

## L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita. <sup>1</sup>

di *Antonella Massaro*

**CASO A:** Tizio, malato di distrofia-fascio-scapolo-omerale, vede la sua malattia degenerare progressivamente. Si tratta di una patologia che consuma e annienta il corpo, ma lascia intatte le facoltà intellettive. A seguito di una grave insufficienza respiratoria, Tizio è sottoposto a un intervento di tracheotomia e gli viene applicato un respiratore artificiale; riesce a comunicare all'esterno tramite un sintetizzatore vocale, che traduce in impulsi sonori le indicazioni fornite, attraverso lo sguardo, a una tastiera elettronica. Le sofferenze divengono sempre più insopportabili, tanto che Tizio decide di porre fine alle stesse mediante la morte. Posto che le sue condizioni di salute non gli consentono di provvedere autonomamente, Tizio richiede l'intervento di Caio, medico anestesista, il quale accetta di dar seguito alla sua richiesta. Caio procede quindi al distacco del ventilatore artificiale che tiene in vita Tizio. A carico di Caio si apre un procedimento penale per omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), ma il Tribunale ritiene che la condotta del medico sia scriminata *ex art. 51 c.p.*, in quanto lo stesso, assecondando la consapevole volontà del paziente, aveva agito in adempimento di un suo dovere.

(Caso tratto da Trib. Roma, 23 luglio 2007, Riccio, relativo alla morte di Piergiorgio Welby)

**CASO B:** Tizio è affetto da tetraplegia e cecità bilaterale corticale (dunque permanente) a seguito di un incidente stradale. Non è autonomo per lo svolgimento delle basilari funzioni vitali (respirazione, evacuazione) né per l'alimentazione. La sua condizione gli cagiona gravi sofferenze fisiche, lasciando per contro inalterate le funzioni intellettive. Dopo il fallimento di numerose terapie riabilitative e presa coscienza dello stato irreversibile della propria condizione, Tizio matura la decisione di porre fine alle sue sofferenze dandosi la morte. Malgrado i tentativi di dissuasione da parte dei suoi familiari, il proposito di Tizio diviene sempre più radicato e, in particolare, si indirizza sulla clinica svizzera Alfa, che pone in essere pratiche di c.d. suicidio assistito nei confronti di chi ne faccia richiesta: tra le condizioni richieste dalla clinica c'è quella per cui il paziente debba porre in essere autonomamente la condotta dalla quale derivi causalmente la sua morte. A questo punto Tizio incontra e conosce Caio, uomo politico da tempo impegnato per un riconoscimento della "morte dignitosa" da parte dell'ordinamento giuridico italiano. Caio si offre di accompagnare in macchina Tizio in Svizzera. I due compiono il viaggio insieme e, giunti a destinazione, Tizio, mordendo un pulsante per attivare l'immissione del farmaco letale, dà seguito alla propria decisione di togliersi la vita. Nei confronti di Caio si apre un procedimento penale per il reato di istigazione o aiuto al suicidio, ma il giudice di primo grado solleva questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 580 c.p.

(Caso tratto da Corte d'Assise di Milano, Sez. I, 14 febbraio 2018, relativo alla morte di Fabiano Antoniani)

---

<sup>1</sup> Il presente contributo costituisce parte del volume *Temi penali*, vol. II, *Delitti contro la persona. Delitti contro il patrimonio*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Giappichelli, 2018. Si ringrazia per l'Editore per averne autorizzato la pubblicazione anticipata.

**Sommario:** **1.** Gli articoli 579 e 580 c.p. nel sistema dei delitti di omicidio – **2.** Il problema penale della c.d. eutanasia – **3.** L’art. 579 c.p. e il preteso dogma della indisponibilità della vita umana – **3.1.** Il caso *Riccio-Welby* – **3.2.** Il caso *Englaro* – **4.** L’art. 580 c.p.: le condotte penalmente rilevanti – **4.1.** Il suicidio nell’ordinamento italiano – **5.** Il bene giuridico tutelato: dalla vita alla libertà di autodeterminazione – **5.1.** Il caso *Cappato-Antoniani* e la questione di legittimità costituzionale – **6.** Proposte per una lettura costituzionalmente conforme dell’art. 580 c.p.: a) la lettura “restrittiva” dell’aiuto al suicidio – **6.1.** b) reato di pericolo presunto, offensività in astratto e offensività in concreto – **7.** La legge n. 219 del 2017: una nuova tappa nella (ri)affermazione del consenso del paziente – **7.1.** Le Dichiarazioni Anticipate di Trattamento (DAT) – **8.** Soluzione dei casi proposti.

### **1. Gli articoli 579 e 580 c.p. nel sistema dei delitti di omicidio.**

Gli articoli 579 e 580 c.p. puniscono, rispettivamente, l’omicidio del consenziente e l’istigazione o aiuto al suicidio. L’art. 579 c.p. individua una fattispecie speciale rispetto all’omicidio volontario, in cui l’elemento specializzante è costituito dal consenso della vittima: la pena è della reclusione da sei a undici anni. L’art. 580 c.p., invece, punisce condotte “collaterali” rispetto al suicidio, che, di per sé, non costituisce un fatto penalmente rilevante: la pena “base” è della reclusione da cinque a dodici anni. Per entrambe le fattispecie, dunque, il legislatore prevede una pena meno severa di quella dell’art. 575 c.p.

La distinzione tra i due delitti è comunemente individuata assumendo come *discrimen* la condotta dalla quale deriva causalmente la morte: se la condotta che ha cagionato la morte è posta in essere dal terzo, la fattispecie applicabile sarà quella di omicidio del consenziente; se, invece, è posta in essere direttamente dalla vittima, a venire in considerazione sarà un’ipotesi di istigazione o aiuto al suicidio. Si pensi, a titolo esemplificativo, al soggetto che decida di darsi la morte mediante l’assunzione di un potente barbiturico: l’art. 579 c.p. può trovare applicazione nel caso in cui un terzo provveda alla materiale somministrazione del farmaco<sup>2</sup>, mentre l’art. 580 c.p. si applicherà nel caso in cui il terzo procuri il farmaco all’aspirante suicida, che procede poi, autonomamente, all’assunzione dello stesso<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Facendo ricorso alla potenza evocativa del racconto cinematografico, si pensi alla scena di *Million Dollar Baby* di Clint Eastwood in cui Frankie (Clint Eastwood) esaudisce la richiesta della sua “campionessa” Maggie (Hilary Swank, premio Oscar per questa interpretazione), rimasta paralizzato per un incidente avvenuto durante un incontro di *boxe*, di aiutarla a morire: Frankie stacca il respiratore e poi somministra a Maggie una consistente dose di adrenalina.

<sup>3</sup> Sempre attingendo a esempi cinematografici, si pensi alla “procedura” seguita da *Miele* (Jasmine Trinca), angelo della morte protagonista dell’omonimo film di Valeria Golino: Miele si procura un potente barbiturico, commercializzato all’estero ma illegale in Italia, fornisce ai “pazienti” tutte le informazioni relative all’assunzione e agli effetti del farmaco, lasciando però che siano i pazienti a provvedere alla materiale assunzione dello stesso.

La Corte di cassazione, in una delle rare pronunce registratesi al riguardo, ha ritenuto di dover valorizzare non solo la condotta, intesa nella sua dimensione meramente oggettivo-causale, ma anche la volontà della vittima rispetto a quella dell'agente. Più esattamente, si «avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria»<sup>4</sup>.

## 2. Il problema penale della c.d. eutanasia.

Né l'art. 579 c.p. né l'art. 580 c.p. contengono riferimenti espliciti alle questioni che, forse impropriamente, si trovano solitamente ricondotte entro l'etichetta di «questo fatto così tragico e contraddittorio che è l'eutanasia»<sup>5</sup>. Nei *Lavori preparatori del codice penale*, anzi, si precisava che l'art. 579 c.p. non intendesse certo «disciplinare una causa di esclusione del reato per i casi di cosiddetta eutanasia»<sup>6</sup>. È tuttavia innegabile che gli articoli in questione siano finiti “sotto i riflettori” proprio per le drammatiche vicende relative a pazienti che, affetti da gravi patologie, hanno deciso non solo di porre fine alle proprie sofferenze attraverso la morte, ma anche di rendere pubbliche le loro storie: le vicende (umane, giuridiche e giudiziarie) che hanno riguardato Piergiorgio Welby e Fabiano Antoniani (Dj Fabo) e da cui sono tratti, rispettivamente, il CASO A e il CASO B, sono solo la punta dell'*iceberg* di una casistica particolarmente ampia ed eterogenea.

---

<sup>4</sup> Cass., Sez. I pen., 6 febbraio 1997, n. 3147, Munaò, in *Cass. pen.*, 3/1999, 871, con nota di M.C. BISACCI, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*; in *Riv. it. med. leg.*, 2/2000, con nota di F. INTRONA, *Il suicidio è un omicidio ruotato di 180°?* Il caso era quello di due giovani studenti che, attraversando un periodo particolarmente difficile per disagi esistenziali riconducibili a delusioni amorose e insuccessi scolastici, maturarono insieme il proposito di togliersi la vita. Chiusi nella villetta di proprietà di uno dei due, decisero di darsi la morte per soffocamento, attraverso delle bombole del gas. Dopo un primo tentativo non riuscito, uno dei due amici perse la vita. L'altro, recuperati i sensi, decise di desistere dal proposito: aprì le finestre, provò a salvare l'amico che però nel frattempo era morto e, accendendosi distrattamente una sigaretta, cagionò una violenta esplosione che, pur provocandogli delle ustioni, lo lasciò in vita. Cfr. sul punto V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Cedam, 1984, 230-231, il quale precisa che nell'art. 579 c.p. la vittima, prestando il proprio consenso, partecipa solo moralmente, mentre nell'art. 580 c.p. il concorso della vittima si traduce in un'attività che è morale e materiale insieme.

