



Consiglio Superiore della Magistratura

SESTA COMMISSIONE

Seduta del 9 maggio 2019 – 10,00

Pratica n. 3/VA/2019 – “Organizzazione di un convegno sul tema “Dignità della persona e fine vita”.

I lavori hanno inizio alle ore 10,11.

PRIMA SESSIONE

Il fine vita: tra “dato biologico” e “atto umano”

Alberto Maria GAMBINO, Professore ordinario di Diritto Privato presso l’Università Europea di Roma – Vi ringrazio per questa opportunità. La Prima sessione - mi è stato detto quando cortesemente sono stato invitato - si inserisce nello scenario che ha come titolo “Fine vita. Tra dato biologico e atto umano”. Nella sessione pomeridiana, invece, si entra nell’analisi del tema centrale dell’ordinanza della Corte Costituzionale, che attiene allo scrutinio di legittimità costituzionale dell’art. 580 codice penale.

Al di là del fatto che, forse, proprio per rispetto della Vicepresidente Cartabia che siede in questo tavolo, non entriamo nel merito dell’ordinanza, mi preme, tuttavia, segnalare lo stretto legame esistente tra “dato biologico” e “atto umano”, espressioni che ben descrivono, nell’orizzonte giuridico, l’interdipendenza tra fattori oggettivi (la scienza) e soggettivi (libertà, autodeterminazione). Merita anche attenzione il potere tecnologico, il potere della tecnica che incide sia sul dato biologico (si pensi alle recenti risultanze delle neuroscienze), sia sull’agire umano, poiché quest’ultimo è fortemente connotato dall’evoluzione tecnologica, tanto che dimensioni ieri impensabili oggi sono divenute realtà decisamente concrete.

Traccio brevemente l'itinerario giurisprudenziale antecedente all'approvazione della legge 219/2017 sul fine vita, itinerario da cui ritengo abbia preso le mosse il ragionamento della Consulta alla base dell'ordinanza n. 207.

I casi che hanno diviso l'opinione pubblica italiana sono piuttosto noti e chiari nella mente di tutti.

Il caso Englaro - di cui abbiamo oggi presenti anche alcuni dei protagonisti dell'*iter* giudiziario di allora - ruotava attorno a due questioni principali.

Da un lato, un paziente incapace di esprimere il consenso per l'eventuale interruzione di un presidio sanitario; dall'altro lato, l'idea che idratazione e alimentazione, ove veicolati con un sondino naso-gastrico, siano configurabili come "trattamenti sanitari", cosicché - su richiesta del paziente - possano, anzi, "debbano" essere interrotte.

All'interno di tale duplice valutazione si situa il cuore di quella decisione che poi è giunta fino alla prima sezione della Cassazione.

Il *thema decidendum* riguardava se si può esigere il distacco definitivo del presidio che facilita la somministrazione dei liquidi nutrizionali, in attuazione della libertà del paziente di rifiutare/rinunciare qualsiasi proposta di terapia. Libertà, il cui esercizio, nel caso specifico, si sarebbe evinto da una serie di elementi presuntivi, di tale spessore da ricavarne una sorta di "manifestazione anticipata volontà".

In punto di rifiuto (ma non di interruzione del presidio sanitario), la giurisprudenza, ha da tempo preso atto di tale libertà pressoché assoluta, purché espressa personalmente e nella contestualità della proposta terapeutica. E ciò anche in casi moralmente problematici (l'unico limite è il TSO), come, per esempio, la motivazione estetica rispetto ad un intervento salvavita. Su questo profilo direi che vi è un accordo generale e condiviso.

Più complessa è, invece, la vicenda di un presidio che sia già in esecuzione, soprattutto poiché in tale situazione la richiesta interruttiva implica l'intervento di un soggetto terzo, che comporta quale conseguenza immediata la morte del paziente. Qui si pone il problema relativo alla responsabilità di chi interrompe il trattamento.

Nel caso Englaro, il tutore (che era anche il padre della paziente) reclamava che il presidio fosse interrotto, sulla scorta di un "presunto" atto di volontà ("autodeterminazione") manifestato in passato dalla giovane donna, ricavabile da una serie di ricostruzioni storiche, di testimonianze, di ricordi, di manifestazioni di "stili di vita". La legittimità di tale fattispecie veniva confermata dalla prima sezione di Cassazione (mentre, poi, neanche un anno dopo, la Terza Sezione, in un altro caso, ha richiesto che il consenso e, dunque, l'eventuale dissenso alla somministrazione di un trattamento salvavita debba necessariamente essere oggetto di una "manifestazione espressa, inequivoca,

attuale, informata“).

Potremmo dire oggi, a legge vigente, che, se un caso del genere si riproponesse, non avrebbe il medesimo esito, poiché la nuova normativa esige che il bio-testamento assuma necessariamente carattere formale.

