

Paradossi nel procedimento Cappato. Tre aporie generate dall'art. 580 c.p. a proposito di aiuto al suicidio.

di *Amedeo Santosuosso*¹ e *Paola Belloli*²

RELAZIONE AL SEMINARIO “*QUESTIONI DI FINE VITA E LIBERTÀ: IL PROCEDIMENTO CAPPATO DAVANTI ALLA CORTE*”, ROMA 13.6.2018

Sommario: **1.** I confini attuali del problema del suicidio assistito. - **2.** Tre passaggi chiave: Englaro, Welby e la legge n. 219 del 1997. - **2.1** I casi Englaro e Welby. - **2.1.1** Costituzione e diritto penale: una questione delicata. - **2.2** La legge del dicembre 2017 (n. 219). - **3.** Dallo sfondo al fuoco del caso Cappato/Antoniani. - **4.** L'art. 580, comma 2, c.p. e le incoerenze che genera nel sistema. - **4.1** Prima aporia: diverse conseguenze di condotte uguali, compiute da soggetti con qualifiche differenti. - **4.2** Seconda aporia: la disparità di trattamento tra chi può autonomamente togliersi la vita e chi no, necessitando dell'aiuto di un terzo (art. 580 c.p. e art. 3 Cost.). - **4.3** Terza aporia: l'art. 580 II c.p. e la scriminante della legittima difesa nell'omicidio. - **5.** L'aiuto al suicidio come dovere assiologico.

1. I confini attuali del problema del suicidio assistito.

La Corte d'assise di Milano, davanti alla quale è processato Marco Cappato, ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ritenendo che non fosse manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui:

- *incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio (per contrasto con gli artt. 3, 13, I comma e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo)*
- *prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle*

¹ Corte d'Appello di Milano (I), Presidente I Sezione civile; Direttore scientifico del Centro di ricerca interdipartimentale ECLT, Università di Pavia

² Avvocato a Milano; dottore di ricerca in Filosofia del diritto; Centro di ricerca interdipartimentale ECLT, Università di Pavia

condotte di istigazione, per contrasto con gli artt. 3, 13, 25, II comma e 17, III comma della Costituzione.

Questa decisione della Corte d’assise ha il grande merito di sollecitare una riflessione ai massimi livelli giuridici su una questione che ci pare ineludibile³.

Basti pensare che l’art. 580 del codice penale è in vigore da quasi novant’anni. Gli anni ’30 del ventesimo secolo erano letteralmente un altro mondo, in Italia, in Europa e anche negli Stati Uniti: il consenso informato era di là da venire, i diritti della persona rispetto al proprio corpo, e a maggior ragione rispetto alle cure e ai trattamenti sanitari, erano un capitolo ancora da scrivere. In generale, era prevalente l’idea che l’opera dei medici fosse governata da regole etiche, o anche giuridiche, nelle quali, specie quando si poneva una questione di vita o di morte, la volontà del paziente non avesse rilevanza⁴.

La situazione è per fortuna molto cambiata da allora, al punto che la stessa questione dell’aiuto al suicidio sarebbe incomprensibile senza una ricostruzione del ruolo che oggi ha la decisione del diretto interessato nelle questioni che riguardano la sua vita e anche la sua morte. È, quindi, un bene che la Corte possa pronunciarsi sul tema, avendo a disposizione la vasta gamma di strumenti di cui si è dotata negli scorsi decenni, che le possono consentire di cogliere ogni sfumatura.

In questo lavoro evidenzieremo i paradossi e le incoerenze che l’art. 580 c.p. genera oggi in un ordinamento giuridico così mutato rispetto a quello del 1930 per l’avvento della Costituzione e delle norme sovranazionali. Avanziamo, poi, la tesi che la condotta posta in essere da Marco Cappato è la libera espressione della sua libertà, che si è fatta mezzo di realizzazione della libertà personale di Fabiano Antoniani, così adempiendo a un dovere di solidarietà sociale (un vero e proprio dovere deontico *axiologico*, cioè basato su valori). Essa non può, pertanto, essere legittimamente oggetto di criminalizzazione (e con pene così gravi).