<sup>5</sup> M. PORZIO, voce *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, 1967, 109.

<sup>6</sup> *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. II, Tipografia delle Mantellate, 1929, 373.

La tematica dell'eutanasia pone questioni non solo giuridiche, ma, prima ancora, filosofiche, etiche, religiose<sup>7</sup>. Non per questo, tuttavia, è auspicabile che la stessa resti confinata nelle ombre di uno “spazio libero dal diritto”, da cui cioè lo Stato dovrebbe restare fuori perché impossibilitato a schierarsi a favore di una tra le molteplici opzioni etiche in conflitto: si tratta, piuttosto, di uno spazio che attende ancora una sua compiuta delimitazione “laica”, che assuma come stella polare (anzitutto) le indicazioni ricavabili dalla Carta costituzionale<sup>8</sup>.

Il concetto di *eutanasia*, che etimologicamente richiama una morte indolore e tranquilla, senza però alcuna specificazione relativa ai mezzi da adoperare per raggiungere il risultato in questione<sup>9</sup>, si presta a ricomprendere pratiche molto diverse tra loro.

Si pensi, per esempio, alle forme di eutanasia collettivistica, imposta per il perseguimento di pretese finalità di carattere, appunto, collettivo: l'eutanasia eugenica (eliminazione di individui deformi o menomati al fine di migliorare la razza), l'eutanasia economica (eliminazione di malati incurabili, di invalidi o di anziani, che rappresentano un inutile peso in termini economici per la collettività), l'eutanasia criminale (eliminazione di soggetti socialmente pericolosi e, quindi, delinquenti potenziali)<sup>10</sup>. Nessun dubbio, in questi casi, sull'operatività incondizionata dell'omicidio volontario.

Le uniche “pratiche eutanasiche”, che forse sarebbe meglio definire “pratiche di fine vita”<sup>11</sup>, della cui rilevanza penale può discutersi sono quelle che facciano seguito a una richiesta del soggetto che intenda porre fine alla propria vita. Sebbene le classificazioni siano diverse e molto articolate al loro interno<sup>12</sup>, una delle distinzioni che ha conosciuto maggior successo è quella tra eutanasia passiva ed eutanasia attiva. L'*eutanasia passiva* consisterebbe nell'omissione delle cure necessarie a mantenere

<sup>7</sup> Sulla dimensione pregiuridica dell'eutanasia e sugli inevitabili condizionamenti di tipo morale e culturale che subisce una trattazione “tecnica” della questione F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1997, 75.

<sup>8</sup> Per l'improponibilità di uno spazio libero dal diritto in riferimento ai temi del fine vita F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Il Saggiatore, 1992, 211 ss.; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/1984, 1009-1010; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, 3/2007, 907.

<sup>9</sup> M. PORZIO, voce *Eutanasia*, cit., 103.

<sup>10</sup> F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1988, 448. V. anche M. PORZIO, voce *Eutanasia*, cit., 110 ss.

<sup>11</sup> Cfr. F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, IV ed., Giappichelli, 2016, 134 ss.

<sup>12</sup> A titolo meramente esemplificativo, per restare alla sola letteratura penalistica, F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., 134 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 74 ss.; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1007; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1995, 670 ss.; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, 2009, 9 ss.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008, 25 ss.

in vita il paziente o nell'interruzione di un trattamento già iniziato (come avviene, per esempio, nel CASO A). L'*eutanasia attiva*, invece, consisterebbe in condotte o trattamenti che abbiano come effetto quello di anticipare la morte del paziente. L'accorciamento della vita del paziente potrebbe derivare anche dalla somministrazione di antalgici nell'ambito di un programma di cure palliative. In quest'ultimo caso si parla di *eutanasia indiretta*, della cui irrilevanza penale nessuno dubita: se infatti la somministrazione di farmaci anti-dolore risponde a un'esigenza terapeutica, la stessa deve considerarsi doverosa da parte del medico<sup>13</sup>.

Particolarmente problematico si rivela il concetto di *accanimento terapeutico*, con il quale, in via di prima approssimazione, si indica il trattamento di documentata inefficacia, che presenta un rischio elevato per il paziente e/o una particolare gravosità per lo stesso in quanto fonte di ulteriori sofferenze e in le cure somministrate e risultano chiaramente sproporzionate rispetto alle condizioni del paziente<sup>14</sup>. Si tratta di un concetto controverso non solo per le difficoltà definitorie (e di accertamento) che pone<sup>15</sup>, ma anche perché lo stesso potrebbe divenire un veicolo per spostare il fuoco della decisione in materia di fine vita dal paziente al medico: solo il medico, in effetti, può decidere cosa sia sproporzionato e inutile rispetto alle condizioni del paziente, al quale però, in linea di principio, spetta comunque l'"ultima parola".

Sebbene anche la distinzione tra eutanasia attiva e passiva non abbia mancato di suscitare perplessità<sup>16</sup>, è innegabile che la stessa continui a rappresentare un punto

<sup>13</sup> Per tutti F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., 136-137.

<sup>14</sup> *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana. Comitato Nazionale per la Bioetica*, 14 luglio 1995, in *bioetica.governo.it*, 29. V. anche l'art. 39, secondo comma del *Codice deontologico medico 2014*: «Il medico, in caso di definitiva compromissione dello stato di coscienza del paziente, prosegue nella terapia del dolore e nelle cure palliative, attuando trattamenti di sostegno delle funzioni vitali finché ritenuti proporzionati, tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento». Al concetto di "proporzionalità delle cure" si fa riferimento persino nella *Dichiarazione sull'eutanasia (Iura et bona)*, promulgata della Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede, il 5 maggio 1980.

<sup>15</sup> Sulle criticità dell'accanimento terapeutico, per tutti, A. FIORI, *L'enigma dell'accanimento terapeutico*, in *Med. e morale*, 2/2007, 257 ss.

<sup>16</sup> Per tutti O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, cit., 20 ss. Cfr. Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748 (relativa al "caso Englaro"), in *Foro it.*, I/2007, 3025, con osservazione di G. CASABURI: «il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale». S. CANESTRARI, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici. Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, *Il governo del corpo*, t. I, a cura di S. Canestrari-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Rodotà-P. Zatti, Giuffrè, 2011, 1906, il quale, muovendo dal presupposto per cui il rifiuto dei trattamenti sanitari sia un "diritto da prendere sul serio", propone di «abbandonare definitivamente l'espressione tradizionale ma del tutto impropria di "eutanasia passiva consensuale"». Sulla estrema varietà di casi che possono porsi all'attenzione dell'interprete e che, imponendo il superamento della dicotomia "eutanasia attiva-eutanasia passiva", evidenziano la necessità di una disciplina differenziata,

di riferimento nell'inquadramento giuridico delle pratiche eutanasiche: la questione corre sul crinale della distinzione tra “(farsi) uccidersi” e “lasciarsi morire”<sup>17</sup>, che richiama a sua volta quella tra condotta attiva e condotta omissiva del terzo<sup>18</sup>, con l'eutanasia attiva attratta nell'orbita nei delitti di omicidio e l'eutanasia passiva assunta al rango di un diritto del paziente.

La questione più generale attiene alla limitazione del principio *voluntas aegroti suprema lex*, che ne uscirebbe così delineato: il medico non può fare nulla che il paziente non desideri, ma non può fare nulla di diverso da quello che il paziente desidera<sup>19</sup>.

Il diritto all'autodeterminazione del paziente sul suo corpo e la sua vita, tuttavia, sembra incontrare il proprio limite nell'intervento di una terza persona<sup>20</sup>: secondo la scelta dell'ordinamento italiano, che prevede le fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio, il soggetto (non importa se malato oppure no) può liberamente darsi la morte, ma non può validamente consentire che un terzo si renda strumento di morte, neppure a fronte di una libera e consapevole determinazione in tal senso. Si tratta di verificare se una simile soluzione sia o meno compatibile con i principi costituzionali di riferimento.

### 3. L'art. 579 c.p. e il preteso dogma della indisponibilità della vita umana.

Con particolare riferimento all'art. 579 c.p., la *ratio* della più mite risposta sanzionatoria rispetto all'art. 575 c.p. risiede, evidentemente, nella presenza del *consenso* del soggetto passivo. Il consenso non opera come causa di giustificazione (art. 50 c.p.), ma comporta in ogni caso un'attenuazione della pena, in ragione del minor disvalore complessivo (oggettivo e soggettivo) del fatto di chi cagiona la morte di uomo in presenza di una volontà in tal senso della vittima<sup>21</sup>. Il codice Rocco, in questo modo, innova rispetto al codice Zanardelli, sotto la vigenza del quale, in

---

A. ESER, *Erscheinungsformen von Suizid und Euthanasie. Ein Typisierungsversuch*, in *Suizid und Euthanasie als Human- und Sozialwissenschaftliches Problem*, a cura di A. Eser, Stuttgart, 1976, 4 ss.

<sup>17</sup> «Qualunque altra cosa si possa perciò dire a favore o contro ogni forma di eutanasia attiva, resta come punto fermo per ogni futura legislazione – un punto veramente “nevralgico” – l'impossibilità di trasformare il “diritto alla propria morte” in un “diritto all'omicidio”»: F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1012. V. anche M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 916-917, il quale osserva come nel caso in cui si pratici un'iniezione letale si innesca un processo causale dovuto a un fattore nuovo, esterno al corpo del paziente, mentre se si distacca un respiratore si arresta un processo causale salvifico, altrettanto esterno al corpo del paziente che però esercita un diritto: solo la pietà potrebbe giustificare l'equiparazione delle due condotte.

<sup>18</sup> F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1016 ss.

<sup>19</sup> K. ENGISCH, *Suizid und Euthanasie nach deutschen Recht*, in *Suizid und Euthanasie*, cit., 320.

