Costituzionalismo.it
FASCICOLO 1 | 2011

1 maggio 2011

Costituzione liberale vs legislatore illiberale. Il caso del testamento biologico*

di Massimo Villone

Sommario. 1. È davvero necessaria una legge sul testamento biologico? 2. Tre profili di incostituzionalità. 3. Le esperienze degli altri: dalle *medical futilities* al suicidio assistito.

1. È davvero necessaria una legge sul testamento biologico?

Il Presidente del consiglio scrive ai parlamentari del PDL una lettera[1] per sollecitare il pieno sostegno al ddl sul testamento biologico in discussione nella Camera dei deputati. In linea con la sua tradizione, dimostra di ignorare il diritto in genere e la Costituzione in specie. E trova in poche parole il modo di confermare il carattere profondamente illiberale della maggioranza e del governo.

È una storia ormai lunga. Le dolorose vicende di Eluana Englaro e Piergiorgio Welby segnano il dibattito sul tema del fine vita. Quando scoppia il caso Englaro sono in discussione presso la Commissione sanità del Senato numerosi progetti. La drammatica conclusione affretta i lavori. Si va all'approvazione di un disegno di legge sul c.d. "testamento biologico". Che però non cade, come qualcuno vorrebbe far credere, in un vuoto normativo.

Soprattutto con la vicenda Englaro, la contrastata opera dei giudici e il dibattito che la accompagna consegnano conclusivamente un quadro definito di regole applicabili. Esiste un bene vita protetto in Costituzione. Come potrebbe non esserci – anche se non esplicitamente menzionato - dal momento che il vivere è presupposto necessario per il godimento di diritti e libertà cui la protezione costituzionale è accordata nella misura più alta? Peraltro, esiste al tempo stesso un diritto dell'individuo, a disporre della propria persona fisica e rifiutare un trattamento sanitario che non sia imposto dalla legge a tutela di interessi generali. Tale diritto si trae dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, da norme legislative e di deontologia medica, da convenzioni internazionali. Per il bilanciamento con la tutela della vita si può vietare – conformemente a Costituzione - l'assistenza al suicidio e l'eutanasia, che sono infatti penalmente sanzionati nell'ordinamento italiano. Non soccorrerebbero gli artt. 2, 13 e 32 Cost., perché in tali casi c'è un'azione diretta ad interrompere una vita che diversamente potrebbe continuare in condizioni di normalità. Ma altro è il caso per una vita comunque, inevitabilmente, dolorosamente prossima al suo termine.

Ma è davvero indispensabile una legge sul testamento biologico? Nel maggio del 2008 viene rappresentata al giudice tutelare di Modena la situazione di una anziana donna affetta da una malattia degenerativa incurabile e progressiva, che non tocca le capacità cognitive, ma condurrà fatalmente alla necessità di trattamenti di sostegno alla vita, con intubazione, tracheotomia, respirazione artificiale.

La donna – che una visita psichiatrica attesta essere vigile e nel pieno possesso delle sue facoltà – vuole rifiutare l'intervento. La famiglia conosce questa sua volontà, e la condivide. Viene chiesta al giudice la nomina di un amministratore di sostegno ai sensi della legge 6/2004[2], che ha introdotto tale figura nel codice civile. Secondo l'art. 408 c.c. "l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato in previsione della propria eventuale futura incapacità mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata". Ed è proprio questa futura incapacità che si prevede nella specie. Perché la difficoltà respiratoria crescente condurrebbe a una situazione di anossia e di conseguente confusione che impedirebbe alla donna di esprimere un definitivo e insuperabile rifiuto al momento di attivare il sostegno meccanico alla respirazione. L'amministratore di sostegno dovrebbe sostituirsi alla donna in quel decisivo momento ed esprimere in sua vece il diniego all'intervento.

Il giudice accoglie l'istanza. Prende come punto di partenza le norme costituzionali – art. 2, 13 ed in specie 32 – la cui centralità è riconosciuta dalla Cassazione con la già ricordata sentenza 21478 del 2007. Considera che le norme costituzionali volte a consacrare diritti primari sono imperative e di immediata operatività ed applicabilità, senza che si richieda un intervento del legislatore. Assume che la mancata somministrazione di trattamenti salvavita non sia equiparabile ad eutanasia, perché non modifica il percorso biologico naturale. Ritiene quindi che il rifiuto dei trattamenti anzidetti rientri pienamente nell'autodeterminazione garantita dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, e che il rispetto della volontà debba essere assicurato sia per il capace che può manifestarla, sia per l'incapace che l'abbia anticipata in specifiche disposizioni, o per il quale venga altrimenti provata. Conclude che è possibile conferire all'amministratore di sostegno un mandato coerente con le premesse esposte. Di conseguenza, nomina come amministratore di sostegno il marito della donna, che viene "autorizzato a compiere, in nome e per conto della beneficiaria, le seguenti operazioni:

- negazione di consenso ai sanitari coinvolti a praticare ventilazione forzata e tracheotomia all'atto in cui, senza che sia stata manifestata contraria volontà della persona, l'evolversi della malattia imponesse, la specifica terapia salvifica;

- richiesta ai sanitari di apprestare, con la maggiore tempestività e anticipazioni consentite, le cure palliative più efficaci al fine di annullare ogni sofferenza alla persona …"[3].

La decisione è supportata da una approfondita verifica della irreversibilità della condizione medica, e della volontà della paziente. Notiamo in particolare che il mandato è specificamente volto all'espressione di quel diniego che l'avanzare della malattia impedirà alla paziente di esprimere di persona.

Nel decreto del giudice tutelare di Modena del maggio 2008 sentiamo chiara l'eco dei casi Welby ed Englaro. Nel novembre del 2008 la vicenda si ripete davanti allo stesso giudice tutelare, ma con riferimento a persona in perfetta salute che anticipa la possibilità di malattia irreversibile e terminale, e chiede per tale ipotesi la nomina di un amministratore di sostegno. Il giudice accoglie l'istanza, e assegna il mandato di negare il consenso "ai sanitari coinvolti a praticare alla persona trattamento terapeutico alcuno e, in specifico, rianimazione cardiopolmonare, dialisi, trasfusioni di sangue, terapie antibiotiche, ventilazione, idratazione e alimentazione forzata e artificiali". Richiama altresì i sanitari all'obbligo di praticare le opportune cure palliative[4].

Le due decisioni richiamate offrono con argomentazioni convincenti una risposta che – come dice lo stesso giudice – fa ritenere superflua l'adozione di una specifica legge sul testamento biologico. Ed allora perché una battaglia parlamentare così aspra? Proprio le vicende di Modena ci fanno capire meglio il motivo. Perché il legislatore non vuole disciplinare, regolare, mettere ordine laddove ordine manca. Vuole piuttosto chiudere strade già aperte secondo la normativa vigente e applicabile, e nel rispetto degli ordinari criteri ermeneutici. Una legge non tesa a far vivere diritti e libertà, sia pure nella necessaria composizione con altri valori di pari rilievo costituzionale. Volta, invece, a comprimerli e negarli.

Ma può – conformemente a Costituzione - il legislatore imporre che si prolunghi oltre un ragionevole limite la vita destinata a finire, magari al prezzo di inaudite sofferenze? Che si prolunghi *sine die* e mancando ogni speranza di cambiamento, con supporti artificiali senza i quali la fine sarebbe inevitabile? O si prolunghi comunque al prezzo di un trattamento sanitario non voluto, come un intervento chirurgico? È qui che riprende la sua piena valenza il principio di libertà tratto dagli artt. 2, 13 e 32 Cost, e si traduce in autodeterminazione e consenso informato. Questi sono strumenti di attuazione di un diritto costituzionalmente protetto. E qui troviamo il cardine che regge il rapporto medico-paziente. Non è consentito l'accanimento terapeutico. La decisione ultima è del malato. Questi – consapevole delle conseguenze - può rifiutare il trattamento sanitario, pur se indispensabile alla

sopravvivenza. Il legislatore non può – conformemente a Costituzione – condannare a vivere, costi quel che costi. Il diritto di morire esiste ed è costituzionalmente protetto anch'esso, pur se ha ad oggetto non la cessazione della vita in sé, ma il come morire nel caso in cui la morte sia comunque prossima e certa senza il trattamento sanitario che si rifiuta.

Ecco la domanda. Può un individuo, nel momento in cui è in buona salute, esprimere in una dichiarazione anticipata la sua volontà in ordine a eventuali trattamenti sanitari futuri, per il caso in cui non fosse in grado di esprimerla? Può farlo in ordine a qualsiasi trattamento? Può un tutore legale sostituirsi al malato esprimendo la volontà che lo stesso malato esprimerebbe, se potesse? Può desumersi quella volontà non da dichiarazioni formali dello stesso malato, ma da elementi di fatto derivanti dalla conoscenza che altri hanno avuto di lui? Il diritto di altri paesi risponde positivamente da anni o persino decenni. Innestando poi su quella risposta il principio di autodeterminazione, che in tal modo funziona esattamente allo stesso modo, sia che l'espressione di volontà venga dal malato stesso, sia che venga da altra persona a ciò legittimata, sia ancora che si desuma da elementi di fatto rilevanti. Così, tutti sono eguali di fronte al problema del fine vita.

