

Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo.

di **Federico Consulich** (Professore associato di diritto penale presso l'Università degli Studi di Genova e Avvocato in Milano) e **Carolina Genoni** (Avvocato in Milano).

Il lavoro intende prospettare ragionevoli ipotesi di disciplina in ordine alla tutela dell'autodeterminazione del malato con prognosi infausta che manifesti un'intenzione anticonservativa.

In tale scenario il diritto penale oggi è inadeguato, perché

i) non riconosce: l'istigazione e l'aiuto sono assai diversi dal punto di vista del disvalore della condotta,

ii) sottovaluta: il consenso effettivo e il consenso presunto sono radicalmente eterogenei, poichè in questa seconda eventualità è in realtà un terzo a decidere il momento di interruzione della vita, e

iii) sopravvaluta: il formante giurisprudenziale valorizza spesso discontinuità fittizie dal punto di vista assiologico, quali la distinzione tra eutanasia attiva e omissiva, allorchè, con la prima, si intenda l'attivazione di percorsi eziologici letali rispetto a soggetti già avviati in breve tempo ad un evento infausto e, con la seconda, l'interruzione di trattamenti salvifici.

La regolazione di siffatti fenomeni passa certamente attraverso la costruzione di un'articolata scriminante, che deve considerare due elementi fondamentali:

a) solitamente l'antigiuridicità è la sede della composizione di un contrasto tra beni confliggenti imputabili a titolari differenti; nel caso delle decisioni di fine vita i due interessi in conflitto appartengono al medesimo soggetto, sicchè ogni intervento dello Stato che voglia evitare un approccio paternalistico dovrebbe limitarsi a verificare (prima) e garantire (poi) la libera autodeterminazione dell'individuo, unico reale protagonista del bilanciamento;

b) le scelte di fine vita subiscono valutazioni diverse a seconda degli ordinamenti, a tal punto che a volte l'aiuto al suicidio consiste proprio nel condurre il malato in Paesi 'più permissivi': dovrebbero essere sottratti alla nostra disciplina soggetti che compiano il fatto in ordinamenti che ammettono pratiche qui vietate.

This paper intends to envisage reasonable hypotheses of discipline in order to protect the self-determination of the patient with a poor prognosis that shows an anti-preservative intention.

In this scenario, the criminal law today is inadequate, because

i) does not recognize: the instigation and the help are very different from the point of view of the negative value of the conduct,

ii) undervalues: the actual consent and the presumed consent are radically heterogeneous, since in this second event it is actually a third party to decide the moment of interruption of life, and

iii) overvalues: the jurisprudence formant often values fictitious discontinuities from the axiological point of view, such as the distinction between active and omissive euthanasia when, with the former, we intend to activate lethal etiological pathways with respect to subjects already started in a short time inauspicious event and, with the second, the interruption of salvage treatments.

The regulation of such phenomena certainly passes through the construction of a complex justification, which must consider two fundamental elements:

a) usually justification is the seat of the composition of a contrast between conflicting goods imputable to different owners; in the case of end-of-life decisions the two conflicting interests belong to the same subject, so that any intervention by the State wishing to avoid a paternalistic approach should be limited to verifying (first) and guaranteeing (then) the free self-determination of the individual, the only real protagonist balancing;

b) end-of-life choices are subject to different judgments, so much so that sometimes help in suicide consists in leading the sick to more 'permissive' countries: subjects who make up the fact should be subtracted from our discipline in systems that allow practices prohibited here.