<sup>20</sup> K. ENGISCH, *Suizid und Euthanasie nach deutschen Recht*, cit., 321.

<sup>21</sup> Nei *Lavori preparatori del codice penale*, cit., 373 l'attenzione era focalizzata sul minor disvalore soggettivo dell'omicidio del consenziente che, in particolare, evidenziava un minor grado del dolo e una minore pericolosità del delinquente.

assenza di una disposizione *ad hoc*, all'omicidio del consenziente si applicavano le pene dell'omicidio comune<sup>22</sup>.

Dalla presenza dell'omicidio del consenziente nell'ordinamento penale italiano si ricava tradizionalmente il *principio di indisponibilità della vita umana*. L'omicidio del consenziente resta pur sempre un omicidio, anche se meno grave rispetto all'omicidio comune: questa premessa, nell'ottica dei compilatori del codice, era legata a filo doppio all'idea per cui la conservazione dell'integrità fisica dei cittadini rispondeva a un «prevalente interesse sociale»<sup>23</sup>. Non stupiscono, quindi, le osservazioni di chi riteneva che l'art. 579 c.p. fosse «fuori posto nell'ordine sistematico del codice» perché, più che un delitto contro la persona, doveva considerarsi un delitto volto a tutelare l'interesse statale alla potenza demografica della Nazione. L'omicidio del consenziente, si precisava, «colpisce un bene che è nella persona, ma non è più della persona»: il soggetto passivo non è l'individuo, ma lo Stato e l'uomo diviene dunque mero oggetto materiale del reato<sup>24</sup>. Più di recente l'idea di una rilevanza sociale o, comunque, superindividuale del bene giuridico vita è stato temperato riconoscendo allo stesso una «struttura complessa»: accanto all'aspetto «egoistico» (derivazione del principio personalistico), rappresentato dall'interesse del singolo alla conservazione della propria vita, si porrebbe un aspetto «altruistico» (derivazione del principio solidaristico), quale presupposto per l'adempimento di quei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale affermati dall'art. 2 Cost. Con il consenso alla propria uccisione, quindi, il soggetto rinuncerebbe alla dimensione «egocentrica» del diritto alla vita, ma la componente «solidaristica» resterebbe pur sempre indisponibile: dalla rinuncia del soggetto passivo può solo derivare un'attenuazione del disvalore *oggettivo* del fatto di reato e, dunque, una pena inferiore<sup>25</sup>.

In realtà, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, dovrebbe ritenersi superata ogni impostazione volta a riconoscere una proiezione della vita umana in una dimensione superindividuale: in un ordinamento fondato su basi liberali e democratiche, la vita non può che costituire un bene giuridico di pertinenza solo individuale. Ogni deroga ammessa a questo principio rappresenta una pericolosa concessione a logiche paternalistico-autoritarie secondo le quali il singolo non è tutelato «in sé», ma in funzione di ciò che è giusto per la collettività cui appartiene. Potrebbe dunque ritenersi che l'art. 579 c.p. tuteli non tanto la vita, quanto piuttosto *la libertà di autodeterminazione del singolo*. Se così fosse, tuttavia, dovrebbe necessariamente concludersi per la illegittimità costituzionale dell'art. 579 c.p., in quanto, già in astratto, inidoneo anche solo a mettere in pericolo la libertà di

<sup>22</sup> Sul dibattito relativo all'equiparazione dell'omicidio del consenziente all'omicidio volontario o, per contro, all'istigazione o aiuto al suicidio, si rinvia a V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., 189 ss. Ampie indicazioni anche in F. SCLAFANI-O. GIRAUD-G. BALBI, *Istigazione o aiuto al suicidio. Profili giuridici, criminologici, psicopatologici*, ESI, 1997, 16 ss.

<sup>23</sup> *Lavori preparatori del codice penale*, cit., 373.

<sup>24</sup> O. VANNINI, *Delitti contro la vita*, Giuffrè, 1946, 117-118.

<sup>25</sup> M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Giappichelli, 2006, 200-201.

autodeterminazione dell'individuo. Il "consenso", infatti, può ritenersi valido ed efficace solo in quanto proveniente da un soggetto consapevole e libero da condizionamenti di qualsiasi tipo<sup>26</sup>. Non è un caso che alcuni abbiano ritenuto che, concettualmente e per ciò che attiene ai requisiti di validità, si tratti dello stesso consenso cui si riferisce l'art. 50 c.p.<sup>27</sup>: il consenso o risponde a queste caratteristiche o, semplicemente, non è un consenso penalmente rilevante.

La decisione di porre fine alla propria vita, in quanto scelta contraria all'istinto di sopravvivenza, giunge solitamente al termine di un percorso sofferto: la richiesta di "aiuto" rivolta a un soggetto terzo potrebbe proprio derivare dall'incapacità "morale" di procedere autonomamente alla messa in atto di una decisione tanto dolorosa, richiedendo quindi un accertamento particolarmente rigoroso del requisito in questione.

L'art. 579 c.p., al terzo comma, prevede del resto che si applichino le disposizioni relative all'omicidio comune nei casi in cui, ad avviso del legislatore, il consenso non possa ritenersi prestato in maniera consapevole. Si tratta, in particolare, del consenso prestato: a) da un minore degli anni diciotto; b) da una persona inferma di mente o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; c) contro una persona il cui consenso sia stato estorto dal colpevole con violenza, minaccia o suggestione ovvero carpito con inganno. Il terzo comma dell'art. 579 c.p., a ben vedere, potrebbe considerarsi (almeno parzialmente) superfluo. Si è già precisato che il consenso di cui al primo comma, per potersi ritenere validamente prestato, debba essere *consapevole* e, quindi, proveniente da un soggetto in grado di comprendere e "scegliere" le conseguenze derivanti dalle proprie decisioni: questa condizione manca certamente tanto nel soggetto infermo di mente quanto in quello il cui consenso sia stato estorto o carpito con l'inganno, mentre considerazioni in parte differenti potrebbero riguardare il minore di diciotto anni.

Qualora si ritenesse di non poter concludere per la illegittimità costituzionale dell'art. 579 c.p., una delle soluzioni ipotizzabili è quella seguita dal Tribunale di Roma nel procedimento penale a carico di Mario Riccio, il medico anestesista che aveva disattivato il respiratore artificiale a seguito di una richiesta in tal senso da parte di Piergiorgio Welby, in una vicenda analoga a quella esemplificata dal CASO A. Piergiorgio Welby aveva manifestato la propria volontà di porre fine alle atroci sofferenze che dilaniavano il suo corpo anche addirittura attraverso una lettera indirizzata a Giorgio Napolitano<sup>28</sup>, allora Presidente della Repubblica, e attraverso il suo libro intitolato *Lasciatemi morire*. Nessun dubbio, sembrerebbe, sul fatto che la decisione di Welby fosse consapevole e non eterocondizionata. Il Tribunale di Roma ha ritenuto che la condotta dell'anestesista che "staccò la spina" integrasse gli elementi oggettivi (positivi) e soggettivi dell'omicidio del consenziente, risultando

<sup>26</sup> Per tutti v. ancora V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., 193 ss.

<sup>27</sup> R. PANNAIN, *I delitti contro la vita e la incolumità individuale*, Utet, 1965, 125.

<sup>28</sup> Il testo integrale della lettera è disponibile, tra l'altro, sul sito [www.lucacoscioni.it](http://www.lucacoscioni.it).

però scriminato *ex art. 51 c.p.* e, quindi, per adempimento di un dovere da parte del medico.

### 3.1. Il caso *Riccio-Welby*.

Pare opportuno ripercorrere più nel dettaglio la vicenda giudiziaria che ha riguardato la morte di Piergiorgio Welby, anche perché testimonia in maniera emblematica la faticosa affermazione di quel *diritto a rifiutare le cure* che, senza particolari sforzi interpretativi, sembra potersi ricavare dall'art. 32 Cost., secondo comma («nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana») o, ancor prima, dall'art. 13 Cost. e dal principio di inviolabilità della libertà personale.

La vicenda giudiziaria relativa alla richiesta di Piergiorgio Welby si articola in due “fasi”. Welby, infatti, si era dapprima rivolto al dott. Casale e, a fronte del rifiuto opposto da quest'ultimo alla richiesta di praticare il distacco del ventilatore artificiale, aveva tentato la via del ricorso *ex art. 700 c.p.c.* per ottenere un provvedimento che obbligasse l'anestesista a dar seguito alla sua richiesta, negato però dall'autorità giudiziaria<sup>29</sup>. In questa occasione il Tribunale di Roma giungeva alla spiazzante conclusione secondo cui sarebbe esistito un diritto del paziente a ottenere il distacco del respiratore, diritto dotato addirittura di fondamento costituzionale, eppure privo della necessaria attuazione a livello di legislazione ordinaria<sup>30</sup>. Un “diritto non tutelato” che, almeno da un punto di vista giuridico, rappresenta un'autentica contraddizione in termini.

Visto il peggiorare delle proprie condizioni di salute, Welby contattò il dott. Riccio, che accettò di interrompere la respirazione artificiale. Si aprì un procedimento per omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e, malgrado la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero, il Giudice per le indagini preliminari ordinò di formulare l'imputazione (art. 409 c.p.p.). Il Giudice dell'udienza preliminare, come anticipato, ha dichiarato non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.* ritenendo che il fatto, pur integrando nei suoi elementi (positivi) la fattispecie di cui all'art. 579 c.p., non fosse punibile per la sussistenza della scriminante dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.)<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, in *Corr. mer.*, 4/2007, 461 ss., con *Il Commento* di G. CASABURI.

<sup>30</sup> Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, cit.: «il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente [...], ma trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento».