Nella vicenda Englaro, inoltre, come detto, il contenuto del “biotestamento presunto” riguardava l’interruzione della somministrazione di liquidi nutrizionali, qualificati dalla giurisprudenza del caso come trattamenti sanitari.

Sulla scorta di questi esiti giurisprudenziali, sono stati proposti diversi disegni di legge, di cui il più importante è stato il disegno di legge Calabrò, che, diversamente da quanto deciso nel caso Englaro, qualificava le somministrazioni di alimentazione e idratazione “forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze”, di talché non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento.

Altro caso che aveva diviso l’Italia era stata la vicenda di Piergiorgio Welby, nella quale, invece, il paziente era pienamente cosciente cosicché il dissenso relativo al trattamento in corso di ventilazione meccanica era noto, acclarato anche tramite una lettera al Capo dello Stato.

Il tema di fondo è, in tale circostanza, il passaggio dal rifiuto di una terapia che viene proposta, all’insopportabilità sopraggiunta della medesima, la cui interruzione presupponga l’intervento di un soggetto terzo rispetto al paziente. Ecco perché il caso avrebbe potuto integrare la fattispecie di reato ex articolo 579 codice penale (omicidio del consenziente).

La sentenza è un po’ particolare, come molti di voi ricordano.

Il comportamento dell’anestesista che aveva operato il trattamento interrottivo (sedazione e interruzione della ventilazione meccanica), pur configurabile nell’art. 579 codice penale, non appariva perseguibile in quanto comportamento “doveroso” per dare attuazione al diritto costituzionalmente tutelato del paziente di interrompere il trattamento.

Anche su questa vicenda, la legge 219/2017 mette un punto fermo, poiché tratta, in modo sostanzialmente equivalente, tanto il rifiuto quanto la rinuncia successiva del trattamento sanitario. È interessante, in quanto significa che, da un punto di vista dei diritti del paziente, le richieste sono poste sullo stesso livello, anche forse per un’esigenza molto pratica. Si è, infatti, considerato che trattamenti pur invasivi, spesso lo sono soltanto transitoriamente, potendosi rivelare poi rimuovibili in seguito ad una ripresa stabilità delle condizioni del paziente; ma ove fosse dubbia la possibilità di “ripensamenti”, il paziente potrebbe essere portato a rifiutarli immediatamente, con l’effetto di essere “costretto” a scegliere solo la strada di un *exitus* immediato.

Esiste, del resto, un vivace e ampio dibattito nell’ambito della bioetica e della biogiuridica che, nel corso del tempo, ha condotto a riesaminare la vicenda del caso Welby, fortemente divisiva

anche per una certa strumentalizzazione politica, ma che oggi, probabilmente, lo sarebbe in misura minore, pur nel confronto di dimensioni assiologiche differenti. La percezione attuale lascia intendere che, in taluni casi, il livello di insopportabilità del paziente renda problematica la preclusione ad una rinuncia al presidio salvavita.

Il tema dischiude la riflessione su un'altra categoria del diritto sanitario, strettamente collegata ai casi in cui la tecnologia diventi fortemente invasiva: l'accanimento terapeutico. Situazione che non era stata riscontrata dalla giurisprudenza del caso Welby, non perché Piergiorgio Welby non avvertisse la ventilazione meccanica come una forma di "accanimento" sul suo corpo, ma per evitare che la possibilità di interrompere un presidio salvavita per la respirazione legittimasse un protocollo sanitario generalizzato tale da scivolare, in altri casi analoghi, in scongiurabili prassi di abbandono terapeutico, specie se riguardanti soggetti incapaci di agire. Ricordo che la configurazione di un trattamento come "accanimento terapeutico" impone – come ci ricordano i codici deontologici della categoria - la desistenza medico-sanitaria. Anche per questa ragione, la giurisprudenza dell'epoca, saggiamente, non ha qualificato né la vicenda Englaro, né la vicenda Welby come casi di accanimento terapeutico.

Una rimodulazione delle categorie concettuali e semantiche potrebbe piuttosto legarsi al fattore, tutto moderno, della progressiva invasività della tecnologia, che postula una rinnovata valutazione dei criteri della proporzionalità e, soprattutto, della gravosità di un trattamento, che certamente si lega anche ad un diverso grado della dimensione percettiva dei pazienti.

Ora, nella vicenda di Fabiano Antoniani (dj Fabo) e il conseguente caso giudiziario Cappato, da cui origina l'ordinanza della Corte costituzionale, si verifica ciò che può essere definito un vero e proprio salto di qualità.

