

The last dance

Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*

di Maria Beatrice Magro

Professoressa Ordinaria di diritto penale, Università G. Marconi di Roma

“Spero che quando la morte arrivi, mi trovi vivo”

[D. W. Winnicott]

Sommario: Parte I. 1.1. Lo statuto epistemologico della medicina tra prospettiva *in prima persona* e prospettiva *in terza persona*: l’affermazione dell’identità personale. 1.2. L’avanzata dei diritti umani e il diritto a morire. 1.3. L’autodeterminazione terapeutica comprende anche il diritto al suicidio o a morire? 1.4. Il lato oscuro del diritto umano alla salute: l’evoluzione tecnologica e l’aspirazione alla longevità (o all’immortalità). 1.5. Centoventianni da leoni? La morte e il rischio di “sopravvivenza” nelle società moderne iper-tecnologizzate. 1.6. La “scomparsa” della morte come fenomeno culturale. 1.7. La “sofferenza intollerabile” e la perdita del senso d’identità. 1.8. Le *near death experience* e gli stati di coscienza alterata. Parte II. 2.1. La “sofferenza insopportabile” di Fabiano Antoniani e l’attesa della morte senza coscienza. 2.2. Il principio di ragionevolezza e l’assimilazione tra interruzione di cure e aiuto al suicidio. 2.3. Il suicidio e la partecipazione al suicidio nella prospettiva “*in terza persona*”. La “*suicidal vulnerability*” secondo l’ordinanza della Corte cost. 23 ottobre 2018, n. 207. 2.4. Il mistero della mente e l’ambivalenza del proposito suicida. Alla ricerca del fondamento logico-razionale delle norme che punisce la partecipazione al suicidio. 2.5. Suicidio terapeutico o “richiesta di una buona morte”? Ai confini della legittimazione terapeutica.

Parte I.

I.1. Lo statuto epistemologico della salute tra prospettiva *in prima persona* e prospettiva *in terza persona*: l’affermazione dell’identità personale.

La *scienza medica*, concepita per lungo tempo una scienza naturale, ha avviato un processo che la rende peculiare rispetto alle altre discipline. Essa, oltre a essere impregnata di orientamenti valoriali oggettivi (o meglio collettivi), è oggi dipendente da una nuova variabile, costituita dalla sfera dell’etica individuale. Nell’epoca moderna, infatti, alla *scienza medica* si riconosce lo *status* di scienza naturale (biologica, chimica e fisica) finalizzata alla promozione della salute umana che ingloba e una dimensione di conoscenza sociale e psicologica, in quanto essa si occupa della percezione e della rappresentazione collettiva ed individuale della malattia, della salute e della cura¹. Così, dall’innesto di elementi valoriali soggettivi su quelli di tipo oggettivo, ne discende il suo statuto epistemologico multidimensionale di scienza biologico-naturale, psicologica e sociale. Questo processo di trasformazione ha preso l’avvio proprio dalla rivisitazione del tradizionale

* Testo della relazione al convegno “Istigazione e aiuto al suicidio e valori costituzionali: un orizzonte da delineare” del 15 marzo 2019, svolto presso il Senato della Repubblica, organizzato da Accademia Aletheia, il Dipartimento di Scienze giuridiche e politiche dell’Università G. Marconi, e la Scuola Territoriale della Camera Penale di Roma. La videoregistrazione dell’intero convegno è disponibile al link <http://www.radioradicale.it/scheda/568645/istigazione-e-aiuto-al-suicidio-e-valori-costituzionali-un-orizzonte-da-delineare/stampa-e-regime>.

¹ La medicina non è una scienza *pura*, ma neanche una scienza *applicata* alla stregua dell’ingegneria, non è neanche una *tecnica*, ma è una *scienza operativa* che si articola in tre momenti: quello clinico, quello patologico e quello antropologico. In proposito, *Current Bibliography of the History of Science and its cultural influences*, Isis, vol. 105, p. 1, in *The History of Science Society*, University Chicago Press, 2014. Cfr. Parere del Comitato Nazionale di Bioetica su *Scopi, limiti e rischi della medicina* (dicembre 2001). Sull’evoluzione medica e culturale dei concetti di malattia e salute, G. CORBELLINI, *Breve storia delle idee di salute e malattia*, Carocci, 2004; Id., *EBM Medicina basata sull’evoluzione*, Bari, 2007; M. CONFORTI — G. CORBELLINI — V. GAZZANIGA, *Dalla cura alla scienza. Malattia, salute e società nel mondo occidentale*, Encyclomedia Publisher, 2011; GUARINO, *Sul limite. Malattia, società e decisioni di fine vita*, Roma, 2011, p.25 ss.

concetto tradizionale di *malattia* (e del suo converso: la *salute*), precedentemente incentrato esclusivamente su un paradigma organicista, ma che ora sposta l'attenzione sulla persona in tutta la sua dimensione psichica, dinamica, relazionale e socio-ambientale. Ormai da tempo le scienze mediche, anche se improntate a metodi positivisti, si sono aperte a prospettive non organiciste-positiviste, che abbracciano persino l'epigenetica, la medicina psicosociale, la medicina psicosomatica, la neurobiologia, la psicofisiologia, la neuroimmunologia, la medicina placebo e persino la psicoterapia, che pur non utilizzando i tradizionali strumenti della medicina (farmaci e bisturi), cura mente e corpo. Si assiste, in altri termini, al passaggio da una concezione oggettiva, che identifica la salute con l'integrità psico-fisica, ad una concezione personalistica e umanizzata che, seppur non prescinde dalle componenti bio-fisiche, impone di rileggerle alla luce del particolare vissuto personale, in quanto sensibili alle influenze emozionali e agli aspetti dinamico-relazionali con l'ambiente esterno. La scienza medica ci dice che non c'è un dato biologico statico, inerte, uguale a se stesso e che l'esperienza percettiva del mondo esterno, associata alla ripetizione dello stimolo, provocano cambiamenti nell'espressione genica e persino la guarigione².

Oggi il concetto di *salute* rivela una vitalità e modernità inaspettata, consentendo di riunire quel dualismo cartesiano tra anima e corpo che già Aristotele aveva ricomposto. Esso esige un'idea di Sé come unità di tutti gli aspetti non solo fisici, ma anche di pensiero. La *salute*, come complessivo stato di benessere fisico e psichico, si ammanta di proiezioni dell'idea che ciascuno ha del proprio Sé, si incentra sull'esperienza personale sul proprio corpo, ed è proiettata nell'ottica della protezione dell'integrità complessiva dell'essere umano; è cioè un *frame* esperienziale che riconnette realtà oggettive, fenomeni sociali, ma anche sistemi valoriali soggettivi, orientamenti culturali individuali, all'insegna del fondamentale principio personalista³.

Assumendo la prospettiva soggettiva, l'esperienza della salute e delle decisioni a lei connesse sono manifestazione della propria dignità, meglio declinata come manifestazione della propria *identità personale*. La latitudine del concetto di *salute*, così ampia e fortemente soggettivizzata, si associa quindi ad un'altra ancora più fondamentale esigenza: la tutela dell'*identità personale* nell'ottica della protezione della integrità complessiva del soggetto sempre più impegnato nell'aspirazione di una piena realizzazione e affermazione di Sé. Perciò, la salute può rappresentare una delle direttrici di ricerca del senso dell'esistenza umana, cui tutti quotidianamente aneliamo. Spesso questo significato è terreno, non trascendente, improntato ad un qui ed ora, ma non per questo meno profondo, significativo, benefico per l'individuo e per la collettività. L'uomo felice, l'uomo sano rende migliore se stesso e gli altri.

In tal modo, questa scienza medica ispirata ad un nuovo umanesimo annulla la dicotomia tra la prospettiva fenomenica soggettiva in "*prima persona*" e la prospettiva oggettiva in "*terza persona*". La prospettiva "*in prima persona*" si riferisce alla visione introspettiva dell'uomo, ossia al modo in cui l'uomo vede se stesso e le proprie esperienze. La prospettiva "*in terza persona*" è invece quella dell'osservatore esterno e riproduce il punto di vista dell'analisi scientifica. Nell'accezione "*in terza persona*" la realtà è osservata come una connessione di fenomeni oggettivi e quindi, a causa dell'astrazione dal soggetto conoscente, come esperienza *mediata*; nell'accezione soggettiva la realtà è osservata nella sua natura intuitiva, in relazione ai contenuti dell'esperienza del medesimo soggetto conoscente, quindi come *esperienza immediata e originaria*.

Molti ritengono che queste due separate aree di esperienza non siano compatibili tra loro e che, dal punto di vista scientifico (o neuro-scientifico) la prospettiva soggettiva *in prima persona* sia illusoria, falsa o comunque irrilevante⁴. Ma d'altra parte - si obietta - entrambe le forme di analisi

² Per quest'approccio, J. BRAID, *The Power of the Mind over the Body: An Experimental Inquiry into the Nature and Cause of the Phenomena*, in Kleim, J. A.- Jones, T. A., *Principles of Experience-Dependent Neural Plasticity: Implications for Rehabilitation After Brain Damage. Journal of Speech, Language, and Hearing Research*, vol 51, 2008, *Attributed by Baron Reichenbach and Others to a "New Imponderable"*, John Churchill, London, 184.

³ Su questi temi, in rapporto alle decisioni di fine vita, mi si consenta il rinvio a M.B. MAGRO, *Sul limite. Testamento biologico e decisioni di fine vita*, Aracne, Roma, 2012.

⁴ All'esperienza mediata possono corrispondere componenti che appartengono all'esperienza immediata, senza che

scientifico si riferiscono, in modo parallelo, a un medesimo contenuto di esperienza che non implica derivazione o prevalenza, ma una semplice *co-esistenza* tra diverse componenti dell'esperienza. Sia l'esperienza oggettiva, sia l'esperienza soggettiva sono entrambe parti costitutive di un'unica esperienza che è considerata da punti di vista diversi, la quale ammette una *doppia* forma di accesso alle proprietà fenomeniche, sia di tipo ontologico –materialista che soggettivo-esperienziale⁵. L'equilibrio tra queste due prospettive – oggettiva o in terza persona e soggettiva o in prima persona - oggi è il fulcro del dibattito, ove la questione della disponibilità della salute e persino degli ultimi attimi della propria vita, innanzi all'evoluzione tecnica e all'innovazione scientifica, assume rilevanza giuridica in un'ottica necessariamente relazionale che coinvolge l'apporto e le responsabilità di individui terzi e delle istituzioni sanitarie.

I.2. L'avanzata dei diritti umani e il diritto a morire.

L'avanzata dei diritti umani si manifesta come anelito all'universalità, ritagliando all'interno del *genus*, come riconoscimento a un maggior numero di soggetti portatori di proprie specifiche rivendicazioni, di specie di disciplina più dettagliate⁶. I diritti umani innescano un continuo processo di affermazione e di negazione, di tensione tra universalismo e particolarismo, di realizzazione dell'uguaglianza e delle sue eccezioni⁷. La richiesta di affermazione dei diritti umani crea attorno a sé conflitti e contrapposizioni che si giocano nei rapporti tra politica e giustizia, nella distribuzione tra potere legislativo e potere giudiziario, provocando una ibridazione della dimensione giuridica e del ragionamento giudiziale e, talora, una maggiore sovraesposizione del ruolo dell'organo giudiziario, a discapito della dimensione della negoziazione politica a livello legislativo, troppo spesso incapace di realizzare un consenso condiviso⁸.

l'una debba essere ricondotta all'altra o da essa derivata o causata. Sul tema, F. CARUANA, *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in giurisprudenza*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, p.337; D. SKOLNICK WEISBERG, F. KEIL, J. GOODSTEIN, E. RAWSON, G. GRAY, *The seductive Allure of neuroscience Explanations*, in *Journal of Cognitive neuroscience*, 2008, vol.20, n. 3, p.470; SINGER, *Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung. Zwei konfliktrichtige Erkenntnisquellen*, in Schmidinger - Sedmak, *Der Mensch – ein freies Wesen? Autonomie – Personalität – Verantwortung*, 2005, p. 135 e p. 137.

⁵ La scienza naturale e l'esperienza soggettiva consistono non in diversi contenuti di esperienza, ma in un medesimo contenuto affrontato da diversi punti di vista; Cfr. J. LIPPI, L. SAFINA, M. MAZZARA, *Mind and matter: Why it all makes sense*, in *Advanced Research on Biologically Inspired Cognitive Architectures*, 2017, pp. 63-82; J. KIM, *Mental Causation in Searle's Biological Naturalism*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, 1995, n. 55, pp. 189–194. Dello stesso Autore, *The Myth of Nonreductive Materialism*, in *Contemporary Materialism*, a cura di P. K. Moser e J. D. Trout, 1995, New York, Routledge, pp.134-149; SINGER, *Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung. Zwei konfliktrichtige Erkenntnisquellen*, in Schmidinger - Sedmak, *Der Mensch – ein freies Wesen? Autonomie – Personalität – Verantwortung*, 2005, p. 135 e p. 137.

⁶ P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, 2014, p. 27 ss.

⁷ E. DICIOTTI, B. PASTORE, (a cura di), *Il futuro dei diritti: proliferazione o minimalismo?*, in *Ragion pratica*, n.31, 2008, pp. 275-411.

⁸ Talora ne è persino scaturito un inconsueto conflitto di attribuzione. Esempio lampante di tale vicenda è il conflitto di attribuzione tra i rami del Parlamento sollevati contro la sentenza della cassazione sul caso Englaro, che la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile con la ordinanza n. 334 del 2008. Altro caso è il conflitto tra ordinanze emesse in sede cautelare da numerosi giudici del lavoro di tutta Italia e il decreto Balduzzi, per giungere alle recenti sentenze della Cassazione, che hanno, per il momento, sempre in via cautelare, imposto un *self restraint* alla vicenda della richieste – costosissime – di somministrazione del protocollo Stamina. COSÌ, S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2013, pp. 94.

