

Riflessioni svolte dinanzi alle Commissioni II (Giustizia) e XII (Affari sociali) della Camera dei Deputati in data 7 maggio 2019, su invito delle rispettive Presidenze, onorevole Francesca Businarolo e Marialucia Lorefice

Come ho già avuto occasione di osservare in precedenza¹, il primo e fondamentale valore che viene in considerazione – nel dibattito sul diritto di morire o sull'obbligo di vivere della persona, anche quando le condizioni della vita siano o appaiano ad essa intollerabili e tali da farle preferire la morte – è quello della vita. La Costituzione ne sottolinea la dimensione personale e sociale (art. 2); la inviolabilità assoluta anche da parte dello Stato (art. 27 e art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 2007); le condizioni irrinunciabili di dignità (sia esplicitamente, art. 3, sia implicitamente, ad es. artt. 27, 32 e 36) nel suo svolgersi e nella sua conclusione.

La Costituzione non definisce la vita; riconosce implicitamente il suo carattere di presupposto di tutti gli altri diritti fondamentali; non afferma esplicitamente un diritto ad essa, ma non propone neppure un dovere esplicito o implicito di vivere. Una interpretazione ragionata degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione sembra consentire di affermare che non è configurabile né un obbligo (coercibile) di vivere, né un generico diritto di morire (anche con l'aiuto di terzi su richiesta dell'interessato).

Insomma, un diritto personalissimo, inviolabile da parte di tutti i terzi (compreso lo Stato); ma non indisponibile per il suo titolare, come si evince già dalla definizione della salute nell'art. 32 della Costituzione. Un "*diritto fondamentale*" (l'unica volta in cui il costituente usa questa qualificazione) dell'individuo, un *interesse* della collettività.

*

Nel dibattito sul fine vita si è giunti prima al riconoscimento del diritto del malato a rifiutare la terapia anche quando essa sia costituita da interventi di sostegno vitale, come nel caso di Piergiorgio Welby nel 2006; poi al riconoscimento delle c.d. disposizioni anticipate di fine vita, come nel caso di Eluana Englaro nel 2009; oggi è in discussione, *sub iudice*, la liceità dell'aiuto al suicidio da parte di un terzo quando la persona non sia in grado di porre fine da sola alla propria vita. Questi interventi sembrano essere i più noti ed emblematici fra i molti succedutisi su questo tema in sede di dibattito politico, culturale, dottrinale e giurisprudenziale.

¹ Cfr. Dignità del vivere e dignità nel morire: un (cauto) passo avanti, in *Cassazione Penale*, 2018, fasc. 7/8. Relazione per il Convegno "In attesa della decisione della Corte Costituzionale: riflessioni e interrogativi sulla Ord. n. 207/2018 di "incostituzionalità differita" dell'art. 580 c.p.", a cura dell'Ordine degli Avvocati di Sassari, 1 dicembre 2018.

Le vicende precedenti condussero – troppo tardi e fra troppe polemiche – all’approvazione della legge n. 219 del 2017. Essa ha disciplinato in parte questa materia, prevedendo le modalità e le condizioni per anticipare la propria volontà sul trattamento di fine vita da parte dell’interessato consapevole ed informato, e per l’attuazione di quelle volontà nel momento in cui egli sia divenuto incapace.

Come è noto, la legge esclude l’accanimento terapeutico. Prevede la *«promozione di ogni azione di sostegno»* e il dovere di *«adoperarsi per alleviare le sofferenze»* avvalendosi di mezzi appropriati anche a favore del malato che rifiuti il trattamento terapeutico, esercitando un suo diritto riconosciuto dall’articolo 32 della Costituzione. Soprattutto, la legge comprende fra i trattamenti subordinati al consenso del malato – secondo l’orientamento dominante della scienza medica – anche gli interventi di sostegno vitale (ad es. l’alimentazione, l’idratazione o la ventilazione forzata) in mancanza dei quali sopravvenga la morte, per il loro carattere invasivo e la professionalità ed organizzazione sanitaria richieste per praticarli.

Infine la legge richiede il rispetto delle disposizioni anticipate di fine vita da parte del medico e la possibilità di disattenderle solo in situazioni particolari, nel caso di sopravvenuta incapacità della persona che le aveva in precedenza formulate.