Sommario: **1.** Premessa. L'interesse all'autodeterminazione del malato al cospetto del diritto penale codicistico. - **2.** Le fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio, più da vicino. - **3.** L'eutanasia tra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio. - **4.** Realtà e presunzione in tema di consenso a trattamenti sanitari: le disposizioni anticipate di trattamento. - **5.** L'autodeterminazione del malato nel nostro ordinamento: la 'via italiana'. - **6.** Lo scenario comparato: alcune notazioni sparse. - **7.** L'aiuto al suicidio nell'era delle disposizioni anticipate di trattamento: valutazioni in termini di ragionevolezza. - **8.** Alla ricerca di una ragionevole tecnica di degradazione dell'illecito penale nel contesto del fine vita. - **8.1** L'insufficienza della prospettiva

orientata al fatto. - **9.** I riferimenti normativi costituzionali: tra divieto di uccidere e libertà di morire. - **10.** Cambio di paradigma: *dall'incriminazione alla giustificazione* alla ricerca di una disciplina equilibrata per l'aiuto ‘ammissibile’ al suicidio altrui. - **10.1** Pregi *apparenti* e difetti *reali* di una scriminante costituzionale in tema di aiuto al morente. - **11.** L’ ‘impeto di Buridano’: il diritto penale provvisorio durante il dialogo tra Corte Costituzionale e Legislatore in tema di fine vita. - **12.** Conclusioni. La “non eterodeterminazione” come libertà negativa da tutelare attraverso una scriminante costituzionale riferibile all’ausilio del terzo.

1. Premessa. L’interesse all’autodeterminazione del malato al cospetto del diritto penale codicistico

La tutela della vita rappresenta un tema di grande interesse per il legislatore italiano, che sin dal 1889, sotto la vigenza del Codice Zanardelli, ha voluto punire severamente qualsivoglia contributo volto alla realizzazione dell’intento anticonservativo dell’aspirante suicida.

L’indisponibilità del bene vita, con l’unica eccezione delle condotte suicidarie, non punite dall’ordinamento, è stata riaffermata nel 1930, come testimoniato dalla comparsa nel Codice Rocco della fattispecie di omicidio del consenziente, di cui all’art. 579 c.p., e dalla rimodulazione della già esistente previsione di istigazione o aiuto al suicidio, di cui all’art. 580 c.p., comprensiva dell’ipotesi del tentativo da cui derivi una lesione personale grave o gravissima¹.

Il legislatore penale non disciplina, dunque, l’atto di suicidio, purché il processo che conduce il soggetto a porre fine alla propria esistenza sia da questi interamente governato e, in quanto tale, libero da interferenze esterne tanto sul piano volitivo quanto esecutivo.

Benchè il contenuto del presente saggio sia integralmente condiviso dagli Autori, i §§ da 1 a 6 sono stati scritti da Carolina Genoni, mentre i restanti da Federico Consulich.

¹ In questo specifico ambito, il Codice Zanardelli si contraddistingueva per l’assenza di una fattispecie dedicata all’omicidio del consenziente, equiparato all’omicidio volontario, e per la previsione del reato di istigazione o aiuto al suicidio, la cui punibilità era limitata al solo caso di verifica dell’evento. Per una compiuta analisi del percorso storico e giuridico, che dal *diritto di far morire o di lasciar vivere*, caratterizzante la teoria classica della sovranità, approda all’attuale rivendicazione da parte dello Stato del *diritto di lasciar morire*, si veda, Seminara, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in Rodotà-Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, II, Milano, 2011, 189 ss.

Ratio essendi dei delitti di cui agli artt. 579 e 580 c.p. è, infatti, il protagonismo del terzo nell'*iter* tanatologico, in via diretta (omicidio del consenziente) o indiretta (istigazione o aiuto al suicidio).

Orbene, di fronte ad uno scenario penalistico incentrato, quanto all'interesse da proteggere, esclusivamente sulla vita, intesa in senso astratto e monolitico, e, quanto al soggetto la cui condotta va regolata, su colui che agisce sul (o coopera con) il morente, nessuno spazio pare emergere per gli interessi di quest'ultimo, in particolare per la sua autodeterminazione di fronte alla malattia, e finanche per la sua condotta. É dunque autoevidente che la situazione normativa risultante sia del tutto insoddisfacente.

2. Le fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio, più da vicino

L'art. 579 c.p.² integra un'ipotesi autonoma e diversa di omicidio volontario, in forza della presenza dell'elemento specializzante del consenso della vittima, da cui consegue una pena più mite per l'autore del fatto.