³ La Corte d’Assise di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., con l’ordinanza n. 1/18 nel procedimento a carico di Marco Cappato imputato del reato di cui all’art. 580 c.p. “*per aver rafforzato il proposito suicidiario di Fabiano Antoniani (detto Fabo) realizzato attraverso diverse condotte:prospettandogli la possibilità di ottenere assistenza al suicidio presso la sede dell’associazione Dignitas, sita nella cittadina di Pfaffikow in Svizzera;attivandosi per mettere in contatto i familiari di Antoniani con la suindicata associazione; per avere “agevolato” il suicidio di Antoniani, avendolo il 25 febbraio 2017 trasportato in auto da Milano a Pfaffikow, presso la sede della clinica della Dignitas, dove il suicidio si è verificato il 27 febbraio 2017.*

Secondo la Corte d’Assise, “*dall’istruttoria svolta è emerso che Marco Cappato ha certamente realizzato la condotta di “agevolazione” contestata, avendo aiutato Fabio Antoniani a recarsi in Svizzera presso la Dignitas, ma è stato escluso che l’imputato abbia compiuto alcuna delle condotte a lui scritte di rafforzamento alla decisione suicidiaria”.*

⁴ Per l’evoluzione storica dei diritti dell’individuo rispetto al proprio corpo ci pare ancora utile la ricostruzione contenuta in A. Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2001.

2. Tre passaggi chiave: Englaro, Welby e la legge n. 219 del 1997.

Il panorama attuale delle decisioni di fine vita in Italia, pur avendo come irrisolta la questione dell'aiuto al suicidio, ha tre solidi punti di riferimento: due decisioni giudiziarie e un intervento legislativo importante.

I due maggiori casi giudiziari sono quelli di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro. Entrambi hanno valore emblematico: il primo, della situazione del paziente cosciente e capace (ma paralizzato a causa della malattia), che chiede di essere disconnesso dal respiratore che lo tiene in vita; il secondo, della situazione della paziente non cosciente e non capace (come di chi giace in Stato Vegetativo - SVP) da molti anni. Il terzo punto di riferimento è costituito dalla legge n. 219 del 2017, che traccia una disciplina generale, la prima organica in Italia, del consenso informato e delle disposizioni anticipate sulle cure.

2.1 I casi Englaro e Welby.

Nel caso Englaro, la Corte di cassazione ha affermato che, se il paziente è incapace di intendere e di volere, *"la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono e impongono l'effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente"*⁵.

La Corte affronta poi i temi della decisione clinica quando il paziente non è capace, e lo fa partendo dai seguenti presupposti:

- il paziente cosciente e capace può legittimamente rifiutare anche i trattamenti salva vita;
- in tal caso il medico deve desistere da ogni ulteriore atto, assistenziale o terapeutico, che non sia accettato;
- se il paziente versa in una condizione di stabile incapacità è necessario che la libertà di scelta del paziente sia preservata, pena la violazione del principio di parità di trattamento.

In definitiva, la garanzia di una posizione di uguaglianza tra i soggetti capaci e quelli non capaci di decidere è la preoccupazione centrale della Corte, che così fuga anche il dubbio di costituzionalità (violazione art. 3 Cost.) più volte prospettato anche dalla difesa del padre-tutore.

⁵ Corte di cassazione, sentenza n. 21748/07. Il passaggio nel quale la Corte, affermata la regola del consenso informato e dell'autodeterminazione, arriva a considerare il caso in cui il paziente sia in stato d'incapacità è il seguente:

In caso d'incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l'effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente. E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato e il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati.

Nel caso Welby, il Giudice dell’udienza preliminare (GUP) di Roma emette nel 2007 una sentenza di non luogo a procedere nel procedimento a carico del dr. Mario Riccio, il medico che, accogliendo la richiesta di Piergiorgio Welby, lo aveva sedato e lo aveva disconnesso dal respiratore che lo teneva in vita. Il medico era stato imputato di omicidio del consenziente su ordine del GIP di Roma, che non aveva accolto la richiesta di archiviazione della Procura della repubblica.

Il giudice, dopo aver minuziosamente descritto le condotte e le manifestazioni di volontà di Piergiorgio Welby fino alla morte, e dopo aver affrontato i vari profili penalistici, giunge alla conclusione che “*certamente la condotta posta in essere dall’imputato integra l’elemento materiale del reato di omicidio del consenziente*”, che “*del reato contestato sussiste anche l’elemento psicologico, poiché il dottor Riccio ben sapeva che l’interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente*”, tuttavia “*nel caso concreto appare sussistere anche la scriminante di cui all’art. 51 c.p.*” (adempimento di un dovere), riprendendo così un’idea avanzata alcuni anni prima⁶.