Su questo principalmente verte il convulso scontro politico e istituzionale che accompagna la conclusione della vicenda Englaro, e sfocia nel confronto parlamentare sul c.d. testamento biologico. Con la morte di Eluana cala il sipario sull'AS 1369, che il governo aveva presentato al solo dichiarato scopo di capovolgere la decisione giudiziale di autorizzare l'interruzione dell'alimentazione e della idratazione artificiali. Ma sono da tempo agli atti del Senato numerosi disegni di legge. Fin dal primo giorno della legislatura, l'AS 10[5], firmato dal sen. Ignazio Marino (PD) e da altri cento senatori dell'opposizione. Ad esso fanno seguito altri progetti. Ma nel confronto in Commissione sanità del Senato il relatore di maggioranza presenta con proprio emendamento un nuovo testo[6]. Nei contenuti, è la risposta postuma alla morte di Eluana di una maggioranza che fino all'ultimo ha cercato di imporre la sua volontà legislativa nel caso concreto, ed esprime una concezione estremamente riduttiva e limitata della dichiarazione anticipata di trattamento. Il testo è approvato in Commissione in sede referente il 12 marzo 2009[7], e arriva in Aula accompagnato da dubbi e polemiche crescenti. Il sen. Veronesi, ex ministro della sanità, chirurgo e studioso insigne, autore di vari libri sul tema, sottolinea con forza la incostituzionalità del disegno di legge già in una lettera al Corriere della sera il 26 gennaio 2009[8]. Scrive poi con altri intellettuali una lettera aperta[9] al segretario del PD Franceschini il 26 febbraio, criticando la linea del partito. In specie, sul punto dell'alimentazione e idratazione alcuni senatori del PD sono invece sostanzialmente d'accordo con il centrodestra[10]. Anche nel PdL emergono perplessità. Ben 53 senatori vorrebbero un testo più favorevole alla tutela della vita, e che includa in particolare il respiratore artificiale nel divieto di sospensione[11]. Berlusconi scrive ai senatori una lettera[12] richiamando ad un tempo la loro libertà di coscienza e la responsabilità verso la maggioranza e il governo. L'opposizione protesta.

La discussione nell'Aula del Senato ha inizio il 18 marzo 2009[13]. Il relatore Calabrò difende il testo della Commissione. Argomenta che l'art. 32 Cost. pone il limite del rispetto della persona umana, e che l'art. 2 contempla tra i diritti inviolabili, ovvero non negoziabili e intoccabili, il diritto alla vita. Diritto che non viene meno neppure quando si è dinanzi a una condizione che potrebbe sembrare apparentemente uno stato di non vita, perché anche allora una persona conserva intatta tutta la sua dignità. Rigetta come erronea la prospettazione che la scienza abbia già definito in maniera incontrovertibile che cosa debba intendersi per stato vegetativo, lasciando intendere che sia uno stato di non vita, in cui solo moderni strumenti tecnologici siano in grado di tenere artificialmente in vita la persona. Afferma che non è possibile ignorare i casi di persone risvegliatesi dopo 15 o 20 anni. E sul divieto di sospensione di idratazione ed alimentazione artificiale afferma che non si tratta di terapie ma di forme di sostegno vitale. E che non si può consentire ad una persona di scegliere di morire di fame e di sete. Questo diritto non è dato.

Risponde tra gli altri Veronesi, con parole semplici e nette: è una legge non a favore del testamento biologico, ma contro di esso. Richiama le leggi di molti paesi, ricordando che il contenuto "è sostanzialmente sempre il medesimo, cioè il rispetto e la tutela della volontà di non essere mantenuto in coma vegetativo permanente, io direi incarcerato – locked-in, come dicono gli americani – in un letto per anni, decenni o molti decenni. Ebbene, il testo al nostro esame non solo non rispetta la volontà espressa dal cittadino, ma va in direzione esattamente opposta, perché obbliga la persona in coma a rimanervi per sempre, anche contro la sua volontà". E questo in particolare quando nega che la nutrizione artificiale sia un trattamento sanitario, mentre è "un vero atto medico che richiede una elevatissima competenza". I principi di autodeterminazione e consenso informato dei trattamenti sono i capisaldi di una concezione liberale di uno Stato, ma sono di fatto calpestati. La Costituzione è violata.

2. Tre profili di incostituzionalità.

Il contrasto tra le posizioni politiche è fisiologico. Ma l'incostituzionalità di una legge è un dato che trascende il dibattito tra maggioranza e opposizione. E sono almeno tre i profili che fanno sorgere un corposo dubbio di incostituzionalità della proposta di legge che l'Aula del Senato approva, e il successivo dibattito in Camera dei deputati sostanzialmente conferma[14].

Il primo: limiti al diritto di autodeterminazione e di consenso informato, che si traducono in divieti di contenuti specifici della dichiarazione anticipata di trattamento; il secondo, violazione di basilari profili di eguaglianza; il terzo, indebito esercizio della discrezionalità da parte del legislatore.

Guardiamo ai limiti. Come si conciliano con il dettato dell'art. 32, comma 2, Cost.? Ad esempio laddove l'art. 3 comma 5 della proposta stabilisce che la DAT non può mai avere ad oggetto l'idratazione e l'alimentazione artificiali, limite su cui torneremo più avanti. O quando l'art. 3 comma 2 dispone che il paziente "dichiara il proprio orientamento circa l'attivazione o non attivazione di trattamenti sanitari, purché in conformità a quanto prescritto dalla legge e dal codice di deontologia medica". Il richiamo alla legge si può capire e accettare, in quanto lo stesso art. 32 comma 2 fa rinvio ad essa. Ma non troviamo forse nel richiamo alla deontologia medica una singolare inversione? Se infatti il paziente ha un diritto riconosciuto a rifiutare il trattamento sanitario, è la regola deontologica medica a dover rispettare quanto da lui deciso nell'esercizio del diritto, e non certo il titolare del diritto a poterlo esercitare solo conformemente alla deontologia. Se tale fosse il caso, infatti, sarebbe chiamato a subordinare la sua decisione a situazioni che riguardano soggetti terzi e diversi. Ed infine quando la legge fa divieto al medico curante di "prendere in considerazione indicazioni orientate a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica". Con tale disposto si rende ad esempio inutile una volontà manifestata nel senso di non insistere in un trattamento salvavita: volontà cui il medico non potrebbe dare esecuzione.

Una indicazione inequivoca viene dall'Aula del Senato, che giunge al voto finale il 26 marzo 2009[15]. La Commissione sanità aveva approvato (art. 4, comma 1) una formulazione per cui "Le dichiarazioni anticipate di trattamento non sono obbligatorie ma sono vincolanti", pur coi molti limiti prima evidenziati. L'Aula approva un emendamento che sopprime le parole "ma sono vincolanti". Formulazione poi confermata in Commissione sanità alla Camera. Si toglie così ogni residuo dubbio che il diritto di decidere per sé stessi diritto non è, in alcun caso. Si conferma lo svuotamento del diritto di autodeterminazione, riducendo il testamento biologico a un inutile e complicato *optional*. Il dibattito di anni aveva consolidato - attraverso le drammatiche vicende di Welby ed Englaro, se pure in modo faticoso e contrastato – il tessuto normativo del diritto individuale di scegliere. Una evoluzione in senso liberale, che l'orientamento legislativo punta a cancellare. È la prova che l'attuazione dei diritti non va mai data per definitivamente acquisita.

In effetti è proprio qui il punto. Siamo o no di fronte a un diritto costituzionalmente garantito? Questa domanda è ineludibile. Il cardine principale per la ricostruzione sistematica è sempre la previsione del rifiuto di trattamento ex art. 32, comma 2, della Costituzione. Se una persona si chiude nella propria casa e smette di assumere cibo e bevande al fine di morire, con certezza – passato del tempo - morirà. Non si può certo sostenere che forzosamente la porta può essere aperta, e quella persona essere sottoposta ad idratazione e alimentazione con mezzi meccanici, suo malgrado. In tale ipotesi si sovrapporrebbe al diritto una coloritura funzionale, magari attraverso il richiamo all'interesse della collettività di cui all'art. 32, comma 1. Vedremmo allora il diritto individuale cedere di fronte ad un bene di più ampia portata. Ma è una lettura sbagliata. L'interesse della collettività può porsi come limite, attraverso l'intervento del legislatore ai sensi del comma 2, ma solo nel senso che dal diritto individuale di rifiutare il trattamento non deve venire ad altri un danno: un contagio, un pericolo. Tale non è certamente il caso in cui il titolare del diritto semplicemente scelga di lasciarsi morire, ad esempio negando il proprio consenso a un sostegno vitale. Non meritano apprezzamento dunque le ambiguità che talora si riscontrano anche nella giurisprudenza[16]. O quelle che emergono se piuttosto artificiosamente si distingue tra la rinuncia al trattamento sanitario prima che abbia inizio, e il rifiuto dopo che sia iniziato, come fa il Comitato nazionale di bioetica nel documento su *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*[17] del 24 ottobre 2008. Per il paziente, nulla cambia: rifiuto e rinuncia sono esercizio dello stesso diritto di autodeterminazione. Se un cambiamento c'è, riguarda il medico. Ma non può questo degradare il diritto del paziente a mera proposta, indicazione, auspicio. Alla fine, il connotato fondamentale di un diritto è esattamente nel fatto che alla volontà del titolare rimane affidata l'ultima e conclusiva scelta.