<sup>31</sup> Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Dir. pen. proc.*, 1/2008, 59 ss., con nota di A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*. In argomento v. anche M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 902 ss.; F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2008, 1594 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima*

A fronte di un esplicito *dovere* del medico di dar seguito all'interruzione di cure richiesta del paziente, sembrava profilarsi con maggiore nitidezza il *diritto* di quest'ultimo a ottenere la corrispondente prestazione sanitaria. «Il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.»<sup>32</sup>; questa premessa vale anche qualora il rifiuto riguardi terapie salvavita e deve considerarsi operativa non solo nei rapporti tra lo Stato e il cittadino, ma anche in quelli il singolo medico e il paziente<sup>33</sup>. In nessun caso, di conseguenza, si può disattendere la tutela del diritto di autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario, che si estende anche all'ipotesi di rifiuto di nuova terapia e a quella (speculare) di interruzione della terapia già iniziata: «[...] il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanziandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione»<sup>34</sup>. Si tratta evidentemente di situazioni eccezionali, se si considera quanto l'istinto di conservazione sia radicato nell'essere umano; si tratta, poi, di condotte che, richiedendo specifiche competenze di tipo medico, possono essere poste in essere solo da chi abbia le necessarie competenze professionali per farlo (non anche, per esempio, da un familiare del malato)<sup>35</sup>.

### 3.2. Il caso *Englaro*.

Le premesse in questione sono state significativamente ribadite dalla pronuncia del Consiglio di Stato relativa al caso *Englaro*, con cui si sono tracciati i contorni del diritto di rifiutare le cure nella cornice dei rapporti tra lo Stato e il cittadino.

Pare opportuno precisare che, sebbene i casi *Welby* ed *Englaro*, anche per ragioni "cronologiche", si trovino spesso accostati nel dibattito scientifico, si tratta di vicende chiaramente differenti. Piergiorgio Welby, come più volte precisato, era nella condizione di esprimere il suo consenso attuale all'interruzione di cure. Eluana Englaro, invece, si trovava in stato vegetativo permanente a seguito di un incidente stradale: dopo un complesso e tormentato *iter* giudiziario, il padre della ragazza, in qualità di tutore della figlia, ottiene l'autorizzazione al distacco del sondino nasogastrico<sup>36</sup>. Ad avviso della Corte di cassazione, in particolare, la richiesta del

---

lettura, in *Dir. pen. proc.*, 12/2007, 1561 ss.; C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 5/2008, 1791 ss.

<sup>32</sup> Trib. Roma, 23 luglio 2007, cit., 62.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Trib. Roma, 23 luglio 2007, cit., 63.

<sup>35</sup> Trib. Roma, 23 luglio 2007, cit., 62.

<sup>36</sup> La vicenda giudiziaria relativa alla richiesta di Beppino Englaro di sospendere l'idratazione e l'alimentazione artificiale della figlia Eluana, in stato vegetativo permanente dopo un incidente stradale, è particolarmente lunga e articolata: un'efficace cronologia riassuntiva è rinvenibile in [www.unipv-lawtech.eu/la-lunga-vicenda-giurisprudenziale-del-caso-englaro.html](http://www.unipv-lawtech.eu/la-lunga-vicenda-giurisprudenziale-del-caso-englaro.html). La differenza tra i casi Welby ed Englaro è chiaramente evidenziata, tra gli

rappresentante legale poteva essere accolta nella misura in cui la stessa riflettesse gli orientamenti, le convinzioni e le personalità della paziente<sup>37</sup>: Eluana, per esempio, esprimendosi sulla condizione di una cosciente in stato vegetativo permanente, aveva detto che avrebbe preferito morire anziché restare in quelle condizioni. Potrebbe a lungo discutersi sulla ricostruzione, in via meramente presuntiva, della volontà del malato<sup>38</sup>: certo è che questa manifestazione di volontà è molto distante da quella proveniente da pazienti come Piergiorgio Welby o, come si cercherà di chiarire, di Fabiano Antoniani.

Quel che importa, tuttavia, è che Beppino Englaro, dopo aver ottenuto l'autorizzazione al distacco del sondino<sup>39</sup>, chiede che la Regione Lombardia metta a disposizione una struttura per l'esecuzione del "trattamento" in questione, ma la Direzione Generale Sanità respinge la richiesta. Beppino Englaro impugna avanti al TAR Lombardia la nota di diniego della Regione e il TAR accoglie il ricorso, annullando il provvedimento per aver illegittimamente vulnerato il diritto costituzionale di rifiutare le cure. La Regione Lombardia propone appello al Consiglio di Stato, che però conferma la decisione di primo grado. I giudici di Palazzo Spada rilevano che «a fronte del diritto, inviolabile, che il paziente ha, e – nel caso di specie – si è visto dal giudice ordinario definitivamente riconosciuto, di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta correlativamente l'obbligo, da parte dell'amministrazione sanitaria, di attivarsi e di attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, non potendo essa contrapporre a tale diritto una propria nozione di prestazione sanitaria né subordinare il ricovero del malato alla sola accettazione delle cure»<sup>40</sup>.

Erano dunque gettate le basi affinché il giudice tutelare di Cagliari, nell'ambito del caso *Piludu*, giungesse *de plano* ad autorizzare il distacco del respiratore artificiale, previa sedazione, di un paziente affetto da sclerosi laterale amiotrofica e capace di confermare al giudice stesso le proprie volontà<sup>41</sup>.

---

altri, da M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017, 11.

<sup>37</sup> Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 11/2007, 2366.

<sup>38</sup> Sull'attuale disciplina delle DAT (Dichiarazioni Anticipate di Trattamento), *infra*, § 7.1.

<sup>39</sup> App. Milano, Sez. I civ., 25 giugno 2008.

<sup>40</sup> Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 44600, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2015, con nota di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: Il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*. Il Tar Lombardia, 6 aprile 2016, n. 650, ha condannato la Regione al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali per la decisione di impedire l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale.

<sup>41</sup> Walter Piludu, ex Presidente della Provincia di Cagliari, affetto da sclerosi laterale amiotrofica, si trovava tracheotomizzato e alimentato per via artificiale, conservando inalterate le proprie facoltà intellettive. Il 31 maggio 2016 l'amministratore di sostegno di Piludu presentò al Tribunale di Cagliari una richiesta volta a ottenere il distacco degli strumenti di sostegno vitale, dopo aver manifestato per iscritto la propria volontà in tal senso. Il giudice, durante una visita a domicilio, ebbe modo di accertare la persistente attualità della decisione del paziente, accogliendo di conseguenza la richiesta presentata dall'amministratore di sostegno: Trib Cagliari, 16 luglio 2016, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2017, 910, con nota di A. PISU, *Quando il "bene della vita" è la morte, una buona morte*. V. anche

#### 4. L'art. 580 c.p.: le condotte penalmente rilevanti.

L'art. 580 c.p. punisce «chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione». Se il suicidio avviene, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni; se il suicidio non avviene, ma dal tentato suicidio deriva una lesione personale grave o gravissima, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.

La Corte di Cassazione, in un caso riguardante il “gioco” noto come *Blue Whale Challenge*<sup>42</sup>, ha precisato che affinché possa integrarsi la fattispecie di cui all'art. 580 c.p. è necessario che l'istigazione venga accolta e il suicidio si verifichi o quantomeno che il suicida, fallendo nel suo intento, si procuri una lesione grave o gravissima. Resterebbero quindi escluse dall'ambito di operatività dell'art. 580 c.p. non solo l'istigazione in quanto tale (contrariamente a quanto previsto in altre fattispecie: artt. 266, 302, 414, 414-bis, 415 c.p.), ma altresì l'istigazione accolta cui non consegua la realizzazione di alcun tentativo di suicidio e addirittura quella seguita dall'esecuzione da parte della vittima del proposito suicida da cui derivino, però, solo delle lesioni lievi o lievissime: «la soglia di rilevanza penale individuata dalla legge in corrispondenza della consumazione dell'evento meno grave impone quindi di *escludere la punibilità del tentativo*, dato che, per l'appunto, non è punibile neppure il più grave fatto dell'istigazione seguita da suicidio mancato da cui deriva una lesione lieve o lievissima»<sup>43</sup>.

Il secondo comma dell'art. 580 c.p. precisa che le pene sono aumentate se la persona istigata o aiutata si trovava in una delle condizioni descritte ai numeri 1) e 2) del precedente art. 579 c.p. Se però la vittima è minore degli anni quattordici o comunque priva della capacità di intendere o di volere si applicano le disposizioni relative all'omicidio.

L'art. 580 c.p. prevede quindi due forme di partecipazione all'altrui suicidio. La forma di *partecipazione morale* consiste nel far sorgere in altri un proposito suicida (determinazione) o nel rafforzamento di un proposito già esistente (istigazione). La forma di *partecipazione materiale* è invece definita, con formula molto ampia, come qualsiasi agevolazione all'esecuzione del suicidio: si pensi al caso “classico” del soggetto che fornisce all'aspirante suicida il mezzo per darsi la morte, ma anche, come nella vicenda esemplificata nel CASO B, a colui che accompagna in macchina l'aspirante suicida in una clinica in cui si pratica il c.d. suicidio assistito.

---

C. MAGNANI, *Il caso Walter Piludu: la libertà del malato di interrompere terapie salva-vita*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 8 dicembre 2016.

<sup>42</sup> Si tratta di un “gioco” in cui il curatore (o *tutor*) impartisce per via telematica delle istruzioni a coloro che decidano di partecipare: gli “ordini” possono giungere a richiedere di saltare da un edificio o, comunque, di mettere in pericolo la propria vita.

<sup>43</sup> Cass., Sez. V pen., 23 novembre 2017, n. 57503, in *Riv. pen.*, 2/2018, 138. Sulla controversa questione relativa alla configurabilità del tentativo nella fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio A. COCCA, *I delitti tentati di istigazione al suicidio. Una lettura “rinforzata” dell'art. 580 c.p. quale antidoto al fenomeno delle suicide challenges*, in *Arch. pen. web*, 1/2018.