La legge 219/2017 consente al paziente il rifiuto e l'interruzione di qualsiasi trattamento, compresa la somministrazione di liquidi nutrizionali. In tali casi, si prescrive la necessità che sia "sempre garantita un'appropriata terapia del dolore" anche con la palliazione (art. 2.1, l. 219/2017). E la professoressa Cartabia ci ha ricordato che, anche nell'ordinanza della Corte, la prima prospettiva da rendere al malato terminale resta la somministrazione di cure palliative.

La Consulta ora invita a porre attenzione ad un ulteriore *spatium cogitandi*, sollecitando la riflessione sulla circostanza per cui nel momento in cui la legge 219 legittima la logica del rifiuto e anche dell'interruzione finanche di presidi di sostegno vitale, ne viene che la normativa oggi vigente non riguarda soltanto la fase del c.d. "fine vita", che postula per definizione che ci si trovi nell'imminenza o in prossimità della morte, ma tollera che situazioni di non accettazione della propria condizione di vita – come la tetraplegia e la cecità del dj Fabo – possano condurre a forme di abbandono volontario che inevitabilmente sfoceranno, con l'interruzione degli strumenti di

sostegno vitale, in una fase di fine vita.

Si tratta di un passaggio normativo cruciale relativo ad una situazione che, pur non essendo considerabile di fine vita, lo diventa nel momento in cui si interrompono i presidi che veicolano *in primis* liquidi nutrizionali.

Il tema che pone la Corte – risolvendolo positivamente, pur nei limiti di un’ordinanza - è che in tali casi il processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito, non necessariamente rapido, è la morte, non possa risolversi soltanto nella somministrazione delle necessarie cure palliative, di talché 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” (Ordinanza n. 207). Di qui la diversa prospettiva di una richiesta di accelerazione dell’esito esiziale con “la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte”. In qualche modo - un po’ contraddittoriamente nelle premesse teoriche che postulano il rifiuto di una tecnologia troppo invasiva - si interrompe un presidio ritenuto “gravoso” nella sua artificiosità (il sondino che veicola i liquidi nutrizionali), per applicare un trattamento (somministrazione di un farmaco letale), anch’esso però “artificioso”, che provoca la morte del paziente.

Ci sono altri passaggi delicatissimi nell’ordinanza della Corte che riguardano il ruolo di garanzia del medico e gli effetti penetranti sulle prassi assistenziali del sistema sanitario.

Rispetto al primo profilo, l’articolo 1 comma 6 della l. 219/2017 stabilisce che il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario, quindi anche idratazione e alimentazione, o di rinunciare al medesimo (come detto, gli istituti giuridici del rifiuto e della rinuncia sono posti sullo stesso piano). In conseguenza di ciò il medico è esente da responsabilità civile e penale, dunque anche in riferimento alla fattispecie contemplata dall’articolo 580 codice penale, il sanitario non sarà responsabile nei limiti in cui interrompa un trattamento salvavita (scriminato proprio dalla l. 219), ma non ponga in essere un comportamento attivo per provocare la morte.

Il paziente, si aggiunge, non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale e alle buone pratiche clinico-assistenziali.

La Corte lascia trasparire la possibilità di prevedere eventualmente l’obiezione di coscienza, ma ritengo che ciò non sia sufficiente, riguardando questa il singolo medico e non un’intera categoria tributaria della propria missione di curare, principio cardine della professione sanitaria.

Rispetto alla deontologia del medico, ritengo che si tratti di un punto assai critico – anche in ipotesi *de iure condendo* - poiché vengono in rilievo dei capisaldi appartenenti alla pratica plurimillennaria della medicina, risalenti al giuramento di Ippocrate, e che vietano la

somministrazione di un farmaco per interrompere un'esistenza umana.

I più raffinati costituzionalisti hanno precisato e insegnato che mentre le procedure di revisione costituzionale si possono eseguire su quasi tutte le disposizioni della Carta costituzionale, ciò non sia praticabile allorquando si intenda agire su quegli articoli della Costituzione relativi alle fondamenta della Repubblica o a diritti e principi fondamentali (i c.d. principi supremi dei primi articoli 12 della Carta; ma non solo: in questa sede ricordo anche l'art. 24 sull'accesso alla giurisdizione), pena il sovvertimento del sistema democratico costituito. Ecco, ritengo che il giuramento di Ippocrate, specie in quella parte che nel codice deontologico si enuclea nel divieto di porre in essere comportamenti finalizzati a provocare la morte del paziente, valga per i medici e per il loro specifico ruolo sociale alla stregua del cuore pulsante di quei principi immutabili della Costituzione, pena il sovvertimento dei principi fondanti di una professione radicata nell'ethos del nostro ordinamento.