Ma se tutto ciò è vero, come si può allora accettare il contrario proprio nel momento in cui la persona è massimamente debole e indifesa, e incapace di resistere all'invasività di un trattamento sanitario

imposto? Quando non può chiudere la porta contro la violenza che viene fatta? Quali sarebbero in tal caso i valori costituzionali a sostegno di quella violenza? E cosa c'è di eticamente apprezzabile nel fatto che qualcuno – pur investito di pubblica autorità – approfitti della debolezza altrui per disattenderne le decisioni e annullarne la volontà?

È davvero singolare che il Comitato nazionale di bioetica nel documento del 18 dicembre 2003 sulle *Dichiarazioni anticipate di trattamento*[18] non menzioni affatto la Costituzione, pur richiamando tra i "testi di riferimento" la Convenzione di Oviedo e il codice di deontologia medica. Pensavano forse gli estensori che la Costituzione fosse un dato irrilevante, tamquam non esset? Se si richiamano e si qualificano come riferimento testi in vario modo normativi, come una convenzione o un codice deontologico, la Costituzione non può essere pretermessa. Del resto, sarebbe davvero opinabile l'affermazione che la bioetica possa in principio prescindere dal diritto positivo. Nel 2005, il President's Council on Bioethics statunitense tratta ampiamente il tema della autodeterminazione e delle dichiarazioni anticipate di trattamento (*Taking care. Ethical Caregiving in Our Aging Society*[19]). Ed è centrale nell'analisi il dato costituzionale, legislativo, giurisprudenziale. La stessa attenzione troviamo nel 1983 da parte della President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, in *Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment. Ethical, Medical, and Legal Issues in Treatment Decisions*[20].

In ogni caso, il giurista deve partire dalla Costituzione, e cercare in essa la sua prima certezza. Guardiamo dunque alla sentenza 438/2008[21] della Corte costituzionale, per cui il consenso informato "… si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" … La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione». Concetti successivamente richiamati e ribaditi nella sentenza 253 del 2009[22]. E del resto già delineati nella giurisprudenza della Corte relativa ai trattamenti sanitari – come il prelievo ematico – coattivamente esperiti come mezzi di indagine: v. ad es. sent. 54 del 1986[23] e 238 del 1996[24].

Per la Corte, dunque, l'autodeterminazione è un diritto fondamentale direttamente connesso alla libertà personale. Se questo è vero, l'autodeterminazione non può essere codecisione. Non esiste un'autodeterminazione condivisa, non più di quanto esista una libertà in compartecipazione. L'autodeterminazione è scelta individuale - sottratta all'influenza di soggetti terzi - di rifiutare o accettare un trattamento sanitario. Comporta che il rapporto tra medico e paziente sia fondato sul primato del paziente piuttosto che del medico. Tanto che l'alleanza terapeutica tra medico e paziente - cui la legge fa riferimento – non può essere paritaria. È un'alleanza diseguale, in cui la volontà di una parte contraente – il paziente – è sovraordinata rispetto alla volontà dell'altra.

Per questo, quanto al testamento biologico – manifestazione di una volontà che viene dal passato - può dirsi accettabile una verifica attenta quanto all'attualità, in ragione del tempo trascorso o di altre circostanze. Può considerarsi legittima la domanda: vorrebbe così, qui ed ora? E si può aprire spazio al dubbio se vada ricostruita e seguita la volontà storicamente espressa nella dichiarazione anticipata, o quella emergente come attuale. Se vi è ragione di dubbio, uno scrutinio stringente è conforme a Costituzione. Ma se della univoca volontà del paziente v'è certezza, ad essa non può mai sovrapporsi una volontà diversa, comunque argomentata e motivata. Lo spazio per l'autonoma scelta medica è residuale, e direttamente proporzionale al dubbio sulla effettiva volontà del paziente. Se in base alla volontà certa del paziente il medico non somministra un trattamento salvavita, non si realizza la fattispecie di cui all'art. 40, comma 2, c.p., per cui "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo". È proprio la contrapposta volontà del paziente che fa venir meno quell'obbligo.

E invece per il testamento biologico la proposta di legge restituisce indebitamente il primato alla volontà del medico. È questa che prevale nel rapporto medico-paziente. Lo vediamo nell'art. 7 comma 1 della proposta. "Le volontà espresse dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono prese in considerazione dal medico curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica

le motivazioni per le quali ritiene di seguirle o meno". Una opzione che sarebbe preclusa se la volontà del paziente fosse considerata in assoluto prevalente. Al più, il medico potrebbe rifiutarsi di continuare nella cura del paziente. O nel comma 2, per cui "Le indicazioni sono valutate dal medico, sentito il fiduciario, in scienza e coscienza, in applicazione del principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute, secondo i princìpi di precauzione, proporzionalità e prudenza". Ed ancora nel comma 3, per cui nel contrasto tra il medico curante e il fiduciario decide un collegio medico, per il quale "resta comunque sempre valido il principio della inviolabilità e della indisponibilità della vita umana". Anche qui l'ultima parola spetta comunque al medico, cui per di più la legge indica la scelta da fare. E si ricade così nell'ambito di applicazione dell'art. 40, comma 2, del codice penale.

È evidente l'intento del legislatore di chiamare la professione medica in trincea contro il ripetersi di casi come Welby o Englaro. Come anche è evidente che un diritto fondamentale riconosciuto in Costituzione – come deve essere considerato quello di autodeterminazione e di consenso informato – non può dipendere nel suo esercizio dal riconoscimento eventuale prestato - a discrezione - da parte di un soggetto terzo. E dunque la proposta di legge disconosce quel diritto per il soggetto che si trovi a redigere un testamento biologico, e ancor meno che si trovi nella condizione che quel testamento debba trovare esecuzione.

Questo fa emergere la violazione dell'art. 32, comma 2, della Costituzione, oltre che degli artt. 2 e 13. Ma segnala anche la violazione del principio di eguaglianza.

Siamo così al secondo profilo di incostituzionalità. Infatti non v'è dubbio quanto alla pienezza del diritto all'autodeterminazione e al consenso informato nel caso di persona che è in grado di manifestare consapevolmente la sua volontà. È un diritto che può essere esercitato anche nel senso di rifiutare un trattamento sanitario salvavita.

Abbiamo visto come una donna con un principio di cancrena a una gamba rifiuti l'amputazione, essendo consapevole che l'intervento chirurgico è il solo modo di evitare la morte. E dunque muore. Non si può dubitare che sarebbe stato impensabile – oltre che lesivo della Costituzione, di convenzioni internazionali, e della deontologia medica - portarla forzosamente su un tavolo operatorio, sottoporla ad anestesia ed amputarle la gamba contro la sua volontà. Allo stesso modo sarebbe impensabile costringere alla nutrizione o idratazione artificiali chi lucidamente negasse il suo consenso a tale trattamento. Un legislatore può imporre coattivamente interventi su una persona non consenziente a tutela di interessi della collettività: si può certo disporre una vaccinazione obbligatoria nel caso di epidemia conclamata, o per prevenirla. In questo caso la difesa dei molti giustamente prevale sul consenso individuale. Ma al di fuori di questa ipotesi un legislatore che disponesse trattamenti sanitari forzosi violerebbe l'art. 32 comma 2 non solo nella parte in cui garantisce il diritto al rifiuto, ma anche quanto al limite del rispetto della persona umana.