Le questioni che si pongono in maniera più evidente in riferimento all'art. 580 c.p., specie se lo stesso venga inquadrato attraverso la lente delle pratiche di fine vita, sono essenzialmente due: anzitutto si tratta di chiarire l'“atteggiamento” dell'ordinamento italiano nei confronti del suicidio; in secondo luogo si rende necessario precisare quale sia il bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p.

#### 4.1 Il suicidio nell'ordinamento italiano.

Il suicidio, di per sé, rappresenta un fatto penalmente irrilevante. Se in riferimento al suicidio consumato verrebbe meno lo stesso soggetto da punire, ben potrebbe prevedersi una sanzione in caso di tentato suicidio. L'*iter* (storico e culturale) che ha condotto alla scelta attuale dell'ordinamento italiano è particolarmente complesso<sup>44</sup>. Nei Lavori preparatori del codice penale si legge che la mancata incriminazione del tentato suicidio risponde all'esigenza di evitare che colui che pervenga alla decisione di togliersi la vita si adoperi in maniera particolarmente rigorosa e ponderata per portare a compimento il suo intento, visto che, in caso di fallimento, incorrerebbe nella sanzione penale<sup>45</sup>.

Il fatto che il codice penale incrimini condotte di istigazione o agevolazione di un fatto di per sé lecito non rappresenta necessariamente una “contraddizione in termini” e, in ogni caso, risponde a uno schema rinvenibile non solo nell'art. 580 c.p. L'analogia più evidente è quella con le norme in materia di prostituzione: la prostituzione, in quanto tale, rappresenta un fatto penalmente irrilevante, ma l'ordinamento punisce «chiunque recluti una persona al fine di farle esercitare la prostituzione, o ne agevoli a tal fine la prostituzione» o, ancora, «chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui» (art. 3, comma primo n. 4 e n. 8 della l. n. 75 del 1958, c.d. legge Merlin)<sup>46</sup>. Si pensi anche, sebbene in questo caso il discorso sia parzialmente differente, alla disciplina in materia di sostanze stupefacenti: con il *referendum* del 1993 si abrogava il controverso art. 72, primo comma del d.P.R. n. 309 del 1990<sup>47</sup>, relativo all'illiceità dell'uso personale di

<sup>44</sup> Si rinvia sul punto a F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 83 ss. e a F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 1801 ss.

<sup>45</sup> *Lavori preparatori del codice penale*, cit., 375.

<sup>46</sup> Sulla nozione di prostituzione, tra gli altri, U. PIOLETTI, voce *Prostituzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, 1995, 276. Le disposizioni in questione sono interessate dai medesimi dubbi di legittimità costituzionale che, come si chiarirà, hanno investito l'art. 580 c.p.: in argomento v. A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2018, 164 ss.; A. MANNA-P. GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini*, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it); A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al Giudice delle Leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018, 23 ss.

<sup>47</sup> Il comma in questione prevedeva: «È vietato l'uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope [...]. È altresì vietato qualunque impiego di sostanze stupefacenti o psicotrope non autorizzato secondo le norme del presente testo unico». L. STORTONI, *La legge sulla droga: profili storici e valutazioni di politica criminale*, in AA.VV. *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, a cura di F. Bricola-G. Insolera, Cedam, 1991, 12, denunciava l'assurdità di una disposizione che, non rispondendo al parametro precetto-

stupefacenti, ma restava inalterata la rilevanza penale, per esempio, della produzione, del traffico e della detenzione di sostanze stupefacenti (art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990), all'evidente fine di fare "terra bruciata" attorno a una condotta non proibita<sup>48</sup>.

Non è un caso, del resto, che l'eutanasia, la prostituzione e il consumo di stupefacenti si trovino spesso ricondotte entro la comune cornice del c.d. paternalismo penale<sup>49</sup> e, più in generale, dei controversi rapporti tra autorità (Stato) e libertà (singolo individuo).

Si è sostenuto, nell'ambito di una ricostruzione particolarmente nota, che o si configura il suicidio come una libertà o addirittura un diritto, e allora si conclude per la illegittimità costituzionale delle fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio; oppure si conferma la legittimità della normativa in questione, muovendo dal presupposto che il suicidio sia soltanto tollerato da parte dell'ordinamento<sup>50</sup>. Il suicidio, più esattamente, sarebbe «riconducibile alla categoria del *giuridicamente tollerato*, perché costituisce un *disvalore*, ma tuttavia *non viene punito*»: si tratterebbe di atti che, per ragioni di mera opportunità politica, non sono puniti se posti in essere *manu propria*, restando però penalmente rilevante tanto la loro commissione *manu aliena* quanto ogni attività agevolatrice, in quanto l'ordinamento riconduce pur sempre agli atti in questione un disvalore giuridico. Gli esempi paradigmatici sarebbero offerti proprio dal suicidio, dall'esercizio della prostituzione e dall'uso di sostanze stupefacenti<sup>51</sup>. L'ulteriore conseguenza sarebbe

---

sanzione, si risolveva in una mera «enunciazione di illiceità». Di «norma-manifesto» parlava A. MANNA, *Legislazione simbolica e diritto penale: a proposito della recente riforma legislativa sugli stupefacenti*, *ivi*, 25, mentre per L. FERRAJOLI, *Proibizionismo e diritto*, in AA.VV. *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, a cura di L. Manconi, Feltrinelli, 1991, 134, l'articolo in questione assumeva la forma, più che di una norma giuridica, di un comandamento.

<sup>48</sup> Per tutti V.B. MUSCATIELLO, *La Giustizia bendata (La disciplina penale italiana sulla droga)*, in *Ind. pen.*, 2/2003, 437; V. MILITELLO, *Le forme indirette di diffusione degli stupefacenti nella nuova normativa*, in *Giust. pen.*, II/1992, 184.

<sup>49</sup> Si rinvia sul punto alla nota indagine di J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III, *Harm to Self*, Oxford University Press, 1986, 12 ss. (344 ss. in riferimento alla "scelta di morire") che, valorizzando l'*harm principle* e la regola per cui *volenti non fit iniuria*, perviene alla censura di ogni forma di *hard paternalism*, consistente nella pretesa di limitare scelte volontarie e consapevoli assunte dal soggetto. Per critiche o temperamenti rispetto a questa impostazione, nella letteratura italiana, v. M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, 155 ss. e D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Jovene, 2011, 489 ss.

<sup>50</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, VI ed., Cedam, 2016, 128-129.

<sup>51</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 127-128. Per una critica della categoria del giuridicamente tollerato A. MANNA, *Artt. 579-580. Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, a cura di A. Manna, Giappichelli, 2007, 48. Cfr. Cass., Sez. I pen., 9 maggio 2013, n. 33244, in *Cass. pen.*, 5/2014, 1787, relativa alla responsabilità ex art. 4 l. n. 110 del 1975 di un soggetto che aveva portato fuori dalla propria abitazione un coltello di 21 cm allo scopo di suicidarsi lontano dalla

quella per cui, così come non esiste un diritto di prostituirsi o di drogarsi, allo stesso modo non esiste un diritto di uccidersi che, in quanto tale, sia azionabile secondo i meccanismi di tutela offerti dall'ordinamento.

Se tuttavia il "diritto di uccidersi" cede il passo al "diritto di lasciarsi morire", la questione diviene ben più complessa. Sebbene non sia possibile ravvisare un generale "diritto al suicidio" nell'ambito dell'ordinamento italiano, non sembrano più sussistere dubbi sulla configurabilità di un "diritto di rifiutare le cure", anche quando le stesse assumano la consistenza di "cure salvavita" e anche nel caso in cui il rifiuto in questione comporti l'interruzione di un trattamento già iniziato: la pronuncia del Consiglio di Stato relativa al caso *Englaro*, del resto, ha ampiamente chiarito che si tratta di un diritto in senso tecnico, azionabile di fronte alla pubblica amministrazione.

### **5. Il bene giuridico tutelato: dalla vita alla libertà di autodeterminazione.**

Se la perentorietà del "dogma" dell'indisponibilità della vita umana esce quanto meno ridimensionata dal riconoscimento di un vero e proprio diritto di rifiutare le cure, per l'art. 580 c.p. valgono, *a fortiori*, le considerazioni già espresse in riferimento all'art. 579 c.p. per ciò che attiene al bene giuridico tutelato: non si tratta tanto della vita del soggetto, quanto piuttosto della sua libertà di autodeterminazione. La Corte d'Assise di Milano, nell'ambito del procedimento penale che vede imputato Marco Cappato per la morte di Fabiano Antoniani (CASO B), ha ritenuto di investire la Corte costituzionale della questione: la (sia pur parziale) illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. non sembra però un esito inevitabile.

#### **5.1. Il caso Cappato-Antoniani e la questione di legittimità costituzionale.**

Il caso di Dj Fabo e di Marco Cappato presenta evidenti profili di affinità rispetto al caso Welby.

---

propria abitazione. I giudici di legittimità, escludendo la sussistenza del giustificato motivo, precisano che «il suicidio, pur non essendo punito in sé nel vigente ordinamento penale a titolo di tentativo, costituisce pur sempre una scelta moralmente non condivisibile, non giustificabile ed avversata dalla stragrande maggioranza dei consociati, a prescindere dalle loro convinzioni religiose e politiche, siccome contraria al comune modo di sentire, in quanto negatrice del principio fondamentale, su cui si fonda ogni comunità organizzata e costituito dal rispetto e dalla promozione della vita in ogni sua manifestazione». S. SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 677, ritiene che il suicidio sia *tout court* un atto lecito, in quanto estrema manifestazione della personalità morale dell'uomo e quindi della sua libertà. Ad avviso di F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 88, dagli artt. 579 c.p., 580 c.p. e 5 c.c. si ricava che il vincolo alla disponibilità della vita riguarda solo le aggressioni *manu alius*, non anche le ipotesi di autoaggressione: da ciò deriva che l'eventuale intervento impeditivo del suicidio di un soggetto capace e consapevole non potrà essere scriminato *ex art. 52 c.p.* e che il dovere di soccorso derivante dall'art. 593 c.p. può operare solo in capo a chi, a seguito di un'azione incompiuta e non andata a buon fine, trovi l'aspirante suicida in stato di incoscienza. Sulla impedibilità della condotta suicidaria e sulla possibile operatività dell'art. 593 c.p. anche M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 7-8.