Il legislatore del Trenta, pur non attribuendo valore scriminante al consenso del soggetto passivo, ne ha riconosciuto la portata degradante del disvalore dell'illecito, in particolare dell'elemento soggettivo, come si può ricavare dalla lettura dei lavori preparatori al codice penale, da cui emerge “*l'influenza veramente notevole che [il consenso della vittima] esercita sull'apprezzamento del dolo in genere e della personalità del colpevole*”³.

Ovvio che tale ruolo può essere giocato solo da un consenso valido ed efficace, libero da condizionamenti, in quanto espressione della effettiva

² L'art. 579 c.p. prevede che: “1. *Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni.*

2. *Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. 3. Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:*

1) *contro una persona minore degli anni diciotto;*

2) *contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti;*

3) *contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno”.*

³ *Relazione al progetto definitivo del codice penale e di procedura penale, in Codice penale illustrato con lavori preparatori, a cura di Mangini, Gabrielli, Casentino, Roma, 1930, 462.*

e consapevole volontà di morire⁴, che deve riflettersi nella consapevolezza del reo⁵.

L’art. 580 c.p.⁶ risulta in qualche modo espressivo di un disvalore attenuato, come comprovato dalla minore pena. La condotta del terzo diventa accessoria ad un’azione anticonservativa che è tutta del suicida e l’elemento soggettivo in capo all’agente muta decisamente: non più percezione del consenso della vittima, ma dell’obiettiva serietà del proposito suicida.

Pena più lieve, ma ugualmente distribuita tra forme di contributo *prima facie* davvero diverse: il *concorso morale*, consistente nel determinare l’insorgenza del proposito suicidario inesistente o nel rafforzare un proposito già esistente, e il *concorso materiale*, integrato da chi agevola in qualsiasi modo l’esecuzione dell’atto di suicidio.

Qui emerge in tutta la sua evidenza un primo momento di *inadeguatezza* del diritto penale in materia di fine vita, che risulta *incapace di riconoscere* il diverso disvalore sotteso alle condotte di istigazione e rafforzamento al suicidio e di agevolazione dell’esecuzione del suicidio: un conto è incidere sulla determinazione del soggetto, facendo sorgere o rafforzando un proposito già esistente, un conto è aiutare chi si è già determinato in piena autonomia, agevolandone i voleri.

Tale diversificazione pone evidentemente un problema di ragionevolezza dell’art. 580 c.p., come rilevato dalla Corte di Assise di Milano, in relazione alla vicenda Antoniani⁷.

⁴ Sul punto si veda Tordini Cagli, sub *art. 579 c.p.*, in Cadoppi-Canestrari-Veneziani (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, 2218

⁵ Del resto, il comma 3 dell’art. 579 c.p. prevede che si applichino le disposizioni relative all’omicidio comune, qualora il consenso non provenga da un soggetto in grado di comprendere e scegliere deliberatamente le conseguenze derivanti dalla propria decisione, in quanto minore degli anni 18, infermo di mente o il cui consenso sia stato estorto o carpito con l’inganno.

⁶ L’art. 580 c.p. prevede che: “1. *Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l’altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l’esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. 2. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell’articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d’intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all’omicidio”.*

⁷ In questo senso Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell’aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. - riv. trim.*, 10/2018, 99; Corte ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, 1 e ss., in www.penalecontemporaneo.it, 16 febbraio 2018.

3. L'eutanasia tra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio

Sebbene nessuna delle due fattispecie in esame rechi alcun esplicito riferimento all'ambito medico sanitario o anche solo al concetto di malattia o sofferenza, entrambe le norme finora indicate vengono chiamate in causa come elementi essenziali della disciplina italiana del cd. fine vita, vale a dire delle scelte terapeutiche inerenti al malato sofferente senza prospettive di cura.

Il comune denominatore dei noti casi giudiziari di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro e Fabiano Antoniani (per non citare quelli solo un poco più in ombra), è rappresentato dallo stretto rapporto tra patologia, tale da rendere inaccettabili al malato le condizioni degradanti in cui era irreversibilmente costretto a vivere, e scelta anticonservativa (diretta: Welby e Antoniani, o tramite un terzo: Englaro).

