



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



CASO CAPPATO, L'EPILOGO ATTESO: LA MORTE NON È ANCORA UNA CURA

Nuovi scenari dopo la sentenza n. 242 del 2019 della Corte Costituzionale.

di **Attilio Simonelli**
IUS/17 - DIRITTO PENALE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Mercoledì 5 Febbraio 2020

Sommario: 1. Premessa. Un preliminare auspicio ed un breve inquadramento delle principali questioni in materia di fine vita. 2. Il fatto. La vicenda di Dj Fabo. 3. Il diritto. Il fine vita in generale. 4. Il diritto. Nello specifico il caso Fabo/Cappato. Parziali conclusioni. 5. Le questioni ancora irrisolte.

1. Premessa. Un preliminare auspicio ed un breve inquadramento delle principali questioni in materia di fine vita

La vicenda Cappato giunge alla fine di un tormentato periodo durante il quale le sofferenze di Fabiano Antoniani, meglio noto come DJ Fabo, e con lui di tutti i soggetti che sono stati o che sono nelle medesime condizioni, insieme ai familiari di questi, hanno avuto un senso almeno parziale: quello della sensibilizzazione dell'opinione pubblica, o meglio di chi abbia avuto il merito di conoscere i fatti con attenzione e senza pregiudizi o apriorismi.

Il progresso più significativo che ci si sente di auspicare in questa breve premessa è il seguente e non coinvolge direttamente il diritto o nella specie il diritto penale: che tali temi siano stati introdotti non solo nelle aule universitarie, ma anche nelle scuole superiori, con la sensibilità e la neutralità che deve contraddistinguere i migliori insegnanti, affinché gli studenti abbiano la possibilità di confrontarsi con i temi fondamentali dell'esistenza umana e possano imparare a conoscere il valore della vita anche attraverso la storia di una morte implorata come soluzione dignitosa a sofferenze insopportabili. Perché, inoltre, essi possano conoscere il Diritto nella sua più alta espressione di conciliatore autorevole delle istanze della vita e di quelle della morte, perché possano appassionarsene vivendolo, immedesimandosi nel dolore di un malato irreversibile e indossando per un momento la toga di quei giudici che hanno dovuto decidere le sorti di chi in futuro avrà la forza di concedere un ausilio alla conclusione di una esistenza ormai troppo dolorosa.

La profonda assimilazione di tali problematiche è l'unico strumento per la crescita del diritto del domani, affinché si formino cittadini e giuristi dotati non solo di conoscenze civiche e giuridiche ma soprattutto di particolari sensibilità, consci di quali siano le esigenze ed i valori da contemperare.

Ebbene, dopo quella che può sembrare una anticipazione delle conclusioni della quale ci si scusa se capace di turbare la suscettibilità di chi è più radicalmente integralista della canonica struttura che dovrebbe avere un articolo giuridico, si viene, così, a trattare il caso.

Parrebbe che, quindi, anche la terra che ospita il Santo Pontefice, quella storicamente più refrattaria ai cambiamenti, alla risoluzione evolutiva delle questioni etiche, quella della morale imbevuta da una storia millenaria e costantemente immersa nel cattolicesimo, anche l'Italia, pertanto, conosce un altro passo in avanti verso il superamento dei limiti che anche (ma non solo) la religione impone alle vicende che vedono intersecarsi i piani, spesso inclinati, di diritto ed etica.

Se la commiserazione del dolore, che sembra essere il massimo concedibile in questa vicenda da parte di certi ambienti cattolici integralisti, ed il passo ulteriore, cioè la comprensione della scelta di rinnegare tale vita e la sua condivisione solidaristica, sembrano non conoscere ormai obiezioni dinanzi alle immagini strazianti degli appelli ripetuti che l'Antoniani ha più volte compiuto, tuttavia la strada del diritto e della giustificazione, in termini di liceità giuridica dell'accaduto e di ciò che in vicende simili accadrà, è molto più tortuosa. Lo è perché non può essere altrimenti, perché considerare lecito l'aiuto al suicidio apre la porta ad una serie indefinita di casi controversi, perché rischia di operare una riscrittura dei valori fondanti l'esistenza stessa dell'ordinamento che presume la vita e la continuazione in vita nelle generazioni dei consociati.

Se poco più sopra si è affermato che anche la religione limita la libera espressione di un diritto che a prima vista sembrerebbe innegabile a qualunque essere umano, è perché il più grande limite oggi sembra essere rappresentato proprio dal diritto e dalla tenuta del suo sistema.

Il diritto è vita, sembra la solita espressione promozionale dell'attività giuridica in quanto tale, tuttavia il concetto assume un significato più vero se ci si ricorda che il diritto esiste per regolare la vita e quando si occupa della morte lo fa per disporre gli effetti che tale trapasso ha su chi è rimasto in vita.

Quindi, la negazione dell'esistenza, la concessione del diritto di porre fine alla propria vicenda terrena è senz'altro un grande passo per qualsiasi ordinamento giuridico. Un passo nel buio rispetto al quale tentennamenti e sospiri sono certamente comprensibili.