Alla soluzione del problema del fine vita ha contribuito in modo determinante la legge n. 38 del 2010 (*“Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore”*). Essa finalmente ha riconosciuto il dolore come una malattia e il diritto a non soffrire, superando una concezione tradizionale del dolore come strumento di espiazione e/o di acquisizione di meriti, o addirittura come strumento di indagine (la tortura per far confessare) e di *“giustizia”*.

Le terapie palliative e quelle contro il dolore possono divenire nel concreto essenziali per accompagnare il decorso finale di una malattia; per assicurare al malato e a chi lo circonda condizioni di dignità e di serenità, nei limiti del possibile; per offrire un’alternativa alla spinta a porre termine alla vita, al fine di non protrarre sofferenze intollerabili. Insomma, per assicurare condizioni di dignità nel morire, quando invece di un inutile accanimento terapeutico sono necessarie l’assistenza, l’accoglienza e la solidarietà verso chi muore. A tal fine, *«In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari (da correlarsi ovviamente alla prognosi infausta a breve o all’imminenza di morte, previste nel medesimo art. 2 della legge 219 del 2017) il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente»*.

*

Resta invece da risolvere il problema della disuguaglianza fra chi è in grado di porre fine alla propria vita da solo, senza bisogno dell’aiuto di un terzo ovvero è in grado di rifiutare o revocare il

consenso all'intervento terapeutico di sostegno vitale (anche attraverso le disposizioni anticipate di trattamento); e chi invece ha bisogno di quell'aiuto. Il caso emblematico di Fabiano Antoniani nel 2017 (dj Fabo) ha riaperto la via alla discussione sul "diritto a morire" e alle critiche di carenze o al contrario di aperture eccessive nella legge n. 219/2017.

Fabiano Antoniani – in uno stato di patologia irreversibile, con sofferenze fisiche e psicologiche ritenute da lui intollerabili, tenuto in vita con trattamenti di sostegno vitale e capace di prendere decisioni libere e consapevoli – ha rifiutato il consenso al ricorso dei medici alla sedazione palliativa profonda prevista dall'art. 2 della legge 219/2017, per il contrasto di quest'ultima con la sua dignità. Ha ritenuto l'intervento di terzi nel porre fine alla sua vita l'unica via di uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità, ad un mantenimento artificiale in vita non voluto e che aveva il diritto di rifiutare.

Secondo un orientamento, la legge 219 del 2017 – in generale o quanto meno in situazioni come quella emblematica del dj Fabo – avrebbe dovuto riconoscere esplicitamente il diritto di morire e la liceità dell'aiuto di un terzo a chi vuole ma non è in grado di esercitarlo autonomamente. Secondo un orientamento opposto invece quella legge ha posto le premesse della "china scivolosa" e ha dato una spinta a percorrerla: sino a giungere alle inaccettabili strutture imprenditoriali organizzate per una "dolce morte a pagamento". Sono strutture operanti oramai in diversi paesi; sono ispirate alla logica del profitto ben più che a quella della solidarietà; sono le premesse di una disuguaglianza nel morire fondata sulle disponibilità economiche, altrettanto se non più marcata di quella della disuguaglianza che si intende risolvere.

Indubbiamente la differenza fra chi può e chi invece non può darsi la morte da solo è difficile da accettare. Tuttavia un intervento del terzo potrebbe allargarsi dall'accogliere la richiesta dell'interessato in termini di solidarietà a molteplici altre ragioni. Gli interessi familiari e/o economici, le esigenze di costi e risparmi, le procedure selettive in ragione dell'età potrebbero tradursi nella induzione di un soggetto debilitato perché rifiuti la terapia, approfittando delle sue condizioni. Potrebbero agevolare il passaggio dall'assenza di un obbligo di vivere ad un vero e proprio obbligo di morire: una strada al fondo della quale vi è l'*"igiene razziale ed eugenetica"* del nazismo per la soppressione di una vita *"indegna di essere vissuta"*.

Da ciò la necessità di una particolare attenzione nel valutare le condizioni di capacità e di autodeterminazione di chi rifiuta il trattamento terapeutico in condizioni debilitate dalla infermità o dalla età. Da ciò la inesigibilità (art. 1 comma 6 della legge n. 219/2017) di *«trattamenti contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali»* e l'assenza di obblighi professionali dal medico di fronte a tali richieste.