Nonostante la casistica sia molto ampia e variegata, è possibile operare la risalente, seppur ormai chiaramente convenzionale, classificazione delle cd. “pratiche di fine vita” alla luce della qualificazione penalistica:

A) l'*eutanasia indiretta*, nel senso etimologico del termine, consistente nella morte naturale resa indolore dalla somministrazione doverosa, e indiscutibilmente lecita, di terapie palliative;

B) l'*eutanasia passiva (o omissiva)*, consistente nella omissione da parte del medico delle cure necessarie per tenere in vita il paziente con prognosi infausta e nel corrispondente rifiuto, da quest'ultimo manifestato, della somministrazione o prosecuzione di terapie salvifiche, costituzionalmente garantito dagli artt. 32 e 13 cost.;

C) l'*eutanasia attiva*, consistente invece nell'*attivazione* di percorsi eziologici letali rispetto a soggetti già avviati in breve tempo ad un evento infausto e vietata dal nostro ordinamento.

La convenzionalità della sistematica ora richiamata emerge peculiarmente nella distinzione tra eutanasia attiva e passiva; il riferimento alle modalità commissive o omissive della condotta è grandemente *sopravalutato* poichè la pratica medica mostra una profonda commistione di moduli operativi del sanitario. Di rimpetto a tale *mixtum*, l'autodeterminazione del malato, via via sempre più tutelata giuridicamente, si manifesta non solo attraverso il rifiuto di cure, ma soprattutto come richiesta di interruzione di trattamenti sanitari, benchè salvifici.

Il caso Englaro, in questo scenario, rappresenta senza dubbio un *unicum*, ponendo ai giudici che se ne sono occupati un profilo nettamente distinto e ulteriore rispetto alla mera tutela della volontà del malato rispetto alle terapie salvavita, in ragione del fatto che la determinazione della paziente, da molti anni in uno stato vegetativo permanente, non era disponibile. Si è trattato in questa ipotesi di comprendere se il consenso

all'interruzione delle terapie salvavita potesse essere prestato 'per rappresentanza' da un terzo qualificato.

4. Realtà e presunzione in tema di consenso a trattamenti sanitari: le disposizioni anticipate di trattamento

La disciplina delle scelte attinenti al “fine vita” nel nostro ordinamento è stata generata da una ‘ibridazione’ tra diritto legale e diritto giurisprudenziale. Si è trattato di una regolazione che ha preso le mosse da generali principi costituzionali, è transitata per una lunga fase pretoria, in cui la giurisprudenza ha supplito il legislatore rispetto alle istanze collettive di normazione ed è giunta oggi alla l. n. 219 del 22 dicembre 2017 in tema di disposizioni anticipate di trattamento.

Lasciati soli per decenni da un legislatore imbellè, i giudici di merito e di legittimità hanno comunque conformato una serie di principi fondamentali della materia: esclusi i casi che rendono necessari interventi di urgenza sul malato incapace, si è acclarato che qualsiasi trattamento terapeutico debba essere subordinato al consenso informato dell'interessato, che come chiarito dalla Corte Costituzionale trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 cost. ed esplica così la sua “*funzione di sintesi tra due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute*”⁸.

Implicazione immediata è stata l'affermazione del diritto incoercibile del malato di rifiutare ogni trattamento, a prescindere che sia già in corso di somministrazione o meno, con la conseguente illiceità del comportamento del medico che operi contro la volontà del paziente⁹.

Ciò non di meno è rimasto a lungo scoperto il nervo della qualificazione della condotta del medico rispetto al paziente cronico non cosciente.

Il legislatore ha sempre *sottovalutato* l'eterogeneità tra consenso *effettivo* e consenso *presunto*, privando quest'ultimo di una autonoma normativa almeno fino alla l. n. 219 del 2017, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

Ne è scaturita finalmente la codificazione del diritto, spettante tanto alla persona capace quanto a quella incapace, di rifiutare le cure, personalmente o tramite un terzo.