Chi grida alla inadeguatezza del nostro sistema alla risoluzione dei problemi e lo fa portando ad esempio tali vicende di fine vita non può essere qualificato se non con l'appellativo di untore.

Non è certo da queste faccende, che portano all'estremo la torsione di qualsiasi impalcatura normativa rigida, che si può valutare la incapacità, che pure troppo spesso emerge nel nostro sistema di diritto, di far fronte alle richieste di chi invoca diritti e giustizia.

L'opinione che il codice Rocco sia, secondo alcuni, antico e fondato su valori desueti, interessato da un'opera di riscrittura ed ortopedia giuridica che ne ha minato la integrità di sistema capace di autocompletarsi, è appunto un'opinione fondata su dati di fatto incontrovertibili quali il trascorrere del tempo, il contesto politico nel quale ha visto la luce, i valori sociali sui quali era fondato, ed in quanto legittima opinione può essere avversata ma deve essere ascoltata e forse anche compresa.

Tuttavia postulare che il codice penale e il sistema tutto sia inidoneo perché incapace di dare risposta, in ogni caso concreto, alle esigenze del diritto alla vita cui si contrappone il diritto all'autodeterminazione è davvero inaccettabile.

Lo dimostra il fatto che altri ordinamenti tra cui quello tedesco, quello francese, svizzero e anche quello olandese, che è il derivato delle idee più liberali ed aperte che possano incontrarsi in Europa, hanno subito le complessità della vicenda del fine vita, risolvendola con riforme ed interventi legislativi, spesso contraddittori e compromissori.

L'operazione è certamente complicata perché vuol significare l'abdicazione dello Stato dal controllo di faccende che involgono la vita di soggetti spesso deboli ed indifesi, la cura patriarcale dell'Autorità che è sottoposta all'interrogativo tra perire e sacrificarsi sull'altare della sacra libertà del singolo oppure comprimere tale libertà evitando che la perenzione interessi la vita^[1].

2. Il fatto. La vicenda di Dj Fabo

Fabiano Antoniani, dopo un grave incidente stradale, era rimasto privo della vista e tetraplegico, inautonomo nella respirazione tanto da necessitare l'ausilio, seppur periodico, di un respiratore inserito direttamente nella trachea, altrettanto totalmente non autosufficiente per l'alimentazione che gli veniva fornita in via parenterale. Egli conservava tuttavia tutte le capacità intellettive e la piena coscienza di sé e del suo stato, nonché la sensibilità al dolore fisico prodotto da spasmi e contrazioni che ne percorrevano costantemente il corpo. Incapace di sostenere la lotta con la sofferenza fisica e psicologica egli aveva tentato invano la via della ricerca di una cura, anche sperimentale, persino fuori dai confini nazionali. A questi insuccessi erano seguiti una serie di appelli rivolti anche al Presidente della Repubblica affinché perorasse la propria causa dinanzi al legislatore. L'Antoniani aveva infatti deciso di porre termine alla propria esistenza, tuttavia era a conoscenza che la propria morte non sarebbe giunta subito dopo l'interruzione dei trattamenti sanitari ed alimentari cui era sottoposto e, seppure nel caso che egli fosse stata prodotta medicalmente una sedazione profonda, riteneva totalmente estraneo ad un principio di minima dignità umana sottoporre se stesso ed i propri familiari alla vista di un

decorso tale da durare giorni in attesa che giungesse la morte.

La sua volontà e la sua richiesta di aiuto consisteva quindi in un ausilio a morire, con un trattamento medico che ne producesse la morte in maniera istantanea.

Ritenuta, a ragione, non consentita in Italia una tale pratica, aveva incontrato la disponibilità di Marco Cappato il quale si sarebbe fatto promotore delle sue richieste e l'avrebbe aiutato a recarsi in Svizzera ove avrebbe potuto compiere questo passo estremo nelle modalità da lui ritenute più consone.

Giunto in una clinica in territorio elvetico, Dj Fabo aveva incontrato la morte tramite iniezione di sostanza endovena attivata attraverso la pressione di un pulsante con la propria lingua.

Terminate le sofferenze di Dj Fabo è iniziata la annunciata questione giuridica in quanto a Marco Cappato è stato contestato il reato di cui all'art. 580 c.p. di aiuto o istigazione al suicidio.

In primo luogo si contestava al Cappato di aver influito in via determinante sulla volontà dell'Antoniani inducendo o almeno rafforzando il suo proposito suicidario, in secondo luogo si addebitava allo stesso l'aiuto materiale in termini organizzativi e di trasporto fornito per la concretizzazione della vicenda.

Caduta la prima accusa in quanto evidente la fermissima e pregressa volontà dell'Antoniani di addivenire ad una soluzione di morte assistita come quella che in effetti si era verificata, rimaneva comunque quella di aiuto al suicidio sulla quale si è poi fondata la intera vicenda che ha coinvolto la Corte Costituzionale in due decisioni successive.