2.1.1 Costituzione e diritto penale: una questione delicata.

Già all’epoca della decisione del Tribunale di Roma ci si era posti alcuni problemi che un’impostazione del genere sollevava. Per esempio, una persona (medico o familiare) che avesse dato esecuzione a una sentenza come quella Englaro (o a un’ordinanza come quella che in sede civile il Tribunale di Roma avrebbe potuto pronunciare nel caso Welby), avrebbe commesso il fatto materiale dell’omicidio, ma non integrato dall’elemento soggettivo (avendo agito nella convinzione di essere nel lecito, perché in esecuzione di un provvedimento giurisdizionale che autorizzava quella condotta), oppure avrebbe commesso un fatto-reato integrato sia dall’elemento materiale sia da quello soggettivo, ma poi in qualche modo scriminato?

Sembrava, insomma, che il ragionamento penalistico fosse rimasto tetragono e impermeabile alla ricostruzione costituzionale del quadro giuridico delineata dalla Cassazione nella sentenza Englaro. Ci si domandava allora, ma la questione ha ancora grande rilevanza, come dimostra il caso Cappato, se il contenuto giuridico di una decisione come quella della Cassazione nel caso Englaro fosse idoneo a modificare i termini di base del ragionamento penalistico oppure se il diritto penale fosse indifferente a quel tipo di argomentazione costituzionale, se gli assunti teorici e le basi concettuali del diritto penale prescindessero dal livello e dai contenuti costituzionali e come fosse possibile che una condotta conforme a Costituzione potesse integrare il fatto materiale di un reato.

⁶ Giudice per le indagini preliminari, Tribunale di Roma, sent. n. 2049/2007. L’idea di poter applicare questa scriminante nei casi come quello di Piergiorgio Welby era stata avanzata da Amedeo Santosuosso nel 1994 in un convegno a Padova i cui atti sono stati pubblicati nel ’96: A. Santosuosso, *Diritti dei pazienti e doveri dei medici nel caso dell’eutanasia*, in C. Viafora (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull’eutanasia*, Gregoriana Libreria editrice, Padova 1996, p. 207 ss

Certo, l’area dell’illiceità penale può restringersi per l’applicazione di una scriminante, ma allora, quali sono gli effetti di riflettere la conformità costituzionale di una condotta solo in una scriminante?

A ben vedere quando, nel diritto penale, si parla di ‘fatto materiale’ ci si riferisce in verità a un aspetto della realtà naturale che è oggetto di precomprensione attraverso l’utilizzo di categorie concettuali (giuridiche e non) date. Categorie che non vengono discusse tutti i giorni e che perciò ci appaiono come naturali. È la “*struttura invisibile della realtà sociale*”, di cui parla John Searle a proposito di quelle assunzioni che non discutiamo normalmente in ambito giuridico e che, perciò, “*ci sembrano naturali come le pietre, l’acqua e gli alberi*”⁷. Ma se, nel definire il fatto materiale e le scriminanti, non si utilizzano le categorie giuridiche fondamentali della Costituzione italiana vigente (e, dall’1 dicembre 2009, anche della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea) a quale costituzione o apparato concettuale ci si riferisce? A quello pre1948? O a quale altro? Crediamo che nel diritto penale sia finalmente tempo di ridiscutere radicalmente alcune condotte materiali, come quelle dell’omicidio del consenziente e dell’aiuto al suicidio, alla luce delle ormai solide acquisizioni costituzionali in materia dei diritti delle persone sui propri corpi e sulle proprie vite, per affermare pienamente che, sia in sede civile, sia penale valgano i medesimi principi costituzionali e generali dell’ordinamento giuridico (cioè integrati da quelli transnazionali).⁸

2.2 La legge del dicembre 2017 (n. 219).

In un contesto di origine giurisprudenziale come quello appena delineato è intervenuta la legge n. 219/2017, recante il titolo “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”, che fugge alcuni dubbi e incertezze. Essa affronta tre aree problematiche del rapporto medico-paziente nella fase finale della vita: la prima, riguarda il consenso ai trattamenti e la sua necessità per qualsiasi intervento sul corpo della persona; la seconda, regola la proiezione della volontà della persona oltre il momento della perdita di coscienza (che è il tema tipico delle disposizioni anticipate di trattamento) e la terza, risolve la questione della natura giuridica della nutrizione e idratazione per via enterale ed endovenosa (parenterale), trattamenti medici che, come tali, possono essere rifiutati.

Su ognuno di questi tre temi (consenso/rifiuto ai trattamenti, proiezione della volontà e natura giuridica di idratazione/nutrizione) la legge non innova rispetto allo stato della giurisprudenza formatasi nelle corti superiori e della prevalente elaborazione della dottrina giuridica che s’ispira al dettato costituzionale. In questo

⁷ Searle J. R., *The Construction of Social Reality*, 1995, trad. it. Di Bosco A., La costruzione della realtà sociale, Einaudi, Torino 2006. p. 10.