Il comma 5 dell'art. 1, rubricato *Consenso informato*, stabilisce infatti che “*ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare [...] qualsiasi trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia*” e, al contempo, “*ha il diritto di revocare il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento [...]. Sono considerati*

⁸ Corte Cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in www.cortecostituzionale.it.

⁹ Cass. Pen., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Foro it.*, 2009, 6, II, 305.

trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale”.

Il comma 6 del medesimo articolo impone al medico di rispettare la volontà espressa dal paziente di *rifiutare* il trattamento sanitario o *rinunciare* al medesimo e, di conseguenza, “*è esente da responsabilità civile o penale*”.

La nuova legge ha, dunque, disciplinato espressamente una scriminante per specifiche ipotesi di omicidio del consenziente, valevoli, come accennato, anche per i casi in cui il paziente non sia attualmente capace di esprimere la propria volontà.

L'art. 4, rubricato *Disposizioni anticipate di trattamento* (c.d. DAT), chiarisce la portata vincolante per il sanitario delle dichiarazioni precedentemente rese da un paziente non più in grado di confermarle a causa di una sopravvenuta incapacità di autodeterminarsi. Il comma 1 prevede che “*ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi [...] 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*”¹⁰.

Con riferimento alla portata vincolante delle dichiarazioni anticipate di trattamento, il comma 6 precisa che “*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*”.

L'esercizio dei poteri di rappresentanza nell'interesse della persona incapace, che non abbia precedentemente reso dichiarazioni anticipate di trattamento, sembra invece trovare tutela nei commi 4 e 5 dell'art. 3, laddove è previsto che “*nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria*

¹⁰ Quanto ai requisiti di forma e alle ipotesi in cui il disponente versi in condizioni di salute tali da non consentire il rispetto dei requisiti richiesti, il comma 5 chiarisce che “*le DAT 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 comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro [...]. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento*”.

o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere”, rimettendo al giudice tutelare le eventuali controversie relative a posizioni confliggenti tra volontà del rappresentante e volontà del medico sulla migliore terapia per il paziente.

Il presente contributo non può essere occasione di una riflessione approfondita della complessiva disciplina risultante dall'intervento del 2017, ma sia consentito in questa sede rilevare come l'indeterminatezza dei confini del consenso presunto, emersa in tutta la sua drammaticità nel caso Englaro, sia stata solo in parte risolta dalla nuova normativa. L'omessa indicazione dei parametri necessari per ricostruire il consenso dell'incapace finisce per rappresentare una nuova delega implicita del legislatore all'autorità giudiziaria che dovrà caso per caso valutare la corrispondenza tra la volontà espressa dal tutore e quella del beneficiario *“in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere”*.

Ulteriormente, ed è quel che qui più importa, la legge del 2017 non è intervenuta in alcun modo sull'assetto normativo preesistente in tema di istigazione o aiuto al suicidio, sicché il compito principale del penalista oggi in questo campo è comprendere se e a quali condizioni il medico o il familiare possano contribuire alla realizzazione della libera scelta del malato di compiere un gesto anticonservativo, senza incorrere in una responsabilità penale.

5. L'autodeterminazione del malato nel nostro ordinamento: la 'via italiana'

I confini delle condotte penalmente irrilevanti sono stati, come detto, tracciati dalla giurisprudenza penale e civile in occasione delle pronunce sulle vicende Welby¹¹ e Englaro¹², che hanno riconosciuto rilevanza costituzionale, in forza degli artt. 32 e 13 cost., al diritto di rifiutare o interrompere le cure e, dunque, per il penalista, la idoneità scriminante dell'autodeterminazione terapeutica.

E così, la condotta del medico che, su richiesta del malato terminale, stacchi il ventilatore artificiale – trattamento indubbiamente salvifico – previa somministrazione di un forte sedativo, cagionando la morte del paziente, è oggi lecita, prima e a prescindere dall'inquadramento del contributo del sanitario in chiave attiva od omissiva.

¹¹ Trib. Roma (G.u.p.), 23 luglio 2007, in *Foro it.*, II, 2008, 105 ss.

¹² Cass. Civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, I, 2007, 3025 ss.

