

Il referendum sull'art. 579 c.p. e l'aiuto attivo a morire. Una "contestualizzazione" necessaria*

PATRIZIA BORSELLINO**

Data della pubblicazione sul sito: 22 gennaio 2022

Suggerimento di citazione

P. BORSELLINO, *Il referendum sull'art. 579 c.p. e l'aiuto attivo a morire. Una "contestualizzazione" necessaria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il 26 novembre 2021 si è svolto l'oramai tradizionale Seminario "preventivo" ferrarese, quest'anno dedicato al tema *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, XVIII edizione della filiera *Amicus Curiae* (cfr www.amicuscuriae.it). Gli atti dell'incontro sono ora pubblicati - a cura di Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto e Paolo Veronesi - in apposito e-book ospitato in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, fasc. 1 del 2022. A tutti gli effetti, il presente contributo di Patrizia Borsellino ne è parte integrante: è solo per un involontario errore in sede di composizione del volume che non vi risulta formalmente incluso. Dello spiacevole incidente i promotori del Seminario si scusano con l'Autrice, ringraziando il *Forum di Quaderni Costituzionali* che consente di rimediare, pubblicandone qui di seguito il testo.

** Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto nell'Università degli studi di Milano-Bicocca. Indirizzo mail: patrizia.borsellino@unimib.it.

Nel dibattito sull'iniziativa intrapresa con l'obiettivo di pervenire per via referendaria all'abrogazione (parziale) dell'art. 579 c.p. (*"Omicidio del consenziente"*) si è riproposta, ed è parsa poter rappresentare una o la "dicotomia strategica", quell'alternativa tra indisponibilità della vita e disponibilità della vita, peraltro già investita di un ruolo decisivo nel confronto e nello scontro non solo sulla regolazione per via legislativa dell'aiuto attivo a morire, ma su tutte le più controverse questioni di fine vita, dal rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, alla desistenza terapeutica, alla sedazione palliativa.

Nello specifico, la preoccupazione per la messa in discussione, o meglio, per il definitivo colpo inferto all'indisponibilità della vita, intesa come sottrazione del bene vita a qualunque decisione e azione che lo metta a rischio, assunta e/o posta in essere dagli stessi soggetti ai quali la vita appartiene, oltre che da soggetti terzi, per un verso, ha supportato (accanto ad altri argomenti di natura costituzionalistica, meritevoli di considerazione) la tesi dell'inammissibilità del quesito referendario, per altro verso, è parsa giocare un ruolo significativo nella prospettazione di uno "iato" non facilmente sanabile tra l'impianto ordinamentale attualmente vigente e la normativa di risulta in materia di omicidio del consenziente, nel caso di esito positivo del referendum.

In altre parole, si è sostenuto che, in caso di accoglimento del quesito referendario, con l'art. 579, nell'attuale formulazione, cadrebbe l'ultimo baluardo normativo a presidio della vita come bene indisponibile per chiunque, e quindi anche per chi ha in gioco la propria vita, a prescindere dalle condizioni di salute o di malattia in cui si trova, in violazione di un principio, quello di indisponibilità, appunto, che alcune letture della Costituzione pretendono, pur in assenza di espressa menzione, sancito nell'art. 2, con un radicale cambio di prospettiva non solo rispetto alla pronuncia della Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019, in tema di suicidio assistito, ma anche, e ancor più, rispetto alla legge n. 219 del 2017 (*"Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"*), che pure ha sancito il diritto al rifiuto dei trattamenti salvavita, includendovi anche la nutrizione e l'idratazione artificiali, e ha legittimato la desistenza terapeutica così come la sedazione palliativa.

Ma è proprio vero che la vita rimarrebbe (indiscriminatamente) priva di tutela e verrebbe nella sostanza negata o, quantomeno, sminuita, nel suo valore, nel caso in cui non fosse più reato l'uccisione di chi - esclusione fatta per i minori, gli infermi di mente e le persone il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o inganno - l'ha voluta e ha prestato il suo consenso?