Il fenomeno si ripropone a proposito della "incostituzionalità differita" dell'art. 580 c.p., a seguito dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale in commento nel presente lavoro, che ha sospeso e rinviato l'udienza in attesa di un intervento legislativo. Per questi profili, soprattutto, L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 2019, anche in *Il caso Cappato a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini e C. Cupelli, ESI, Napoli, 2019. Per un'analisi delle ragioni del rinvio, R. BARTOLI, *L'ordinanza della consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri*, in *Diritto penale contemporaneo*, contributo pubblicato in *Il caso Cappato a margine*

In questa dinamica, è assai complicato individuare la base legale della domanda sociale di ampliamento o emersione di nuovi diritti umani: talora la Carta costituzionale può non essere così esplicita. L'affermazione di diritti umani, come una coperta troppo corta, scopre lacune e discriminazioni e traccia un continuo percorso di attuazione che conduce ad un maggiore ampliamento della portata originaria di un diritto già riconosciuto o alla creazione di nuove figure; la loro definizione e, addirittura, la loro esistenza dipende più dalle emozioni che dalla ragione⁹.

La salute proclama ormai ufficialmente la sua dimensione di fondamentale diritto umano (ed anche un interesse giuridico tutelato penalmente) che si declina come manifestazione della dignità e autonomia decisionale del paziente nella relazione con il medico e ciò anche nelle fasi finali della nostra esistenza, quando si è prossimi alla morte, connessa com'è con la dimensione relazionale e intersoggettiva innanzitutto con il medico e inoltre, in quanto diritto sociale, con i poteri pubblici. Il diritto umano fondamentale della salute gode di un'espressa tutela costituzionale e legislativa che discende dalla tradizione di tutte le democrazie liberali dei diritti di *habeas corpus*, di cui l'interesse superiore all'intangibilità della propria sfera corporea ne costituisce il *prius* logico.

Invero, la storia del diritto all'autodeterminazione terapeutica è antica e assai stratificata, perché a iniziali timide affermazioni di principio si sono accavallate concrete applicazioni finalizzate a valorizzarne la immediata portata precettiva. La tendenza evolutiva che si trae da una osservazione ormai spassionata del sistema normativo indirizza verso una esaltazione ed applicazione immediata del fondamentale diritto di libertà della salute, sia nei contenuti positivi che in quelli negativi: curarsi e non curarsi. Il sistema normativo ha del tutto abbandonato quei precedenti in cui, pur riconoscendo il diritto del paziente a richiedere l'interruzione delle cure, lo si era ritenuto non eseguibile né tutelabile in via immediata. Questo diritto fondamentale – inizialmente grazie all'evoluzione giurisprudenziale e in ultimo per effetto della legge n. 219/2017 – nel nostro ordinamento non trova limite in un freateso bilanciamento di diritti altrettanto fondamentali, compreso la vita, e si pone con una portata immediatamente precettiva che vincola il medico all'astensione terapeutica senza alcuna riserva di coscienza, in presenza di una stabile, ferma e anche pregressa manifestazione di volontà¹⁰. Il diritto di libertà all'autodeterminazione terapeutica include solo indirettamente l'accettazione della morte, senza che questo diritto entri in competizione con altri diritti, come quello inviolabile alla vita o con il diritto a morire, perché vita e morte non

dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018, cit.. Per un'analisi delle prospettive di riforma, C. Cupelli, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio, spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, *ivi*. Nella letteratura costituzionalistica, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, a cura di A. MORRONE, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018; A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, in *Il "Casò Cappato" davanti alla Corte Costituzionale*, a cura di A. MORRONE, Bologna, atti del Seminario tenutosi a Bologna il 12 ottobre 2018.

⁹ L'affermazione dei diritti umani si fonda, in ultima istanza, su un richiamo emotivo: è convincente se fa risuonare qualcosa in ogni persona, se la sua violazione ci fa inorridire. Per un resoconto culturale e intellettuale sulle radici dei diritti umani, L. HUNT, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Laterza, 2018.

¹⁰ Tra i commenti alla legge n. 219/2017, si rinvia innanzitutto a S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2017, p.975 ss.; ID. *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. Pen.*, dicembre 2018, p.11. Si segnalano inoltre, nella letteratura giuspenalistica, O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir.pen.proc.*, 2018, p.917 ss.; G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità del morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass.Pen.*, 2018, p.2302 ss.; L. EUSEBI, *Decisioni su trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. medi. Leg.*, 2018, 4p.15 ss.; C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, in *disCrimen*, 2018, 1 ss. Nell'ambito di lavori monografici cfr. M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, pp. 10 ss.; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018 e le riflessioni di A. NAPPI, *Principio personalistico e binomi 'indissolubili'. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, Napoli, 2018, p.188 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018, p.55 ss

sono guardati come diritti di libertà, ma come puro essere o non essere, come condizioni biologiche presupposte dai diritti di libertà.

Da tutti i *leading cases* italiani sulla materia, nonché dalla normativa vigente, emerge il riconoscimento di diritto fondamentale dell'uomo all'autodeterminazione rispetto a trattamenti terapeutici (che comprende il rifiuto di cure, l'accoglimento e la comprensione delle esigenze del paziente anche durante il processo di morte, anche nella fase ultima della propria vita, quando si è ormai prossimi alla morte, l'elaborazione di una strategia terapeutica condivisa, la cura psicologica e farmacologica del dolore) nella ricerca di un percorso anzitutto "esistenziale", prima ancor che curativo, che abbia il suo fulcro e fine nel rispetto *dell'identità del malato*. Anche le scelte di fine-vita sono la più genuina espressione dei nostri modelli mentali, e cioè della biografia e biologia di ciascuno di noi e si correlano ad una dimensione di significati che attengono al dominio e al controllo del proprio Sé¹¹.

La coscienza sociale e il sistema giuridico, con la legge n. 219/2017 hanno preso consapevolezza che il processo di cura non può e non deve mai essere volto soltanto alla terapia della malattia o del sintomo, quanto alla presa in carico globale della persona. La cura della patologia è utile finché procura alla persona un giovamento nel suo stesso interesse; quando la terapia – soprattutto se invasiva e intensiva – eccede questo limite, nei malati con problemi di salute cronici e ingravescenti, affetti da condizioni degenerative del sistema neuro – muscolare, terminali o potenzialmente terminali, destinati a una morte lenta, il processo di cura (che deve continuare) deve essere indirizzato verso altri obiettivi: l'assistenza durante il processo di morte¹².

In questo nuovo contesto di riferimento, si evidenzia una nuova dimensione di tutela della salute che si caratterizza per la sua originalità rispetto al passato: la sua protezione si orienta anche durante quella fase della vita che sta per spegnersi, ampliandosi nei suoi contenuti fino ad abbracciare di bisogni dei morenti di una morte dignitosa, cioè di avere una morte che sia coerente con la propria esperienza esistenziale.

I.3. L'autodeterminazione terapeutica comprende anche il diritto al suicidio o a morire?

L'evoluzione normativa in attuazione del dettato costituzionale non ha portato al riconoscimento di un diritto ad autodeterminarsi in ordine alla fine della propria esistenza, ossia all'equiparazione tra diritto al rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitario necessari alla propria sopravvivenza e diritto al suicidio. La differenza tra le due situazioni è sempre stata tratteggiata, nella prospettiva "*in terza persona*", come assai netta: nell'esercizio all'autodeterminazione terapeutica la morte è causata dalla malattia che fa il suo corso non contrastata da trattamenti sanitari; con l'esercizio di un preteso diritto a morire o al suicidio la morte è l'esito finale della somministrazione di farmaci. L'una situazione è manifestazione di libertà fondamentale, l'altra è un reato. Questa penalizzazione è paritorita da un legislatore poco ragionevole ed arretrato? Se così è fosse, allora occorrerebbe individuare una norma costituzionale che espressamente sancisca un autonomo diritto ad anticipare la propria morte o i principi generali e costituzionali sono sufficienti per affermarne l'esistenza implicita in una figura giuridica preesistente?

In verità, nel testo della Costituzione italiana non si legge il diritto di anticipare la propria morte ed è assai arduo riconoscere un autonomo diritto a morire o ad anticipare la propria morte. Dal diritto alla vita - riconosciuto implicitamente dalla nostra Costituzione ed esplicitamente dalla Cedu - discende al contrario «il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo», non anche «il diritto di rinunciare a vivere» o «a morire»¹³. Dunque, sebbene il tema sia stato molto dibattuto, si nega che dalla Carta costituzionale e dalla giurisprudenza della CEDU si possa rinvenire un diritto

¹¹ R. DWORKIN, *Il dominio della vita*. Aborto, eutanasia, e libertà individuale, Edizioni di Comunità, Milano 1994.

¹² L. S. DUGDALE, *Therapeutic Dying*, in *The Hastings Center Report*, vol. 44, n. 6, 2014, pp. 5-6.

¹³ C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2018, p.140.

alla morte o a morire, specie in assenza di una esplicita previsione normativa e, ancora di più, difficilmente si riconosce un diritto a cagionare la propria morte, perché la morte e il morire (come la vita) appartengono all'esperienza umana esprimendo innanzitutto le condizioni biologiche del diritto, ancor prima di configurarsi come interessi giuridici o come diritti umani¹⁴. Ciò non è però sufficiente per concludere che non sussista alcuna libertà in tal senso e che si debba accettare l'esistenza di un dovere di vivere. Al contrario. Il morire (senza interferenze da parte d'altri) è una dimensione fattuale che non coincide affatto con il diritto di morire (come pretesa esigibile nei confronti di terzi). La vita, l'integrità fisica, l'esistenza biologica, sono innanzitutto il presupposto fondamentale per l'esercizio di diritti umani fondamentali¹⁵. Una cosa è il diritto alla vita, altra è la dimensione biologica preesistente al diritto stesso. Anche la morte, prima di configurare un'eventuale posizione soggettiva di libertà o di diritto umano fondamentale, attiene a quella dimensione fattuale- biologica. Il punto è se nel diritto alla salute, così come descritto, converga anche il diritto ad essere aiutato, assistito e accompagnato alla morte. In questa prospettiva, il suicidio e l'assistenza al suicidio potrebbero essere anche strumenti fattuali, estensioni e manifestazioni dell'esercizio dell'autodeterminazione terapeutica.

I.4. Il lato oscuro del diritto umano alla salute: l'evoluzione tecnologica e l'aspirazione alla longevità (o all'immortalità).

La salute, nella sua dimensione di diritto umano, presenta un carattere chiaroscurale che scaturisce dal fatto che, più di ogni altro diritto, espandendosi sempre più verso orizzonti nuovi, presenta delle forti ricadute sul piano dei doveri dell'amministrazione pubblica. Il diritto alla salute dà diritto ad una prestazione positiva da parte dell'Amministrazione, il cui contenuto sostanziale si amplia straordinariamente con l'evolversi delle tecnologie mediche. Perciò l'affermazione del diritto alla salute, nella sua dimensione di diritto umano, manifesta una natura "insaziabile": essa consente di dare accesso a qualsiasi richiesta di giuridicizzazione e di soddisfazione di qualunque "bisogno" o aspettativa nel quale è "cura" tutto ciò che rispecchia la prospettiva in prima persona del malato¹⁶. L'espandersi della salute umana è fortemente connessa con l'evoluzione scientifica e delle nuove abilità tecnologiche dell'uomo. Nelle società tecnologiche aumenta vertiginosamente ciò che è nelle mani dell'uomo e la tecnica è in grado di incidere sul corso naturalistico di molti avvenimenti fondamentali della nostra vita. Questo orizzonte di potenzialità acuisce le tensioni connesse alla rivendicazione del diritto alla salute rispetto le effettive disponibilità finanziarie¹⁷. La salute è uno *status* di benessere complessivo della persona che non consiste solo nell'assenza di malattie e di infermità, ma rappresenta un diritto sociale alla cui tutela e promozione devono contribuire le

¹⁴ In senso contrario, nella letteratura anglosassone, a favore del riconoscimento di un diritto costituzionale a morire, M. SPINDELMAN, *Death, Dying, and Domination*, in *Michigan Law Review*, vol. 106, n. 8, *Symposium on Glucksberg and Quill at Ten: Death, Dying, and the Constitution*, giugno 2008, pp. 1641-1667. Nella letteratura italiana G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Riv. AIC* 2019, n.1, p.36.

¹⁵ J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, 2008, Mondadori, p. 90. La teoria ontologica dei diritti umani desume l'esistenza dei diritti umani dal dato biologico dell'essere umano, dotato di dignità e quindi oggetto di rispetto e riconoscimento dall'altro essere umano. Sul tema, D. PULITANO', *Diritti umani e diritto penale*, in *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, cit., p.103.

¹⁶ La tecnologia ha ampliato enormemente gli orizzonti della bio-medicina, dando concretezza alla possibilità dell'inserimento nel corpo umano di impianti e innesti bionici, a fenomeni di ibridazione uomo-macchina. In proposito, J. HABERMAS, *The future of Human Nature*, Polity Press, Cambridge, 2003. Mi si consenta il rinvio, M.B. MAGRO, *Enhancement cognitivo, biases e principio di precauzione*, in *Diritto penale e neuroetica*, a cura di O. Di Giovine, Cedam, Padova, 2013, 139-174; O. ERONIA, *Potenziamento umano e diritto penale*, Milano, 2013; A. CARONIA, *Il cyborg. Saggio sull'uomo artificiale*, Milano, 2008, 12; C. SALAZAR, *Umano, troppo umano...o no? Robot, androidi e cyborg nel "mondo del diritto" (prime notazioni)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2014, 255; BENANTI, *The Cyborg: corpo e corporeità nell'epoca del post-umano*, Assisi, 2012.

¹⁷ N. VETTORI, *Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria*, in *Riv. Med.* 2016, p. 1124.

istituzioni sociali in termini di diritti di cura e doveri di prestazioni sanitarie a carico dell'amministrazione pubblica. Questo piano della gestione delle risorse e delle politiche pubbliche rischia di ampliare a dismisura i compiti dello Stato, affinché siano assicurate le condizioni materiali per l'esercizio effettivo dei diritti e il soddisfacimento del sottostante bisogno.