Ma se questo è vero, emerge con tutta evidenza la discriminazione tra chi può manifestare la sua volontà al momento in cui il trattamento sanitario viene praticato, e chi non può. Se per il primo l'autodeterminazione comprende la possibilità di rifiutare il trattamento salvavita – e certo lo comprende – anche per il secondo dovrà comprendere quella stessa possibilità. Se al primo è garantita la possibilità di manifestare efficacemente la propria volontà in quel senso, anche il secondo deve poterlo fare, e necessariamente a mezzo di una dichiarazione anticipata di trattamento. In ipotesi, la condizione che impedisce al titolare del diritto di esprimersi è permanente. Dunque, non consentirgli una dichiarazione anticipata o non osservarla equivale a privarlo del diritto, che non potrà mai esercitare. Per non dire del paradosso di chi chieda l'interruzione essendo consapevole e capace di intendere e di volere, e nel momento in cui perde conoscenza veda poi ripristinato il sostegno vitale ad opera del medico, e così via all'infinito. Sostanzialmente era questa la situazione – pur in un contesto diverso – raffigurata da quel medico che rifiutava il distacco del respiratore per Welby.

Proprio in questa prospettiva troviamo elementi per dubbi ulteriori sulla legge. È conforme alla Costituzione la pesante burocratizzazione imposta alla redazione del testamento biologico dagli artt. 4 e 9, ben al di là di quelle che possono essere le giuste esigenze di accertamento della volontà del paziente? Non è forse discriminatorio che il paziente in grado di manifestare al momento del trattamento la sua volontà possa farlo al di fuori di ogni formalismo e nel modo più semplice, mentre chi ha potuto solo manifestarla a mezzo di un testamento biologico in un momento precedente si è trovato costretto a formalità complesse e limitative, non indispensabili a dare certezza della volontà stessa, ma solo volte a scoraggiare che il testamento fosse redatto? Non richiede forse il principio di eguaglianza anche che – salvo ragionevoli differenze – sia per tutti egualmente agevole manifestare la propria volontà sull'accettazione o rifiuto del trattamento sanitario?

Questo può essere solo un dubbio. Una certezza di incostituzionalità viene invece da una previsione apparsa e poi scomparsa nella discussione in Senato, e ora compresa nel testo approvato in Commissione alla Camera. È un dettato aggiuntivo all'art. 4, comma 2: "Eventuali dichiarazioni di intenti o orientamenti espressi dal soggetto al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente legge non hanno valore e non possono essere utilizzati ai fini della ricostruzione della volontà del soggetto". Paradossalmente, se una persona pubblica dichiarasse in uno stadio di fronte a decine di migliaia di spettatori di non volere l'idratazione e l'alimentazione artificiali in caso di stato vegetativo permanente, e cadesse un attimo dopo in un siffatto stato, della volontà manifestata non si potrebbe tenere alcun conto, in quanto resa fuori delle debite forme. E se fosse in contrasto con una dichiarazione formalmente resa in precedenza, prevarrebbe la prima. Appare palese la violazione degli artt. 3 e 32 della Costituzione, in quanto la giusta esigenza di accertare con scrupolo la volontà del paziente deve poter essere soddisfatta nei modi appropriati e utili a tal fine. Non escluso, evidentemente, l'accertamento giudiziale. Sembra indiscutibile la irragionevolezza per incongruità rispetto allo scopo. Se una norma di tal genere fosse stata vigente, il caso Englaro – come anche il caso Schiavo negli Stati Uniti – non avrebbe avuto mai fine.

E giungiamo ora al terzo profilo di incostituzionalità: il cattivo esercizio della discrezionalità del legislatore in rapporto al sapere tecnico. Può il legislatore disporre come crede in una materia come il testamento biologico, senza tener conto degli orientamenti della scienza medica e delle *best practices* che questa suggerisce? Il problema ovviamente nasce con riferimento al disconoscimento della natura di trattamento sanitario per l'idratazione e l'alimentazione artificiali.

È del tutto chiaro che si è inteso – negando la natura di trattamento sanitario – sottrarre alimentazione e idratazione artificiali al dettato dell'art. 32, comma 2, della Costituzione. Se non si tratta di trattamenti sanitari, non rientrano nell'ambito garantito al rifiuto. Sono dunque interventi che il paziente non ha il "diritto" di rifiutare. Quindi, "possono" essere coattivamente praticati anche contro la volontà del paziente. Ma allora "devono" essere praticati comunque, anche contro quella volontà, configurandosi diversamente il reato di assistenza al suicidio o eutanasia, e la fattispecie di cui all'art. 40 del codice penale.

È anche chiaro che il ragionamento non può essere limitato al testamento biologico e allo stato vegetativo permanente. Si estende, inevitabilmente, anche alla condizione di piena coscienza e consapevolezza, perché attiene alla natura dell'intervento e non alla condizione soggettiva del paziente. Si perviene dunque alla aberrante conclusione di una pratica coattivamente inflitta. Siamo di fronte a una *fraus constitutionis*. Che è inevitabilmente quel che accade se si riqualifica artatamente una fattispecie per sottrarla all'imperio della norma costituzionale. E concettualmente non sarebbe diverso se il legislatore stabilisse che un'amputazione non è trattamento sanitario – e dunque è insuscettibile di rifiuto - se volta a salvare la vita del paziente. Ma si può andare oltre.

Nella sentenza 151 del 2009[25] la Corte costituzionale censura la legge sulla procreazione medicalmente assistita argomentando tra l'altro che "la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento" mentre la stessa Corte "ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali…". Il principio non potrebbe essere posto con chiarezza maggiore. E già nelle sentenze 282 del 2002[26] e 338 del 2003[27], relative al rapporto tra leggi regionali di dettaglio e leggi statali di principio in ambito sanitario, si afferma che scelte legislative dirette a limitare o vietare il ricorso a determinate terapie - la cui adozione ricade in linea di principio nell'ambito dell'autonomia e della responsabilità dei medici, tenuti ad operare col consenso informato del paziente e basandosi sullo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche a disposizione – "non sono ammissibili ove nascano da pure valutazioni di discrezionalità politica". Devono invece prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati.

È dunque indiscutibile il punto che l'indirizzo politico-legislativo non può semplicemente sovrapporsi al sapere tecnico, sostituendosi ad esso. Non si può disporre che un determinato trattamento debba per legge continuare a tempo indeterminato, non potendo per ciò mai configurarsi come accanimento terapeutico. Ed è decisivo che idratazione e alimentazione artificiali siano ovunque considerati trattamenti sanitari. Come tali, sono attratti nell'ambito di applicazione dell'art. 32, comma 2, della Costituzione. La diversa posizione assunta dalla Chiesa cattolica – poi trasfusa nel dettato legislativo –

è certamente una posizione legittima per la Chiesa, ma incompatibile con quello che un legislatore laico è chiamato a fare conformemente alla Costituzione.

In realtà il punto di divisione non è la tutela della vita, che nessuno mette in dubbio. È piuttosto sul concetto di vita che si assume e che si intende protetta in Costituzione. Può mai essere una vita artificiale, che – come dice Veronesi nel suo intervento in discussione generale in Senato - permette "agli organi del corpo umano di rimanere vitali, anche senza attività cerebrale, senza coscienza, senza pensiero, senza vista, udito, parola"? È proprio questo concetto di vita / non vita la prima ragione che rende impossibile condividere la posizione espressa dal Comitato nazionale di bioetica il 30 settembre 2005 sulla alimentazione e idratazione artificiali di pazienti in stato vegetativo persistente[28]. "… La vita umana va considerata un valore indisponibile, indipendentemente dal livello di salute, di percezione della qualità della vita, di autonomia o di capacità di intendere e di volere… qualsiasi distinzione tra vite degne e non degne di essere vissute è da considerarsi arbitraria, non potendo la dignità essere attribuita, in modo variabile, in base alle condizioni di esistenza …". Coerentemente, il parere nega all'alimentazione e idratazione artificiali la natura di atto medico, trattandosi di "una procedura che, rispettando condizioni minime (la detersione, il controllo della postura), risulta essere ben tollerata, gestibile a domicilio da personale non esperto con opportuna preparazione". Va dunque ritenuto un ordinario sostegno vitale, come tale da non interrompere in alcun caso. Per cui, la "sospensione è da considerarsi eticamente e giuridicamente illecita tutte le volte che venga effettuata, non sulla base delle effettive esigenze della persona interessata, bensì sulla base della percezione che altri hanno della qualità della vita del paziente". Anche a non voler cogliere la evidente sottovalutazione dei profili tecnici del trattamento, conta che il parere non riconosce alcun rilievo alla qualità della vita, né considera che un paziente possa giudicarla priva di dignità e dunque rifiutarsi di viverla.

Si può in funzione di un siffatto concetto di vita porre limiti al rifiuto ex art. 32, comma 2, Cost., escludendolo per talune categorie di trattamenti, che nulla hanno a che fare con la tutela di interessi generali o la salute di altri, ma unicamente con la scelta del malato sul come morire, essendo la morte comunque prossima e certa? La volontà di non vivere una vita che si avverte come priva di dignità è irrilevante, e va comunque disattesa? La risposta è negativa, e dunque l'impianto legislativo della proposta in discussione è inaccettabile. Per quell'impianto è il legislatore che decide in luogo del malato sul corpo del malato stesso. Il legislatore dispone, il medico esegue, il malato subisce. È la condanna *ex lege* a vivere, costi quel che costi.