Non è un caso che la Federazione degli ordini dei Medici (Fnomceo) abbia dichiarato che anche davanti ad una modifica legislativa che introduca in Italia l'eutanasia, per i medici continuerebbero a valere e ad applicarsi le regole deontologiche. Mi sottraggo a qualunque cenno di teoria delle fonti dell'ordinamento, ma non sfugge a nessuno la problematicità di una norma che imponesse ad una categoria professionale il tradimento di un suo principio cardine.

Anche il richiamo al limite delle c.d. buone pratiche clinico-assistenziali (che certamente escludono i trattamenti finalizzati alla morte del paziente), che la stessa legge 219 pone come barriera protettiva dell'autonomia del medico rispetto alle richieste del paziente, ne risulterebbe minato.

Ritengo, dunque, che ci sarà una fatica particolare nell'identificare i soggetti che avrebbero il compito di interrompere il trattamento, o meglio, di interrompere il trattamento e somministrare un farmaco letale, secondo quanto sta chiedendo sostanzialmente la Corte.

In altre parole, mentre appare teoricamente possibile intervenire sull'articolo 580 codice penale, norma su cui effettivamente si radica la questione di legittimità costituzionale, appare davvero difficile pensare che si possa intervenire sulla legge 219/2017, incardinata, direi radicata, sulla relazione fiduciaria medico-paziente, ipotizzando l'inserimento di una proposta interruttiva della vita da parte del medico e, poi, eseguita dallo stesso.

Si tratta di un *punctum dolens* non armonizzabile in una legge che nella sua interezza – come univocamente ricordato dai suoi promotori - si regge sulla relazione di cura tra medico e paziente. Dimensione questa in cui le due autonomie del paziente e del medico curante vengono poste allo stesso livello, in un delicatissimo equilibrio che la legge 219/2017 contempera fino al dovere estremo da parte del medico di assecondare l'abbandono delle cure da parte del paziente,

entro gli stretti limiti un accudimento palliativo che così consente di mantenere intatta, dentro l'obiettivo del lenimento del dolore, la missione della pratica sanitaria.

Su questi aspetti occorre davvero, in modo anche molto ampio, compiere una adeguata riflessione.

Rispetto all'ulteriore profilo delle ripercussioni sul sistema sanitario italiano, rilevo, poi, che le vicende di fragilità umana, che quotidianamente si constatano nelle corsie d'ospedale, non presentano abitualmente i casi che hanno impegnato la nostra giurisprudenza: non si riscontrano affatto, in tali contesti, dati significativi di rinuncia a curarsi. Perché alcuni di noi rifiutano radicalmente il tema della legalizzazione dell'eutanasia? Perché nel momento in cui la legge cristallizza tale libertà estrema in una pretesa giuridica si rischia – paradossalmente - di negarla, in quanto accanto a persone pienamente consapevoli ve ne sono molte altre che, viceversa, nella loro fragilità tipica nella malattia, possono, drammaticamente, non esserlo.

Del resto, le legislazioni, soprattutto di stampo anglosassone, che hanno forzato la mano sul principio di autodeterminazione, l'hanno fatto quasi sempre a seguito di riforme del sistema sanitario, nell'ottica di un riordino di quest'ultimo secondo criteri di ottimizzazione della sua efficienza in termini di costi economici e di allocazione delle risorse finanziarie. L'esito applicativo ha inciso anche sulla prospettiva della qualità della vita, non soltanto indirettamente, ma spesso anche direttamente. Nella definizione di qualità della vita, che dà anche la giurisprudenza di *common law*, si ritrova spesso la logica "utilitaristica" della gestione dei costi, fattore certamente importante ma che non può tuttavia incidere così profondamente sulla vita umana, che è "valore giuridico in sé" come ci ha sempre ricordato la nostra giurisprudenza di legittimità.

Dietro il modello efficientista della struttura del sistema sanitario, allora si possono annidare l'attivazione di "più convenienti" forme di abbandono terapeutico che, per le modalità con cui vengono attuate, conducono poi il paziente più fragile, anche negli affetti e nelle possibilità economiche, a chiedere inevitabilmente l'interruzione immediata della propria esistenza. Con intuitiva efficacia, Luciano Violante ha più volte parlato di eutanasia come "morte dei poveri".

Sono aspetti estremamente delicati, che la magistratura tratta da vicino, con competenza e sensibilità propria di chi abitualmente si confronta con i fatti della vita dolorosamente attraversati dai consociati.

Ai fini dei lavori del dibattito pomeridiano suggerisco, dunque, se possibile, di introdurre anche questi elementi che, come si intuisce, sono più legati a "dato biologico" e "agire umano" – temi appunto di questa Prima sessione - che tuttavia non risultano indifferenti ai contenuti e soprattutto ai possibili effetti che l'ordinanza della Corte Costituzionale potrà produrre nel nostro ordinamento. Vi ringrazio.