In entrambe le vicende, anzitutto, la malattia era tale da cagionare atroci sofferenze fisiche, lasciando però intatte le facoltà intellettive del paziente: si tratta di una circostanza indubbiamente fondamentale in sede di accertamento del consenso o, comunque, dell'autodeterminazione del paziente in relazione alla propria morte: non è un caso che le dichiarazioni rilasciate da Fabo alla trasmissione televisiva *Le Iene* abbiano acquisito una specifica valenza probatoria nell'ambito del procedimento penale apertosi a carico di Marco Cappato.

Sia il caso Cappato sia il caso Riccio, poi, sono segnati dalla richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero precedente, seguita però da un'ordinanza di imputazione coatta pronunciata *ex art.* 409 c.p.p., a conferma della scarsa chiarezza della normativa di riferimento (e/o dell'imbarazzo delle Procure, messe di fronte al tragico dilemma di un "diritto ingiusto"). È diversa però la fattispecie contestata: per Mario Riccio si era ipotizzata una responsabilità per omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), mentre nei confronti di Marco Cappato si sta procedendo per istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), visto che Fabiano Antoniani, mordendo un pulsante per attivare l'immissione del farmaco letale, si è dato la morte "per mano propria"<sup>52</sup>.

La Procura della Repubblica di Milano, presentando richiesta di archiviazione, riteneva che la sola condotta della quale potesse discutersi fosse l'aiuto materiale prestato da Marco Cappato, per aver accompagnato in automobile Antoniani nel luogo prescelto per il suicidio assistito<sup>53</sup>.

Il Giudice per le indagini preliminari, invece, ha ordinato di formulare l'imputazione per il reato di cui all'art. 580 c.p., sotto il profilo tanto dell'aiuto materiale quanto di quello morale. Sul piano dell'*aiuto morale*, Cappato avrebbe *rafforzato* il proposito criminoso di Antoniani, prospettandogli la possibilità di rivolgersi all'associazione svizzera *Dignitas* e, successivamente, adoperandosi per mettere in contatto i familiari con l'associazione in questione e per aver fornito loro il necessario materiale informativo<sup>54</sup>. Sul versante dell'*aiuto materiale*, Cappato, come anticipato,

<sup>52</sup> V. sul punto le considerazioni di F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen.*, II/2017, 38, ad avviso del quale la distinzione tra omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio viene fatta dipendere dal dato, marginale e fungibile, dell'attivazione del dispositivo "letale" da un soggetto terzo o dal morituro. L'attenzione che le cliniche estere pongono alla circostanza in questione tradirebbe «un'ineliminabile inquietudine di fondo» degli "accompagnatori della morte", alla quale si farebbe fronte convertendo un "sostanziale" omicidio in un "formale" suicidio: la figura del "suicidio assistito" rischierebbe di rientrare «nell'ambito di quelle "slealtà semantiche" degli eufemismi linguistico-espeditivi, dell'antilingua, con cui l'ideologia libertaria nobilita certi dati della bioetica, ripulendoli di ogni significato negativo e accreditante o ammantandoli di significati positivi e riqualficanti, col proposito di zittire il contrario pensiero altrui».

<sup>53</sup> Procura Milano, Richiesta di archiviazione, 2 maggio 2017, spec. 7-8, su cui v. P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2017, 381 ss.

<sup>54</sup> Gip Milano, Ordinanza per la formulazione dell'imputazione a seguito di richiesta di archiviazione non accolta, 10 luglio 2017, 7, in cui si precisa che il rafforzamento dell'altrui volontà e l'agevolazione dell'altrui suicidio attengono a una fattispecie concreta: ineriscono

avrebbe *agevolato* il suicidio di Antoniani, trasportandolo in auto da Milano alla cittadina svizzera Pfaffikon, sede dell'associazione *Dignitas*<sup>55</sup>.

La Corte d'Assise di Milano ha escluso una responsabilità penale dell'imputato per ciò che attiene all'aiuto morale: l'istruttoria avrebbe ampiamente dimostrato che Cappato fosse entrato in contatto con Antoniani quando quest'ultimo non solo era già a conoscenza delle attività svolte da *Dignitas* (aveva addirittura pagato la quota associativa), ma soprattutto aveva maturato, tanto autonomamente quanto tenacemente, la decisione di porre fine alle atroci sofferenze derivanti dalla sua condizione patologica. Resta invece un possibile profilo di rilevanza penale della condotta tenuta da Cappato sul piano del mero aiuto materiale, posto che non è mai stato in discussione, rappresentando per contro la "ragione" del procedimento a suo carico, il fatto che l'imputato abbia accompagnato in auto Fabo in Svizzera, presso la sede di *Dignitas*<sup>56</sup>.

Ad avviso della Corte d'Assise di Milano la condotta posta in essere da Cappato dovrebbe ritenersi conforme all'art. 580 c.p.: la nozione ampia di aiuto meramente materiale ricavabile dalla lettera della legge, secondo i giudici milanesi, sarebbe supportata anche dal "diritto vivente"<sup>57</sup>. La nozione ampia di "aiuto meramente materiale" al suicidio, tuttavia, presenterebbe evidenti profili di illegittimità costituzionale. Una delle argomentazioni più significative portate dalla Corte d'Assise è indubbiamente quella che attiene al bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p.<sup>58</sup>. Se sullo sfondo originario della disposizione si individua chiaramente la sacralità/indisponibilità della vita umana in relazione agli obblighi sociali ritenuti preminenti dal regime fascista, il principio personalistico che informa la Costituzione repubblicana impone di mettere al centro l'individuo e la sua capacità di autodeterminazione<sup>59</sup>. La Carta fondamentale non prevede un obbligo di curarsi, garantendo anzi a ciascuno il potere di disporre del proprio corpo e ammettendo interventi coattivi sulla salute del singolo solo nei casi eccezionali previsti dalla legge e solo per evitare di creare pericolo per gli altri. La centralità del consenso del paziente e del suo diritto all'autodeterminazione in riferimento ai trattamenti sanitari ha conosciuto poi un progressivo consolidamento: nella giurisprudenza interna (specie con i casi relativi alla morte di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro), nella giurisprudenza della Corte EDU e, da ultimo, con la legge n. 219 del 2017, rispetto

---

a "quel suicidio", non a una generica volontà di morire. Antoniani, quindi, fu «consapevole e libero di suicidarsi, ma questa sua libertà fu esercitata dopo essere stato corroborato e guidato nella sua volontà».

<sup>55</sup> Gip Milano, Ordinanza per la formulazione dell'imputazione a seguito di richiesta di archiviazione non accolta, 10 luglio 2017, cit., 7 ss.

<sup>56</sup> Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, 3.

<sup>57</sup> Per la verità l'unico precedente "apprezzabile" è costituito dalla già citata Cass., Sez. I pen., 6 febbraio 1997, n. 3147, Munaò.

<sup>58</sup> Il tema del danno e, di conseguenza, quello del paternalismo penale evoca necessariamente la questione teorica del bene giuridico e del principio di necessaria offensività: G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006, 288-289.

<sup>59</sup> Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, cit., 7.

alla quale l'ordinanza di rimessione non esita a ravvisare il *riconoscimento di un vero e proprio diritto a morire, rifiutando i trattamenti sanitari*<sup>60</sup>. Sembrerebbero dunque sufficientemente solide le basi per ipotizzare un cambio di prospettiva nell'individuazione del bene giuridico protetto dall'art. 580 c.p., spostando il fuoco della tutela sulla libertà di autodeterminazione del singolo.

Se il bene giuridico tutelato, conformemente alle indicazioni derivanti da una lettura sistematica, è costituito (solo) dalla libertà di autodeterminazione, ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale di quelle condotte di aiuto meramente materiale, che non alterano il processo di formazione della volontà dell'aspirante suicida, dirigendosi per contro a un soggetto che ha già maturato, autonomamente e liberamente, il proprio proposito suicidario<sup>61</sup>.

La Corte d'Assise di Milano, dunque, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, al momento ancora pendente.

#### **6. Proposte per una lettura costituzionalmente conforme dell'art. 580 c.p.: a) la lettura "restrittiva" dell'aiuto al suicidio.**

La (condivisibile) premessa relativa al bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p., come si è già anticipato, non sembra però condurre come esito necessario alla parziale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

La prima via da seguire è quella di una lettura "restrittiva" della condotta di aiuto materiale al suicidio, secondo indicazioni offerte già dalla giurisprudenza di merito. In un caso recente, relativo peraltro a una condotta analoga a quella contestata a Marco Cappato<sup>62</sup>, il Tribunale di Vicenza, ritenendo infondata una questione di legittimità costituzionale, ha precisato che la condotta tipica prevista dall'art. 580 c.p. è quella di *agevolazione dell'esecuzione del suicidio*, la quale può riferirsi solo alle condotte *direttamente e strumentalmente connesse all'attuazione materiale del suicidio* e che si pongono quale condizione facilitante nel momento strettamente esecutivo del suicidio stesso. Le condizioni in questione non sarebbero rispettate nel caso di chi si limiti ad accompagnare in automobile una persona che ha deciso autonomamente di andare a morire, che si è già sottoposta a tutti i necessari accertamenti e che non avrebbe avuto difficoltà alcuna a raggiungere la clinica: in questo caso la condotta dell'accompagnatore diverrebbe un apporto del tutto fungibile, il quale, pur comportando una obiettiva facilitazione del viaggio, non avrebbe alcuna diretta connessione con l'esecuzione del suicidio e, dunque, dovrebbe considerarsi penalmente irrilevante.