⁸ Queste considerazioni sono tratte da A. Santosuosso, *Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro*, Criminalia, Annuario di scienze penalistiche 2009 - Parte I, pp. 349 e ss, e poi riprese, già nella prima edizione (2011), di A. Santosuosso, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, CEDAM, Padova (ora in seconda edizione 2016).

senso si potrebbe dire che la legge svolga una funzione che ricorda quella dei *Restatements of the Law* che l'*American Law Institute* produce periodicamente dal 1923 e il cui scopo è di dare atto di quale sia lo stato del diritto di creazione giurisprudenziale e della dottrina in diverse materie.

La più chiara esemplificazione di ciò è fornita da quella disposizione che stabilisce in modo non equivoco (e per la prima volta esplicito) che “*il medico che rispetta la volontà del paziente è esente da responsabilità civile e penale*” (art. 1, comma 5). Si tratta di una norma ricognitiva di un ormai formato “senso comune costituzionale”⁹ su ciò che, per il medico, è lecito fare, perché conforme alla Costituzione.

3. Dallo sfondo al fuoco del caso Cappato/Antoniani.

Se quello fin qui tracciato è il quadro delle norme vigenti in Italia sulle decisioni mediche e di fine vita, vi è da chiedersi quale sia la questione centrale del caso ora sottoposto alla Corte costituzionale.

La Corte d’Assise di Milano, lo si è visto in apertura, ha ritenuto la “*rilevanza*” e la “*non manifesta infondatezza*” della questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. nella parte in cui (i) punisce le condotte di aiuto al suicidio indipendentemente dal loro contributo alla determinazione del proposito di suicidio e (ii) nella parte in cui sanziona dette condotte con la pena della reclusione dai 5 ai 10 anni, senza operare distinzioni rispetto alle condotte di istigazione.

L’ordinanza di rimessione sembra proporre una soluzione in termini di pura libertà, probabilmente non chiarendo a sufficienza della libertà di chi si stia parlando, se di quella di chi aiuta al suicidio o di chi vuole attuare il suo proposito suicidario (lo si vedrà più avanti).

La questione centrale del caso ora sottoposto alla Corte costituzionale riguarda, a nostro parere, i paradossi generati dall’art. 580 c.p. nell’ordinamento attuale, profondamente mutato per le evoluzioni avvenute negli ultimi 90 anni, che abbiamo brevemente ripercorso sin qui. Queste gravi incoerenze, che la Corte costituzionale è chiamata a dirimere, vengono di seguito illustrate.

4. L’art. 580, comma 2, c.p. e le incoerenze che genera nel sistema.

Ci pare che siano almeno tre le notevoli incoerenze dell’ordinamento, che chiameremo aporie, generate dall’art. 580 c.p.. In questo paragrafo le evidenzieremo, avanzando infine la tesi che la condotta di Marco Cappato costituisca non solo l’espressione di una libertà, ma anche l’adempimento di un dovere.

⁹ Sul “senso comune costituzionale” si vede A. Santosuosso, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, CEDAM, Padova seconda edizione 2016, p. 13.

4.1 Prima aporia: diverse conseguenze di condotte uguali, compiute da soggetti con qualifiche differenti.

La prima tra queste incoerenze emerge dalla particolarità della posizione del cittadino *non-medico* rispetto al quadro dei doveri tracciati dall’ordinamento per chi invece riveste la qualifica di medico. Ci poniamo la domanda se, alla luce dei doveri che l’ordinamento pone oggi in capo al medico, e considerato che da tale doverosità viene fatta discendere la non illiceità penale di alcune condotte (art. 51 c.p.), la coppia doverosità-liceità valga sempre e in via esclusiva per il solo medico e per quelle condotte?

Il quadro dei doveri del medico è più chiaro oggi alla luce della L. n. 219/2017. Detta legge ha sancito l’obbligo del medico di evitare le sofferenze dell’ammalato e di adempiere alla sua volontà in caso di rifiuto di accanimento terapeutico¹⁰. Ha poi riconosciuto al paziente il *diritto a morire* rifiutando i trattamenti sanitari (compresa l’idratazione e l’alimentazione artificiale) e di scegliere di porre fine alla propria vita in stato di sedazione profonda nel caso di sofferenze refrattarie alle cure. All’art. 2, comma primo, poi, prevede che al paziente sia garantita un’appropriata *terapia del dolore*. La L. n. 219/2017 ha, dunque, confermato la giurisprudenza formatasi in precedenza e ha finalmente infranto, anche legislativamente, il tabù dell’indisponibilità del bene della vita, riconoscendo il diritto di lasciarsi morire e stabilendo, allo stesso tempo, il *dovere* del medico di adoperarsi per alleviare le sofferenze dell’ammalato.