E si correrebbe davvero il rischio di avallare, in nome di un incomprimibile, e non assoggettabile a condizioni, diritto ad autodeterminarsi e a scegliere non solo come vivere, ma anche se vivere o meno, quindi in ossequio al "paradigma

disponibilista”¹ portato alle sue estreme conseguenze, la liceità della morte procurata anche a un soggetto in piena salute, purché l’abbia autorizzata?

E’ mia opinione che a tali domande sia possibile dare una risposta negativa, richiamando, in primo luogo, l’attenzione, in linea con i rilievi proposti da Tullio Padovani, sulla circostanza che gli stringenti requisiti richiesti in ordine alla sussistenza di un valido consenso, hanno fatto sì che, perlomeno nella giurisprudenza di legittimità, non vi sia stato, in un consistente arco temporale, «alcun precedente favorevole all’applicazione dell’art. 579»², e osservando, inoltre, come i rari casi, nel contesto di giudizi di merito, di incriminazione ai sensi dell’art. 579 c.p., abbiano riguardato, come, ad esempio, nel caso del dott. Mario Riccio - poi prosciolto dall’accusa - in relazione alla vicenda di Piergiorgio Welby, atti posti in essere nei confronti di soggetti affetti da condizioni irrimediabilmente invalidanti e comportanti sofferenze per loro insostenibili.

L’art. 579 è stato, quindi, chiamato in causa, e, come nel caso Welby-Riccio, non sempre a proposito, con prioritario, o esclusivo, riferimento alla fattispecie eutanasi, vale a dire con riferimento a un’azione compiuta da un medico, o da un diverso soggetto, con «lo specifico e diretto fine di provocare la morte di un soggetto affetto da una malattia inguaribile, oppure che versa in una situazione irrimediabilmente invalidante, assecondandone la volontà, per liberarlo dalla sofferenza»³.

Ritengo che i rilievi che precedono tornino utili al fine di non perdere di vista che la corretta prospettiva da adottare nella riflessione e nel dibattito sulla proposta referendaria, (e, più in generale, sulle linee prospettabili e auspicabili di un intervento legislativo in materia), è quella che la colloca in un percorso di riflessioni teoriche e di trasformazioni normative contestualizzate a scenari di protrazione dell’esistenza che riguardano specificatamente soggetti affetti da patologie irreversibili e in condizioni senza rimedio invalidanti.

Quali scenari? Ad esempio, quelli caratterizzati dalla presenza di patologie cronico-degenerative, la cui evoluzione è accompagnata da un pesante deterioramento della qualità della vita e dal manifestarsi di situazioni di

¹ Per una approfondita caratterizzazione del “paradigma disponibilista” in contrapposizione al “paradigma indisponibilista” cfr. G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell’eutanasi*, UTET, Milano, 2020.

² T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p.*, relazione introduttiva al Seminario preventivo ferrarese, *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull’art. 579 c.p.*, 26 novembre 2021, in www.amicuscuriae.it, §4.

³ P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto. Nuova edizione aggiornata*, Cortina editore, Milano, 2018, p. 440.

ingravescente sofferenza, con le quali i malati possono convivere anche a lungo. Oppure quelli in cui individui appartenenti a una sempre più longeva popolazione trascorrono la parte conclusiva della loro vita in una ingravescente condizione di polipatologia, spesso associata a decadimento cognitivo, che ne preclude ogni dimensione relazionale. Oppure, ancora, quelli in cui, a causa di gravissime lesioni conseguenti a eventi incidentali, persone, spesso ancora in giovane età, sfuggono sì alla morte, grazie alla messa in atto di tecniche rianimatorie e di trattamenti di sostegno vitale, ma vengono a trovarsi in situazioni di vera e propria sospensione tra la vita e la morte, quale lo stato vegetativo permanente, come è avvenuto nel caso di Eluana Englaro o nel caso, solo da poco balzato agli onori delle cronache, di Samantha D'Incà, oppure, come è avvenuto nel caso di Fabiano Antoniani (D.J. Fabo), non subiscono compromissione delle loro facoltà cognitive, ma sperimentano una condizione di privazione motoria e sensoriale, oltre che di esposizione alla sofferenza, di tale gravità da far apparire loro la prosecuzione della vita come un'insostenibile prigionia.