Le nuove pretese di tutela della salute si traducono in precise richieste di prestazioni nei confronti delle istituzioni pubbliche che implicano un ampliamento del tradizionale ambito di intervento della medicina convenzionale che talora va ben oltre la legittimazione terapeutica. Il lessico dei diritti umani può manifestare la tendenza a ricondurre nell'ambito della sua portata tutto ciò che può essere desiderabile, che è possibile fare ben oltre il ripristino di una funzionalità biologica compromessa, e questa rivendicazione può esplicarsi in una dimensione ultraterritoriale che non incontra limiti geografici¹⁸. L'interazione tra uomo e tecnologie avanzate può spingersi sino a una forma di *ibridazione tra l'uno e l'altra* che alimenta nuove e fluide correnti di pensiero (il c.d. postumanesimo e transumanesimo) il cui tratto comune dominante è costituito da una forma di scientismo che esalta le potenzialità della tecnologia quale via maestra per avviare un nuovo stato evolutivo degli esseri umani ove l'*enhancement* e l'*empowerment* delle capacità umane appaiono come la concretizzazione del sogno, da sempre coltivato dall'umanità, di allungamento della vita, di immortalità, di felicità, di aumento delle capacità intellettuali e fisiche, ben oltre la direzione della cura e prevenzione delle malattie¹⁹. In alcune declinazioni, queste visioni sembrano volersi collocare nel quadro di una teoria evoluzionista che ci consegna un uomo in divenire, un "programma aperto" connotato da una costante plasticità e disponibilità all'ibridazione e alla contaminazione con l'alterità (la macchina) che condurrebbe alla radicale trasformazione del genere umano in *Homo Deus*, un uomo che aspira all'immortalità, certamente molto longevo e che tende sempre più ad estromettere dalla sua quotidiana percezione dell'essenza umana i suoi limiti naturali²⁰.

I.5. Centoventi anni da leoni? La morte e il rischio di "sopravvivenza" nelle società moderne iper-tecnologizzate.

L'evoluzione tecnologica e scientifica, come un'arma a doppio taglio, sostiene i nostri più inconfessabili desideri ma d'altra parte minaccia l'espandersi della salute umana, consentendo condizioni di "sopravvivenza" innaturali, e ciò anche quando il processo di morte sia avviato e ormai prossimo. L'introduzione di nuove sofisticatissime tecnologie nel campo della medicina ha determinato la capacità di manipolare in profondità le diverse fasi dell'esistenza umana tanto da consentirne la sopravvivenza in condizioni di gravissima compromissione della coscienza o, viceversa, in condizioni di totale paralisi del corpo pur in presenza di funzionalità cerebrale integra. Ma molti degli interventi salvavita della medicina, dopo un evento traumatico o una malattia grave, assicurano – nell'eloquente gergo utilizzato dai medici – solo la *sopravvivenza* dopo l'evento traumatico, non la *vita*.

Il tema dell'evoluzione tecnologica e scientifica si intreccia in modo imponente con quello dei diritti dei malati morenti, particolarmente fragili, dipendenti e vulnerabili. Si prevede che la

¹⁸ Si pensi al diritto alla fecondazione artificiale, nato e riconosciuto nei ristrettissimi ambiti della legge n. 204, ed espanso sempre più a colpi di sentenze della corte costituzionale, delle sentenze dei giudici di merito, cos', O. DI GIOVINE, *Brevi note a proposito della recente legislazione in materia di consenso informato e DAT, della legittimità del suicidio assistito e biodiritto in generale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p.917 s.; EAD., *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi in astratto alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 913 ss

¹⁹ Per una visione cristiana del transumanesimo, G. STILE, *Rivoluzione scientifica e rivoluzione cristiana: alle origini del transumanesimo*, in *Teoria e prassi dei futures studies*, 2019, n.11, p. 163; R. PAURA, *L'anima nell'epoca della sua riproducibilità tecnica: quale dialogo tra transumanesimo e antropologia cristiana?*, ibidem, p.181.

²⁰ N. BONIFATI, G. LONGO, *Homo immortalis. Una vita (quasi) finita*, Springer, 2012, che ci fornisce spiegazioni su come e perché ci trasformeremo in esseri superiori, potenti, quasi immortali, telepatici, con l'aiuto di scienza e tecnologia; V. LORRIMAR, *Mind Uploading and embodied cognition: a theological response*, in *Zygon* 2019, vol.54 n.1. p.191-206.

maggior parte di noi non avrà il privilegio di una morte *naturale, immediata e inarrestabile*, ma che il processo di morte si svolgerà all'interno di un lungo percorso medico. Queste previsioni pongono in modo pregnante la questione della “rimodulazione delle cure” nel fine-vita, della rinuncia anticipata di trattamenti salvavita, della richiesta anticipata di interruzione di queste, ed anche della questione dell'aiuto a morire o di richieste di una buona morte, ben oltre l'originario raggio di azione circoscritto a situazioni eccezionali per coinvolgere la maggior parte degli individui molto anziani in condizioni degenerative inarrestabili, in cui il processo di morte è inesorabilmente in corso, ma sempre più lungo, rallentato, continuamente ostacolato. In questi anni il miglioramento delle condizioni di vita e dell'assistenza sanitaria ha comportato un progressivo allungamento della vita media dei malati affetti da inarrestabile processo degenerativo e da cronica insufficienza cardiaca, respiratoria, neurologica, renale ed epatica, soggetti a riacutizzazioni intercorrenti, ma anche un inevitabile, globale, progressivo scadimento della qualità della loro vita. Nella traiettoria della malattia di questi malati è possibile individuare un punto in cui aumenta il numero dei ricoveri ospedalieri e della degenza, mentre sono per contro sempre più rare le remissioni (è la c.d. *fase end stage* di malati affetti da croniche insufficienze d'organo)²¹.

I.6. La “scomparsa” della morte dalla riflessione culturale occidentale.

Per contro, a questa stupefacente evoluzione tecnologica non fa *pendant* una riflessione culturale sulla morte. Vita, morte, sofferenza, dolore, evocano significati permanenti all'umanità e rappresentano argomenti di riflessione non solo filosofica e etica, sotto il profilo culturale o psicologico, ma anche di analisi scientifica, nel tentativo di restituire loro un significato comprensibile sia dal punto di vista individuale che oggettivo, sociale e collettivo.

Fin dalle società premoderne, la morte è stata interpretata come un evento a carattere eminentemente collettivo e di rilevanza sociale, e sebbene nelle società contemporanee questa componente simbolico-culturale sia divenuta più flebile, essendo diffusa una cultura etica che privilegia la dimensione individuale ed autonoma, tuttavia l'evento continua a configurare un accadimento carico di significati simbolici.

La religione ha attribuito alla morte un significato di limite, di passaggio e trasformazione e la medicina, nelle sue radici culturali, ha ereditato e recepito totalmente questa cultura religiosa (i guaritori un tempo erano sacerdoti) che attribuisce alla morte il significato di evento che segna una transizione verso l'ignoto. La paura della morte appartiene quindi anche all'operatore sanitario, esposto alle morti continue dei suoi pazienti e al rischio di sentirsi colpevole o responsabile di quella morte. Si comprende, allora, la grandissima frustrazione del medico che non riesce a salvare il paziente e la sua ritrosia ad accettarne la morte, che si inserisce in un contesto culturale restio a riflettere sull'esperienza del morire e pesino, a monte, sul senso della vita²². Per cui domande del tipo: “*Cosa mi accade durante il processo di morte e come affronto l'idea della morte?*” oppure “*come affrontare la solitudine del dolore e della morte?*” spesso non hanno né senso né voce. A queste domande la moderna società del benessere non sa fornire risposte²³. Sembra paradossale

²¹ Vi è ormai una comprovata evidenza che la sofferenza globale dei malati cronici terminali non affetti da cancro è equiparabile a quella dei malati neoplastici per i quali si attiva il protocollo di cure palliative *end-of-life* al termine delle terapie antineoplastiche). Di conseguenza, anche i malati affetti da malattie cronico-degenerative *end stage* debbono beneficiare di un approccio palliativo di *simultaneous care* (erogazione di cure palliative contemporanee alle cure specialistiche praticate contro la malattia) atto a garantire il controllo della sofferenza, il miglioramento della qualità dell'ultima parte della loro vita e della qualità della loro morte. Le cure palliative di fine vita (*end-of-life* palliative care) sono costituite da una serie di interventi terapeutici e assistenziali finalizzati alla cura attiva, totale di malati la cui malattia di base non risponde più a trattamenti specifici, quando la malattia inguaribile è in fase avanzata ma non ancora terminale. Fondamentale è il controllo del dolore e degli altri sintomi e in generale dei problemi psicologici, sociali e spirituali. Così Siaarti, *Grandi insufficienze d'organo “end-stage”: cure intensive o cure palliative? Documento condiviso per una pianificazione delle scelte di cura*, Documento approvato il 22 aprile 2013.

²² V. DI MARCO, *Il divieto di morire. La scomparsa della morte nella società del rischio*, La Cassandra, 2011.

²³ Questa considerazione si legge in H. FEIFEL, *Existential Psychology*, 1961, Random House Inc., New York. In un

come proprio la psicoanalisi, che ha dedicato immense energie allo studio dell'angoscia e della rimozione, ha finito per rimuovere o negare la massima e più antica angoscia umana: l'angoscia della morte con le sue micidiali elaborazioni sociali e culturali attraverso i millenni. La morte e il morire, quali esperienze dell'esistenza umana, attirano poca attenzione in un orizzonte culturale antropologico incentrato sull'affermazione di valori consumistici e sull'affermazione di un'identità conflittuale e frammentata.

Se guardiamo la morte come fenomeno scientifico, oltre che come fenomeno culturale, ci rendiamo conto che l'esperienza biologica del morire è continua e costante ed appartiene alla vita, perché a partire da una certa età, le nostre ossa, il sangue, la cute, milioni di cellule muoiono in ogni istante della nostra vita e la loro morte è essenziale per la nostra vita su questa terra. La morte cellulare ci consegna una forma umana che è quella che si è evoluta nell'ambiente in cui viviamo. Siamo organismi viventi che esperiscono quotidianamente la morte di milioni di cellule, alcune di queste persino programmate alla morte²⁴. Mentre leggiamo questa pagina o parliamo, centinaia di cellule del nostro corpo muoiono. La scienza ci dice che il processo di morte è in atto finché e mentre viviamo poiché la vita e la morte non sono eventi, ma processi. Non ci sono passaggi traumatici, salti, ma transizioni da una soglia all'altra. Non siamo né completamente vivi né completamente morti²⁵.

I.7. La “sofferenza insopportabile” della perdita dell'identità.

Per lungo tempo il processo di morte, come esperienza umana, è stato ignorato anche dalla professione medica. Ma proprio partendo dall'esperienza del rapporto medico-paziente, oggi si riconosce che uno degli obiettivi certamente non meno importanti della medicina è anche quello di alleviare la “sofferenza intollerabile” dei pazienti durante la fase conclusiva della loro vita. Il vitalismo, come concezione secondo cui la vita è sempre bene e la morte sempre male, si arresta di fronte ad un mutamento della mentalità medica, che non vede più la morte come il fallimento della medicina, ma come il necessario ed inevitabile punto di arrivo delle cure mediche.

Alcuni studi, diffusi soprattutto nei paesi anglosassoni, hanno esplorato le condizioni che determinano la “sofferenza insopportabile” di pazienti terminali o incurabili che avevano chiesto esplicitamente un aiuto al suicidio o che avevano rifiutato le cure consapevoli del processo di morte in atto. Scopo delle interviste è comprendere cosa s'intende per “sofferenza insopportabile”, cosa la determina, di quali elementi si compone, e quali sono le possibilità di farvi fronte²⁶.

noto intervento, dal titolo “*Noi e la morte*”, esposto ad una conferenza che si tenne tra i membri di un'associazione umanistica austro-israelita il 15 febbraio del 1915, Freud si chiede quale sia il nostro atteggiamento verso la morte; egli osserva che il nostro atteggiamento è quello di “*eliminare la morte dalla vita seppellendola sotto una coltre di silenzio*”. Quando poi capita che muoia una persona a noi vicina, ne celebriamo il funerale in segno di lutto e ciascuno di noi diventa più consapevole che si è ancora “*debitori verso la natura della propria morte*”. “*Si ammette certamente che alla fin fine si deve pur morire, ma questo «alla fin fine» lo intendiamo come situato in lontananze imprevedibili. Noi non crediamo in fondo alla nostra propria morte*”, S. FREUD, *Noi e la morte*, 1993, Bari.

²⁴ D. CALLAHAN, *The Trouble Dream of life: in search of peaceful death*, New York, 1993, p.13, a favore di un atteggiamento di accettazione della morte: “*per ogni malattia seria dobbiamo porre la questione se a questa malattia deve essere consentito di procedere e di diventare la causa della morte*”.

²⁵ Per una ricostruzione antropologica e anche attuale sulla morte e il morire, A. LYNNE, DE SPELDER, A.L. STRICKLAND, *The last dance. L'incontro con la morte e il morire*, 2005, Clueb; S. LEONE, *Il confine e l'orizzonte. Indagine sulla morte e le sue rappresentazioni*, EDB, Collana Persona e psiche, 2014. Fondamentale è il richiamo alle opere di E. KUEBLER ROSS, *Impara a vivere e impara a morire. Riflessioni sul senso della vita e importanza della morte*, 1995, Milano; Id., *On Death and Dying* (1969), trad. it. *La morte e il morire*, 13° ed., Cittadella, 2013, p. 56 ss., la quale ha suddiviso le fasi psicologiche che caratterizza il processo di morte 1. Iniziale rifiuto e isolamento; 2. la collera; 3. venire a patti; 4. la depressione; 5. l'accettazione.

²⁶ M.K. DEES, M.J. VERNOOIJ-DASSEN, W.J. DEKKERS, K.C. VISSERS, C.VAN WEEL, *Unbearable sufferin': a qualitative study on the perspectives of patients who request assistance in dying*, in *Journal of Medical Ethics*, vol. 37, n. 12, 2011, pp.727- 734; C.P. GERMAIN, *Nursing the Dying: Implications of Kübler-Ross' Staging Theory*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 447, *The Social Meaning of Death* 1980, pp. 46-58; S. NATOLI, *L'esperienza del dolore. Le forme del patire nella cultura occidentale* 1986, Feltrinelli, 2010.

Cosa emerge da questi dialoghi e da questo ascolto? Il medico e l'operatore sanitario osservano nel quotidiano i segni esteriori di quel processo patologico emotivamente estenuante che condurrà il paziente alla morte²⁷. Percepire la soglia del dolore attraverso la conoscenza medica è quasi impossibile e occorre affidarsi alle mutevoli percezioni umane²⁸. Il dolore è una minaccia terribile al senso d'identità²⁹. Esso induce ad una parziale rinuncia del Se e dell'atteggiamento che si assume nelle normali relazioni sociali, si autorizza atti (smorfie, pianti etc.) parole che rompono incoerenti con i comportamenti abituali, oppure si ritrae in se in una solitudine estrema. Quando si sa che un dolore è passeggero che prima o poi finirà, esso potrà non intralciare il senso d'identità dell'individuo. La sofferenza diviene terrore quando il dolore minaccia di entrare nella carne in via definitiva, quando diviene cronico, e diviene una "malattia nella malattia". Allora diviene un pensoso ostacolo all'esistenza. Il dolore è un'esperienza forzata che inaugura un modo di vita, un imprigionarsi dentro di se che non lascia scampo perché tutto il mondo rigurgita dolore e depressione, lasciando solo la coscienza residuale³⁰.