Ma ciò suscita fatalmente alcune domande: Qual è il contenuto del dovere del medico? E di quale tipo di dovere si tratta? Evidentemente per il medico si tratta di un dovere deontico, ma di quale specie? È un dovere che può riguardare anche un privato cittadino in determinate condizioni?

Quando si parla di dovere del medico ci si riferisce, in verità, a un fascio di doveri, la cui area ha acquistato un’ampiezza impensabile fino a pochi decenni fa. Egli *deve* principalmente (i) porre in essere tutti gli interventi diagnostici e terapeutici che lo sviluppo scientifico mette a sua disposizione; (ii) rispettare i diritti dei pazienti, *in primis* quello di autodeterminazione; (iii) sviluppare la capacità di comunicazione con il paziente, come prevede espressamente la legge n. 219/17, secondo la quale “*il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*” (Art. 1, comma 8); (iv) rispettare tutte le norme del Codice di deontologia medica; (v) prendersi cura della salute del paziente, in quell’ampio senso (fisico, psichico e psicologico), che le interpretazioni dell’art. 32 Cost. hanno contribuito a tracciare. Ognuno di tali obblighi ha natura e contenuti diversi, tanto da poter rientrare in differenti categorie concettuali di doveri, alcuni esclusivi del

¹⁰ La nuova legge, nel riconoscere al paziente il *diritto a morire*, rifiutando i trattamenti sanitari (compresa l’idratazione e l’alimentazione artificiale) e di scegliere di porre fine alla propria vita in stato di sedazione profonda nel caso di sofferenze refrattarie alle cure - stabilisce il “*dovere* del medico di rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il trattamento sanitario e il *dovere* di adoperarsi per alleviare le sofferenze dell’ammalato”

medico, altri che possono essere condivisi con altre figure sanitarie (per es. infermieri) o con comuni cittadini.

A questo punto ci poniamo ulteriori tre domande.

Prima domanda: se Marco Cappato fosse stato medico, l'antigiuridicità della sua condotta sarebbe stata scriminata in base all'art. 51 c.p. in relazione all'articolo 32 Cost., come interpretato nel caso Welby¹¹, per aver adempiuto all'obbligo di evitare le sofferenze del malato? Seconda domanda: L'aiuto proveniente da un medico avrebbe integrato una condotta legittima *ad origine* (secondo gli insegnamenti della Corte di Cassazione nel caso Englaro) perché conforme all'articolo 32 della Costituzione?

La condotta del medico che avesse accompagnato Fabiano Antoniani in Svizzera avrebbe potuto essere considerata come posta in essere al fine di evitare le sofferenze psichiche causate dal non potersi muovere e non potersi recare autonomamente nella clinica per porre fine alla propria vita di dolore?

L'argomento che condurre un'automobile per trasportare una persona non è atto medico non ci pare decisivo, perché la medicina si è sviluppata a tal punto che è oggi impossibile definire con certezza ciò che è atto medico da ciò che medico non è, quando il risultato è di alleviare le sofferenze fisiche o psichiche. Si tratterebbe in realtà di una condotta medica in senso lato che potrebbe considerarsi ispirata ai doveri di “solidarietà sociale” (costituzionalmente rilevanti, come si dirà nell'ultimo paragrafo) di cui parla la Cassazione nel caso Englaro. Quindi, la condotta del medico sarebbe probabilmente scriminata, anche se guidare un'auto fino in Svizzera non rientra tra gli strumenti tecnici della medicina e non presuppone conoscenze di medicina.

Questa considerazione fa sorgere una terza domanda: se il dovere previsto da una norma in capo a un soggetto tecnicamente qualificato, come il medico, viene adempiuto da altro soggetto (come un privato cittadino) che non ha un obbligo *teutico* (posto dal legislatore), può operare la scriminante dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), oppure si può considerare la sua condotta lecita *ab origine* perché conforme all'art. 32 della Costituzione?

Come si è visto sopra, il medico, quando agisce, compie anche azioni che non rientrano nel repertorio delle tecniche strettamente mediche, ma che rientrano nella sfera della “solidarietà sociale”.