3. Il diritto. Il fine vita in generale

Le vicende del fine vita hanno interessato da vicino il diritto penale degli ultimi due decenni. Esse si sono sostanzialmente distinte tra quelle riguardanti soggetti coscienti i quali chiedevano di essere lasciati morire (su tutti il caso Welby) e quelli, certamente più complessi, in cui il destinatario dell'interruzione dei trattamenti salvavita era incosciente e tuttavia si chiedeva la sospensione dell'alimentazione, idratazione e sostegno respiratorio, da parte dei parenti che assumevano il ruolo di rappresentanti legali (paradigmatico il caso Englaro).^[2]

Tutte queste vicende necessitavano, e necessitano, della collaborazione del personale medico ospedaliero, non potendo il malato irreversibile porre egli stesso soluzione alla propria esistenza con il distacco materiale dai macchinari a causa della evidente impossibilità di muoversi.

Il primo, apparentemente insormontabile, scoglio al diritto a lasciarsi morire consisteva, in un passato giuridico ormai remoto, nella natura dell'attività medica che esiste per curare e non per interrompere la vita. Al medico, secondo questa impostazione classica, non poteva essere richiesto di interrompere un trattamento che i suoi obblighi giuridici e deontologici gli imponevano di perpetrare. ^[3]

Tuttavia tale interpretazione tralasciava il fondamentale contemperamento del dovere del medico in ragione della tutela della salute prevista in Costituzione con l'altrettanto fondamentale libertà di autodeterminazione del singolo che si esprime, nel caso di specie, nel rifiuto di sottoporsi alle cure e nella inesistenza di un obbligo di sottoporsi a trattamenti sanitari obbligati salvi particolari casi, come prescritto in Costituzione.^[4]

Tra questi ultimi non possono essere ricondotti certamente i casi in cui il paziente non sia in grado di interrompere materialmente e da sé il ricorso a dei trattamenti che non ritiene più di dover ricevere. I casi previsti dalla legge si rinvengono, viceversa, nelle situazioni di necessità di tutela del pubblico interesse alla salute o di t.s.o. .

Diversamente, ulteriori e più complessi limiti si frapponivano tra una morte dignitosa ed Eluana Englaro. La sua incoscienza di lunga durata e lo stato vegetativo cui era ridotta imponevano al padre di lei, Beppino Englaro, di sostenere una battaglia giuridica e, prima, etico-morale affinché venisse data rilevanza alla volontà della figlia la quale durante la vita aveva espresso in via diretta ed indiretta, attraverso le proprie convinzioni morali ed il proprio stile di vita, un secco e deciso rifiuto alla perpetrazione di trattamenti sanitari ormai inutili e consistenti sostanzialmente in accanimento terapeutico nel caso che essa stessa si fosse trovata in condizioni tali.

Quello di Eluana Englaro^[5] è il caso che funge da banco di prova della capacità evolutiva del diritto penale italiano. In esso si intersecano interrogativi su nozioni cui spesso è difficile dare definizioni univoche, quali la irreversibilità della situazione patologica del paziente, la validità di determinate dichiarazioni ed il peso che ad esse può essere riconosciuto nella definizione della vicenda, la attualità ontologicamente mancante di queste ultime, la mutazione nel tempo delle tecniche mediche le quali potrebbero risolvere casi medici ritenuti, nel passato e nel presente, irreversibili, la possibilità che il rappresentante legale si sostituisca al malato incosciente nella scelta di morte.

Forse il più grande merito della sentenza Englaro è quello di aver riconosciuto una diversa visione della attività del rappresentante compatibile con la possibilità che esso si pronunciasse su scelte così intime e privatissime del malato.

La individuazione del compito del rappresentante legale quale mero nuncius e ricostruttore mero della volontà presunta, bocca attuale delle intenzioni e convinzioni che il soggetto incosciente aveva in vita, al fine di perseguire il “best interest” del malato anche secondo i dettami della Convenzione di Oviedo, è certamente il passo in avanti più importante verso la liberazione dalle inutili sofferenze contrarie alla dignità umana di un incosciente che per il suo stato deve subire una inerzia contraria a dignità.

Il nodo sta nell'accettare giuridicamente che il miglior interesse del malato non coincide in maniera assoluta col suo perpetrarsi in vita e neppure con le scelte che la scienza medica ritiene oggettivamente idonee in casi simili. La vita perde, pertanto, la sua qualificazione di bene intangibile in quanto tale e subisce anch'essa il procedimento di un contemperamento che vede nella libertà di autodeterminarsi l'altro termine del bilanciamento. Il momento è di svolta e segna il passo drammatico di un ordinamento che vede finalmente disvelarsi una realtà cinica ma necessaria per andare incontro alla concretizzazione del principio di libertà.

La difficoltà sta, poi, nell'individuare nelle convinzioni etiche e filosofiche nonché religiose, nello stile di vita mantenuto durante la coscienza nonché nelle dichiarazioni espresse, un valido appiglio per ricostruire in maniera precisa la volontà dell'incosciente. Difficoltà che sono state spesso al centro del dibattito sul c.d. testamento biologico, sulla validità di qualsiasi dichiarazione anche scritta che individuasse le scelte da compiere in vece del redattore al momento in cui fosse divenuto vittima di una malattia irreversibile che ne determinasse l'incoscienza perenne, e che sono poi state parzialmente risolte dall'intervento legislativo del 2017 di cui si accennerà in seguito.