Ma anche senza dolore fisico, quando è in atto un processo che condurrà alla morte, la sofferenza del paziente può essere intollerabile. Il processo del morire mette a fuoco passato, presente e il futuro. In un lasso di tempo molto breve, il passato deve essere riconciliato, il presente deve essere realizzato e il futuro deve essere pianificato. Tutte le emozioni si intensificano quando la fine è prossima³¹. Un paziente morente è totalmente dipendente dalla famiglia e dagli amici e ne

In particolare, si rinvia a D. LE BRETON, *Antropologia del dolore*, 2012, che tratteggia la differenza tra dolore, concetto medico, e sofferenza, concetto esperenziale e che indaga sulla intensità e misura soggettiva del dolore, e che si identifica con la sofferenza, che non è solo una serie di meccanismi fisiologici, ma colpisce l'uomo nella sua complessità e non un frammento del corpo, colpisce l'identità, cancella ogni dualità e coscienza.

²⁷ Per un'indagine sulla qualità della vita del paziente morente, S. BARRIE, *QALYs, euthanasia and the puzzle of death*, in *Journal of Medical Ethics*, vol. 41, n. 8, 2015, pp. 635-638; J. E. SEYMOUR, J. FRENCH, E. RICHARDSON, *Dying matters: let's talk about it*, in *British Medical Journal*, vol. 341, n. 7774, 2010, pp. 646-648.

²⁸ Il dolore sempre un fenomeno duplice: una spiacevole sensazione fisica si associa ad una reazione emozionale e sottolineare la complessità del dolore si ricorre all'espressione "dolore totale" cioè alla sorgente somatica dello stimolo causa si associano gli aspetti psicologici, sociali spirituali etici che sappiamo accompagnare gli ultimi mesi della vita del malato. E' il paziente l'unico giudice del proprio dolore e solo lui ha il diritto di valutarne l'intensità ed il disagio da esso provocato.

²⁹ I fattori che possono provocare dolore sono diversi (nevralgie, dolore articolare, dolore post-traumatico, dolore da patologia oncologica ecc...) ma secondo l'*International Association for the Study of Pain (IASP)*, il dolore è definibile come la "sensazione spiacevole associata ad un danno tessutale reale o potenziale, o comunque percepito come tale". Il dolore ha sempre rappresentato per l'uomo una sorta di campanello d'allarme necessario ad attivare la nostra risposta di "fuga" da uno stimolo nocivo. Ciò può essere valido se consideriamo solo il dolore acuto. Quando però il dolore diviene cronico e quindi si protrae e dura nel tempo perde la funzione di sintomo utile e diviene una vera e propria malattia nella malattia.

³⁰ S. BONINO, *Mille fili mi legano qui*, 2008, Gius. Laterza, Bari, narra come il degente di un reparto ospedaliero, anche per motivi di organizzazione del sistema sanitario, perda la propria personalità, la propria individualità e la propria libertà. Non è più un individuo che può disporre del suo tempo (magari ad una certa ora si viene svegliati dal personale infermieristico) del suo spazio (deve condividere la propria stanza con altri pazienti) del suo corpo (altri decidono quando e come sottoporre il paziente ad esami clinici) e della sua intimità (le porte delle stanze ospedaliere devono rimanere sempre aperte).

³¹ M. K. DEES, M.J. VERNOOIJ-DASSEN, W.J. DEKKERS, K.C. VISSERS, C.VAN WEEL, *Unbearable sufferin*, cit., Dalle interviste emerge che i pazienti vicini alla morte sembrano essere equamente divisi tra quelli che credono in qualche forma di vita dopo la morte e quelli che credono nell'oblio permanente. Quelli che credono in una forma di vita dopo la morte sono più propensi ad accettarla e apparentemente meno sofferenti. Quelli che non credono in forme di esistenza dell'anima spesso si rammaricano del fatto che non saranno disponibili a sostenere e completare l'educazione dei propri figli, di ciò che avrebbero potuto fare, ma sembrano singolarmente indifferenti a ciò che accadrà a se stessi. Tuttavia per entrambi di gruppi, la paura del processo di morte è molto reale e acuta. Questa paura include la paura del dolore, o di non essere in grado di affrontare il dolore; la paura di non avere abbastanza coraggio se quelle condizioni si protrarranno troppo a lungo; a volte a ciò si associa la paura di impazzire, la paura di essere dipendenti e di essere di peso, la paura della perdita, non solo della vita stessa ma dell'abbandono da parte delle persone più importanti. C'è una preoccupazione e una tristezza per gli affari non finiti, specialmente in quelli che hanno meno di 50 anni. Molti degli obiettivi e degli obiettivi della vita non saranno stati raggiunti, così che l'abbandono di questi obiettivi personali porterà a difficoltà.

percepisce più acutamente ansia, dolore, incomprensione e assai spesso anche rabbia. Gran parte della depressione clinica nei pazienti morenti e nelle loro famiglie sembra avere le sue radici in una sensazione di impotenza. Questa reazione depressiva talvolta può aumentare progressivamente fino a diventare di intensità patologica con preoccupazioni suicide, poiché non è tanto la morte quanto il tempo necessario per morire e la qualità di quella vita residua che può promuovere l'ideazione suicidaria e persino l'azione³².

L'esperienza mostra che la timidezza nel curare il dolore o nell'anticiparne la venuta sono fonte di ansia acuta che avvelena gli ultimi momenti della propria esistenza. Iniezioni di morfina spesso non sincronizzate con le ondate di dolore lasciano il paziente nell'attesa penosa del prossimo momento di sollievo. Quando il dolore è troppo forte, si consente di "barattare" una morte precoce con il fatto di soffrire di meno.

Tutta questa gamma di emozioni, dall'ansia, alla paura, persino l'impazienza di fronte alla morte sono espressione di come si è, in precedenza, strutturata la personalità di ciascuno di noi, e come abbiamo messo in atto strategie di sopravvivenza e difesa di un Ego spesso troppo fragile e posticcio. Il concetto di identità personale, nella nostra cultura occidentale, non rinvia ad un Sé indipendente dalla biografia, ma descrive un processo di "identificazione" a sua volta con desideri, bisogni, stati e modelli mentali di ciascuno di noi appartenenti alla nostra storia biografica³³. Ecco perché modificare questi modelli significa perdere la propria identità, perdere se stesso e abbandonare questa identità provoca una "sofferenza insopportabile", persino maggiore del dolore fisico, talora maggiore dell'idea della morte stessa: negare quella storia biografica o quei modelli mentali equivale già a morire o a essere morto. La nostra società ci rende molto più longevi, il tasso di mortalità è molto ridotto, aspiriamo quasi all'immortalità e al potenziamento delle nostre abilità psichiche e fisiche, abbiamo in mano tecnologie strepitose che ci consentono di realizzare molti dei nostri desideri, ma siamo più fragili dal punto di vista esistenziale perché stressati, competitivi, materialisti, meno autonomi psicologicamente e sempre più dipendenti dal contesto esterno. La moderna società del benessere mira ad affermare un'identità bellica, fondata sul potere e sulla potenza, in conflitto con diverse parti di un Sé frammentato in mille ruoli, sedimentato in mille circuiti neurologici oramai automatici, piuttosto che a trovare un autentico centro interiore.

Nella nostra lotta ad essere "buoni" familiari, amici, medici, nel fare tutto ciò che è possibile, immobilizziamo i nostri pazienti e li rendiamo più indifesi e fragili psichicamente perché meno autonomi e, ormai prossimi alla morte, incapaci di conquistare quell'identità e quella centratura interiore magari mai esperite durante la fase ascendente della vita. E' in questa fase che si manifesta in modo più dirimpente il bisogno di ricostruire un'identità personale forse mai esperita prima.

1.8. Le *near death experience* e gli stati di coscienza alterata.

L'introduzione di nuove sofisticatissime tecnologie nel campo della medicina ha determinato la capacità di manipolare in profondità le diverse fasi dell'esistenza umana, tanto da consentire anche

³² W.A. CRAMOND, *Psychotherapy Of The Dying Patient*, in *The British Medical Journal*, Vol. 3, n. 5719, 1970, pp. 389-393; E. EARNSHAW-SMITH, *Dealing With Dying Patients And Their Relatives*, in *British Medical Journal (Clinical Research Edition)*, vol. 282, n. 6278, 1981, p. 1779.

³³ Melanie Klein afferma che la capacità di affrontare la prospettiva della propria morte dipende dallo stato del mondo interno personale. In altre parole, quanto più una persona è dotata di un mondo interno bonificato, tanto più il pensiero della morte personale può essere vissuto con rammarico e con tristezza, e non con angoscia del caos o come agonia e terrore senza fine, M. Klein, *Sull'identificazione*, 1966, in *Nuove vie della psicoanalisi*, a cura di Klein M, Heimann D, Money-Kryl, Milano, 1955. Il tema dell'identità personale si trova al centro di un crocevia sul quale convergono gli interessi di diversi settori della riflessione scientifica odierna (sociologia, antropologia, filosofia, psicologia, informatica, scienza delle comunicazioni, genetica, medicina, biologia, sessuologia). La sfida è comprendere il modo in cui l'individuo considera e costruisce se stesso come parte di determinati gruppi sociali: nazione, classe sociale, livello culturale, etnia, genere, professione, e così via. Assumendo una prospettiva giuridica, possiamo definire l'identità personale come "l'immagine" che la società ha dell'individuo, la proiezione sociale della sua personalità, ovvero nella estrinsecazione degli aspetti sociali e relazionali, che tuttavia mantiene un nucleo di individuazione personalissima, attinente al rapporto ontologico con se stesso e con il proprio corpo.

la sopravvivenza in condizioni di gravissima compromissione della coscienza, o di totale paralisi del corpo pur in presenza di funzionalità cerebrale, ma il medesimo progresso tecno-scientifico dimostra l'esistenza di una attività cerebrale e quindi di una "vita" mentale che va oltre la coscienza³⁴.

Negli ultimi decenni si è sviluppato un crescente interesse verso i c.d. *stati alterati di coscienza* ovvero quelle condizioni in cui non vi è perfetta corrispondenza tra stato di veglia e coscienza fenomenica (si tratta di fenomeni di narcolessia, di allucinazioni, di coma ma anche di meditazione). Sotto il profilo biologico, i neuroscienziati cognitivi descrivono la coscienza non come una sostanza ontologicamente chiusa – che si dà o non si dà – quanto piuttosto come uno stato di consapevolezza più o meno progressivo e graduabile (che va dallo stato di veglia massima, allo stato onirico o rem, allo stato di *locked-in*) accompagnato da una conservata reattività agli stimoli che provengono dall'ambiente esterno³⁵.

Studi neuroscientifici attestano l'esistenza di stati mentali e di una persistente attività elettrica del cervello anche durante lo stato di coma, anche il più profondo³⁶. Recentemente si è scoperto che alcuni pazienti in stato vegetativo permanente possono avere ancora un certo grado di coscienza e anche delle possibilità di recupero. Per accertare questo residuo di relazione con il mondo e con se stessi, si ricorre alla risonanza magnetica funzionale, o comunque attraverso strumentazioni di *brain imaging*, in grado di caratterizzare non solo il danno strutturale, ma anche quello metabolico-funzionale, in tal modo rafforzando la valutazione comportamentale³⁷. Grazie a tali strumenti è infatti possibile rilevare forme di vita mentale silenti e non comunicative anche durante lo stato di sedazione profonda e persino tracce di coscienza, in alcuni casi di stato vegetativo permanente, che consentano di comunicare con il paziente³⁸.

Tra i gradi di stati di coscienza alterata, le esperienze di pre-morte (NDE o *near death experience*) sono i più intriganti e dibattuti esempi. L'incidenza delle NDE è fortemente aumentata negli ultimi decenni, parallelamente allo sviluppo di tecniche di rianimazione e di terapia intensiva, che

³⁴ C. UMILTA', *Consciousness and control of action*, in (a cura di P.D. Zelazo, M. Moscovitch, E. Thompson), *The Cambridge handbook of consciousness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 327-352; BLOCK, *Comparing the major theories of consciousness*, in *The Cognitive Neurosciences* (Cap. 77) a cura di Gazzaniga, 4° ed., Cambridge, MIT Press, 2009, p.1111 e ss. disponibile in https://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/block/papers/Theories_of_Consciousness.pdf.

³⁵ Pare che il tronco dell'encefalo sia il protagonista della coscienza la quale può raggiungere il suo apice con l'auto-coscienza, ovvero quei livelli di coscienza autoriflessiva (la consapevolezza di essere coscienti), creativa, sottratta agli automatismi neurologici.

³⁶ V. CHARLAND-VERVILLE, J.P. JOURDAN, M. THONNARD, D. LEDOUX, A. DONNEAU ET ALL., *Near-death experience in non-life-threatening events and coma of different etiologies*, in *Frontiers in Human Neuroscience*, 2014, vol.8, n.203, p.1; Z. LUGO ET ALL., *Cognitive Processing in Non communicative Patients: What can event-related potential tell us*, in *Frontiers in Human Neuroscience* 2016, vol.10, 569; E. FACCO, E. CASIGLIA, B. AL KHAFAJI, F. FINATTI, G. DUMA, G. MENTO, L. PEDERZOLI, P. TRESSOLDI, *The neurophenomenology of out-of-body experiences induced by hypnotic suggestions*, in *International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis*, vol 67, 1, 2019, pp. 39-68.

³⁷ *L'applicazione dell'analisi non lineare ai segnali EEG ha consentito di discriminare non solo fra pazienti sani, ma anche fra pazienti in stato vegetativo persistente e pazienti in stato vegetativo che recuperano*". I risultati dello studio, che ha coinvolto 38 pazienti e 40 soggetti di controllo, suggeriscono dunque che i correlati dinamici della complessità neurale residua possono essere di aiuto nella formulazione della prognosi delle persone in stato vegetativo, R. CECCHI, *Lo stato vegetativo permanente: una questione bioetica aperta*, in *Riv.it.med.leg.*, 2008, p.973; MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Ind.pen.*, 2004, p.449; F. PIZZETTI, *Recenti sviluppi delle neuroscienze e nuove questioni per il diritto: la manifestazione di volontà mediante "interfaccia cervello-computer" fra promozione e protezione della persona con (gravissima) menomazione*, consultabile in www.astrid-online--it.