La questione dei confini dei doveri professionali, e la possibilità che alcuni di essi siano condivisi con soggetti senza le stesse qualifiche, vale anche per altre figure professionali, come ad esempio i vigili del fuoco. Il vigile del fuoco, chiamato perché una casa è in fiamme, ha il dovere di intervenire (ponendo anche a rischio la propria incolumità), di entrare nella casa, di superare tutti gli ostacoli che trovi. La sua condotta, che potremmo dire istituzionale, è *deontologicamente* finalizzata a

¹¹ Nel fare quest'accostamento ci riferiamo, ovviamente, al solo aspetto della doverosità per il medico di evitare sofferenze, mentre rimane sullo sfondo la diversità tra i due casi dal punto di vista del paziente: richiesta di interruzione di trattamenti in corso, nel caso Welby, e richiesta di aiuto al suicidio, nel caso Antoniani.

salvare persone e a limitare danni alle cose, ed è quindi scriminata. Le condotte materiali, che altrimenti integrerebbero, ad esempio, il reato di violazione di domicilio o di danneggiamento, sono di conseguenza prive del carattere dell’antigiuridicità.

Il privato cittadino che - pur non avendo alcun dovere tetrico di intervenire durante un incendio – effettui il salvataggio di vite umane per un senso di dovere sociale, compiendo le stesse azioni materiali, potrebbe essere condannato per violazione di domicilio della persona che ha salvato, o per danneggiamento dei suoi beni? Diremmo proprio di no.

Insomma, crediamo che si possa sostenere che se Cappato fosse stato un medico, la sua condotta sarebbe stata conforme al dovere di *alleviare le sofferenze del paziente* e di *rispettare la sua volontà espressa*, tutelandone la *dignità nella fase finale della vita*.

L’incoerenza del sistema consiste dunque nel fatto che, in determinate condizioni, le condotte poste in essere dal medico e da un privato cittadino possano essere, sia dal punto di vista materiale, sia dell’elemento psicologico, sia della riconducibilità alla solidarietà sociale, sostanzialmente coincidenti. Con la differenza, tuttavia, che il medico *deve* compiere quell’azione, mentre il privato cittadino, se la compie (ispirandosi ai doveri di *solidarietà sociale* previsti dalla Costituzione e alla base della professione medica), commette un reato punito con una severità del tutto sproporzionata al rilievo sociale di quel fatto.

È contraddittorio (ecco la prima aporia) che condotte uguali, compiute da soggetti con qualifiche differenti, siano (non ragionevolmente) trattate dall’ordinamento l’una come doverosa, l’altra come delittuosa.

4.2 Seconda aporia: la disparità di trattamento tra chi può autonomamente togliersi la vita e chi no, necessitando dell’aiuto di un terzo (art. 580 c.p. e art. 3 Cost.)

È contrario al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) che l’ordinamento *deonticamente* permetta¹² di porre fine alla propria vita a chi si trovi nella condizione materiale di poter agire autonomamente e, incoerentemente, impedisca la realizzazione dello stesso diritto da parte di chi si trovi nella condizione, come quella di Fabiano Antoniani, di non potere agire autonomamente, perché leso nell’apparato motorio.

A tale proposito rilevano due aspetti: il primo riguarda il principio di uguaglianza nelle decisioni di fine vita, il secondo (conseguenziale) la riconducibilità o meno alla libertà personale (art. 13 Cost.) della condotta di chi aiuta, i cui effetti ricadano, anziché in quella dell’agente, principalmente nella sfera giuridica di un’altra persona (cioè dell’aiutato), che soffre una radicale limitazione alla

¹² Usiamo il termine, apparentemente paradossale, “*permesso deontico*” di Amedeo G. Conte.

concreta libertà di togliersi la vita, che pure l'ordinamento formalmente gli riconosce.

Sul primo aspetto, la Corte di cassazione nel caso Englaro, a proposito della diversa situazione materiale del soggetto in stato di duratura non capacità di decidere rispetto a chi è in grado di prendere decisioni attuali sulla propria vita, pone come criterio quello della parità di trattamento tra i soggetti capaci e quelli non capaci di decidere. Solo così fuga il dubbio di costituzionalità delle norme che impedivano quella parità di trattamento per violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Se questa è un'impostazione costituzionalmente doverosa (come noi pensiamo), non si potrà non avere la medesima preoccupazione verso la disparità di trattamento che, in modo del tutto analogo, si produce in materia di aiuto al suicidio tra chi è in grado di dare seguito pratico alle proprie decisioni e chi non lo è.