La condotta del medico, in tali contesti di distacco dai macchinari salvavita o di interruzione delle terapie di alimentazione, è stata qualificata spesso come attiva e la si riteneva variamente giustificata da una qualche scriminante che veniva rinvenuta nell'adempimento del dovere di interrompere le terapie ove queste non fossero più autorizzate dal malato o dal suo rappresentante oppure nel consenso dell'avente diritto.^[6]

In realtà è molto complessa una tale ricostruzione, infatti risulta complicato districarsi tra le scriminanti tipiche dell'attività medica quali il consenso dell'avente diritto, l'adempimento del dovere di curare e la c.d. scriminante costituzionale non codificata ma desumibile dal ruolo e dal fine di cura dell'attività sanitaria, individuandone una che risolva in maniera coerente e giuridicamente soddisfacente il problema di dare copertura

all'attività medica che agevoli il fine vita lasciando morire il malato che lo desidera.

Premesso che il suddetto malato o chi ne fa le veci deve essere destinatario di una spiegazione precisa, attuale e chiara delle conseguenze cui va incontro con l'interruzione del trattamento salvavita e della possibilità di addivenire ad una sedazione, anche profonda, che accompagni il decorso verso la morte in maniera meno dolorosa possibile, è evidente che la partita si gioca sul consenso del malato o del suo rappresentante.

Tale consenso non può superare il limite dell'art. 5 c.c. nel caso in cui ad esso si riconosca il presupposto di applicazione della scriminante di cui all'art. 50 c.p., quindi incontra il limite dei trattamenti che riducano in via definitiva e permanente l'integrità fisica del malato, argomento che spesso veniva invocato proprio per giustificare la assoluta indisponibilità della vita umana.

In realtà al consenso del malato deve essere dato il diverso valore del presupposto per la nascita dell'obbligo giuridico di protezione della salute da parte dei sanitari, qualificandolo come necessario antecedente affinché qualsiasi trattamento medico non sia in contrasto con la Costituzione perché illegittimamente imposto.

Venuto meno il consenso, cade anche l'obbligo del personale sanitario di impedire l'evento malattia o morte e, pertanto, il comportamento del medico in tal caso non è non antiggiuridico, perché scriminato, bensì più radicalmente atipico e pertanto incapace di dare luogo a responsabilità penale.^[7]

E' evidente, quindi, la necessaria qualificazione della condotta naturalisticamente attiva del medico che rimuova i trattamenti che mantengono in vita il soggetto interessato come condotta giuridicamente omissiva. Ciò era comunque evidente accedendo al più accreditato criterio di distinzione tra azione ed omissione che si rifà all'aumento del rischio. Il rischio, nei casi di cui si tratta, è insito nella malattia permanente ed irreversibile cui l'attività del medico fa fronte. L'interruzione del trattamento medico rimuove soltanto l'argine alle conseguenze di una situazione preesistente e non riconducibile all'attività medica. Il personale sanitario, infatti, non introduce alcun ulteriore fattore di rischio ma, semmai, omette di evitare l'evento derivante dal decorso della patologia.

Inoltre, a supportare questo percorso evolutivo verso la valorizzazione del diritto alla scelta libera tra vita e morte è intervenuta la L. n. 219/2017 sulla libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento.

Il definitivo trapasso da una visione di società in cui il gruppo è la formazione sociale da tutelare ed in funzione della quale esiste l'individuo, figlia dei tempi in cui i codici civile e penale sono stati licenziati, verso la valorizzazione dell'individuo in quanto tale che si riscontra nella Costituzione, sembra essersi compiuto con questa norma. Viene solennemente consacrato e ribadito il valore del consenso del paziente sulla base del quale deve formarsi la sua relazione terapeutica con il medico, in secondo luogo vengono stabilite le condizioni formali di validità delle disposizioni anticipate di trattamento delle quali si impone al medico il rispetto. Viene fatto salvo il caso in cui tali disposizioni risultino palesemente incongrue, non corrispondenti alla situazione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie, non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di assicurare concrete possibilità di miglioramento alle condizioni di vita, mantenendo comunque la possibilità di ricorrere al giudice tutelare in caso di conflitto tra rappresentante fiduciario nominato nelle d.a.t. e medico.

In tal modo, con una clausola sostanzialmente generale in effetti si lascia una porta aperta alla possibilità del medico di sottrarsi alle disposizioni. D'altro canto, tale formula sembra l'unica che consideri anche l'esigenza di evitare di dare seguito a d.a.t. poco chiare, redatte in tempi molto remoti, palesemente incapaci di dare indicazioni nel caso specifico, che potrebbero comportare una decisione avventata e non più attuale sul fine vita.