Da ciò la discussione tuttora accesa sulla disciplina penale del delitto di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e di quello di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Quest'ultimo prevede e punisce con la medesima sanzione sia la determinazione di altri al suicidio o il rafforzamento dell'altrui proposito suicida, sotto il profilo della partecipazione psichica; sia l'agevolazione in qualsiasi modo dell'esecuzione del suicidio, sotto il profilo della partecipazione materiale.

È evidente la difficoltà di distinguere in concreto tra la prima ipotesi (omicidio del consenziente), la seconda (istigazione) e la terza (aiuto al suicidio). Lascia perplessi l'identità di trattamento punitivo previsto per la seconda e per la terza ipotesi, che sono certamente fra loro diverse per configurabilità e per disvalore intrinseco, soprattutto a fronte dell'ampiezza della condotta di aiuto al suicidio, descritto dalla norma come "*agevolazione in qualsiasi modo*".

Lascia ancor più perplessi l'alternativa drastica che ne deriva – senza soluzioni intermedie, le quali tengano conto della concretezza dei singoli casi (*rectius*, drammi di sofferenza) – fra la punizione di qualsiasi forma di aiuto alla persona che abbia già consapevolmente maturato una decisione di suicidarsi per l'intollerabilità della propria situazione e per la propria dignità; e al contrario l'eliminazione di qualsiasi tutela e/o regolamentazione rispetto alle interferenze di terzi e al possibile loro abuso, di fronte ad una persona che chiede aiuto in condizioni di debolezza e di "minorata difesa" per le sue condizioni fisiche e/o psichiche.

*

Alla Corte costituzionale è stato presentato dal giudice di Milano il caso dell'assistenza di un terzo al suicidio del dj Fabo, da lui autonomamente deciso ed attuato in una struttura medica elvetica (ove aveva chiesto all'imputato di accompagnarlo), per le proprie intollerabili condizioni di sofferenza irreversibile e di ritenuta perdita della dignità in tali condizioni. Le è stato chiesto in sostanza di risolvere il conflitto ravvisato in quel caso dal giudice tra il valore della vita ed il valore della autodeterminazione e della dignità.

La Corte costituzionale, con una scelta innovativa nel metodo, ha ritenuto di rinviare la propria decisione ad un termine prefissato, per consentire al legislatore di intervenire a risolvere l'alternativa fra i due estremi: il divieto assoluto di un intervento del terzo ancorchè su richiesta dell'interessato, in nome dell'inviolabilità e del valore del bene vita; la libertà piena del suicidio aiutato dal terzo, in nome della dignità e del valore dell'autodeterminazione della persona.

In tal modo la Corte ha di propria iniziativa modificato il quesito propostole: non già il conflitto ravvisato dal giudice fra la tutela della libertà di autodeterminazione e quella del bene vita in condizioni particolari di sua compromissione; ma la differenza di trattamento – ritenuta irragionevole dalla Corte – fra la scelta di morire rifiutando o revocando il consenso al trattamento

terapeutico e la scelta di morire grazie ad un intervento del terzo (reso necessario dalle proprie condizioni).

In precedenza, seguendo una prassi consolidata, la Corte aveva dichiarato inammissibili questioni di costituzionalità come quella di specie, il cui accoglimento avrebbe richiesto con la sua pronuncia un intervento creativo, per definire casi, modi, condizioni e procedure al fine di consentire la soluzione del caso sottopostole senza dare causa ad un “vuoto di tutela” costituzionalmente ingiustificato. A tal fine la Corte aveva più volte formulato dei moniti per l'intervento del legislatore (per lo più non accolti da quest'ultimo), riservandosi di intervenire successivamente nel caso di inerzia di esso.

In questo caso invece, per evitare l'ulteriore applicazione di una normativa ritenuta non conforme – almeno in parte – alla Costituzione, in considerazione dei valori da essa coinvolti e della peculiarità del caso, la Corte ha ritenuto invece di differire la decisione ad una udienza fissa e ad un termine peraltro assai breve di meno di un anno (ove si guardi all'*iter* quasi decennale richiesto per approvare la legge n. 219 del 2017), mediante il rinvio del giudizio per consentire l'eventuale intervento del legislatore.

In tal modo la Corte per un verso ha perseguito una prospettiva di leale collaborazione con il Parlamento invitandolo – ove esso ritenga – ad intervenire; per un altro verso, secondo taluno, avrebbe di fatto esercitato una sorta di pressione sul Parlamento, invitandolo a decidere entro un breve termine.