Nel caso Englaro la soluzione è stata dare rilievo alle volontà e alle espressioni di pensiero e di personalità manifestate da Eluana quando era in condizioni di capacità (anticipando quanto poi il legislatore avrebbe recepito nel 2017). Nel caso dell'aiuto al suicidio, nelle condizioni di Fabiano Antoniani, occorrerà dare il medesimo rilievo alla volontà di chi chiede aiuto. Solo rimuovendo la criminalizzazione che l'art. 580 c.p. compie senza distinzione di condotte, e con pene gravi, la Corte costituzionale potrà dare coerenza al sistema.

Qualcuno potrebbe obiettare (e così passiamo al secondo aspetto) che l'intreccio delle libertà di chi chiede aiuto e di chi lo presta crei una confusione che non giova al tentativo di fondare la legittimità del comportamento di Cappato sulla libertà di cui art. 13 Costituzione. Infatti, com'è noto, *la libertà personale è inviolabile* a patto che le espressioni di quella libertà producano effetti solo nella sfera personale di chi la esercita. Diversamente, le espressioni di libertà di una parte costituirebbero atti di lesione delle inviolabili libertà delle altre parti nei confronti dei quali produrrebbero gli effetti. Di conseguenza, l'aiuto al suicidio non si potrebbe giustificare alla luce dell'art. 13 della Costituzione.

La questione ci pare più complessa.

Se si pone come punto di partenza la libertà di Fabiano Antoniani di porre fine alla propria vita, è doveroso chiedersi in quali concrete condizioni versasse tale libertà.

In termini generali, la libertà personale può essere limitata in modi diversi. Se sono chiuso in una cella di cemento armato con una porta chiusa a chiave dall'esterno, certamente non sono libero di uscire; ma se sono su un terreno delimitato da una linea gialla e al di fuori vi sono delle guardie pronte a sparare in caso io faccia un passo oltre la riga gialla, mi trovo in una condizione di limitazione della libertà parimenti forte, ma di tipo diverso: posso materialmente uscire, ma la mia libertà dura il tempo che impiegano i proiettili a raggiungere il mio corpo. A quale delle due situazioni sono assimilabili le condizioni di Fabiano Antoniani e di Marco Cappato?

Per quel che riguarda Fabiano Antoniani, diremmo sicuramente alla prima, poiché la sua inabilità fisica, lo stato del suo corpo, la sua totale dipendenza da altri gli consentivano la sola libertà di pensiero e di espressione, ma non certo quella di movimento e altre estrinsecazioni di libertà che coinvolgevano il suo corpo. In una condizione del genere l'unico modo di realizzare la propria libertà dipendeva dagli altri, dall'aiuto altrui.

Per quanto riguarda Marco Cappato, la sua libertà assomiglia di più a quella di chi si trovi all'interno della riga gialla: può agire (e oltrepassare la linea), ma se lo fa è sottoposto al *fuoco* della legge penale.

Siamo di fronte a due limitazioni della libertà personale, quella di chi intende porre fine alla propria vita e quella di chi aiuta il diretto interessato a realizzare quella libertà. La prima libertà (quella di chi intende porre fine alla propria vita) è, astrattamente e sul piano meramente giuridico, una libertà piena, ma nel caso concreto subisce la limitazione totale. La seconda, quella di aiutare, è materialmente realizzabile, ma è oggetto di divieto penale. Ritornando quindi al nostro punto di partenza (la libertà di aiuto che implica l'intersecarsi delle sfere personali di chi aiuta e di chi chiede aiuto), sorge la domanda: "è sufficiente la mera richiesta, proveniente da una persona in piena capacità fisica e psichica, a giustificare l'interferenza? O sono necessarie altre condizioni? Se la richiesta di aiuto proviene da una persona fisicamente impedita (il caso in esame), può tale condizione giustificare l'interferenza?"

Se si risponde negativamente (tenendo fermo l'art. 580, comma 2, c.p.), e lo si fa in nome dell'inviolabilità della libertà personale di chi, essendo in condizione d'incapacità fisica, chiede liberamente e consapevolmente aiuto, si cade allora nella terza aporia, che trattiamo nel paragrafo seguente.

4.3 Terza aporia: l'art. 580 II c.p. e la scriminante della legittima difesa nell'omicidio.

L'ordinamento permette l'omicidio compiuto per salvare la propria vita (legittima difesa) e punisce invece, in modo che ci pare incoerente, chi aiuta altri a realizzare la propria libertà.