4. Il diritto. Nello specifico il caso Fabo/Cappato. Parziali conclusioni

Senza sconfinare nella narrazione pedissequa delle vicende processuali del caso, è opportuno segnalare che proprio la tensione tra i principi di autodeterminazione del malato e la protezione della vita umana (anche attraverso l'attività medica) ha condotto alla sollevazione della questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. che incrimina l'aiuto al suicidio.

Per due ordini di motivi sostanzialmente che riguardano, da una parte, la indifferenza della cornice edittale tra le condotte di istigazione e di aiuto al suicidio, ontologicamente differenti perché capaci di interessare o meno il proposito suicidario della vittima e, dall'altra, sulla stessa configurabilità e compatibilità costituzionale del reato suddetto alla luce dei valori che la Costituzione protegge così come interpretata secondo una logica evolutiva e progressista.

Ritenuta la questione non manifestamente infondata e rimessa alla Corte Costituzionale, quest'ultima ha ritenuto di varare una modalità decisoria che non aveva avuto precedenti dall'istituzione della Corte e che, peraltro, sottolinea la delicatezza della questione e la sensibilità della Corte nel trattare determinati temi.

Con l'ordinanza n. 207 del 2018 è pervenuto un monito al legislatore ma questo non si è manifestato con la solita tecnica della dichiarazione di inammissibilità della questione, così come proposta, e nella qualificazione della sostanziale incompatibilità costituzionale della norma in questione, con conseguente invito al legislatore a porre rimedio prima che la demolizione di una norma così qualificata possa condurre a vuoti di tutela ancor più pericolosi. Nel caso di specie, invece, si è scelta la via mai percorsa del monito a tempo, sostanziatosi con la creazione di un nuovo schema nello strumentario decisionale della Corte che si inserisce nel solco di una fattiva e leale collaborazione tra potere giurisdizionale e legislativo: si tratta di un rinvio, a distanza di circa un anno della trattazione della causa, per consentire appunto al legislatore di scegliere, con necessaria valutazione politica, l'assetto migliore e più completo da dare alle vicende del fine vita. E' stata chiamata da qualcuno "pronuncia di incostituzionalità differita"^[8]

E' evidente che a muovere tale decisione è stata la piena consapevolezza della Corte Costituzionale che essa, pur dinanzi ad una norma che aveva fatto capire di ritenere insostenibile rispetto ai principi costituzionali, può soltanto elidere i tratti incostituzionali del reato lasciando aperti poi una serie di spazi che la separazione dei poteri non le consente di colmare.^[9]

L'auspicio che tale intervento giungesse e che giungesse a completare la disciplina sulle D.A.T. non è stato esaudito dal legislatore.

Pertanto la Corte, alla nuova udienza di trattazione, previo monito al legislatore di licenziare una disciplina completa in materia, non ha potuto esimersi, con la sentenza n. 242 del 2019, dalla declaratoria di incostituzionalità parziale della norma dell'art. 580 c.p. la quale ha espunto l'aiuto al suicidio "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 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – 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."

E' evidente il richiamo almeno parziale di alcuni dei requisiti individuati già nell'ordinanza del 2018 a cui la Corte ritiene di subordinare la non punibilità di chi soltanto agevola il suicidio di un soggetto nel quale la volontà di lasciarsi morire si sia già

formata liberamente.

A ciò si giunge sulla scorta di una presa di posizione fondamentale del Giudice delle Leggi il quale sottolinea che impedire che si verifichi, con l'aiuto fattuale di qualcuno, ciò che ben può accadere tramite la ormai sdoganata mera rinuncia alle cure, sostanzia una ingiustificata limitazione del diritto di autodeterminazione e di libertà.

La condotta di aiuto al suicidio avente i requisiti sopra evidenziati diventa, perciò, atipica perché è espressione della libera scelta del singolo che deve poter ricevere l'aiuto che egli ha chiesto affinché possa concludersi la propria esistenza in maniera rispettosa della propria dignità di essere umano.

Il passo in avanti è ampio, con la dichiarazione di estraneità dal penalmente illecito di tali citate condotte si determina che tali eventi di causazione della morte potranno essere prodotti anche in Italia.

Tuttavia è bene evidenziare che oltre ciò non si è andati, e per fortuna. Mi riferisco al fatto che con tale pronuncia la morte non diventa una cura, un farmaco, l'ultimo, che il medico ha l'obbligo di fornire al malato che non ritenga più di dover far fronte a condizioni insopportabili.

Non si tratta quindi di una pratica medica, sebbene normalmente siano gli operatori sanitari a procedere alla preparazione e probabilmente anche alla inflizione di tale morte.

Questo deve essere sottolineato con chiarezza perché l'inserimento all'interno della "procedura medicalizzata" può dar luogo a facili equivoci che potrebbero condurre facilmente al travalicamento di un approdo di civiltà giuridica per sconfinare in una visione in cui il suicidio è alla stregua di qualsiasi altra somministrazione medica.