Secondo i critici, ha un peso essenziale sulla formulazione del testo la pressione del Vaticano, che orienta le scelte legislative. In una intervista a La Repubblica dell'11 febbraio 2009 ne analizza lucidamente gli effetti Zagrebelsky[29]. Mentre in altri paesi la stessa Chiesa cattolica mantiene un atteggiamento diverso. La Repubblica Federale Tedesca approva solo nel giugno 2009 una legge specifica sul fine vita[30]. Ma è da anni in uso un formulario per l'autodeterminazione e il consenso informato - adottato insieme dalla Chiesa cattolica e da quella protestante - ben più aperto del testo in discussione[31]. Ed è il Presidente della Camera Fini a ricordare che il Parlamento non deve fare leggi orientate da precetti di tipo religioso[32]. Una dichiarazione che scatena una ridda di polemiche nel centrodestra, e che merita un apprezzamento. Come merita menzione anche la posizione assunta da Pera, ex presidente dell'Assemblea, nella sua dichiarazione di voto nell'Aula del Senato[33].

Motivando il dissenso rispetto al suo gruppo e la contrarietà alla traduzione del testamento biologico in legge, Pera pone un interrogativo radicale: è giusto e opportuno che si legiferi in materia? Di fronte al malato in stato vegetativo permanente si chiede: "si compie accanimento continuando il mantenimento in vita o si compie eutanasia interrompendolo? In altri termini: si commette un crimine contro la vita, inviolabile, lasciando morire il paziente oppure si commette un crimine contro la persona, anch'essa inviolabile, alimentandolo forzosamente? … dobbiamo concludere che a questa domanda non c'è risposta. Occorre una decisione. Il testo che stiamo per approvare dice che questa decisione equivale a dire che bisogna comunque salvare la vita. Il testo dice anche che questa decisione la deve prendere il legislatore, il Parlamento, noi. Io credo che questo sia costituzionalmente e anche eticamente sbagliato. Intanto fa prevalere l'articolo 2 della Costituzione sull'articolo 32, il quale scompare completamente. In secondo luogo affida una decisione che è tipicamente etica, personale e particolare ad un obbligo giuridico che è generale ed astratto e che vale per tutti i casi. In terzo luogo, essendo la casistica indefinita, se non infinita, la norma – nemmeno quella che stiamo per approvare – non riuscirà mai a coprirla tutta. Chi insegue oggi il caso Englaro domani dovrà inseguire il caso Rossi e poi quello Verdi e cosi via".

E qual è dunque la risposta giusta? Intorno al malato c'è una piccola comunità di persone – il familiare, il medico, il sacerdote – che lo conoscono e lo amano. "È questa comunità che, sapendo che

non può né procedere all'eutanasia né procedere all'accanimento terapeutico, può e deve prendere la decisione migliore senza cavilli di legge e senza Azzeccagarbugli. A me pare che cosi ci sarebbero più libertà, più responsabilità, più tutela e rispetto della vita e della dignità e … anche un po' più di carità cristiana".

Sagge parole, quelle di Pera. Non sempre poter fare una legge significa che si debba fare. Soprattutto quando i temi sono complessi, toccano questioni di fondo su cui è massima l'incertezza, o si collocano in campi in cui il sapere tecnico è in continua evoluzione. In tal caso la migliore legge può essere quella che non c'è, o almeno quella minimale, che poco dispone, e molto lascia alla decisione individuale, agli orientamenti prevalenti nella società, alle *best practices* che la comunità scientifica suggerisce, alla giurisprudenza. Una eco della posizione di Pera si trova nella lettera – pubblicata dal quotidiano Il Foglio il 23 settembre 2009 - che venti deputati del centrodestra inviano a Berlusconi, chiedendo di evitare la iper-regolamentazione giuridica del "fine vita"[34]. A conclusioni non dissimili giunge Galli Della Loggia, certo non sospettabile di estremismo, sul Corriere della Sera[35].

Ed è ancora Fini a ricordare che spetta al Parlamento e non alla Chiesa decidere, auspicando la revisione del testo approvato in Senato[36]. Suscita aspre critiche nel centrodestra[37], e viene bacchettato dal Vaticano[38]. Sartori, sul Corriere della Sera, scrive che l'antica DC sapeva anche dire seccamente no al Vaticano, mentre Berlusconi si mostra particolarmente cedevole[39].

3. Le esperienze degli altri: dalle medical futilities *al suicidio assistito.*

Saggezza vorrebbe anche che si tenesse in ogni caso conto dell'esperienza di altri paesi.

Nel gennaio 2008 il Congressional Budget Office degli Stati Uniti diffonde uno studio su *Technological Change and the Growth of Health Care Spending*[40]. Il documento richiama l'avanzamento tecnologico come un fattore che contribuisce in misura decisiva all'aumento della spesa sanitaria. Sottolinea che l'equilibrio fiscale del paese a lungo termine sarà determinato dall'aumento dei costi dell'assistenza. Ed afferma che il futuro aumento dei costi potrebbe essere temperato se nuovi e costosi servizi venissero adottati più selettivamente che in passato.

È chiaro in questi termini come il problema del fine vita – che spesso si accompagna all'erogazione di servizi sanitari complessi e costosi – si intreccia con quello della sostenibilità della spesa. Abbiamo visto svolgersi un pluridecennale confronto sul *rifiuto* del trattamento sanitario in osservanza del principio di autodeterminazione e di consenso informato. Si apre in anni recenti il dibattito sul *diniego* del trattamento di sostegno vitale da parte del fornitore del servizio, pubblico o privato, nel caso di *medical futility*. Concetto che solo in parte coincide con quello di accanimento terapeutico, che si indirizza alla imposizione forzosa e non voluta dal paziente di cure dalle quali il paziente stesso non può trarre beneficio. Mentre la *medical futility* guarda piuttosto alle cure che sono dal paziente – o da chi lo rappresenta – volute e richieste, ancorché inutili (da ultimo in Italia v. Cass. Pen., IV Sez., 7 aprile 2011, n. 13746/11[41]). Nei termini che abbiamo in precedenza visto, ad esempio, trattamenti di sostegno vitale in condizioni di grave danno irreversibile o di morte cerebrale, o interventi fortemente invasivi o ad alto rischio in una prospettiva di morte certa e a breve termine. Di certo, affidare la decisione alla autodeterminazione o al tutore – genitore, parente, amico - garantisce che la richiesta di non praticare o interrompere un trattamento rispetti la volontà del paziente come manifestata o quale sarebbe presumibilmente stata. Ma non garantisce, invece che la richiesta sia fatta in quello che è oggettivamente il migliore interesse del paziente, ed in specie considerando il beneficio che ragionevolmente può derivarne. In realtà, lo schema concettuale di affidare la scelta allo stesso paziente ovvero al parente, all'amico, al fiduciario assicura in principio un equilibrio soddisfacente tra i valori e gli interessi in campo solo se la scelta è per il distacco della spina. È il contenuto della scelta che garantisce l'equilibrio. Sapremo infatti che la decisione non è assunta a cuor leggero, e si fonda invece su una convinzione vera di assoluta mancanza di alternative. Si offre una base solida e affidabile per il convincimento del giudice, che potrà in specie intervenire laddove si manifestassero interessi impropri e strumentali, come ad esempio quelli di potenziali eredi tesi a lucrare dalla morte del paziente. Se invece la scelta è contraria al distacco della spina, è chiara la possibilità di distorsioni. Per la comprensibile difficoltà di recidere il legame con la vita, o magari per l'attesa miracolistica di sviluppi relegati nell'assoluta improbabilità statistica.

Ma quando un trattamento può dirsi inutile? Non basta in effetti dire che tale è laddove non produca effetti positivi per il paziente. In questi termini, un respiratore artificiale per chi è in stato di morte cerebrale certo non è inutile, perché evita che il paziente muoia. Ma è inutile, perché non può recare al paziente un miglioramento della sua condizione. Vale ancora in un contesto di questo genere il

ragionare svolto per l'autodeterminazione e il consenso informato? O il quadro di riferimento – giuridico oltre che etico – deve necessariamente essere diverso?