La soluzione adottata allarga il ventaglio di decisioni e di interventi della Corte, anche sulla base di esperienze – prima giurisprudenziali e poi normative – di altri ordinamenti. Viene incontro a esigenze concrete e assai serie; solleva peraltro interrogativi altrettanto seri. Fra essi in particolare il superamento della distinzione fra condotta *omissiva* (interruzione della somministrazione di un farmaco o di un trattamento terapeutico, dalla quale consegue la morte) e condotta *attiva* (somministrazione di una sostanza che cagiona la morte): una distinzione da molti tuttora condivisa, da molti altri invece respinta.

Nel merito la Corte sembra aver implicitamente anticipato il proprio orientamento. Da un lato, ha affermato la necessità di evitare il “vuoto di tutela” che in nome del valore di autodeterminazione non protegga il diritto alla vita soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, di fronte a una scelta estrema e irreparabile. Da un altro lato, la Corte ha affermato tuttavia la necessità di consentire – su di un piano di parità con il diritto di rifiutare i trattamenti di sostegno vitale e di morire senza soffrire – il diritto del malato di chiedere e ottenere di porre fine più rapidamente alla propria esistenza in nome della dignità, attraverso la somministrazione rigorosamente regolamentata, da parte del medico, di sostanze idonee ad accelerare la morte, in casi

estremi di sofferenza e menomazione della dignità, come quello emblematicamente prospettato dal giudice milanese.

In sostanza, la Corte sembra proporre una equivalenza – in nome dell’eguaglianza e del rispetto del principio di autodeterminazione – fra la situazione in cui la morte sopravvenga per il decorso della malattia, senza alcun contrasto terapeutico a quest’ultima, in condizioni di sedazione profonda per alleviare la sofferenza; e la situazione in cui la morte invece venga provocata o accelerata attraverso la somministrazione di sostanze idonee e rivolte a tal fine. V’è però una differenza concettuale – ad un tempo profonda e labile – fra la somministrazione di una sostanza per non far soffrire, ancorchè ne segua la morte come effetto non perseguito intenzionalmente; e la somministrazione di una sostanza per provocare ed anticipare la morte da parte di un terzo, se pure con un procedimento riservato ad un sanitario, nel quadro della legge 219 del 2017.

*

Il doveroso rispetto nei confronti del Parlamento e della Corte Costituzionale e la mia precedente veste istituzionale mi inducono – come mia consuetudine – a non anticipare previsioni improvvise e a non formulare valutazioni premature su quello che potrà essere il giudizio della Corte: sia se il Parlamento non aderirà all’invito di essa; sia sulle eventuali scelte di quest’ultimo.

Posso solo rilevare che forse, per affrontare la drammaticità del contrasto tuttora suscettibile di crearsi tra valori in questo ambito, si possono ipotizzare in astratto tre vie. Si può intervenire sulla condotta di aiuto, restringendone l’ambito di tipicità e di rilevanza; o intervenire sulla *ratio* e sul bene giuridico tutelato, attraverso l’equilibrio tra i valori in potenziale conflitto, accentuando più la tutela del bene autodeterminazione rispetto a quella del bene vita; o intervenire sulla richiesta e sulla valutazione delle condizioni (di irreversibilità della malattia; di intollerabilità della sofferenza; di prossimità del decesso) del soggetto che richiede l’aiuto del terzo. Ciascuna di tali vie presenta aspetti positivi ed aspetti di estrema problematicità.

La prima via sarebbe percorribile attraverso l’interpretazione (forse troppo creativa) od attraverso la modifica dell’espressione “*ne agevoli in qualsiasi modo l’esecuzione*”, contenuta nell’art. 580 c.p.. Dovrebbe delimitare l’aiuto ai soli casi di irreversibilità della malattia e di irretrattabilità della sofferenza al trattamento; di connessione stretta con l’evento morte; di indispensabilità e infungibilità del contributo del terzo per causare in modo determinante il suicidio. Non sarebbe peraltro una via agevolmente definibile in termini di tipicità; provocherebbe numerosi interrogativi e diversità di soluzioni, alla stregua delle esperienze ben note sulle difficoltà di distinguere fra atti preparatori ed esecutivi e sulla definizione dei requisiti di causalità.