Ciò è confermato dal fatto che quando colui il quale fornisce l'aiuto sia il sanitario non si può parlare di obiezione di coscienza che, per definizione, si contrappone all'esercizio di un diritto del paziente di essere curato e con cui il medico è autorizzato a sottrarsi ai propri obblighi di cura.

Qui viene facoltizzata l'attività di aiuto del medico, così come di chiunque altro, e non viene previsto alcun obbligo che contribuisca a definire le attività cui il medico non possa sottrarsi. ^[10]

L'aiuto del medico deve essere certamente volontario e non è imposto.

Soluzione molto equilibrata e che tiene botta dinanzi alle derive, non tanto giuridiche ma sociali, che scaturirebbero dal caso in cui il suicidio fosse un obbligo, fino a quando però non ci si ricorda che in taluni casi l'intervento del personale sanitario nella verifica fattuale del suicidio assistito sia fondamentale. Che dire quindi della possibilità, seppur estrema, che non ci sia qualcuno, e nello specifico alcun medico, che consenta di addivenire ad un suicidio dignitoso?

Tra gli stessi requisiti previsti dalla sentenza vi è la verifica da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale dello stato del paziente e della sua patologia, ebbene, cosa accadrebbe nel caso in cui ogni struttura sanitaria consultata dal paziente ritenesse di dar luogo sì a questa procedura di controllo ma poi negasse il proprio aiuto? Ammesso, poi, che si pongono ulteriori dubbi sulla possibilità di esprimere un rifiuto alla procedura di verifica la quale non è prevista da alcuna norma e che lato sensu potrebbe essere vista dal sanitario come l'antecedente necessario di un aiuto al suicidio rispetto al quale non voglia avere niente a che fare per le più disparate motivazioni morali ed etiche.

Si pongono, quindi, gli stessi e più gravi problemi che l'obiezione di coscienza ha, potenzialmente, nella materia dell'aborto.

Ci si chiede pertanto di cosa ne sia del diritto all'autodeterminazione nel momento in cui non si trovi nessuno che aiuti il malato.

Probabilmente lo Stato non è ancora pronto a farsi carico di un tale peso, di tendere la mano con idonee strutture sempre presenti e deputate per legge ad infliggere la morte in presenza di determinati requisiti. Evidentemente la solitudine del malato non può che rimanere tale, la sua dignità soccombere alla scarsità di mezzi idonei a consentirgli di esaudire il suo desiderio.

Agli infelici non è assicurato dalla legge neppure un piccolo spazio di felicità, anche per loro il diritto ad essere felici, che spesso si è invocato rispetto alle vicende del diritto a non nascere se non sani, non esiste.

E a questo assunto, seppur profondamente doloroso, non può darsi una diversa interpretazione allo stato del diritto italiano. E forse è meglio così, per adesso.

5. Le questioni ancora irrisolte

In chiusura, delle piccole notazioni non possono non interessare i requisiti di cui più sopra si è dato conto.

Nella specie le definizioni di irreversibilità della condizione del malato e la intollerabilità delle sofferenze fisiche e psicologiche sono necessariamente vaghe. Non potrebbero essere altrimenti affinché non venga negata a nessuno una tale possibilità.

Tuttavia, da tale analisi vengono alla mente i casi che spesso sono indicati come possibili deviazioni della apertura al suicidio assistito, come il suicidio del depresso grave o del soggetto estremamente sensibile che non riesca a vivere un'esistenza dignitosa successivamente ad un trauma o ad una cocente delusione.

Ebbene a ciò mette un limite ed un argine l'ulteriore presupposto della sottoposizione del soggetto a trattamenti di sostegno vitale.

Probabilmente è questo il discrimine puntuale scelto per circoscrivere quali sono i casi in cui l'aiuto al suicidio non è tipico, cioè ricondurlo a soggetti che siano tenuti in vita da trattamenti di sostegno vitale con ciò dovendosi intendere, evidentemente in maniera restrittiva, tutti quei trattamenti che consentono in via diretta il mantenimento in vita del soggetto. Non sarebbero tali tutte quelle condizioni di malattia gravissima che non richiedano un supporto costante di macchinari idonei a salvare l'esistenza al malato. Non sarebbero allo stesso modo tali, per esempio, i farmaci che assume il soggetto gravemente affetto da patologie psichiatriche il quale, in assenza degli stessi, permarrrebbe comunque in vita sebbene patendo sofferenze psicologiche e spesso anche fisiche. Allo stesso modo non sarebbero tali tutte quelle condizioni di malattia gravissima che non richiedano un supporto costante di macchinari idonei a mantenere in vita il malato. Non potrebbe considerarsi una terapia salvavita, in aggiunta, un farmaco che impedisce al malato psichiatrico di tentare il suicidio, e quindi saremmo fuori dal perimetro tracciato dalla Corte per considerare lecita la condotta di chi presta aiuto.