³⁸ Questo tipo di esperienza è narrata in prima persona nel libro *Lo scafandro e la farfalla* di Jean- Dominique Bauby, in coma vegetativo profondo a causa di un ictus, colpito da quella che la medicina chiama *locked-in syndrome*, e che lascia perfettamente lucidi ma prigionieri del proprio corpo inerte.

consentono a pazienti in condizioni estreme ai limiti della morte (a seguito di arresto cardiaco, o a causa di gravi eventi traumatici) di essere rianimati e recuperati³⁹.

Le NDE si presentano con caratteristiche comuni e si manifestano, da quanto risulta dai *self-report*, come sogni lucidi e vividi di esperienze extracorporee. Sono cioè stati di coscienza che si manifestano durante interventi medici di rianimazione - salvavita, quando non vi è una coscienza vigile e si è in prossimità della morte. Esse presentano una chiara fenomenologia che sfida le attuali conoscenze della coscienza umana basate sul concetto di mente come sottoprodotto o proprietà di circuiti cerebrali e che mette in crisi una spiegazione meramente neurofisiologica dell'esperienza umana della coscienza.

Pare infatti che il cervello sia in grado di generare attività cosciente anche durante esperienze traumatiche, anzi potenzi la sua attività neurologica proprio in prossimità della morte, persino in situazioni in cui i pazienti presentano un Elettroencefalogramma piatto. Sono stati perfezionati inoltre altri strumenti diagnostici che consentono di misurare direttamente l'attività della corteccia motoria usando l'elettroencefalografia (EEG) e che hanno consentito di osservare picchi di attività elettroencefalografica durante la donazione di organi dopo la morte cardiaca. Alcuni di questi studi si spingono a studiare la mente anche dopo la morte, almeno quella che noi definiamo tale.

L'impiego delle diverse tecniche di *neuroimaging* e di EEC nei pazienti con disordini di coscienza ci fornisce un importante elemento di riflessione in ordine alla sussistenza di stati embrionali di coscienza che non si manifesta con i comuni mezzi di comunicazione interpersonale, e che può essere oggi accertata con l'esame di attività elettriche o metaboliche o funzionali.

Il fenomeno è stato più metodicamente osservato in laboratorio sui ratti e gli esiti di questi esperimenti sembrano dimostrare che l'arresto cardiaco stimoli una serie ben organizzata di eventi misurabili con EEG, un grande aumento della coerenza media delle oscillazioni delle onde gamma emesse dal cervello nei primi trenta secondi successivi all'arresto del cuore. Pare cioè che l'arresto cardiaco produca un livello di connettività corticale di gran lunga superiore a quella che si osserva durante lo stato di veglia⁴⁰. Una cosa è certa: la mente non è morta in quelle condizioni, non sappiamo come funzioni, se sia imprigionata in una dimensione onirica infinita o se acceda ad una dimensione spirituale.

Si è tentato di formulare delle spiegazioni neurobiologiche di questi fenomeni, dovuti alla scarsa ossigenazione del cervello (come disfunzioni dei lobi temporali, danni o interferenze sui neurotrasmettitori, ischemia della retina, intrusione della fase Rem), o di tipo psicologico (aspettative psicologiche di una vita dopo la morte) ma non tutte riescono a spiegare tutte le varietà dei fenomeni NDE soprattutto quando si manifestano nei bambini⁴¹. Insomma, le NDE rappresentano un paradosso biologico che mette a dura prova la nostra attuale comprensione del cervello, consentendo persino a taluni di ritenere che la coscienza umana non abbia una base corporea e che l'attività mentale non sia necessariamente riconducibile alle sue precondizioni biologiche⁴².

³⁹ P. VAN LOMMEL, *Near-death experiences: the experience of the self as real and not as an illusion*, in *Annals of the New York Academy of Science*, 2011.

⁴⁰ J. BORJIGIN, U. CHEOL LEE, L. TIECHENG, P. DINESH, S. HUFF, D. KLARRD, J. SLOBODAA, J. HERNANDEZA, M. WANGA, G. MASHOUR, *Surge of neurophysiological coherence and connectivity in the dying brain*, in *PNAS, Proc. Natl. Acad. Sci. U S A.* 2013, vol. 110, n. 35, pp. 14432–14437.

⁴¹ E. FACCO, C. AGRILLO, *Near death experience between science and prejudice*, in *Frontier in human neuroscience*, 2012; Lukasz M. Konopka, *Near death experience: neuroscience perspective????*; E. FACCO, C. AGRILLO, B. GREYSON, *Epistemological implications of near-death experiences and other non-ordinary mental expressions: Moving beyond the concept of altered state of consciousness*, in *Medical Hypotheses*, 2015; P. CLAPSON, *Communication without consciousness: the theory of brain-sign*, in *Activitas Nervosa Superior ANS, Journal for Neurocognitive Research*, 2016, vol.58, p. 3-4.

⁴² Questa considerazione rende di fondo sterile la contrapposizione tra una prospettiva meramente *riduzionistica* – che riconduce il problema della coscienza umana a un fondamento biologico-cognitivistico *tout court* – e una di tipo *non-riduzionistico*, fondata sull'idea che la coscienza individuale non possa essere ricondotta a un mero dato biologico. Si è espresso in favore di un approccio monistico non riduzionistico e neurofisiologico dell'esperienza della coscienza, già da tempo, U. T. PLACE, *Is consciousness a brain process?*, in *Brain Journal Psychol.*, 1956, vol. 47, n.1, pp. 44-50; J. SEARLE, *Il mistero della coscienza*, Milano, 1998. Sul tema della coscienza, sono fondamentali i lavori di D. J.

Parte II.

2.1. The last dance. La “sofferenza insopportabile” di Fabiano Antoniani di attendere la morte privo di coscienza.

La vicenda processuale di M. Cappato, autodenunciatosi dopo aver assistito Fabiano Antoniani presso la clinica svizzera *Dignitas* ad autoiniettarsi con uno stantuffo il farmaco letale che il personale medico gli aveva fornito, ha sollevato la questione della coerenza attuale del sistema di norme poste a tutela della vita umana, anche in condizioni estreme, in cui la stessa è quasi del tutto dipendente dalle tecnologie di mantenimento in vita.

La vicenda è nota e la riassumo in poche battute. Fabiano Antoniani è vittima di un terribile incidente stradale che lo rende paraplegico, cieco, immobilizzato dal collo in giù. La tecnologia salva quella vita ma la rende anche un calvario, per lui, fonte di “sofferenza insopportabile”. Dopo aver provato in tutti i modi, avvalendosi delle migliori tecnologie terapeutiche, di migliorare le proprie condizioni di vita, Fabiano chiedere di morire, di essere aiutato a morire.

La legge n. 219 del 2017 era ancora in discussione nei giorni in cui si consumava la vicenda, ma la giurisprudenza era già orientata ad escludere rilevanza penale alla condotta del medico che interrompe terapie salvavita anche quando dall’interruzione discende la morte del paziente. La certificazione del “diritto dei principi” è avvenuta con la citata legge, la quale ha riconosciuto espressamente l’equivalenza normativa di due situazioni distinte sotto il piano naturalistico - il consenso o il rifiuto al trattamento medico e l’interruzione di trattamenti sanitari salvavita - prevedendo persino una causa di esenzione della responsabilità penale del medico che si attenga a tali direttive del paziente. L’evoluzione del sistema normativo era quindi, già all’epoca dei fatti, giunta ad un ampio riconoscimento del diritto a rifiutare quelle cure di ostacolo ad un naturale processo di morte e del diritto a ricevere un trattamento terapeutico di sedazione profonda, graduabili fino a determinare la totale assenza di qualsiasi reazione alla stimolazione tattilo-dolorosa, come risposta al dolore fisico causato dal processo di morte⁴³. Egli avrebbe potuto chiedere l’interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, accompagnata, nello stato agonico e di morte imminente che ne sarebbe seguito, da sedazione palliativa profonda che avrebbe alleviato Fabiano dai dolori delle crisi respiratorie.

Il desiderio di Fabiano va oltre la soluzione legittima di interrompere i supporti vitali e di aspettare, in stato di sedazione profonda, che la morte sopraggiunga. Ma, nel suo caso, a differenza di quelli precedenti in cui si è maturata la giurisprudenza e la legge, la morte sarebbe non intervenuta immediatamente, ma in un arco di tempo più lungo, compreso “tra poche ore e pochi giorni”. A differenza di Welby, la sua dipendenza dal sostegno vitale non è assoluta. Pur trovandosi in una condizione di malattia irreversibile e incurabile, non sarebbe morto per effetto dell’interruzione

CHALMERS, *The puzzle of conscious experience*, in *Scientific American* 1995, vol. 273, p. 80-86; J.T. LOCKS, *New research on consciousness*, New York, 2007; D. DENNET, *Consciousness explained*, London, 1992; L. WEISKRANTZ, *Consciousness lost and found: a neuropsychological exploration*, New York, 1997; W. SEAGER, *Theories of consciousness. An introduction and assessment*, 2016, 2° ed. New York, Routledge; VAN GULICK, *Consciousness*, in *Zalta EN*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (ed. 2017) disponibile in <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/consciousness>; WEISBERG J., *The hard problem of consciousness*, in *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, 20 gennaio 2018, disponibile in <https://www.iep.utm.edu/hard-con/>.

⁴³ La Sedazione palliativa profonda continua nell’imminenza della morte consiste nella somministrazione intenzionale di farmaci, alla dose necessaria richiesta, per ridurre fino ad annullare la coscienza del paziente, allo scopo di alleviare il dolore e il sintomo refrattario fisico e/o psichico intollerabile per il paziente in condizione di imminenza della morte. Cfr. Comitato Nazionale di Bioetica, *La terapia del dolore: orientamenti bioetici*, 30 marzo 2001, consultabile sul sito <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/45.pdf>, e la legge 15 marzo 2010, n. 38, Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore.

delle terapie salvavita, non essendo totalmente dipendente dalle macchine. Sicchè l'interruzione di cure non avrebbe determinato una morte immediata, costringendolo forzatamente ad una "sofferenza intollerabile". Perciò egli scartò questa soluzione, perché «non gli avrebbe assicurato una morte rapida», ovvero istantanea perché la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo «un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni». Antoniani non vuole aspettare la morte sedato in attesa che il processo giunga a compimento. Egli voleva morire rapidamente, voleva una "propria" morte, ma avrebbe potuto esercitare questo suo desiderio solo a condizione di essere supportato da terzi, non trovandosi nelle condizioni materiali di portarlo a termine da solo, in quanto la malattia irreversibile e le condizioni di dipendenza in cui la malattia l'hanno posto sono insieme causa del suo desiderio e ostacolo alla sua realizzazione.

La soluzione prima giurisprudenziale - e ormai normativa in quanto recepita dalla legge n. 219/2018 - offre soluzioni a casi in cui la vita e il processo di morte sono fonte di "dolore fisico insopportabile". Il medico a norma dell'art. 2 della legge, deve adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario, in modo da garantire un'appropriate terapia del dolore che può aggiungersi alla sedazione palliativa profonda continua in caso di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari⁴⁴.

Ma la richiesta di suicidio assistito di Antoniani non solleva la questione etica della tollerabilità o meno del dolore fisico, cui è possibile rimediare attraverso un'adeguata somministrazione di terapie antidolorifiche. La sedazione profonda, come risposta al dolore fisico, non costituisce, nel caso del "dolore insopportabile" di Antoniani una valida alternativa, perché - si ripete - quella morte non sarebbe sopraggiunta immediatamente dopo l'interruzione delle terapie⁴⁵.

Dunque, di quale tormento si parla? Qui non è in gioco il dolore fisico, ma ben altro: la *sofferenza intollerabile è di tipo psicologico* e consiste nell'attesa della morte per un tempo indeterminato in una condizione biologica assai innaturale e artificiale costituita dall'assenza di coscienza (*coscienza c.d. fenomenologica o di accesso*). La sedazione continua profonda rappresenta il passo successivo rispetto alle cure palliative, il *last resort* della palliazione ma ne incarna il misero fallimento, laddove l'ultima *chance* di eliminare la sofferenza è quella di annientare la coscienza di chi soffre. Si tratta, d'altro canto, di un trattamento sanitario in piena regola, l'ultimo consentito: poiché curare la patologia non è più possibile, allora l'obiettivo diviene controllarne i sintomi anche fino ad eliminarne la coscienza.

L'unica risposta della scienza medica ai bisogni dei pazienti morenti è la cura del dolore fisico attraverso la sedazione profonda, cioè la perdita della coscienza, ma la scienza medica non ci spiega completamente *cosa* accade quando non si è coscienti, mentre il corpo biologico va verso la morte, durante la sedazione profonda, quando non si sente alcun dolore fisico, quando manca la coscienza ma la nostra mente è ancora viva.

Fabiano Antoniani, senza l'ausilio tecnologico della scienza medica, sarebbe sopravvissuto per un

⁴⁴ In proposito, L. ORSI, *Sedazione terminale/palliativa: aspetti etici, quesiti clinici*, in *Riv. it. Cure palliative*, n. 2, 2012, p.1 ss.; E.M. BEUER, M. L. VAN DRIEL, L. MC GREGOR, *Palliative pharmacological sedation for terminally ill adults*, in *Cochrane Database Syst. Rev.*, 2015, p.1; L. SANGALLI, A. TURRIZIANI, *La sedazione palliativa: i temi caldi*, in *Med.mor.*, 2013, p. 113; M. CARASSITI, N. COMORETTO, A. DE BENEDICTIS, V. TANBONE, B. VINCENZI, *Proposta di un percorso decisionale ed assistenziale per la sedazione palliativa*, *ivi*, 2013, p. 155; F. PERSANO, *La sedazione palliativa tra etica e diritto: la situazione italiana*, *ivi*, 2013, p. 179; G. BOCCARDELLI, S. CARUSO, R. CECCHI, G. CELESTE, *Cure palliative e sedazione terminale tra legittimità ed eticità*, in *Zacchia*, 2005, p. 409; A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*; S. CANESTRARI, *Consenso, rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*. Audizione presso la Commissione affari sociali della Camera dei deputati (28 aprile 2016), tutti pubblicati in *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, 2016, p. 1139 ss.; G. RAZZANO, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte o sedazione profonda e continua fino alla morte. La differenza tra un trattamento sanitario e un reato. Il parere del CNB, la legge francese e le proposte di legge all'esame della Camera dei deputati*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, p. 141.