<sup>60</sup> Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, cit., 7 ss.

<sup>61</sup> Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, cit., 13 ss.

<sup>62</sup> Il caso è quello che ha visto imputato Angelo Tedde per aver accompagnato in auto l'amica Oriella Cazzanello a Basilea, presso la struttura della Fondazione *Lifecircle Eternal Spirit*, dove il 30 gennaio 2014 veniva "attuato" il suicidio assistito della donna. Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 308, con nota di C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*; sulla stessa pronuncia v. anche F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., 31 ss.

Si tratta di una lettura che, vale la pena precisarlo, non realizzerebbe in maniera completa quel cambio di prospettiva relativo al bene giuridico tutelato (dalla vita alla libertà di autodeterminazione) auspicato dall'ordinanza di rimessione. Neppure possono negarsi le evidenti difficoltà che deriverebbero dalla distinzione tra la *fase meramente preparatoria* e quella *strettamente esecutiva del suicidio*<sup>63</sup>. La lettura restrittiva, nondimeno, avrebbe il pregio di assicurare una lettura della fattispecie più conforme ai principi di determinatezza e di offensività.

### **6.1. b) reato di pericolo presunto, offensività in astratto e offensività in concreto**

La soluzione preferibile, capace di attuare una “piena” valorizzazione della libertà di autodeterminazione dell'aspirante suicida come unico bene giuridico tutelato, è quella che valorizza la distinzione tra offensività in astratto e offensività in concreto. Muovendo dalla premessa per cui il soggetto che decide di togliersi la vita, *a fortiori* mediante il contributo di un terzo, versa solitamente in una condizione di particolare vulnerabilità, potrebbe ritenersi che con l'art. 580 c.p. il legislatore configuri un *reato di pericolo presunto*, posto a tutela della libertà di autodeterminazione del singolo. È ormai opinione sufficientemente condivisa quella per cui i reati di pericolo presunto possono considerarsi compatibili con il principio di necessaria offensività in materia penale solo in quanto la presunzione di pericolo effettuata in astratto dal legislatore sia “superabile” in concreto, quando il fatto risulti privo di qualsiasi carica offensiva<sup>64</sup>. A venire in considerazione, detto altrimenti, è la distinzione tra *offensività in astratto* e *offensività in concreto*. Secondo quanto precisato dalla Corte costituzionale, il principio di offensività opera infatti su due piani: il primo è quello della previsione normativa (offensività in astratto), sotto forma di precetto rivolto al *legislatore* di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale; il secondo è quello dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Le criticità relative a una soluzione di questo tipo sono chiaramente evidenziate da R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra paternalismo e utilitarismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, 147. Contrario alla lettura in questione anche F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., 38-39, secondo il quale, più che a un'interpretazione restrittiva, si sarebbe di fronte a un'interpretazione abrogativa.

<sup>64</sup> Sulla necessaria “superabilità” della presunzione di pericolo, qualora quest'ultimo non costituisca un elemento costitutivo della fattispecie, ma la mera *ratio* dell'incriminazione, v. in particolare M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1-2/1969, 7 e, successivamente, M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Giuffrè, 2006, 1438 ss.

<sup>65</sup> V. in particolare Corte cost., 23 giugno 2005, n. 265, relativa all'art. 707 c.p.; Corte cost., 13 luglio 1995, n. 360, relativa alla coltivazione di sostanze stupefacenti. Con quest'ultima pronuncia la Consulta ha ritenuto che l'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, il quale punisce, senza distinzione alcuna, le condotte di coltivazione di stupefacenti, non risulta di per sé contrario alle esigenze poste dal principio di offensività in astratto; ben potrebbe accadere, tuttavia,

Qualora si riscontrasse una carenza di offensività in astratto perché, per esempio, la presunzione di pericolo operata dal legislatore non trova corrispondenza alcuna nelle regole di comune esperienza, il “rimedio” sarebbe quello della dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie; se, per contro, l’offensività in astratto può ritenersi rispettata, spetterà pur sempre ai giudici comuni verificare se, di volta in volta, il fatto sia risultato concretamente offensivo<sup>66</sup>.

L’art. 580 c.p., dunque, pur ipoteticamente conforme al principio di offensività in astratto, potrebbe risultare privo di offensività in concreto, qualora si riesca a provare che il singolo aspirante suicida, nel caso concreto, abbia maturato in autonomia e consapevolezza il proposito di porre fine alla propria vita. In questo modo si otterrebbe una lettura “costituzionalmente conforme” dell’art. 580 c.p., proiettando altresì la tutela apprestata dallo stesso sul solo piano della libertà di autodeterminazione.

### **7. La legge n. 219 del 2017: una nuova tappa nella (ri)affermazione del consenso del paziente.**

Le considerazioni alle quali si è pervenuti non sembra subiscano conferme o smentite di rilievo a seguito della legge n. 219 del 2017, recante *norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*<sup>67</sup>, che pure la Corte d’Assise di Milano ha ampiamente valorizzato nella sua ordinanza di rimessione.

La legge in questione può a buon diritto definirsi “storica”, anzitutto per aver infranto il tabù culturale che ha rappresentato negli ultimi decenni una pesante zavorra ai dibattiti sul tema e in secondo luogo per aver posto fine ai (troppi) dubbi interpretativi registratisi anche su questioni “giuridicamente semplici”.

L’art. 1, rubricato *Consenso informato*, stabilisce anzitutto al comma 5 che ogni persona capace di agire ha il *diritto di rifiutare* qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario, così come ha il *diritto di revocare il consenso già prestato*, anche se ciò comporti l’*interruzione* del trattamento: si assiste così alla definitiva

---

che, specie nei casi di “coltivazione domestica”, la quantità o la qualità delle “piantine” coltivate non consentano di ricavare dallo stesso un principio attivo sufficiente a produrre l’effetto drogante, potenzialmente lesivo della salute: in questo caso il singolo giudice potrà/dovrà escludere la rilevanza penale della condotta per carenza di offensività in concreto. In argomento v. anche Cass., Sez. un. pen., 24 aprile 2008, n. 28605, in *Cass. pen.*, 12/2008, 4503, con nota di S. BELTRANI, *Coltivazione “domestica” di piante da stupefacenti: la fine di un equivoco*.

<sup>66</sup> *Amplius*, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, L. BRIZI, *Il furto. Il momento consumativo e il c.d. furto inoffensivo*, in *questo volume*, § 5.3.

<sup>67</sup> Con particolare riguardo alla prospettiva penalistica 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.*, 3/2017, 975 ss.; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, 123 ss.; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2018, 5 ss.; A. ESPOSITO, *Non solo “biotestamento”: la prima legge italiana sul fine vita, tra aperture coraggiose e prospettive temerarie in chiave penalistica*, in *Cass. pen.*, 5/2018, 1815 ss.

parificazione del dissenso opposto a un trattamento non ancora iniziato e quello che interviene a fronte di un trattamento già in corso di esecuzione.

Al fine di risolvere per via legislativa l'annosa questione relativa alla possibilità di ricondurre al *genus* "trattamento sanitario" anche le tecniche di sostegno vitale<sup>68</sup>, si precisa che la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale sono considerati trattamenti sanitari ai fini della nuova legge. Nessun cenno esplicito si rinviene a proposito della ventilazione artificiale, rispetto alla quale, probabilmente, il più consapevole grado di maturazione raggiunto in sede giurisprudenziale non ha reso necessaria una previsione esplicita: le bottigliette d'acqua esposte in segno di protesta per la decisione della Corte di cassazione in riferimento al caso Englaro, forse, costituivano un ricordo più vivido agli occhi del legislatore, fermo restando che un elenco più ampio delle "tecniche di sostegno vitale" da ricondurre al *genus* "trattamento sanitario" sarebbe stato indubbiamente preferibile sul piano della tecnica legislativa.

Il medico, precisa il successivo comma 6 dell'art. 1, è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario e, in conseguenza di ciò, *andrà esente da responsabilità civile o penale*. Si precisa poi che il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, perché a fronte di tali richieste *il medico non ha obblighi professionali*. Il comma 7, infine, stabilisce che nelle situazioni di urgenza il medico assicura le cure necessarie, rispettando la volontà del paziente se le circostanze e le sue condizioni cliniche consentano di acquisirla.

Un punto fermo sembra possa essere fissato: la nuova legge si riferisce alle sole pratiche di c.d. eutanasia passiva, lasciando per contro inalterato l'assetto normativo riferibile alla c.d. eutanasia attiva e, in particolare, alle forme di suicidio assistito. Da ciò deriva che le possibili ripercussioni della legge del 2017 possono essere apprezzate sul piano dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente), ma non su quello dell'art. 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio).

Il passo successivo è quello di chiarire la natura giuridica della *causa di esenzione della responsabilità penale del medico* che dia seguito alla richiesta del paziente di rifiutare/interrompere il trattamento. Le soluzioni ipotizzabili al riguardo sono essenzialmente due: o si tratta di una causa di giustificazione che rende il fatto scriminato<sup>69</sup> oppure si tratta di una «esenzione del medico dall'obbligo di garanzia»<sup>70</sup>, con conseguente esclusione di una condotta penalmente rilevante.

<sup>68</sup> Per tutti L. D'AVACK, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici. Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 1929 ss., ad avviso del quale la prosecuzione forzata di pratiche di alimentazione e idratazione artificiali, indipendentemente dall'applicabilità dell'art. 32 Cost., sarebbe risultata contraria all'art. 13 Cost.