E, tuttavia, questa è una scelta, certo imposta dall'inerzia del legislatore, ma pur sempre tale. In quanto scelta, è sindacabile certamente, ancor più perché non supportata dall'investitura popolare che legittima quelle compiute dal Parlamento, da parte di chi finalmente acceda alla lettura evolutiva del malessere psichico alla stregua di qualsiasi altra patologia. In via evolutiva, si può prevedere con un grado di approssimazione vicino alla certezza che tali limiti cadranno quando l'evoluzione della società vedrà superate le differenze imposte alle patologie psichiatriche e sarà capace di guardare a quella sofferenza come fonte insopportabile di dolore, capace, in casi limite, di minare la dignità dell'individuo.

Inoltre, fatte salve le eventuali critiche che può subire l'imposizione delle verifiche della struttura sanitaria nazionale e del comitato etico territorialmente competente, in quanto probabilmente affette da una capacità additiva che non trova pieno riscontro nelle prerogative costituzionali della Corte, è bene dar conto di una carenza di precisione nella decisione quando si fa menzione appunto dell'intervento della struttura del ssn.

E' difficile comprendere se il fatto che non solo le condizioni del malato, ma anche le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura del ssn, consista in una patente di liceità di un determinato comportamento che si sta per compiere e che si verifichi sotto il controllo degli stessi, oppure se la verifica deve pur esserci, come il parere del comitato etico, ma poi la vicenda possa svolgersi anche in altra struttura o a casa del malato anche da parte di soggetti estranei alla procedura medicalizzata ed anche in costanza di pareri e verifiche negative. Bisogna, infatti, chiarire se tali atti consistano meramente in passaggi obbligati ma non escludenti che vengono previsti dalla Corte come mere fasi di controllo atte a preconstituire la prova delle condizioni nelle quali si è verificato il fatto.

E' poco chiaro se la Corte abbia voluto intendere, con le sue possibilità di incisione della materia limitate dal rischio di sconfinamento entro il terreno della scelta politica del legislatore, che la procedura di aiuto al suicidio, affinché possa qualificarsi lecita, debba avere esito o comunque essere volta a concludersi all'interno di una sfera di operatività e di dominanza o controllo del sistema sanitario nazionale, oppure possa darsi luogo ad un suicidio assistito per così dire "fatto in casa" dopo aver rispettato i presupposti previsti dalla sentenza.

In realtà, un dato che può gettare una luce, seppur fioca, sul problema può desumersi dalle disposizioni della suddetta ordinanza della Corte n. 207/2018. In tale decisione, infatti, i giudici sembrano paventare, come ipotesi da rifiutare, la possibilità che dalla espunzione totale della norma derivi la possibilità che "qualsiasi soggetto – anche non esercente la professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che desiderino, senza alcun controllo ex ante sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero ed informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti". Di tali possibili conseguenze la Corte ritiene esplicitamente di non potersi fare carico, al momento della stesura del testo dell'ordinanza, in quanto appannaggio della discrezionalità politica del legislatore parlamentare cui essa, a ragione, considera impossibile sostituirsi.

Tuttavia, allo scadere del termine di rinvio, l'inerzia del legislatore ha costretto, come detto, la Corte Costituzionale ad intervenire, e tale intervento non rinnega quanto esposto

nell'ordinanza relativamente alla materia della divisione dei poteri, ma impone una soluzione. Soluzione di cui più sopra si è dato conto, certamente dotata di capacità fortemente additiva, il cui senso però non può essere interpretato in modo tale da aggravare il vulnus che la Corte, suo malgrado, ha dovuto infliggere all'equilibrio costituzionale della ripartizione dei poteri. Quindi, alle indicazioni piuttosto precise che si rinvencono nel dispositivo dell'ultima pronuncia costituzionale sul caso, deve darsi il significato meno additivo, meno pervasivo, e quindi meno restrittivo possibile. Per dirla in altro modo, se deve compiersi una necessaria violenza, perché di questa si tratta, agli equilibri su cui è basato l'ordinamento, in ragione della tutela della libertà umana nella sua massima espressione, che questa violenza sia limitata al minimo necessario per evitare di comprimere il principio di autodeterminazione. Come a dire che se la Corte Costituzionale ritiene di dover comportare una apertura del diritto italiano al suicidio assistito deve assumersi ulteriori e più gravose responsabilità di quelle che avrebbe il legislatore. Se si apre al suicidio assistito attraverso la via della pronuncia di parziale incostituzionalità tale apertura non può che essere ampia anche nell'interpretazione da dare ai vincoli che la Corte stessa ha imposto. Tale apertura sarà forse l'unica capace di scuotere il legislatore da un immobilismo che, a seguito della decisione della Corte e dell'avallo definitivo di una determinata visione evolutiva delle questioni etiche che coinvolgono il diritto, non sembra più aver ragione di esistere. Sarà appunto il Parlamento a sentirsi in dovere di restringere e confinare gli spazi, da intendersi vasti, che la Corte Costituzionale ha spalancato affinché le preannunciate derive abusive e lesive dei diritti dei più deboli vengano definitivamente scongiurate.