⁴⁵ Per contro, P. BISCEGLIA, *Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita, Spunti di riflessione sull'ordinanza 207/2018 e su un tempestivo disegno di legge. In particolare sull'estensione della "terapia del dolore" come valida alternativa al "diritto di morire"* in *Diritto penale contemporaneo*, n.3, 2019, p. 105.

tempo non indefinito, ma in condizioni di sedazione profonda, cioè privo di una coscienza. Antoniani non voleva questo, non voleva sopravvivere senza dolore e senza coscienza, non voleva affrontare l'ignoto di una vita senza coscienza. Egli aveva già consegnato il suo corpo alla tecnologia nella speranza di un recupero delle funzioni vitali, ma non voleva consegnare anche la sua *coscienza*, non voleva rimanere in attesa della morte per un periodo interminabile in stato di sedazione profonda terminale: sono interminabili 5 o 6 giorni trascorsi senza comunicare in un condizione per noi inimmaginabile, in cui non sai cosa accade, cosa accade al nostro corpo ancora vivo che non soffre e non comunica, ma che è in una condizione di isolamento totale, in cui la mente, è bloccata dentro un corpo che non risponde, non comunica, non interagisce. L'aspetto di "artificialità" e "innaturalità" che Antoniani rifiuta si coglie nel trovarsi, dopo una serie di interventi medici salvavita - e a seguito della somministrazione delle terapie del dolore e persino della sedazione profonda continua - in una condizione di *sopravvivenza* (non di vita) privo di coscienza in attesa della morte naturale⁴⁶. Posso rifiutare questa sofferenza intollerabile, l'angoscia che provo all'idea che la vita si possa protrarre nel tempo senza coscienza, in una condizione di pre-morte, in cui l'attività mentale non si è ancora del tutto spenta?

Nelle condizioni di Antoniani, è nel potere del medico null'altro che silenziare la morte, risparmiare al proprio ammalato di viverla e così risolvere non il trapasso, bensì tutta la sofferenza che il trapasso richiede. Con l'attivazione di una sedazione palliativa profonda e continua, infatti, ad essere indotta è la cessazione dell'individuo, della sua capacità di relazione ed interazione con il mondo, mentre a sopravvivere, benché per poco ancora, è il mero organismo con le sue funzioni vegetative. Non potendo anticipare la morte o assistere al suicidio, si scova un suo sucedaneo: l'uomo muore sia con l'iniezione letale sia con la sedazione, con l'unica differenza che, nella seconda ipotesi, rimane solo un corpo senza coscienza fenomenica, una mente imprigionata dentro il corpo. Il risultato è molto diverso sotto il profilo giuridico, ma per nulla dal punto di vista umano⁴⁷.

Quale la differenza tra "quel" trattamento medico (lecito) e l'assistenza al suicidio (illecito)?

2. 2. Il principio di ragionevolezza e l'assimilazione tra interruzione di cure e aiuto al suicidio.

La Corte di assise di Milano con ordinanza del 14 febbraio del 2018 solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui prescinde dal contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, con riferimento agli artt. 3,13 e 117 Cost. e in riferimento agli artt. 2 e 8 della CEDU, centrando la questione sul riconoscimento, avvenuto con la legge n. 219 del 2017, del diritto di ciascuno ad autodeterminarsi anche in ordine alla propria esistenza⁴⁸. La domanda di fondo è se una richiesta di suicidio assistito possa avere un vitale spazio di rilevanza ontologica e giuridica, in un contesto normativo che esplicitamente riconosce dignità ed effetto vincolante alla volontà del paziente di rifiutare le cure salvavita.

La vicenda viene sottoposta alla Corte costituzionale, custode e depositaria dei valori di fondo della nostra società civile, la quale scolpisce la questione giuridica rimettendo ad un legislatore sensibile ed avveduto l'opzione di colmare le lacune o aporie di un sistema di norme a tutela della vita

⁴⁶ Per una ricostruzione del profilo psicologico di Fabiano Antoniani, IMBROGNO, VOGLINO-LEVY, *Prometto di eperderti. Io Dj Fabo e la vita più bella del mondo*, Milano 2018.

⁴⁷ S. CACACE, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: le sette inquietudini del diritto*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, 2017, n. 2, la quale parla di *slow and soft* eutanasia, e non solo per gli esiti umani e relazionali che ne derivano, ma altresì per l'azione diretta eventualmente esercitata sulla durata della sopravvivenza del paziente - esclusa dalla quasi totalità della letteratura scientifica, ma espressamente contemplata, per esempio, dal legislatore francese del 2016.

⁴⁸ Ass. Milano 14 febbraio 2018 n.1. Per l'intera vicenda processuale, V. la richiesta di archiviazione del 26 aprile 2017, e sull'ordinanza di imputazione coatta del gip Milano 10 luglio 2017, V. *Dir. penale contemporaneo*, 8 maggio 2017 con nota di Bernadoni e i commenti di Ronco, *L'istigazione e l'aiuto al suicidio. Note a margine dell'ordinanza del Gip di Milano di rigetto della richiesta di archiviazione verso Marco Cappato per il suicidio di "dj Fabo"*, in www.Centrostudilivantino.it

umana non perfettamente allineata ad un'etica laica ispirata ad un nuovo umanesimo. La Corte dovrà decidere se la norma penale che vieta il suicidio (o la normativa speciale da poco introdotta dalla legge n.219/2018 in tema di DAT) sia incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza, oltre che al principio di autodeterminazione terapeutica previsto dall'art. 32 Cost., nella parte in cui non esclude la responsabilità del medico (o del terzo estraneo, quale Cappato) che presti un aiuto materiale a colui che, trovandosi in condizioni di malattia irreversibili, e privo totalmente di autonomia, voglia anticipare la propria morte.

L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018, nel farsi portatrice delle esigenze di Fabiano Antoniani, ricostruisce in modo assai diverso il dato normativo e si interroga circa la necessità di dover mettere a disposizione del paziente che versa in condizioni strazianti strutture e risorse mediche finalizzate non già ad eliminare le sofferenze, ma a determinare la sua morte. E' una richiesta arrogante quella di "morire rapidamente" e di non attendere che la morte sopraggiunga durante uno stato di sedazione profonda o di coma farmacologico? Cosa si nasconde dietro questa "impazienza" e perché riconoscere a questo stato emotivo una rilevanza giuridica?

Questi interrogativi spalancano le porte ad un delicatissimo orizzonte tematico, afferente all'eventualità di poter compiutamente configurare la sussistenza di un vero e proprio "diritto" a morire e ad essere aiutati a morire quando la dipendenza dalla tecnologia e da terzi è la ragione della richiesta di morire ed anche la condizione della impossibilità di esercitare la libertà di fatto di suicidarsi causa della indisponibilità della vita. In particolare, la questione si è posta con riferimento alla norma penale che punisce la partecipazione al suicidio, nella ricerca di un senso e delle ragioni che sottostanno alla differenziazione concettuale e di configurazione giuridica tra il suicidio, come facoltà umana del singolo individuo, e la partecipazione al suicidio, quale condotta relazionale vietata. Come conciliare il dato normativo posto a tutela della vita umana con fenomenologie, contesti e vissuti personali assolutamente inimmaginabili per il legislatore dell'epoca? Valgono le normali regole dell'ermeneutica in questi casi nella ricerca del diritto costituzionale da porre a fondamento? Il costituente è lacunoso, la questione interpretativa ardua. Per sostenere il fondamento costituzionale del diritto a essere aiutati a morire occorre ragionare su uguaglianze, disuguaglianze, ragionevoli discriminazioni, muovendosi al confine tra numerose sfumature di fenomenologie⁴⁹.

La risposta contenuta nell'ordinanza n. 207 del 2018 è empatica, emotiva, intuitiva; vi è l'intuizione di fondo che la situazione ontologica, il caso umano, è analogo rispetto quelli affrontati già da una giurisprudenza evolutiva e sensibile costretta a risolvere una decisa di "casi difficili" (Welby, Englaro, Nuvoli, etc.), ormai assestata nel riconoscere il diritto al paziente di rifiutare i trattamenti sanitari anche in condizioni terminali, e ciò anche queste consentono un mantenimento artificiale in vita⁵⁰. La Corte nell'ordinanza in commento, associa e differenzia il caso da quel filone giurisprudenziale e normativo cui fa cenno, indicando gli elementi che equiparano ma non quelli che differenziano⁵¹. Il quesito si pone dunque in termini di ragionevolezza nella ricerca delle ragioni che spieghino risposte giuridiche opposte a condizioni umane contigue: quale è la differenziazione ontologica e giuridica tra rifiuto ed interruzione di cure che determina la morte e richiesta di assistenza materiale per autoprocurarsi la morte, quando non si è più nelle condizioni materiali di autonomia per poter mettere in atto una scelta che appartiene alla condizione dell'essere umano? Quali le continuità e quali le differenze?

I profili di tensione con il principio di eguaglianza si manifestano in due direzioni. Innanzitutto ci si chiede se debbano essere assicurate le medesime condizioni di esercizio della libertà di uccidersi

⁴⁹ C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. Cost.* 2019, in corso di pubblicazione.

⁵⁰ A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, parla di sensibilità ed empatia istituzionale, p.16.

⁵¹ C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, cit., la quale evidenzia i salti logici, il difetto delle argomentazione dell'ordinanza, non si vede perché, che differenza c'è, etc.

anche a coloro che si trovano nell'impossibilità materiale e fisica di poterlo esercitare. Il secondo profilo interferisce con la distinzione tra agire ed omettere, tra interrompere un processo salvifico che condurrà certamente alla morte ed attivare un processo che condurrà ad una morte già *in itinere*. Le contiguità sono lampanti e si colgono solo assumendo la *prospettiva in prima persona*, ovvero quella di chi è coinvolto nella vicenda. Se, infatti, assumiamo la prospettiva soggettiva *in prima persona* (ossia quella che riflette gli stati mentali del paziente), non vi è alcuna differenza tra richiesta di intervenire su un processo medico salvavita, interrompendolo, quando si ha la consapevolezza e la volontà delle immediate conseguenze successive, che costituiscono l'obiettivo primario del paziente, rispetto la richiesta di colui che chiede di intervenire direttamente su quel processo biologico che condurrà direttamente e senza *escamotage* intellettuali alla morte. La scelta di rifiutare e persino di interrompere le cure con contestuale somministrazione di terapie di sedazione palliativa profonda, dal punto di vista soggettivo del paziente, può contenere una implicita accettazione della propria morte⁵². Anzi, la diversa fenomenologia esprime, ripeto, dal punto di vista soggettivo, una maggiore determinazione e convinzione verso un processo di morte imminente, inesorabile, implacabile che si esprime attraverso la richiesta e la partecipazione attiva del paziente che concorre materialmente ad affrettare la propria morte.

I problemi nascono assumendo una prospettiva oggettiva. Da un punto di vista "*in terza persona*", questa fenomenologia è differenziata nel trattamento giuridico rispetto alla richiesta di intervenire con un agire attivo sul un processo salvifico già innescato, dalla cui interruzione deriverà in modo immediato la morte. E' dal punto di vista oggettivo, del terzo estraneo, che si differenzia il cagionare la morte (*manu alios* o *manu propriae*) rispetto al lasciare morire ove la morte è il risultato indiretto dell'azione del medico che si astiene dall'intraprendere una terapia salvavita anche se il malato si trovi in condizioni terminali, rispetto al caso in cui tali condizioni terminali sopraggiungeranno in conseguenza del suo agire.

Questa è una differenza ontologica rilevante anche sul piano oggettivo normativo, ma superata dal "diritto vivente". L'evoluzione del sistema ha determinato la convergenza delle due prospettive di osservazione della realtà. Il medico che rispetti la volontà del paziente, che si adegui ad essa, va esente da pena poiché è un suo dovere rispettare quella volontà. Anche passando dal piano soggettivo, *in prima persona*, a quello oggettivo, valutativo-giuridico, questa diversità ontologica propria del sistema normativo è superata dall'orientamento giurisprudenziale che non distingue tra agire o omettere, tra causare con un processo attivo o non impedire, nella misura in cui al rifiuto *ab initio* di terapie, cui corrisponde un'omissione in termini naturalistici, viene equiparata normativamente alla condotta attiva del medico che interrompe il processo causale di mantenimento in vita in atto. La normale distinzione tra agire o omettere, tra lasciar morire o co-determinare la morte, non segna un differente disvalore e una differente disciplina sul piano giuridico. In realtà il sistema giuridico, nella sua evoluzione ne ha già annullato, sotto il profilo ontologico prima che giuridico, la differenza, equiparando l'interruzione di un nesso causale (ossia condotte direttamente letali) ad astensione terapeutica. Ciò che cambia, tra due situazioni è solo la prospettiva di osservazione, e non l'oggetto, che è identico⁵³.

Se nell'ambito dell'omicidio del consenziente, l'evoluzione normativa ha ritagliato un margine di liceità per il medico che, nel rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il trattamento sanitario, ne determina la morte, non si comprende perché non si debba compiere lo stesso ragionamento anche nell'ambito dell'agevolazione al suicidio là dove l'aiuto è richiesto da persona affetta da patologia irreversibile. Queste somiglianze sembrerebbero imporre una disciplina

⁵² Sappiamo bene che il rifiuto di cure non sempre equivale all'accettazione di morte e che può manifestarsi anche se non si è in condizioni terminali, che però sopraggiungeranno successivamente all'assenza di cure (è il tipico esempio dei testimoni di Geova che rifiutano le cure ma non accettano la morte).

⁵³ O.D. JONES, *Law, evolution and the brain: applications and open questions*, in S. Zeki, O. R. Goodenough (a cura di), *Law & the Brain*, Oxford University Press, London, 2006; O. R. GOODENOUGH, *Institutions, Emotions, and Law: a goldilock. Problem for mechanism design*, in *Vermont Law Review*, vol. 33, p.2009.

altrettanto simile, dovendosi estendere all'aiuto al suicidio quanto previsto per l'interruzione di cure, che poi non è altro che un'ipotesi di omicidio del consenziente.