Si tratta, a ben guardare, delle situazioni «inimmaginabili» - per dirla con la Consulta - fino a non molti decenni orsono e, comunque, senz'altro negli anni Trenta, quando è entrato in vigore il codice penale, in cui versano quei soggetti che la scienza medica è divenuta capace di strappare alla morte, senza, tuttavia, poter «restituire loro una sufficienza di funzioni vitali»⁴

Scenari, quindi, che si sono andati delineando a seguito degli straordinari progressi conseguiti da una medicina che, a partire dalla metà del secolo scorso, se, per un verso, si è dotata, e sempre più si va dotando, di strategie terapeutiche risolutive per molte malattie fino a non molti decenni orsono considerate mortali, per altro verso, ha comunque acquisito la capacità di prostrarre la sopravvivenza di individui pur non liberati dalla malattia, e ha disegnato percorsi del morire nuovi e sempre più sottratti al caso e alla necessità, realizzando un vero e proprio controllo sulla morte, resa sempre più dipendente da scelte che incidono non solo sul *quando*, ma anche sul *come* si giunge alla conclusione dell'esistenza.

Se si tiene fermo il riferimento a quegli scenari del morire profondamente mutati, e si coglie che a caratterizzarli è stata la riconduzione dell'evento morte in un orizzonte di possibili, anzi, inevitabili scelte, con implicazione di portare in primo piano e di far apparire come ineludibile la domanda sulla spettanza delle scelte stesse, ci si trova nella posizione migliore per superare la contrapposizione in astratto tra indisponibilità e disponibilità della vita, e possiamo aggiungere, l'alternativa tra affermazione e negazione del valore della vita, e, al tempo stesso, per comprendere come a essere in primo piano, e a richiedere adeguate soluzioni sul piano normativo, sia stato, e sia tuttora, con specifico riguardo ai soggetti di cui

⁴ Corte costituzionale, ordinanza n.207/2018, § 8 del *considerato in diritto*.

sono gli interventi medici a rendere possibile la sopravvivenza, il problema di tutelare la dignità della vita, riconosciuta come diritto (non come dovere) e come valore, nella valenza biografica e non solo biologica.

E' su questo sfondo, e avendo riguardo a quel problema, che la risposta "disponibilista", secondo cui le scelte e le decisioni destinate a incidere anche sul modo in cui si conclude, oltre che sul modo in cui si svolge la vita, non possono che rientrare nella sfera della libertà (e della responsabilità) di coloro ai quali la vita appartiene, si è presentata come quella non solo preferibile, ma addirittura come quella obbligata, se non si vuole cadere nel paradosso di legittimare, in presenza di scelte ineludibili, che siano altri a decidere e, quindi, a "disporre" dei modi in cui si conclude la vita degli individui di cui si mortifica la possibilità di scelta, dopo aver teorizzato, come fa l'indisponibilista intransigente, che non v'è disponibilità della vita propria, ma nemmeno, e ancor prima, della vita altrui.

È in questa direzione, e in relazione ai sopra richiamati scenari, che già la legge n. 219 del 2017 ha ricondotto nella disponibilità di ogni individuo malato la facoltà di sottrarsi, mediante il rifiuto della messa in atto di trattamenti di sostegno vitale o la richiesta di interromperli, alla protrazione di una sopravvivenza in condizioni gravemente compromesse e divenute per lui insostenibili. E, ferma restando la differenza tra il rifiuto di trattamenti salvavita, e diverse modalità di intervento, volute da un soggetto malato per giungere alla conclusione della sua esistenza, quali gli interventi di assistenza al suicidio e gli interventi eutanasi, che rimangono del tutto estranee alle previsioni della legge n. 219 del 2017, in un'innegabile rapporto di continuità, e a muovere dalla stessa contestualizzazione, la Corte costituzionale, ha infranto la preclusione assoluta nei confronti dell'aiuto attivo a morire, ravvisando, dapprima nell'ordinanza n. 207/2018, e poi nella sentenza n. 242/2019, l'incompatibilità dell'incriminazione dell'assistenza al suicidio con la Costituzione, nel caso in cui l'agevolazione dell'altrui suicidio, che non abbia inciso sulla decisione di colui che è stato aiutato a morire, abbia riguardato proprio quegli individui il cui mantenimento in vita, in considerazione della dipendenza dai trattamenti medici, è, a buon diritto, qualificabile come "artificiale".