Il medesimo diritto è garantito anche al malato che non sia più in grado di manifestare il proprio intento anticonservativo, in quanto incapace, che vedrà comunque tutelata la propria posizione in forza di una richiesta in tal senso formulata dal suo tutore, portavoce della volontà del proprio assistito, ricostruita in via presuntiva.

Per altro verso, l’ordinamento consente, dunque, al malato con prognosi infausta di togliersi la vita in assoluta autonomia e solitudine: il suicidio rimane pacificamente oggi un atto ‘indifferente’ *per il diritto penale*.

L’ipotesi più problematica è quella del malato non autosufficiente rispetto all’atto suicidario e per il quale, al contempo, il rifiuto o l’interruzione delle terapie mediche non siano immediatamente causali rispetto alla morte.

Paradigmatica la recente vicenda Antoniani, che vedeva imputato Marco Cappato del reato di istigazione o aiuto al suicidio, per avere agevolato l’esecuzione del gesto anticonservativo commesso da Antoniani, avendolo accompagnato presso il luogo da questi prescelto per togliersi la vita.

Ad oggi l’attuale quadro normativo persiste nel criminalizzare il suicidio assistito, ma si tratta di una soluzione assai discutibile dal punto di vista della ragionevolezza complessiva della disciplina e rispetto a cui molteplici alternative sono offerte dal diritto comparato.

6. Lo scenario comparato: alcune notazioni sparse

Le perplessità appena sollevate in merito alla ragionevolezza della tutela apprestata dal nostro ordinamento al malato terminale che manifesti un intento anticonservativo aumentano se la cd. ‘via italiana’ viene messa a confronto con le discipline in materia di fine vita vigenti in altri Paesi, quali Olanda, Germania e Svizzera, nonché con la legislazione di uno Stato americano: l’Oregon.

In Olanda l’eutanasia e il suicidio assistito sono stati riconosciuti legittimi a determinate condizioni dal *Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act* del 2002, che ha codificato un caso giurisprudenziale del 1973, sancendo la non punibilità dei reati di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio, previsti dal codice penale olandese, quando il medico assecondi la richiesta del paziente nel rispetto di specifiche procedure¹³. L’aiuto a morire viene concesso solo in casi tassativi e praticato in strutture sanitarie sottoposte ad un controllo *ex post*. Si assiste, dunque, ad una stretta proceduralizzazione del momento

¹³ La disposizione è collocata nella *Section 293.2 e 294.2*; il testo della legge del 12 aprile 2001, n. 192, in vigore dal 1° aprile 2002, è consultabile in *Bioetica*, 2001, 389 ss., come indicato da Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, nota 52, 567.

volitivo ed esecutivo che caratterizzano il processo innescato dalla richiesta del malato.

L’Olanda adotta un criterio soggettivo orientato alla compassione verso il malato: l’elemento determinante per l’intervento è la valutazione dell’insopportabilità della sofferenza espressa dal paziente e condivisa dal medico, che assume quindi un ruolo attivo¹⁴.

Lo stesso sentimento di compassione – seppur non codificato – sorregge, di fatto, l’unica ipotesi lecita di aiuto al suicidio oggi contemplata dall’ordinamento **tedesco**, in quanto limitata ai soli parenti e compartecipi, definiti “*anime pietose*”, che decidano di assecondare la richiesta anticonservativa del malato. Nel 2015, infatti, il legislatore, che fino a quel momento criminalizzava la sola fattispecie di omicidio del consenziente, ha introdotto il divieto penale di qualsiasi attività commerciale organizzata volta ad agevolare il suicidio¹⁵, codificando una prassi invalsa presso la classe medica, che si è sempre astenuta da interventi con finalità eutanasiche. Tale disciplina sembra, dunque, orientata a vietare qualsiasi aiuto “professionalmente organizzato”¹⁶.