<sup>69</sup> P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., 8: «l'irrelevanza penale prevista dall'art 1, comma 6, è però all'evidenza normativamente costruita quale scriminante».

<sup>70</sup> F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1016. Anche F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 91, in riferimento alla "mera interruzione della terapia" (non, invece, alla disattivazione di macchine che tengono in vita il paziente), ritiene che quando il

La formula poco precisa adottata dal legislatore potrebbe giustificarsi se si ritiene che entrambe le soluzioni siano in realtà valide: la natura giuridica della causa di non punibilità potrebbe dipendere dal fatto che a venire in considerazione sia una condotta attiva oppure una condotta omissiva. La distinzione tra agire e omettere, che proprio nell'ipotesi del distacco di un apparecchio di sostegno vitale trova uno dei suoi banchi di prova più problematici, continua dunque a rappresentare una questione di evidente rilievo<sup>71</sup>.

L'art. 1, comma 6 fa riferimento al *rifiuto* del trattamento e alla sua *rinuncia*: quest'ultimo termine parrebbe riferirsi alle ipotesi di revoca del consenso, comprensive dell'interruzione del trattamento, di cui parla il precedente comma 5, mentre il concetto di "rifiuto" evoca l'ipotesi di un trattamento non ancora iniziato. La soluzione preferibile sembra quella di ragionare nei termini di una condotta omissiva nelle ipotesi di mero rifiuto di un trattamento non ancora iniziato: in questo caso l'omesso impedimento della morte del paziente non rappresenta un'omissione penalmente rilevante, posto che il diritto di rifiutare le cure da parte del paziente individua un limite alla posizione di garanzia del malato. Nelle ipotesi della rinuncia a un trattamento già intrapreso, invece, dovrebbe ravvisarsi un'azione in senso stretto: a fronte del diritto del malato di chiedere l'interruzione sta il dovere del medico di dar seguito a quella richiesta, con la conseguente operatività della scriminante prevista dall'art. 51 c.p.<sup>72</sup>.

In presenza di un'omissione, quindi, mancherebbe la stessa condotta tipica, mentre nel caso di un'azione in senso stretto il fatto sarebbe scriminato, con le necessarie conseguenze in termini di formule assolutorie.

Il diritto di rifiutare le cure, come si è cercato di chiarire, non è certo stato "fondato" dalla legge n. 219 del 2017, rappresentando piuttosto una necessaria conseguenza

---

malato esercita il suo diritto di morire, la sua richiesta fa cessare l'obbligo giuridico di agire del medico, rappresentando anzi «limite al dovere di curare del medico».

<sup>71</sup> *Contra* S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby*, cit., 1563, che non considerava determinante l'inquadramento della condotta come attiva od omissiva per "risolvere" la questione della responsabilità del dott. Riccio per la morte di Piergiorgio Welby.

<sup>72</sup> F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, cit., 95: l'art. 32, secondo comma Cost. «se nel caso di mera interruzione della terapia opera come limite alla tipicità dell'omissione, nell'ipotesi di disattivazione della macchina integra il limite scriminante dell'art. 51 c.p.»; M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 911; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 71. Per l'impostazione secondo la quale (anche) il distacco delle macchine che tengono in vita il paziente costituirebbe una condotta omissiva, sia pur consistente in un *facere* sul piano meramente naturalistico (lo schema è quello della *Unterlassung durch Tun*) v. F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1017; C. ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, in *Festschrift für Karl Engisch*, V. Klostermann, 1969, 395 ss.; C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, in *NStZ*, 1987, 349; K. ENGISCH, *Suizid und Euthanasie nach deutschen Recht*, cit., 315-316; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2007, 7. *Amplius* C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenshaltender medizinischer Behandlung*, Duncker & Humblot, 1997, spec. 31 ss.

degli artt. 13 e 32 Cost. che, sia pur faticosamente, la giurisprudenza nazionale ha contribuito a “stabilizzare”. Se si concorda sul fatto che alla nuova legge non possa riconoscersi un’efficacia costitutiva del diritto di rifiutare le cure, deve anche ritenersi che la clausola di esonero dalla responsabilità penale sia sostanzialmente superflua, trattandosi di conclusioni già ricavabili dal precedente assetto normativo. L’esperienza, ad ogni modo, insegna che in questa materia la prudenza non è mai troppa e, dunque, ben vengano disposizioni *ad abundantiam*: anche per chiarire, sul piano opposto, che di fronte a richieste contrarie alla legge, alla deontologia o alle buone pratiche il medico non ha obblighi professionali.

### **7.1. Le Dichiarazioni Anticipate di Trattamento (DAT).**

La parte davvero innovativa della legge n. 219 del 2017 è quella che attiene ai presupposti (di forma e di sostanza) e agli effetti vincolanti delle dichiarazioni anticipate di trattamento, la quale ha posto fine all’autentico limbo in cui giacevano, nel precedente contesto normativo, le dichiarazioni rese da un paziente che non fosse in grado di confermarle per una sopravvenuta incapacità di autodeterminarsi. Sono proprio queste le disposizioni rispetto alle quali dal banco di prova dell’applicazione potrebbero derivare conseguenze non scontate e che, indubbiamente, dilatano in maniera evidente gli orizzonti di un “diritto a decidere come e quando morire”.

Per *dichiarazioni anticipate di trattamento*, spesso indicate anche con la denominazione di *testamento biologico*, si intendono le direttive impartite dal paziente “ora per allora”, cioè in riferimento a trattamenti futuri e possibili rispetto ai quali il paziente stesso non sarà più in grado di esprimere la propria volontà: così, per esempio, il soggetto può rifiutare “in anticipo” tecniche di respirazione o alimentazione artificiale per il caso in cui si trovi in comma irreversibile o, all’opposto, prestare il proprio consenso a tutte le tecniche di sostegno vitale che la scienza metta a disposizione<sup>73</sup>. Si pensi, per esempio, ai pazienti Testimoni di Geova che, per ragioni religiose, dichiarino preventivamente di non voler essere sottoposti a trasfusioni qualora versino in stato di incoscienza, anche nel caso in cui dovesse trattarsi di un “trattamento salvavita”.

La principale difficoltà risiede nel fatto che, mancando in questo caso il requisito dell’attualità del consenso, solo la legge avrebbe potuto stabilire se e a quali condizioni le dichiarazioni anticipate potessero considerarsi vincolanti per il medico. Fino al 2017 regnava sul punto una palpabile incertezza: il caso *Englaro*, del resto, aveva dimostrato chiaramente quanto slabbrati potessero risultare i contorni del consenso anticipato, visto che si era giunti ad attribuire rilievo a considerazioni “estemporanee” della paziente o, comunque, alle sue pretese convinzioni e al suo non meglio precisato stile di vita.

L’art. 4 della legge n. 219 del 2017, rubricato *Disposizioni anticipate di trattamento*, al comma 1 stabilisce che «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di

---

<sup>73</sup> Si rinvia, per tutti, a D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 1970 ss.

volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie»<sup>74</sup>.

Le DAT, secondo quanto previsto dal comma 6, devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del proprio comune di residenza, il quale provvede alla trascrizione in apposito registro. Nel caso in cui le condizioni fisiche del disponente non consentano di rispettare queste modalità, si può procedere mediante videoregistrazione o altri dispositivi che consentano al paziente di comunicare con l'esterno (l'eco dei casi Welby e Antoniani è evidente). Le DAT sono sempre modificabili o revocabili.

Il comma 5 affronta la complessa questione relativa alla vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento: «il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita». Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, la decisione è rimessa al giudice tutelare<sup>75</sup>.

*Quid iuris*, invece, nel caso in cui il medico disattenda le DAT, fuori dalle “eccezioni” (pur particolarmente ampie) consentite dalla legge? Sembrerebbe profilarsi una responsabilità per violenza privata (art. 610 c.p.): l'introduzione di un'apposita fattispecie che punisca il trattamento medico arbitrario potrebbe, forse, assicurare una risposta più adeguata ai casi in questione<sup>76</sup>.

## 8. Soluzione dei casi proposti.

CASO A. Se non si ritiene di condividere l'ipotesi “estrema”, secondo la quale l'art. 579 c.p. dovrebbe considerarsi costituzionalmente illegittimo, la soluzione seguita

<sup>74</sup> Cons St., comm. Spec., 31 luglio 2018, n. 1991, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha chiarito che le DAT non hanno alcun vincolo di contenuto: l'interessato deve poter scegliere di limitarle solo a una particolare malattia, di estenderle a tutte le future malattie, di nominare il fiduciario o di non nominarlo: spetterà al Ministero della Salute mettere a disposizione un modulo-tipo per facilitare il cittadino.

<sup>75</sup> Sulle nuove disposizioni, per tutti, L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. fam. e pers.*, 1/2018, 179 e R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e libertà della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, *ivi*, 3/2017, 947 ss.

<sup>76</sup> Si rinvia sul punto ad A. MASSARO, *L'omicidio preterintenzionale: il consenso della vittima e l'imputazione dell'evento ulteriore*, in *questo volume*.

nel caso *Riccio-Welby* resta quella preferibile: la condotta del medico anestesista, che rileva come condotta attiva e non omissiva, sarebbe svolta in adempimento di un dovere, comportando quindi l'operatività della scriminante di cui all'art. 51 c.p.

CASO B. Muovendo dal presupposto di una legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., potrebbe ritenersi che la condotta di Caio risulti penalmente irrilevante in quanto non direttamente riferibile alla fase più propriamente esecutiva del suicidio o, secondo l'impostazione preferibile, in quanto il fatto posto in essere risulti concretamente inoffensivo, visto che la condotta di Caio non ha neppure messo in pericolo la libertà di autodeterminazione di Tizio.