Entro lo specifico e circoscritto ambito sopra considerato, la Corte ha ritenuto che il divieto assoluto di aiuto al suicidio comporti un'irragionevole e ingiustificata limitazione della libertà del malato di autodeterminarsi rispetto a qualunque trattamento, fondata negli artt. 2, 13 e 32, comma 2 della Costituzione e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità degli atti compiuti per agevolare il suicidio di persone affette da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze psicofisiche per loro intollerabili, che abbiano maturato consapevolmente e manifestato una volontà in tal senso, e lo ha fatto muovendo dal rilievo che vi sono situazioni di sofferenza per rispondere alle quali la soluzione, valutata come adeguata da chi in quelle situazioni si trova,

non è offerta dalle strade già rese percorribili dalla normativa vigente e, in particolare, della legge n. 219 del 2017, vale a dire dalla non attivazione e dalla sospensione dei trattamenti e dalla messa in atto della sedazione palliativa profonda.

Posto che sono queste soltanto le strade percorribili, la Corte ha prospettato l'aiuto del malato a morire, nella forma dell'assistenza al suicidio, come l'ulteriore strada di cui riconoscere la praticabilità, andando oltre il punto al quale si è fermata la legge n. 219 del 2017, se non si vogliono privare, ledendone i diritti, persone malate e sofferenti dell'unica modalità con cui poter essere liberate dalla prigionia della loro insostenibile condizione.

La riconduzione della giustificazione degli atti di aiuto a morire entro i confini delle situazioni di malattia e di irrimediabile sofferenza che la Corte opera, prospettando il modello dell'agevolazione del suicidio assistito come "procedura medicalizzata", assoggettata a condizioni e a modalità di esecuzione, per la cui compiuta definizione la Corte considera imprescindibile l'intervento del legislatore, già sollecitato nell'ordinanza del 2018, per un verso, segna un ulteriore rafforzamento del paradigma della disponibilità della vita, con il quale, come è stato recentemente osservato, è, peraltro, compatibile l'idea che la vita non sia «una realtà illimitatamente o indiscriminatamente disponibile»⁵, tanto più se, per porre fine alla vita, è necessario ricorrere all'intervento di terzi. Per altro verso, richiede di valutare la morte assistita entro la cornice della relazione di cura e del mandato della medicina, aprendo la strada a una ulteriore strategia giustificativa a favore del suicidio assistito, da considerare non alternativa, ma sinergica rispetto a quella incentrata sul principio di autodeterminazione. La strategia in questione è quella che prende sul serio il paradigma assistenziale, incentrato sulla risposta alla sofferenza come dovere inderogabile, che gli operatori sanitari sono chiamati ad adempiere, inequivocamente recepito dalla legge n. 219 del 2017, nella linea già tracciata dalle legge n. 38 del 2010 ("*Disposizioni per l'accesso alla terapia del dolore e alle cure palliative*"), e che apre la strada a considerare non solo come giustificata, ma come dovuta, l'azione del medico che assiste un soggetto nel suicidio, quando non v'è altra strada per liberarlo dalla prigionia della sua insostenibile condizione.

La sentenza n. 242/2019 ha allargato la platea dei soggetti affetti da patologie inguaribili e in condizioni irrimediabilmente invalidanti per i quali sembra aprirsi la possibilità di sottrarsi a una sopravvivenza avvertita come lesiva della loro dignità, ricevendo assistenza nel suicidio. E lo ha fatto ponendo in primo piano il problema di predisporre, in relazione a questa delicata tipologia di intervento di fine vita, percorsi e procedure in grado di preservare da ogni forma di abuso, così da garantire al meglio tanto i soggetti aiutati a porre termine alla loro vita, quanto coloro che pongono in essere gli atti di aiuto.