La legittima difesa è espressione della consapevolezza del legislatore della non esigibilità di un comportamento diverso da parte di chi vede in pericolo la propria vita e, deliberatamente (e egoisticamente), lede quella dell'altro. Nell'aiuto al suicidio vi è certamente come conseguenza ultima la lesione della vita dell'altro (che pur la rifiutava), ma quella conseguenza è indiretta, cioè non dipende dall'azione di chi aiuta (quindi, si tratta di un fatto materiale anche meno grave di chi uccide per legittima difesa). Inoltre, chi aiuta agisce spinto da una motivazione non egoistica, ma altruistica e nobile, di realizzare la libertà personale di chi non può agire liberamente.

Ecco un ulteriore motivo perché la Corte costituzionale restituisca la coerenza del sistema, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 580, secondo comma, c.p.. Di queste aporie la Corte costituzionale potrà farsi carico alla luce del suo

orientamento, secondo cui, in campo penale, se spetta al legislatore la scelta di considerare una certa condotta come reato oppure no, nel caso tuttavia ci si trovi di fronte a irragionevoli sperequazioni sanzionatorie (ad aporie, appunto) il sindacato di legittimità costituzionale trova spazio¹³.

5. L'aiuto al suicidio come dovere assiologico.

Noi pensiamo che ci si possa spingere oltre le incoerenze del sistema, e che si possa arrivare a configurare l'agire di chi riceve un'espressa richiesta di realizzazione della propria libertà di morire da parte di chi ha un impedimento motorio completo, come l'adempimento di un *dovere deontico atetico assiologico*¹⁴, atetico perché non posto da un legislatore e assiologico perché fondato su un valore¹⁵.

Interessante, a tale proposito, è il passo della Corte di cassazione sul caso Englaro ove si richiamano i principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che costituiscono, secondo i giudici, il fondamento del dovere del medico: “*la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono e impongono l'effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente*”. Dunque, in tale ottica, la doverosità medica è solo una delle specificazioni dei *principi costituzionali di ispirazione solidaristica*, che possono evidentemente avere anche espressioni e destinatari diversi e, perché no, anche Marco Cappato.

Non va, poi, dimenticato che il nostro ordinamento prevede le *obbligazioni naturali*, cioè particolari tipi di obbligazioni che sorgono da doveri morali o sociali. Esse, sebbene siano caratterizzate dall'aspetto dell'incoercibilità (cioè non si è obbligati alla prestazione, l'adempimento può essere solo spontaneo), hanno come elemento essenziale l'irripetibilità della prestazione medesima (se l'adempimento avviene, non è più possibile chiederne la restituzione (art. 2034 c.c.).

Nell'ordine di idee qui proposto sembra muoversi anche la recentissima decisione del 6 luglio 2018 (n. 2018-717/718 QPC) del *Conseil Constitutionnel* francese, secondo la quale, in materia di immigrazione, il legislatore non può, tra il principio di “fraternità” e quello della “salvaguardia dell'ordine pubblico”, privilegiare

¹³ Per costante giurisprudenza della Corte, la configurazione delle fattispecie criminose e la determinazione della pena per ciascuna di esse costituiscono materia affidata alla discrezionalità del legislatore, involvendo apprezzamenti tipicamente politici. Le scelte legislative sono pertanto censurabili, in sede di sindacato di legittimità costituzionale, solo ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene quando ci si trovi a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione.

¹⁴ secondo la definizione di Amedeo G. Conte: si veda Amedeo G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*, Torino, Giappichelli, 1995, *passim*.

¹⁵ Di questo dovere si può trovare traccia nei presupposti della scriminante dello stato di necessità (art. 54 c.p.) nella parte in cui fa riferimento alla “necessità di salvare [...] altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona”.

quest'ultimo in modo manifestamente squilibrato, prevedendo una sanzione penale per chi aiuti uno straniero a entrare nel territorio francese e prevedendo invece una esenzione dalla pena per chi aiuti chi è già immigrato, sia pure illegittimamente. In tal modo ha fatto derivare da un principio generalissimo (sia pure di rango costituzionale), come quello di fraternità, una limitazione concreta per il potere del legislatore di considerare reato una condotta che a quel principio generalissimo non si ispiri.

La Corte costituzionale italiana, quale supremo organo di controllo delle leggi, ha l'opportunità di ricondurre in equilibrio un sistema come l'ordinamento italiano ove la norma penale che punisce l'aiuto al suicidio prestato a persona impossibilitata ad attuare la propria libertà di porre fine alle sofferenze è manifestamente squilibrato rispetto al superiore principio di autodeterminazione e, se si vuole, anche di tutela della salute intesa come cessazione dei patimenti.