Alcuni stati (tra cui New York, Maryland, Georgia, Oklahoma, Oregon, South Dakota, Texas, Vermont) hanno adottato leggi che consentono la sospensione unilaterale da parte dell'ospedale o della clinica di trattamenti salvavita, anche contro la volontà espressa in dichiarazioni anticipate di trattamento, ovvero dal tutore legale in nome del paziente. Una via aperta a dubbi, in vista della possibilità che il fornitore del servizio guardi anzitutto al contenimento della spesa. Ma anche qui la risposta non è semplice. Perché è inevitabile che le risorse – umane, organizzative, finanziarie - impegnate a tenere in vita chi una vita degna non potrà mai più avere non saranno disponibili e spendibili per pazienti che in ipotesi potrebbero ricavarne un maggiore e decisivo beneficio. E non è diverso se il sistema sanitario ha natura privata o pubblica. Nel primo caso impegnare risorse in *medical futilities* si tradurrà in un aumento dei costi di polizza per tutti gli assicurati; nel secondo in un aumento delle tasse. In entrambi, in un servizio quantitativamente o qualitativamente peggiore per altri pazienti, che nel momento del bisogno avranno più difficilmente accesso a un respiratore, una macchina per dialisi, un apparato per la rianimazione. Quindi, il bilanciamento non è tra il diritto individuale del paziente da un lato, e l'astratto interesse all'equilibrio di bilancio e all'efficienza del sistema sanitario dall'altro. È in realtà tra diritti individuali omogenei e comparabili.

Laddove è stata esperita una risposta legislativa le soluzioni date non appaiono soddisfacenti. Le leggi oscillano tra la casistica dettagliata, che non potrà mai coprire tutte le possibili evenienze, e formulazioni di generico principio. Alla fine, l'ultima risposta toccherà ai giudici. Nel New Jersey, dove nel 1976 tutto ebbe inizio con il caso *Quinlan*, nel gennaio 2008 Ruben Betancourt dopo un intervento chirurgico cade in uno stato vegetativo permanente per un distacco accidentale del respiratore, e il conseguente irreversibile danno cerebrale. Sopravvive con il respiratore, la nutrizione artificiale, la dialisi. L'ospedale Trinitas – tra l'altro collegato alla locale Chiesa cattolica - segnala l'intenzione di interrompere i trattamenti, essendo la condizione del paziente insuscettibile di miglioramento, e sospende la dialisi. Il costo della degenza si sta avvicinando ai due milioni di dollari, e la copertura assicurativa è prossima ad esaurirsi. La figlia di Betancourt resiste in corte, chiedendo di essere nominata tutore legale del padre, per esprimere il suo diniego alla interruzione. Un primo giudice accoglie la sua richiesta[42], la nomina tutore del padre, e ordina all'ospedale di conformarsi alle indicazioni che la Betancourt vorrà dare, riprendendo i trattamenti nel frattempo sospesi. Prima della sentenza in appello, Betancourt muore. Il giudice non si pronuncia nel merito, essendo venuta meno la materia del contendere[43]. Ma le memorie degli *amici curiae*[44] consentono di valutare appieno la portata del caso.

Questo può essere stato il primo avviso di nuove battaglie legali, di segno diverso rispetto a quelle seguite a *Quinlan*. Il caso del New Jersey non è isolato. Ad Austin, Texas, il sostegno vitale viene tolto ad un'anziana donna vietnamita, con un preavviso di pochi giorni, contro il volere dei familiari[45] . Ed ancora in Texas viene spento il respiratore a una giovane donna morente, povera e immigrata[46]. La prima era sul punto di esaurire la copertura assicurativa. La seconda non aveva assicurazione. Più che la scelta in sé di interrompere il sostegno vitale, è questo il punto che segnala un grave e inaccettabile pericolo. È impossibile sfuggire alla sensazione di una medicina di classe, in cui tutto è possibile e garantito solo a chi può pagare. Ma è un pericolo che non si affronta con precetti legislativi recanti generali divieti, ma riorientando le politiche sanitarie in modo tale da garantire un'assistenza quantitativamente e qualitativamente eguale al povero come al ricco. Qualunque altra soluzione risponde solo a canoni di cinica ipocrisia. E non è certo minore l'ipocrisia di una proposta di legge sul testamento biologico – come quella in discussione nel Parlamento italiano - che vuole consacrare con la maestà della legge la *medical futility*. Né si fa più apprezzare un dibattito in cui queste tematiche sono pudicamente occultate, mentre la sanità subisce tagli che le rendono ogni giorno più attuali.

Anche per il testamento biologico dobbiamo guardare oltre i confini. È ampiamente diffuso, nella forma di dichiarazioni anticipate di trattamento che devono essere osservate. Alimentazione e idratazione sono considerate trattamenti sanitari. Ma si va anche oltre.

Ancora negli Stati Uniti, lo Stato dell'Oregon ha dal 1994 il *Death With Dignity Act* [47], per cui il malato terminale può chiedere la somministrazione di medicine "al fine di porre termine alla sua vita in modo umano e con dignità". Una legge nata tra dure polemiche e fosche previsioni, poi ampiamente smentite dai report annuali sulle richieste presentate[48]: numeri ridottissimi, pazienti anziani, per circa l'80% malati di cancro. E nel turno elettorale del novembre 2008 nello Stato di Washington un referendum popolare ha approvato, con il 59% dei consensi, una legge di contenuto analogo[49].

Quanto alla giurisprudenza, nel 1994 viene contestata davanti a un giudice federale la costituzionalità di una legge dello Stato di Washington che sanzionava penalmente il suicidio assistito. Dopo pronunce contrastanti (*Compassion in Dying v. Washington*, 850 F. Supp. 1454 (1994); *Compassion in Dying v. Washington*, 49 F.3d 586 (1995); *Compassion in Dying v. Washington*, 79 F.3d 790 (1996)), la legge viene ritenuta incostituzionale per violazione della *Due Process Clause* di cui al XIV Emendamento[50]. È garantita al paziente la scelta sui modi e sui tempi della propria morte, anche sul punto di affrettarla con l'ingestione di medicine letali prescritte da un medico. In *Washington v. Glucksberg*[51], 521 U.S. 702 (1997), la Corte Suprema riforma la decisione dei giudici inferiori, negando che esista un diritto al suicidio assistito costituzionalmente protetto. Nella tradizione giuridica anglo-sassone per centinaia di anni sono stati puniti sia il suicidio che l'aiuto al suicidio. Una larga maggioranza degli Stati sanziona penalmente chi assiste il suicida. Tutto questo esclude che il diritto al suicidio assistito possa configurarsi come diritto fondamentale, perché tale è per definizione il diritto saldamente radicato nella storia del paese e nella sua tradizione giuridica. Tra i diritti protetti dalla *Due Process Clause* troviamo il diritto di sposarsi, di avere figli, di allevarli ed educarli, il diritto alla privacy nel matrimonio, all'uso di contraccettivi, all'integrità del corpo, il diritto di abortire, e di rifiutare trattamenti sanitari salvavita. Ma non il diritto al suicidio assistito. Il legislatore statale può vietarlo perseguendo ragionevolmente obiettivi politici. Tali sono la difesa della vita, la tutela della professione medica, e la salvaguardia dei soggetti deboli, come i poveri, gli anziani e i disabili, nei confronti di amici e parenti che vedono il suicidio assistito come un mezzo per porre termine alle difficoltà che spesso si accompagnano alle lunghe malattie.

In *Glucksberg* viene dunque rigettata la censura di incostituzionalità rivolta alla legge statale. Nel coevo caso *Vacco v. Quill*[52], 521 U.S. 793 (1997), relativo ad una legge dello Stato di New York parimenti volta a sanzionare il suicidio assistito, la Corte suprema distingue tra il medico che interrompe il sostegno vitale a richiesta del paziente, e quello che somministra un farmaco per affrettarne la morte. Altra cosa è lasciar morire, altra è uccidere. Consentire al paziente di rifiutare il sostegno vitale è solo riconoscere un diritto di *common law* a mantenere l'integrità del corpo, difendere la propria autonomia e prevenire un "unwanted touching".

Nello Stato del Montana Robert Baxter, un malato terminale di 75 anni, chiede la somministrazione di farmaci per una morte rapida e senza sofferenze. Mr. Baxter, quattro medici, e l'associazione *non-profit* Compassion & Choices, iniziano un'azione legale affermando che è incostituzionale applicare le leggi del Montana sull'omicidio al medico che prescrive un farmaco letale per affrettare una fine inevitabile, e accoglie la richiesta in tal senso di un malato terminale nel pieno possesso delle sue facoltà. La Costituzione del Montana - art. II, commi 4 e 10 - tutela la privacy e la dignità umana. Ne viene al paziente il diritto di morire con dignità. La stessa legislazione dello Stato (*Rights of Terminally Ill Act*[53]), consente al paziente la richiesta di interruzione di trattamenti salvavita, ed esclude per tale ipotesi responsabilità civili e penali del personale sanitario che ottempera alla richiesta.

Nel dicembre 2008 la Corte di primo grado[54] rileva che la Costituzione statale offre alla privacy, dignità e integrità della persona una protezione più ampia rispetto a quella federale. Ne segue che un malato terminale ha un diritto fondamentale costituzionalmente protetto a morire con dignità; che questo diritto comprende la prescrizione di farmaci da parte del medico; che tale prescrizione non determina una responsabilità a carico del medico.