Se è vero, quindi, che l'eutanasia attiva ha ad oggetto un comportamento lecito perché ormai atipico nei limiti dei requisiti e dei presupposti individuati nel dispositivo suddetto, si ritiene che la lettura più concordante con un approccio costituzionalmente orientato al principio di legalità e di riserva di legge sia il seguente: il presupposto del controllo svolto dal ssn e del parere del comitato etico devono ritenersi, allo stato, come non escludenti la liceità di un intervento di eutanasia attiva o aiuto al suicidio, bensì come presupposti necessari ai fini del controllo successivo sulla legittimità dell'agire dell'aiutante, la cui assenza graverà su quest'ultimo rispetto al quale permarrà il dubbio di un'azione non giustificata da un consenso pieno e informato e da una capacità di intendere e di volere integra del suicida; rispetto alla possibilità che la vicenda si risolva all'interno delle mura domestiche anche attraverso trattamenti sanitari somministrati a domicilio, deve parimenti esprimersi un giudizio positivo.

Se si può presumere che tali requisiti debbano intendersi in tal modo e che sia comunque possibile una soluzione della vicenda che abbia luogo anche presso strutture private o presso la stessa abitazione del malato, gli interrogativi che discendono dalle aperture di cui si è dato conto non possono che rimanere privi di una definitiva soluzione fin quando la faccenda non sarà regolata dal legislatore o, in un caso meno auspicabile, sia interessata

da ulteriori questioni di costituzionalità che impongano una pronuncia più precisa della Corte sul significato da dare a tali presupposti.

Note e riferimenti bibliografici

[1] G. Fiandaca, Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale, in *Foro it.*, 2009

[2] Cfr. M. Donini, Il Caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto, in *Cass. Pen.* 2007, pp. 902 ss; F. Viganò, Esiste un diritto a “essere lasciati morire in pace”? Considerazioni a margine del Caso Welby, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2007; S. Seminara Le sentenze sul caso Englaro e sul Caso Welby, una prima lettura, in *Dir. Pen.proc.* 2007; D. Pulitanò – E. Ceccarelli, il Lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona, in *Riv. It. Med. Legale*, 2008; M. Donini, Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Giuffrè, Milano, 2004; A. Vallini, Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista, in *Dialoghi del diritto, dell’avvocatura, della giurisdizione*, 2008.

[3] Sulla diversa natura giuridica della condotta, si vedano con diverse teorie, F. Mantovani, *Diritto Penale, PS, Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 2011; F. Ramacci, Premesse sulla revisione della legge penale sull’aiuto a morire, in *Studi Nuvolone, Vol. II*, Giuffrè, Milano, 1991; Vincenzo Manzini, Pietro Nuvolone, Gian Domenico Pisapia, *Trattato di diritto penale*, Utet, 1987; M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Utet, 2001; S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015.

[4] F. Ramacci, op. cit. p. 207; S. Seminara, Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995; F. Giunta, Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica, in C. M. Mazzoni (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna, 1998; S. Tordini Cagli, Le forme di eutanasia, in S. Rodotà – P. Zatti (cur.) *Trattato di Biodiritto*, vol. II, S. Canestrari – G. Ferrando- C. M. Mazzoni – S. Rodotà – P. Zatti (cur.), *Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011; A. Manna, art. 579-580. L’omicidio del consenziente e l’istigazione o l’aiuto al suicidio, in Id. (a cura di), *Reati contro la persona, I, Reati contro la vita, l’incolumità individuale e l’onore*, Giappichelli, Torino, 2007; D. Tassinari, Note a margine dei recenti disegni di legge relativi al “testamento biologico”, in S. Canestrari- F. Giunta – R. Guerrini – T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Firenze, 2009.

[5] Ex multis si vedano F. Bonaccorsi, Rifiuto delle cure mediche ed incapacità del paziente: la Cassazione e il Caso Englaro, e di G. Guerra, Rifiuto dell’alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente, in *Danno e responsabilità*, 2008; G. Iadecola, La Cassazione civile si pronuncia sul caso “Englaro, in

Riv. It. Med. Leg., 2008; critico F. Gazzoni, Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia in spregio alla divisione dei poteri) Dir. Fam. Pers., 2008; più recentemente S. Cacace, Autodeterminazione in salute, Giappichelli, Torino, 2016.

[6] C. Cupelli, La disattivazione di un sostegno vitale tra agire ed omettere, in Riv. It. Proc. Pen. 2009.

[7] Ben evidenziato, seppur riguardo al diverso tema delle disposizioni anticipate di trattamento, da C. Cupelli, Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici, in dir. Pen. Cont. 12/2017

[8] Marco Bignami, Il Caso Cappato alla Corte Costituzionale: un'ordinanza di costituzionalità differita, su questionegiustizia.it.

[9] M. Donini, La necessità di diritti infelici, il diritto di morire come limite all'intervento penale, in Riv. It. Med. Leg., fasc. 2, 2016, pag. 555.

[10] D. Pulitanò, A prima lettura. L'aiuto al suicidio dall'ordinanza n. 207/2018 alla sentenza n. 242/2019, in Giurisprudenza Penale, 2019; D. Pulitanò, Il diritto penale di fronte al suicidio, in Diritto penale contemporaneo, fasc.7/2018, p. 57s.