⁵ G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., p. 28.

La Corte ha comunque circoscritto il suo giudizio alla fattispecie del suicidio assistito, vale a dire all'aiuto prestato a un soggetto che, nonostante la compromissione delle condizioni in cui versa, è ancora in grado, come lo è stato DJ Fabo, di compiere da solo l'ultimo atto che conduce alla morte, e ha con ciò investito, se pur implicitamente, tale residua "autosufficienza" della valenza di ulteriore, non trascurabile requisito per individuare la platea di coloro per i quali si apre l'opzione di essere aiutati a morire.

Ne discende che, nonostante l'ineccepibile contestualizzazione dell'assistenza al suicidio alle situazioni di protrazione della sopravvivenza in condizione di insostenibile sofferenza, che, come si è già più volte sottolineato, è stata la medicina stessa a rendere possibili, grazie alla vasta gamma di presidi terapeutici e di modalità di intervento di cui si è dotata, la Corte non ha scongiurato il rischio che non tutti coloro che vi avrebbero interesse si possano avvalere della pur relevantissima trasformazione dell'assetto normativo in materia di fine vita avviata dalla decisione.

Resta, infatti, da affrontare e risolvere il problema dei soggetti che, per incapacità fisica, non possono attivare essi stessi il processo che conduce alla morte con un atto suicidario, ma necessitano dell'intervento di terzi con un atto propriamente eutanasi. È questo un atto la cui discontinuità, prima di tutto sotto il profilo etico, rispetto al suicidio assistito, può essere fortemente ridimensionata, ove lo si consideri come la più compiuta forma di "assistenza" nel morire e, quindi, potremmo dire, capovolgendo la rappresentazione tradizionale, come l'ipotesi di assistenza al suicidio appropriata alle situazioni dei soggetti nell'impossibilità di compiere qualunque azione.

Ci si sarebbe potuti attendere che la Corte lo contemplasse, perlomeno in sede di sollecitazione rivolta al legislatore, posto che a richiederlo è, innanzitutto, il principio di eguaglianza sancito all'art. 3 della nostra Costituzione, che, nel delegittimare disuguali trattamenti riservati ai cittadini (e a tutti gli individui) sulla base delle "condizioni personali", tra le quali sono in primo piano le condizioni di salute, offre la prima forte ragione giuridica, oltre che etica, per garantire il diritto a una morte dignitosa anche a coloro che, proprio per le condizioni cliniche in cui versano, anche dopo la sentenza n. 242/2019 non potrebbero vederlo riconosciuto.

Ed è proprio questa, comprensiva dell'aiuto a morire nella modalità dell'eutanasia, oltre che del suicidio assistito, la direzione nella quale è auspicabile che il legislatore realizzi la disciplina della materia, ridefinendo gli scenari delineati dalla Corte, fermi restando i requisiti sia della volontà "autonomamente e liberamente" formatasi del richiedente, sia del grave e irreversibile stato patologico e dell'intollerabile sofferenza fisica e/o psicologica.

Nel perdurare dell'inerzia del legislatore, l'iniziativa referendaria si presenta come una tappa che sarebbe senz'altro stato preferibile non dover prevedere nel percorso avviato, ma non ancora compiutamente realizzato, di costruzione di un

diritto che restituisca la possibilità di una morte dignitosa a tutti coloro che ne sono privati in nome di un preteso dovere di sopravvivere, anche se al prezzo di insostenibili sofferenze. Sarà, cionondimeno, una tappa che potrà favorire il raggiungimento di quell'obiettivo, senza comportare uno stravolgimento dei principi e dei valori presenti nell'ordinamento, se, come ritengo auspicabile, il referendum supererà il vaglio dell'ammissibilità e avrà esito positivo.