La seconda via giustificerebbe una prevalenza del bene dell’autodeterminazione sul bene della vita, attraverso l’attenuazione della tutela di quest’ultimo, su richiesta del titolare, per le

condizioni di artificialità e grave menomazione in cui la sua vita continua a svolgersi suo malgrado. Quella via peraltro si risolverebbe nella diminuzione della c.d. cintura protettiva proprio nel momento in cui è più debole e indifesa la condizione del soggetto per il quale essa è prevista; ed in cui perciò dovrebbe essere più elevata la soglia della tutela. Di ciò sembra offrire conferma la diversità che la legge 219/2017 propone fra il consenso o il rifiuto del trattamento sanitario, che è espressione della volontà del paziente, ed il ricorso alla sedazione profonda in prossimità della morte. Quest'ultima è rimessa alla decisione del medico, se pure con il consenso del paziente nell'ambito della *«relazione di cura e di fiducia»* fra i due, e dell'incontro tra *«l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e responsabilità del medico»*.

La terza via si fonderebbe sostanzialmente sulle condizioni di malattia della persona, quanto a sua irreversibilità ed a tollerabilità della sofferenza fisica e/o psichica, e soprattutto sulla sua percezione di dignità (“ritenuta”) della propria vita in tali condizioni. V'è peraltro il rischio che la dignità venga presa in considerazione soltanto nella sua dimensione soggettiva di apprezzamento da parte della persona coinvolta, senza (ed è ampiamente comprensibile) che quest'ultima tenga conto della componente relazionale, sociale e quindi oggettiva (importante come quella soggettiva) della dignità stessa. V'è il rischio che non sia agevole individuare in termini generali la soglia (quantitativa e qualitativa; soggettiva ed oggettiva) della sofferenza intollerabile; v'è il rischio di interrompere il nesso fra la morte prossima e la sedazione profonda, anticipando quest'ultima alla “scelta” della persona.

V'è infine (*rectius*, forse soprattutto) il rischio che la giusta e fondata valorizzazione del principio di autodeterminazione e del consenso/rifiuto del trattamento sanitario venga in qualche modo enfatizzata nella libertà e nel diritto di darsi la morte con il coinvolgimento del terzo. Al di là del coinvolgimento del diritto di libertà di quest'ultimo e della sua configurazione come obbligo per il sanitario – con la conseguente necessità di prevedere un diritto alla sua obiezione di coscienza – tale enfattizzazione potrebbe indurre ad una sorta di “fuga dalla responsabilità” per lo Stato e per gli altri e di sottovalutazione del dovere inderogabile di solidarietà lasciando a chi muore in condizioni debilitate ed alla sua solitudine tutto il peso e la responsabilità della scelta di morire.

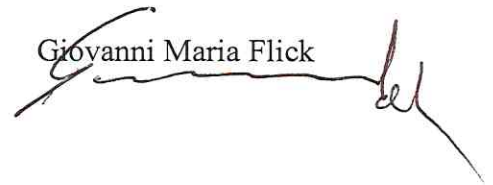
*

Non sono in grado di prevedere la decisione della Corte né intendo farlo, nonostante le anticipazioni da essa proposte con l'ordinanza di rinvio della sua decisione. Posso solo osservare come un'interpretazione del concetto di “agevolazione” più restrittiva di quella proposta dalla Cassazione, consente forse di sottrarre alla rigidità della norma penale ciò che è riconducibile alla solidarietà. È un profilo importante quanto se non più di quello della legalità, quando si entra nel territorio e nel dramma del fine vita. È un tentativo di trovare un equilibrio nella concretezza, fra il

conservare un limite necessario per il rispetto della vita e il non ostacolare una solidarietà che è l'ultimo conforto per chi se ne sta andando. È uno sforzo da coltivare al massimo grado, anche a prezzo di una dilatazione dell'interpretazione nel e per il caso concreto: la legge per l'uomo e non l'uomo per la legge, almeno in questo passaggio.

Ciascuno muore solo; ma questo non è un motivo né buono né sufficiente perché gli altri lo lascino ancora più solo o aggravino la sua solitudine, nel momento in cui chiude la sua pagina terrena. Altrimenti si corre il rischio di giungere a punire chi tiene per mano il morente nel suo congedo, perché in tal modo comunque lo agevola nel momento più impegnativo, difficile e definitivo della sua esistenza; o, al contrario, di lasciare mano libera a chi sia mosso da ben altri fini (e interessi), rispetto a quelli della solidarietà.

Giovanni Maria Flick

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'G. Maria Flick', with a long horizontal stroke extending to the right.