2.3. Il suicidio e la partecipazione al suicidio nella prospettiva “in terza persona”. La *suicidal vulnerability*” secondo l’ordinanza della Corte cost. 23 ottobre 2018, n. 207.

Il divieto di partecipazione al suicidio, secondo la Corte costituzionale nell’ordinanza in commento, rinviene la sua ragion d’essere nella tutela di persone particolarmente vulnerabili, i cui interessi verrebbero trascurati in nome di una fraintesa concezione di autodeterminazione individuale che ignora le condizioni di disagio psicologico, che ignora la fragilità e la frammentazione dell’essere umano. La *ratio* di tutela dell’art. 580 c.p., in modo laico e disincantato da logiche statualiste o corporativiste, va identificata nella tutela della autenticità e libertà dell’impulso suicida, in una prospettiva relazionale, da interferenze esterne in mala o buona fede. Anche in sistema normativo personalista, orientato su valori personalisti, che riconosce la libertà anche solo fattuale di suicidarsi non è incoerente la contestuale «scelta di punire chi cooperi materialmente alla dissoluzione della vita altrui», innescandosi in tal caso «una *relatio ad alteros* di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza, l’esigenza di rispetto del bene della vita»⁵⁴. La Corte evidenzia il rischio di interferenze esterne nella scelta suicida e, con un radicale capovolgimento assiologico, focalizza il senso e le ragioni della fattispecie nella salvaguardia dell’autodeterminazione del suicida, che potrebbe essere spinto da terzi a decisioni irreparabili senza averne piena convinzione o consapevolezza, e comunque in una prospettiva relazionale e “in terza persona”. Oggi, la *ratio* della norma che punisce la partecipazione al suicidio deve essere ricercata nell’esigenza di tutelare l’aspirante suicida da decisioni fragili, non radicate, che pertanto, proprio perché acerbe e non radicate, necessitano un supporto altrui. Perciò la tutela giuridica si attua tratteggiando una sorta di “cintura di protezione”, un muro invalicabile attorno a colui che vuole suicidarsi⁵⁵.

Invero, la fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio si presenta come una tra le più ostiche disposizioni del nostro codice penale, non essendo agevole individuare una giustificazione convincente alle scelte tecniche e di politica criminale relative alla descrizione delle condotte incriminate. La norma infatti si connota in maniera del tutto peculiare rispetto le altre norme incriminatrici, poiché il legislatore ha utilizzato la tecnica di tipizzazione espressa di condotte proprie delle fattispecie concorsuali, riferendosi tuttavia a moduli comportamentali che solitamente non traggono rilevanza direttamente dalla conformità ad un modello legale di condotta prevista dalla legge come reato, ma dall’effettivo contributo prestato alla realizzazione del tipo di fatto incriminato⁵⁶. L’art. 580 c.p. presenta l’anomalia di essere strutturato solo fattualmente come un’ipotesi di concorso di persone nel reato, in quanto, anche se l’autore svolge una effettiva funzione contributiva fornendo un apporto contenutistico e causale alla vicenda, manca l’aspetto

⁵⁴ C. TRIPODINA, op. cit. la quale ritiene che neppure il diritto di morire sia deducibile «da un generico diritto di autodeterminazione» ricavabile dagli artt. 2 e 13.1 Cost.. Tale diritto esiste nella misura in cui non entra in conflitto con altri diritti o interessi meritevoli di tutela, quale quello di tutelare la vita delle persone più deboli e vulnerabili, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XVIII, 2018, 1, pp. 403-420. Sul punto, diffusamente, R. BARTOLI, *L’ordinanza della consulta sull’aiuto al suicidio* cit. e, dello stesso Autore, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell’aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10, 2018, p. 1.

⁵⁵ Per una visione laica della tutela della vita umana da atti di auto e etero-aggressione, e per una analisi del ‘principio della indisponibilità della vita, mi si permetta il rinvio, M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana. Riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, p.1431 ss. Sulla *ratio* dell’art. 580, a commento dell’ordinanza Corte cost. n. 207/2018, G. GENTILE, *Il caso Cappato*, cit.

⁵⁶ Per una ricostruzione delle posizioni di responsabilità nel caso di suicidio altrui, BECKERT, *Strafrechtliche Probleme um Suizidbeteiligung und Sterbehilfe unter besonderer Berücksichtigung historischer und ethischer Aspekte*, Aachen, 1996; Czinczott, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, Bonn, 1984. Rispetto alla disciplina del concorso di persone, che recepisce un modello di tipizzazione unitario, le differenze attengono non solo alla descrizione espressa della tipologia delle condotte di partecipazione, ma soprattutto al fatto che la punibilità è riservata solo ai compartecipi che assumono un ruolo secondario, essendo non punibile uno dei partecipi, l’autore principale, e per il fatto che le condotte incriminate non accedono ad un fatto previsto dalla legge come reato.

della realizzazione in comune o frammentata di un fatto che si identifica con un modello legale descritto dal legislatore⁵⁷. L'istigazione o aiuto al suicidio giungerebbe all'assurdo giuridico di qualificare punibile la partecipazione ad un fatto non preveduto dalla legge come reato nei confronti del suo autore. Pertanto, per evitare questo paradosso, si è soliti optare per una soluzione che costruisce il fatto di reato come un' condotta autonoma (e quindi non accessoria rispetto a quella principale del suicida o del tentato suicida), che prescinde totalmente dalla questione relativa alla qualificazione giuridica (in termini di liceità/illiceità) dell'azione del suicida. Certamente il suicidio è una possibilità della condizione umana (ma anche di alcuni animali), è una possibilità della nostra naturale condizione biologica che ci è data: quella di interrompere la nostra relazione con il mondo esterno. Questa facoltà biologica e naturale non richiede necessariamente una dimensione di regolamentazione giuridica, né una qualificazione in termini di diritto umano fondamentale⁵⁸. Secondo molti, questa manifestazione estrema di individualità e solitudine, tratteggiata dalla scelta fisica se *essere nel mondo o non esserlo*, costituisce un ambito estraneo alla normazione giuridica. Propendendo, come avviene per la maggiore, per la ricostruzione della norma come ipotesi di fattispecie autonoma (plurisoggettiva o monosoggettiva) la morte auto-procurata non è un fatto di reato, ma un semplice elemento del fatto. Il suicidio (o le lesioni in caso di tentato suicidio) costituisce un evento naturalistico complesso, rappresentato in questo caso da un fatto umano, responsabile e consapevole, provocato materialmente dalla stessa vittima, la cui volontà, nella sola fase della progettazione, o anche in quella dell'attuazione, riceve a sua volta un contributo causale più o meno determinante da parte di un terzo.

Sembrirebbe logico poter affermare che il legislatore, attraverso la norma in esame, abbia voluto fornire uno strumento normativo finalizzato alla prevenzione del suicidio, incriminando, se il suicidio giunga a completa realizzazione o se ne derivi una lesione, le condotte di terzi che favoriscono un'autoaggressione della vita umana. Si vuole cioè rompere qualsiasi solidarietà con il suicida ed impedire che, con o attraverso la cooperazione di terzi, una persona si suicida.

Ma il perché di questa esigenza la Corte non dice. Dalla *ratio* della tutela dell'autodeterminazione dei soggetti psicologicamente vulnerabili da interferenze da parte di terzi, discende logicamente la totale liceità *tout court* della partecipazione al suicidio ogniqualvolta non si paventi neppure in astratto il rischio di una interferenza esterna e l'autodeterminazione sia integra ed autentica.

Queste premesse non dissolvono tutti i dubbi che la fattispecie solleva ad ampio raggio e suonano piuttosto come una razionalizzazione *ex post* che non dissolve l'oscurità della norma. Rimane insormontabile l'enigma che attiene alla *ratio* di tutela della norma⁵⁹.

Quali allora le ragioni di questa specifica esigenza di protezione della vita umana rispetto alla generale incriminazione dell'omicidio, in relazione a quei comportamenti di terzi che, pur non consistendo in attività di aggressione fisica ed arbitraria nei confronti della vittima, facciano sorgere, o assecondino, il proposito suicida, o infine ne consentano una più agevole realizzazione?

Questa osservazione induce quindi ad andare oltre le parole espresse dal giudice costituzionale, nella ricerca del fondamento ontologico (e quindi giuridico) dell'incriminazione, che altrimenti

⁵⁷Sotto il profilo ontologico, il delitto in esame sembra essere riconducibile nell'ambito concettuale della realizzazione in comune di un reato in concorso con persona non punibile, come dimostra la terminologia utilizzata nella distribuzione dei ruoli ed il nesso tra azione istigatoria e fatto istigato secondo uno schema inconsueto, presente anche nel caso di sfruttamento della prostituzione. Per una ricostruzione dell'art. 580 c.p., ove si prospetta una interpretazione della norma in un'ottica paternalistica *soft*, M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p.176 ss., ove per la prima volta si è tratteggiata la questione di costituzionalità della norma.

⁵⁸ Non esiste un diritto al suicidio o a morire, ma una condizione di fatto, una facoltà, né può venire in rilievo l'art. 2 Cost. che invece garantisce il diritto alla vita da interferenze di terzi; per tutti D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 7, 2018, 57 s.; S. CANESTRARI, *I tormenti*, cit, p.8; ID., *Principi di bioetica*, p.66; F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in *Trattato di biodiritto*, vol. *Il Governo del corpo*, cit., t. II, cit., 1801 ss.

⁵⁹ M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato* fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile, in *Giurisprudenza costituzionale*, in corso di pubblicazione.

sarebbe totalmente incoerente. Le ragioni e il senso della fattispecie vanno quindi ricercate in un'ottica che non concerne l'interazione con l'estraneo, quindi in un'ottica relazionale, ma che concerne direttamente la fenomenologia del suicidio, o meglio il mistero della mente umana e dei suoi pensieri. Il suicidio rappresenta l'atto di schiavitù del vero Se da stati mentale, dall'identificazione momentanea di se stessi con i propri pensieri, divenuti circuiti neurologici tanto cogenti e strutturati nella nostra biologia, da divenire gabbie indistruttibili di sofferenza, fino a cagionare la propria morte. La *suicidal vulnerability* radica le proprie ragioni a prescindere dal rapporto con gli altri, ma nel rapporto con se stessi, nel rapporto con il proprio autentico Se⁶⁰.

2.4. Il mistero della mente e l'ambivalenza del proposito suicida. Alla ricerca del fondamento logico-razionale delle norme che punisce la partecipazione al suicidio.

Il fenomeno del suicidio, malgrado i numerosi studi disponibili sull'argomento, l'ampia ed articolata epidemiologia esistente, rimane comunque un ambito di ricerca oscuro e misterioso, sfuggente nelle sue coordinate e dinamiche emotive e motivazionali. Nonostante la sofisticatezza dell'elaborazione statistica (i suicidi sono più diffusi nelle fasce di popolazione giovanile o anziana, nel nord più che al sud, tra i disoccupati e i pensionati) certamente la scelta suicida risponde a ragioni diverse e personalissime, anche dettate da fattori esterni e contingenti, sommati ad una situazione psicologica di scarso equilibrio.

L'analisi del suicidio e delle condotte di assistenza al suicidio va ricondotta nell'ambito di una riflessione di come funziona la mente di colui che decide di suicidarsi, perché a seconda delle idiosincrasie culturali, a seconda delle esperienze di vita, questo atto può assumere un'infinità di significati, ma può anche essere un gesto non pienamente consapevole e coerente.

In particolare, lo stato di legittimità concettuale del c.d. suicidio «razionale» o «non patologico» costituisce una *vexata questio*⁶¹. Alcuni studiosi ritengono che il suicidio sia un mistero antropologico, espressione vitalista di una esigenza di trasformazione psicologica, “*ultima reazione di una vita in ritardo che non si è trasformata in precedenza*”⁶², ma altri lo percepiscono come sintomo psicopatologico, in cui vi è la predominanza del mondo interno sul senso di realtà⁶³.

In questa direzione si sono spinte le ricerche psicanalitiche, quando collocano il suicidio nell'istinto di morte o nel desiderio di vendetta, e che ravvisano nel suicidio uno «scacco terapeutico»⁶⁴.

Paradossalmente, ci dice la suicidiologia, spesso il risultato indiretto che il suicida vuole provocare con la propria morte è assai terreno, teatrale e reattivo: quello di uscire di scena dal mondo relazionale in modo eclatante, da depresso-vittima a protagonista – attore; non è un uscire di scena dalla vita, seguendone il suo corso naturale, ma un rifiuto, una ribellione alla vita eclatante, spettacolare, rubando il palcoscenico e il ruolo di protagonista a chi l'ha negato⁶⁵. Questo suicidio è manifestazione non solo di depressione, ma anche di una forma di narcisismo patologico, perché

⁶⁰ R. BARTOLI, *L'ordinanza*, cit., secondo cui non è né la vita né l'autodeterminazione l'oggetto di tutela, ma – per così dire – l'autenticità/genuinità dell'autodeterminazione del soggetto.

⁶¹ Il tentativo di differenziare tra condizioni diverse di assistenza al suicidio risalgono alla giurisprudenza e dottrina tedesca degli anni settanta, che avevano formulato la cd. *Einwillungsloesung*: facendo ricorso a parametri di ragionevolezza, plausibilità si è tentava di analizzare la volontà del suicida e di individuare parametri in base ai quali ritenere giustificato, obbligatorio, o non obbligato, l'intervento di terzi a tutela della vita umana. In proposito M. B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana. Riflessioni su principio di laicità in diritto penale*, cit., p.1441 e la letteratura d'oltralpe ivi citata.

⁶² J. HILLMANN, *Il suicidio e l'anima*, p.21-22; S. BOK, *Euthanasia*, in *Euthanasia and Physician Assisted Suicide*, 1998, a cura di Dworkin G., Frey R., Bok S., tr. it. *Eutanasia*, in Id., *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001,

⁶³ FERLA, MARTINO, BOCA, *Il suicidio: fallimento terapeutico o mistero antropologico?*, in *Riv. sper. freniatr.*, 1992, 149; TUGNOLI, GIORDANI, *Alterazione del «senso» di realtà e suicidio*, in *Riv. sper. freniatr.*, 1996, p. 110.

⁶⁴ Sul punto, FESTINI- CUCCO- CIPOLLONE, *Suicidio e complessità. Punti di vista a confronto*, Milano, 1992.