Baxter muore, ma il giudizio va avanti. Il 31 dicembre 2009 la Corte Suprema del Montana in parte conferma e in parte riforma la sentenza del giudice di primo grado (*Baxter et al. v. Montana et al.*[55]). Non condivide la lettura del suicidio assistito in chiave di diritto costituzionalmente protetto adottata dal giudice di primo grado, e mantiene la propria argomentazione in termini di legislazione ordinaria. Ma afferma che l'aiuto del medico al paziente che chiede di affrettare la propria morte non è in contrasto con le *public policies* e con le leggi del Montana, in specie considerando la disciplina adottata con il *Terminally Ill Act*. Esclude quindi responsabilità a carico del medico per l'aiuto al paziente, e conferma per questa parte la sentenza di primo grado. Notevole la *concurring opinion* di Justice Nelson, fortemente argomentata sul concetto di "human dignity" cui la Costituzione dello Stato fa riferimento: "This right to physician aid in dying quintessentially involves the *inviolable right to human dignity—our most fragile fundamental right*" (corsivo aggiunto). Successivamente, un tentativo di capovolgere la pronuncia della Corte Suprema, introducendo per legge il divieto di somministrare farmaci volti ad affrettare la morte, viene battuto nel Senato del Montana[56].

Dalle decisioni dei giudici federali e statali si trae dunque che – ad oggi – negli Stati Uniti la questione del suicidio medicalmente assistito, diversamente dalla richiesta di interruzione di un trattamento di sostegno vitale, è rimessa ai legislatori dei singoli Stati. Non vi è infatti né copertura costituzionale -

tale da porre ostacolo a un divieto *ex lege* - di un diritto al suicidio assistito, né per contro un impedimento costituzionale a un riconoscimento in sede legislativa del diritto medesimo. Rimane dunque rimesso alla discrezionalità del legislatore proibire o consentire, e in quali termini e modi, tale scelta sul fine vita.

In Europa, la legge olandese[57] definisce le condizioni in cui non sia punibile il medico che pratica l'eutanasia o suicidio assistito, e quindi non la mera sospensione di trattamenti, ma la somministrazione di medicinali al malato terminale per avvicinare una fine senza sofferenze. Lo stesso per la legge belga[58].

Si discute in Spagna dell'adozione di una legge in materia, e già un primo passo è stato compiuto dalla Comunidad Autónoma de Andalucía[59]. Ed esistono nella vicinissima Svizzera strutture - Exit e Dignitas[60] - che praticano il suicidio assistito, a pagamento. Dignitas, in particolare, è protagonista di un caso che scuote la Gran Bretagna, dove la legge sanziona penalmente il suicidio assistito. Debbie Purdy, malata terminale di sclerosi multipla, chiede a suo marito di accompagnarla presso la clinica svizzera, che ha già ospitato per una iniezione letale un centinaio di britannici. Si rivolge al giudice per assicurarsi che il marito non debba subire una successiva incriminazione in sede penale per l'aiuto prestatole. Dopo alterne vicende, la House of Lords come giudice di appello (oggi sostituita dalla UK Supreme Court per il *Constitutional Reform Act* del 2005[61]) stabilisce che per l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo Debbie ha il diritto di decidere come morire. Quindi, la pubblica accusa deve adottare delle chiare linee guida per casi del genere, e la legge va infine cambiata[62]. Va ricordato che nel 2001, in *Pretty v. Director Of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*[63], i Lords avevano respinto una richiesta analoga. La Corte di Strasburgo aveva poi negato che vi fosse stata da parte della Gran Bretagna violazione della Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali[64]. L'opinione dei Lords nel caso *Purdy* trova un riscontro maggioritario nella opinione pubblica. Un sondaggio del Times del luglio 2009[65] riporta che ben il 74% degli intervistati - in maniera ampiamente omogenea per classi di età e orientamento politico - è a favore di una legge che consenta il suicidio assistito dal medico come in Svizzera. E vengono successivamente adottate nuove linee guida per la pubblica accusa nei casi di assistenza al suicidio[66].

E comunque, nella realtà globale, il tentativo di isolarsi alzando insuperabili argini formali rischia una mancanza in tutto o in parte di effettività. In un tempo di elevata mobilità, le barriere poste da un legislatore nazionale possono essere aggirate. Si può temere che nel nostro paese – che ha conosciuto nella storia il turismo abortivo quando l'aborto era ancora reato, e conosce oggi quello procreativo a seguito di una legge troppo restrittiva e per molti oscurantista sulla fecondazione assistita – conosca domani un turismo funerario. Naturalmente a pagamento, odiosamente discriminatorio a danno di chi non può permetterselo. La mancanza di effettività di una grida manzoniana si può tradurre in una ulteriore ferita a uno dei principi fondativi della Costituzione repubblicana, come è quello di eguaglianza.

Si dice di solito che di fronte alla morte tutti sono uguali. Potremmo scoprire invece che anche nel morire – e in vario modo - alcuni sono più uguali di altri.

---

* Il presente saggio è tratto, con adattamenti, da un più ampio lavoro dal titolo *Il diritto di morire*, Scriptaweb, Napoli, in corso di stampa.

[1]http://www.repubblica.it/politica/2011/04/27/news/berlusconi_a_deputati_impegno_per_biotestamento-15440882/?ref=HRER1-1

A quanto riporta la stampa il 27 aprile, Berlusconi afferma che "È una legge parlamentare, su cui il governo non è tenuto a intervenire, ma allo stesso tempo è una legge che nasce da circostanze particolari su cui non solo il governo ha preso posizioni chiare e coraggiose, ma io personalmente mi sono adoperato ed esposto con assoluta convinzione … Questa legge sancisce per la prima volta il

principio laico di 'consenso informato' per cui nessun trattamento sanitario può essere compiuto sul paziente senza che questi abbia espresso il proprio consenso assicurando così la libertà di cura … traccia un confine netto con l'eutanasia, evitando anche i rischi di accanimento terapeutico … noi liberali, cristiani, socialisti, riformisti, credenti di fedi diverse e non credenti … noi moderati, insomma, siamo convinti che la libertà, bene prezioso, non possa arrivare a negare la vita".

[2] http://www.camera.it/parlam/leggi/04006l.htm

[3]http://www.lucacoscioni.it/decreto_del_dott_guido_stanzani_giudice_tutelare_del_tribunale_di_modena

[4]http://www.aduc.it/generale/files/allegati/decreto-modena-amm-sostegno.pdf

[5]http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00311657.pdf

[6]http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Emendc&leg=16&id=395887&idoggetto=504009

[7]http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00404185.pdf

[8]http://archiviostorico.corriere.it/2009/gennaio/26/Veronesi_testamento_biologico_legge_incostituzionale_co_9_090126034.shtml

[9]http://temi.repubblica.it/micromega-online/lettera-aperta-allonorevole-franceschini/

[10]http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=ListEmendc&leg=16&id=29638

Emendamenti art. 5

5.49

Rutelli, Lusi, Villari

Sostituire il comma 6 con il seguente:

«6. Alimentazione e idratazione sono forme di sostegno vitale e sono fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono quindi essere oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento. Nelle fasi terminali della vita o qualora il soggetto sia minore o incapace di intendere e di volere la loro modulazione e la via di somministrazione, da commisurarsi alle aspettative di sopravvivenza, alle condizioni del paziente e alla necessità di non dar corso ad accanimento terapeutico, debbono essere il frutto di una interazione e comune valutazione tra il medico curante, cui spetta la decisione finale, l'eventuale fiduciario ed i familiari.».

