione terapeutica, nel senso ricostruito sulla base dell'art. 32 Cost., secondo cui il medico assume nella relazione terapeutica un ruolo "strumentale", al formarsi di decisioni di altri sulla propria salute e sulle proprie complessive condizioni di vita (secondo la ampia definizione di salute dell'OMS) e, di conseguenza, al realizzarsi di conseguenti pratiche terapeutiche *da altri* subite sul proprio corpo. Un ruolo che – senza sminuire in alcun modo significato ed importanza, né autonomia del medico – riconosce che altri sono i titolari del bene salute tutelato dall'art. 32 Cost. e della sfera di autodeterminazione in materia di salute e condizioni di vita, al presidio costituzionale della quale convergono gli art. 2 e 13 Cost.

L'estraneità, da considerarsi strutturale, dell'obiezione di coscienza del medico ad una ricostruzione della relazione terapeutica propriamente inquadrata nella dimensione dell'art. 32 Cost, rivela ulteriormente la difficoltà ricondurre all'ambito della relazione terapeutica le condotte che un paziente, che abbia a pieno diritto richiesto l'interruzione di trattamenti salvavita, può esigere dal medico che lo assiste: accompagnamento con cure palliative, da un lato (per le quali non è prevista l'ipotesi di alcuna obiezione di coscienza), e somministrazione di un farmaco che determina la morte, dall'altro (per la quale, invece, si lascerebbe aperta la possibilità del medico di sottrarsi a prestazioni doverose¹⁵).

Forse sarebbe più saggio ed opportuno, per il legislatore e per la Corte, restare entro il perimetro definito dalla rilevanza della questione di costituzionalità, valutando ragionevolezza e proporzionalità delle figure di reato ex art. 580 c.p., e lasciare che la relazione di cura si assesti entro i confini "sostenibili"¹⁶ della l. 219/2017.

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, università di Bergamo

15 G. BALDINI, *La legge 219/2017 tra molte luci e qualche ombra* cit., p. 33.

16 Di sostenibilità come "equilibrio tra le istanze dell'autonomia individuale e la dimensione relazionale del diritto alla salute" parla L. BUSATTA, *La sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in M. FOGLIA (cur.), *La relazione di cura dopo la l. 219/2017*, Pisa, 2019, p. 152.