⁶⁵ S. HOOK, *The Ethics of Suicide*, in *Intern. Journal of Ethics*, 1927, pp. 173 ss.; M. PABST BATTIN (Ed.), *The Ethics of Suicide. Historical Sources*, Oxford Univ. Press, 2015; M. BARBAGLI, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2009.

esprime l'impossibilità di realizzare quella relazione con il mondo che il suicidio vorrebbe negare. Bisogna ricordare infatti che il suicidio non è "accettazione del processo naturale di morte", quale momento fenomeno che appartiene alla nostra macchina biologica. Il suicidio è ben altro e esprime un impulso a-relazionale di chiusura nel e dal mondo per eccellenza; il suicida convinto ha reciso ogni contatto con il mondo già prima di uccidersi perché la sofferenza psichica crea una distanza e immerge in un universo inaccessibile a chiunque altro.

Perciò la richiesta da parte dell'aspirante suicida, di partecipazione del terzo estraneo al gesto suicida, è un ossimoro. Il "vero" aspirante suicida ha già reciso la sua connessione con l'altro e non chiede solidarietà. La richiesta di aiuto e di solidarietà nella morte, nell'annullare simbolicamente quel senso di chiusura e lontananza dal mondo reale, manifesta una forte ambivalenza del proposito che può lascia trapelare incoerenza della decisione, perché si ha ancora bisogno di un input esterno, non c'è quella condizione di isolamento inimmaginabile di colui che vuole procurare la sua morte.

La richiesta di partecipazione al suicidio (razionale o irrazionale che sia) manifesta un bisogno relazionale, di supporto nella progettazione e nell'esecuzione, che annulla il significato dell'atto suicida. Dietro quella richiesta non vi è la volontà e il "coraggio" di quella scelta, ma ben altro: la richiesta di compassione, di amore, di salvezza⁶⁶. Se percepiamo, assumendo una prospettiva esclusivamente *soggettiva* o "*in prima persona*", che cosa esprime la volontà di suicidarsi, possiamo anche comprendere "*perché*" la partecipazione e l'aiuto al suicidio assumono rilevanza penale e *perché*, in determinate situazioni, non debbano assumere rilevanza penale. Quella partecipazione del terzo, richiesta, offerta spontaneamente, morale o materiale, è antitetica rispetto l'essenza del suicidio (salvo che nei casi di omicidio suicidio e di coppie suicide). Il terzo estraneo, se accede a quel bisogno e lo supporta, spesso è un suicida anch'egli. Perché il suicidio e l'aiuto al suicidio non siano altro che le due facce di una stessa medaglia, in cui uno si assume la responsabilità di compiere il gesto e l'altro si assume la responsabilità di dividerlo⁶⁷. La completa partecipazione empatica trascina verso la morte⁶⁸. La richiesta di supporto, assistenza, consiglio, esprime una debolezza di quel proposito, quindi uno spazio di non coerenza e perfetta identificazione con il proposito. Perciò il "suicidio", anche sul piano giuridico, è una libertà non accompagnata da pretese di realizzazione o di partecipazione empatica che si colloca in un'ottica di tutela di tipo paternalistico debole del suicida. Questo "suicidio" non esprime mai un allineamento tra condizione del corpo e bisogni psichici e non può essere rispettato in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale, quale manifestazione della propria identità personale.

Le considerazioni esposte sul suicidio e la sfera dei suoi significati nella nostra cultura occidentale costituisce il fondamento ontologico e logico alle esigenze di tutela espresse della norma che punisce la partecipazione morale o materiale al suicidio. Il divieto penale si fonda sotto il profilo ontologico nell'esigenza di proteggere l'aspirante suicida da questa sua condizione di vulnerabilità, non solo per impedire che terzi in mala fede e per fini egoistici ne possano approfittare, ma ben oltre, perché di quella condizione, anche momentanea, il medesimo aspirante suicida potrebbe restare vittima, in quanto vittima di una sua momentanea e non salda identificazione con i bisogni di morte solo pensati, ma non ancora talmente radicati da esser agiti. La norma penale è posta a tutela dell'autodeterminazione del suicida, anzi dell'esigenza – a garanzia dello stesso suicida – che quell'autodeterminazione venga agita in totale solitudine, cioè si trasformi in azione senza alcuna interferenza o partecipazione empatica di altri.

⁶⁶ P.L. BERNARDINI, *Dal suicidio come crimine al suicidio come malattia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1994, p. 81.

⁶⁷ A. Camus, *La morte felice*, Bur, 2008. Mersault uccide Zagreus, vecchio uomo facoltoso e malato, alla fine della sua vita per impossessarsi del suo patrimonio, e trovare la felicità. Si abbandona ad una vita senza senso e speranza. Scopre che solo l'accettazione della morte (felice) può porre fine a questo moto continuo attorno al nulla. Egli nell'uccidere l'altro, aveva ucciso se stesso.

⁶⁸ Cass., Sez. I, 6 febbraio 1998, Munaò, in *Cass. pen.*, 1999, p. 872 ss., con nota di BISACCI, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*.

2.5. Suicidio terapeutico o richiesta di buona morte? Ai confini della legittimazione terapeutica.

Il nostro sistema penale tuttora vigente è espressivo di una concezione “forte” della vita umana. Tuttavia vi sono casi in cui questo divieto può apparire ultroneo rispetto le esigenze di tutela se il terzo si sia limitato a prestare un aiuto materiale a colui che non gode di autonomia fisica, senza influenzare in alcun modo il suo proposito suicida e che è impossibilitato materialmente a realizzare il suo proposito. La Corte costituzionale si interroga se, in condizioni di malattia irreversibili, la legge non possa e debba consentire l’accesso a presidi medici che consentano al malato di auto-procurarsi la morte, e quali siano le condizioni in cui si evidenzia una lacuna di tutela o aporia del sistema penale, ovvero se sia plausibile che si diano ipotesi peculiari (nel caso di specie la presenza di una malattia irreversibile), in cui l’autodeterminazione, combinata con il diritto alla salute e la tutela della dignità umana, possa risultare preminente rispetto al bene della vita. Cioè, se si possano individuare delle eccezioni, delle situazioni di fatto specifiche da differenziare sotto il profilo del trattamento penale.

Si tratteggia uno spazio di liceità dell’aiuto materiale al suicidio, quale evoluzione logico-normativa del diritto al rifiuto delle cure, così trasformando quel particolare “suicidio” che si realizza con determinate caratteristiche da fatto irrilevante giuridicamente (al più tollerato), a fatto lecito e esigibile, in quanto propaggine e manifestazione del diritto umano alla salute.

Il tema si enuclea dal *genus* ed assume specificità per collocarsi ai confini con la tematica di quel “suicidio” che il legislatore aveva preso di mira nel vietare le condotte di assistenza agevolazione e istigazione. Il vero tema è l’assistenza a morire, cioè quello in cui la condotta partecipativa del terzo *extraneus* si inserisce in un episodio della vita molto specifico, segnato da una “sofferenza intollerabile”, da patologie irreversibili, affinché si morire rapidamente, più rapidamente di quanto non avverrebbe rifiutando ed interrompendo terapie salvavita che non determinerebbero una morte immediata⁶⁹.

La questione non concerne in generale la condotta di partecipazione ad un suicidio altrui – più o meno razionale e coerente- ma la richiesta, da parte di persone gravemente malate affette da un processo morboso non più curabile e totalmente dipendenti, di essere “aiutate” a morire non aspettando che il lento processo di morte faccia tutto il suo corso, non essendo nelle condizioni materiali di poter agire il loro proposito⁷⁰. Questo tipo di richieste, pur ponendosi ai confini della

⁶⁹ Corte assise Milano, ordinanza di archiviazione, la quale distingue il suicidio dal suicidio terapeutico, un suicidio terapeutico, compiendo il quale il suicida esercita il suo diritto fondamentale all’autodeterminazione terapeutica, la quale deve invece ritenersi lecita, essendo preordinata a favorire l’esercizio di un diritto fondamentale altrui. Cfr. M. P. CHIASSONI, *Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi argomentativa*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XVIII, 2018, n.1 pp. 403-420, a proposito dell’argomentazione in diritto contenuta nella richiesta di archiviazione del procedimento penale a carico di Cappato, ove si distingue la parte della qualificazione giuridica, la parte della identificazione di norme implicite e di diritti impliciti, parla di assistenza del morente S. CANESTRARI, *I tormenti*, cit., p.15. “L’appiattimento della «richiesta di un’assistenza nel morire» con l’«aiuto al suicidio» non mi convince. In questo scritto utilizzo il termine suicidio nella piena consapevolezza della difficoltà di ricondurre le situazioni indicate dalla Corte – relative a pazienti che si sono sottoposti talvolta per anni a trattamenti sanitari e terapie sperimentali motivati da un tenace impulso “a vivere” anziché “a morire” – alla categoria del suicidio”.

⁷⁰ Il vero problema sollevato dalla Corte costituzionale, non è affatto quello del riconoscimento di un generico o indiscriminato «diritto di al supporto al suicidio», da parte di una persona libera, maggiorenne e capace di intendere e di volere; problema invece sollevato dalla Corte d’Assise di Milano con l’ordinanza di rimessione in data 14 febbraio 2018. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale* in *Riv. it. med. leg.* 2016, pp. 547 ss., poi in *Diritto penale contemporaneo*, 15 marzo 2017; Id., *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L’opzione “non penalistica” della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*. Sostiene l’autore che, malgrado le enunciazioni della Corte costituzionale, non si tratta di porre in dubbio la questione della generale validità di norme come quelle del 580 e 579 c.p., ma piuttosto di ritagliare uno statuto differenziato della tutela dei diritti del malati e dei morenti in particolare che non richiede alcuna modifica normativa che travolga il tessuto generale della tutela della vita umana. Non si tratta quindi di discettare sull’etica del suicidio razionale in generale, o sul diritto a morire e a provocare la propria morte. Si tratta di individuare le sfaccettature dei diritti fondamentali del malato, differenziati e dotati di un proprio statuto e specificità rispetto ai diritti

legittimazione terapeutica, appartengono al quel processo culturale che attribuisce alla medicina e all'operatore sanitario un compito ben più fondante nella storia dell'umanità: quello di accogliere i bisogni dell'uomo, compreso quello di stabilire il momento della propria morte, quando il processo di morte è in atto⁷¹. Potrebbe in quest'ottica, non essere calzante teorizzare un vero e proprio diritto al suicidio, né tantomeno, di un diritto ad essere sostenuti ed aiutati in questa scelta.

La questione travolge la tradizionale distinzione, nel lessico e nella disciplina giuridica, tra rifiuto di cure salvavita (diritto di libertà) e eutanasia, vietata. In casi particolari, in cui la morte è già incombente -assai lontani a quella fenomenologia di suicidio che il legislatore si era prefigurato nel tratteggiare l'art. 580 c.p. - l'autodeterminazione terapeutica può estendere il suo ambito concettuale al diritto ad ottenere un aiuto a morire, ove il rischio di una tirannia della mente non si paventa. Situazioni in cui anche il termine "suicidio" suona male, per la nostra incapacità lessicale di descrivere il diverso fenomeno della accettazione della morte⁷². Si tratta di ipotesi in cui il paziente si trova in condizioni di malattia gravissime e irreversibili, in cui vi è un allineamento della dimensione fisica con quella psichica, ma che si trova in condizioni che rendono impossibile la realizzazione di questa possibilità della nostra natura. Questo "suicidio" è ben diverso nella fenomenologia, sia dal suicidio "razionale", in cui vi è un forte rischio che l'individuo si identifichi, anche solo momentaneamente, ma irreversibilmente, con i propri pensieri suicidari. Sono situazioni diverse che esprimono bisogni diversi. Questo, è quello del paziente che sta affrontando (e che forse non è abbastanza attrezzato culturalmente per affrontare) la sua morte, in cui vi è un perfetto allineamento tra condizioni biologiche, di un corpo che sta morendo, e stati emotivi, perché durante le ultime fasi della sua vita, c'è un allentamento dei legami con la vita e la realtà.

Perciò, e allo stesso modo, vanno distinte ontologicamente, in quanto situazioni che esprimono diversi bisogni umani, le condotte di assistenza del terzo all'aspirante suicida: l'aiuto alla morte terapeutico, cioè l'assistenza al malato morente, prossimo alla morte, va distinto dal comune aiuto al suicidio prestato a coloro che, a prescindere da gravi compromissioni dell'equilibrio psico-fisico, invocano una implicita richiesta di aiuto di salvataggio, che manifesta debolezza, bisogno affettivo, ma anche forte attaccamento alla vita e in definitive, un forte vitalismo.

La differenziazione criminologica e fenomenologica ritaglia quindi uno spazio di incongruità della norma penale, a causa della vaghezza e non precisione del linguaggio laico, laddove si ricorre al medesimo termine "suicidio" anche per descrivere situazioni ben diverse da quella che il legislatore aveva voluto scolpire e prevenire con la fattispecie penale. La differenziazione fenomenologica traccia in modo netto la differenziazione tra condotte di partecipazione di tipo psicologico e condotte di tipo materiale, che si collocano nella fase esecutiva di un proposito ormai culminato in una decisione ferma e serena, ma non attuabile in quella dimensione solipsistica che la norma penale impone, a garanzia della realizzazione di una vera volontà. Solo l'assistenza materiale a quel suicidio, definito in senso lato terapeutico, ritaglia una condizione in cui il terzo, l'operatore sanitario, si colloca in una condizione neutra di osservazione, senza giudizio, senza interferire psicologicamente. E' questo il fondamento ontologico dell'autonomia della condotta di aiuto non rafforzativo del proposito, ma strumentale, allorché l'aspirante suicida sia impossibilitato a mettere in atto la propria determinazione, con la conseguenza che non dovrebbero essere punite perché inoffensive le condotte agevolative strumentali a una decisione di uccidersi libera e ponderata, come quella di Fabiano.

fondamentali dell'individuo non malato

⁷¹ M. REICHLIN, *L'etica e la buona morte*, Torino, Einaudi, 2002, p. 219.

⁷² Sulla "ridefinizione" del concetto di suicidio, CANESTRARI, *I tormenti del corpo*, cit.. Se così è, allora il tema della estensione del diritto alla salute ben oltre la legittimazione terapeutica si sottrae al vaglio della tipicità penale, così A. VALLINI, *Morire è non essere visto*, cit.