[11]http://www.repubblica.it/2009/02/sezioni/politica/testamento-bio/veronesi-rodota/veronesi-rodota.html

[12] http://www.gaetanoquagliariello.it/node/824

[13]http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/404394.pdf

[14]http://www.camera.it/view/doc_viewer_full?url=http%3A//www.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp%3Fcodice%3D16PDL0045980&back_to=http%3A//www.camera.it/126%3FPDL%3D2350%26leg%3D16%26tab%3D2%26stralcio%3D%26navette%3D

[15]http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/409731.pdf

[16] V. ad es. Cass. Pen, Sez. I, sent. 11 luglio 2002, n. 22446

[17]http://www.governo.it/bioetica/testi/Rifiuto_postille_9_11_088.pdf

[18]http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf

[19]http://bioethics.georgetown.edu/pcbe/reports/taking_care/taking_care.pdf

[20]http://bioethics.georgetown.edu/pcbe/reports/past_commissions/deciding_to_forego_tx.pdf

[21]http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2008&numero=438

[22]http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=253

[23]http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1986&numero=054

[24]http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1996&numero=238

[25]http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=151

[26]http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2002&numero=282

[27]http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2003&numero=338

[28] http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/PEG.pdf

[29]http://www.repubblica.it/2009/02/sezioni/cronaca/eluana-englaro-4/intervista-zagrebelsky/intervista-zagrebelsky.html

[30] http://www.bios-bios.it/novita/la-legge-tedesca-sulle-disposizioni-di-fine-vita/

[31] http://www.astrid-online.it/Libert--di/TESTAMENTO/Documenti/Disposizioni-assistenziali-del-paziente-cristiano.pdf

http://www.lucacoscioni.it/rassegnastampa/germania-la-conferenza-episcopale-e-il-consiglio-della-chiesa-evangelica-ammettono-eu

http://temi.repubblica.it/micromega-online/il-nuovo-testamento-biologico-“cristiano”-dei-tedeschi

http://temi.repubblica.it/micromega-online/testamento-biologico-dei-cristiani-tedeschi-avvenire-attacca-micromega/?printpage=undefined

[32]http://www.lucacoscioni.it/rassegnastampa/non-si-fanno-le-leggi-seguendo-la-fede

[33]http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/409731.pdf

http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=16&id=409731

[34] http://www.ilfoglio.it/soloqui/3403

[35] Galli Della Loggia, *I Confini della Volontà. La legge sul fine vita*, e *Quando una legge decide della vita*, in *Corriere della Sera*, rispettivamente 25 febbraio e 6 marzo 2011.

http://www.corriere.it/editoriali/11_febbraio_25/la-legge-sul-fine-vita-i-confini-della-volonta-ernesto-galli-della-loggia_3a49a752-40a6-11e0-a0e9-e3433e14003f.shtml

http://www.corriere.it/editoriali/11_marzo_06/Quando-una-legge-decide-della-vita-galli-della-loggia_ead3c17e-47c8-11e0-9c0b-cba0d8eea70e.shtml

[36]http://www.corriere.it/politica/09_agosto_26/fini_festa_pd_camera_654d8850-925c-11de-bb1e-00144f02aabc.shtml

[37]http://www.repubblica.it/2009/08/sezioni/politica/testamento-biologico-2/gasparri-quagliariello/gasparri-quagliariello.html

[38]http://www.corriere.it/politica/09_agosto_27/fisichella_zuccolini_675db3e2-92cd-11de-9adc-00144f02aabc.shtml

[39]http://archiviostorico.corriere.it/2009/settembre/16/TESTAMENTO_SENZA_VOLONTA_co_8_090916004.shtml

[40] http://www.cbo.gov/ftpdocs/89xx/doc8947/01-31-TechHealth.pdf

[41] La Corte ha annullato senza rinvio, per sopravvenuta prescrizione, la sentenza di condanna per omicidio colposo di alcuni medici, che avevano eseguito un intervento chirurgico su una paziente successivamente deceduta. Nei giudizi di merito era emerso che la donna aveva espresso il suo consenso all'intervento, ma che lo stesso doveva considerarsi inutile, essendo la paziente malata terminale e destinata comunque a morire entro un tempo breve. Di questo la paziente era consapevole nell'esprimere il consenso. Si configurava dunque una violazione dei doveri deontologici, perché era stato praticato un trattamento insuscettibile di arrecare un beneficio. E questo concorreva a configurare la colpa a carico dei medici, che avevano peraltro anche commesso degli errori nell'eseguire l'intervento. Il consenso precedentemente espresso dalla donna non valeva a sollevare i medici dalle proprie responsabilità.

[42]http://thaddeuspope.com/images/Betancourt_v_trinitas_3-4_2_.pdf

[43] http://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/2010/a3849-08-opn.html

[44] http://www.thaddeuspope.com/images/Pope.pdf

http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1030&context=thaddeus_pope&sei-redir=1#search="superior+court+of+new+jersey+betancourt+amici+curiae"

http://www.thaddeuspope.com/images/Betancourt_NJHA_CHP_MSNJ_amicus_small_.pdf . Quest'ultima memoria a sostegno delle posizioni dell'ospedale per conto di NJ Hospital Association, Catholic HealthCare Partnership of New Jersey, e Medical Society of New Jersey.

[45]http://www.freerepublic.com/focus/f-chat/1623122/posts

[46]http://reason.com/archives/2006/02/10/pulling-the-plug-on-unwilling/print

http://www.slate.com/id/2133518/

[47]http://public.health.oregon.gov/ProviderPartnerResources/EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Pages/ors.aspx

[48]http://public.health.oregon.gov/ProviderPartnerResources/EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Documents/year12.pdf

[49]http://www.secstate.wa.gov/elections/initiatives/text/i1000.pdf

http://wei.secstate.wa.gov/osos/en/documents/i1000-text%20for%20web.pdf

[50] XIV (1868) *Sezione 1.* Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e sottoposte alla relativa giurisdizione, sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà qualsiasi Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi.

[51]http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=521&invol=702

[52]http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=95-1858

[53] http://data.opi.mt.gov/bills/mca_toc/50_10_1.htm

[54]http://community.compassionandchoices.org/document.doc?id=58

[55] http://www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2011/03/Montana_Opinion_12_31_09.pdf

"... a physician who aids a terminally ill patient in dying is not directly involved in the final decision or the final act. He or she only provides a means by which a terminally ill patient himself can give effect to his life-ending decision, or not, as the case may be. Each stage of the physician-patient interaction is private, civil, and compassionate. The physician and terminally ill patient work together to create a means by which the patient can be in control of his own mortality. The patient's subsequent private decision whether to take the medicine does not breach public peace or endanger others .... we see nothing in the case law facts or analysis suggesting that a patient's private interaction with his physician, and subsequent decision regarding whether to take medication provided by a physician, violate public policy. ... We similarly find no indication in Montana statutes that physician aid in dying is against public policy. The Montana Rights of the Terminally Ill Act (Terminally Ill Act) and the homicide statute's narrow applicability to "another" human being, do not indicate that physician aid in dying is against public policy ... The Terminally Ill Act, in short, confers on terminally ill patients a right to have their end-of-life wishes followed, even if it requires direct participation by a physician through withdrawing or withholding treatment. Section 50-9-103, MCA. Nothing in the statute indicates it is against public policy to honor those same wishes when the patient is conscious and able to vocalize and carry out the decision himself with self-administered medicine and no immediate or direct physician assistance ...The Terminally Ill Act authorizes physicians to commit a direct act of withdrawing medical care, which hastens death. In contrast, the physician's involvement in aid in dying consists solely of making the instrument of the "act" available to the terminally ill patient. The patient himself then chooses whether to commit the act that will bring about his own death. The legislature codified public policy by expressly immunizing physicians who commit a direct act that gives effect to the life-ending wishes of a terminally ill patient. Section 50-9-204, MCA. There is no suggestion in the Act that a lesser physician involvement (making available a lethal does of medicine)—which is then vetted by a terminally ill patient's intervening choice and subsequent selfadministered ingestion—is against public policy ... We therefore

hold that under § 45-2-211, MCA, a terminally ill patient's consent to physician aid in dying constitutes a statutory defense to a charge of homicide against the aiding physician when no other consent exceptions apply. The District Court's ruling on the constitutional issues is vacated, although the court's grant of summary judgment to Plaintiffs/Appellees is affirmed on the alternate statutory grounds set forth above ".

[56] http://blog.compassionandchoices.org/?cat=5

[57]http://www.fondazionepromozionesociale.it/PA_Indice/136/136_la_legge_olandese.htm

[58] http://www.tutori.it/legge_belgio_eutanasia.html

[59]http://www.juntadeandalucia.es/boja/boletines/2010/88/d/1.html

[60]http://www.avis-svizzera.ch/uster/per-la-terza-eta/exit.html

http://www.dignitas.ch/index.php?id=117&Itemid=166&option=com_content&task=view

[61] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents

[62]http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Mondo/2009/09/suicidio-assistito-inghilterra.shtml?uuid=2caf7ae2-a848-11de-bb97-68f215fbb471&DocRulesView=Libero

[63]http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011129/pretty-1.htm

[64]http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Pretty%20|%20v.%20|%20The%20|%20United%20|%20Kingdom&sessionid=69280394&skin=hudoc-fr

[65] http://populus.co.uk/the-times-the-times-poll-19th-july-2009-190709.html

[66] http://www.cps.gov.uk/news/press_releases/144_09/

Tra queste:

The public interest factors against a prosecution include that:

The victim had a clear, settled and informed wish to commit suicide;

The victim indicated unequivocally to the suspect that he or she wished to commit suicide;

The victim asked personally on his or her own initiative for the assistance of the suspect;

The victim had a terminal illness or a severe and incurable physical disability or a severe degenerative physical condition from which there was no possibility of recovery;

The suspect was wholly motivated by compassion;

The suspect was the spouse, partner or a close relative or a close personal friend of the victim, within the context of a long-term and supportive relationship;

The actions of the suspect, although sufficient to come within the definition of the offence, were of only minor assistance or influence, or the assistance which the suspect provided was as a consequence of their usual lawful employment.