Contrariamente a quanto accade in Germania, in Svizzera la non punibilità dell’istigazione o aiuto al suicidio, quando attuati “*per motivi non egoistici*”¹⁷, e la previsione della fattispecie di omicidio del consenziente, quale ipotesi attenuata dell’omicidio comune¹⁸, sono entrambe incentrate su aspetti motivazionali codificati, quali finalità altruistiche e compassionevoli. Non solo. L’assistenza medica al suicidio è garantita, organizzata ed esercitata professionalmente con ritorno economico (si pensi alle numerose cliniche svizzere ove è consentita una

¹⁴ Picozzi e Ferraro, *L’ombra del nazismo. Legiferare sulla fine della vita: ombre e paure*, 2009, 161 e 163.

¹⁵ L’art. 217 StGB, rubricato “Agevolazione commerciale del suicidio”, prevede che: “1. Chiunque, con l’intenzione di favorire il suicidio altrui, ne offre o procura l’opportunità commerciale, anche in forma d’intermediazione, è punito con la pena detentiva fino a due anni o con la pena pecuniaria. 2. In qualità di compartecipe è esente da pena chi agisca in modo non commerciale e sia o parente della persona favorita indicata al comma 1, oppure a questa legata da stretti rapporti”.

¹⁶ Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, cit., 546.

¹⁷ L’art. 115 del codice penale svizzero, rubricato *Istigazione o aiuto al suicidio*, recita: “Chiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria”.

¹⁸ L’art. 114 del codice penale svizzero, rubricato *Omicidio su richiesta della vittima*, prevede che: “Chiunque, per motivi onorevoli, segnatamente per pietà, cagiona la morte di una persona a sua seria e insistente richiesta, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria”.

morte dignitosa tramite autosomministrazione da parte del malato di un farmaco letale)¹⁹.

Infine, lo Stato americano dell’Oregon: all’esito di un lungo percorso giurisprudenziale²⁰, è stato il primo a legiferare in ottica permissiva verso il suicidio assistito, approvato con il *Death with Dignity Act*, divenuto legge nel 1997 a seguito di un *referendum* popolare²¹. La norma ha tradotto in una precisa procedura l’*iter* attraverso cui un cittadino, che versi in determinate e obiettive condizioni di terminalità, possa procurarsi la morte tramite l’assunzione di un farmaco letale prescritto dal medico, il quale assume un mero “*ruolo notarile*”, limitandosi a confermare la presenza dei parametri clinici richiesti e a fornire i medicinali appropriati (cd. criterio oggettivo)²².

Si ritiene significativo rilevare che già nel 1979 la giurisprudenza americana aveva riconosciuto il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, estendendolo anche a tutori e fiduciari, portavoce di soggetti privi di prospettive di miglioramento, in presenza di “*chiare e convincenti prove*” che consentissero di risalire alla volontà pregressa del malato²³.

7. L’aiuto al suicidio nell’era delle disposizioni anticipate di trattamento: valutazioni in termini di ragionevolezza

Nel nostro ordinamento, la disciplina penalistica in tema di cd. ‘fine vita’ è senza dubbio improntata oggi ad un certo gradualismo.

Alla figura criminosa caratterizzata dal massimo disvalore, rappresentata dall’omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), segue quella dell’istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Fuori dal perimetro della rilevanza penale si pone poi l’ipotesi espressamente scriminata in

¹⁹ Per una più compiuta illustrazione della disciplina svizzera in materia di fine vita, si rinvia al lavoro di Florian Jenal, *Indirekte Sterbehilfe*, in *swisslex.it*.

²⁰ Tale percorso si è concluso nel 1997 con la pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti che, interpretando il 14° Emendamento, secondo cui “*nessuno può privare le persone della vita, della libertà e delle proprietà se non in seguito ad un regolare procedimento legale; né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l’eguale protezione delle leggi*”, ha riconosciuto il diritto delle persone di rifiutare i trattamenti, anche vitali, disconoscendo però un diritto costituzionalmente garantito di accelerare la morte, lasciando ad ogni Stato la possibilità di legiferare in materia di suicidio assistito.

²¹ Il testo della legge è consultabile al sito www.oregon.gov.

²² Per un efficace approfondimento sulle ricadute pratiche della legiferazione dello Stato dell’Oregon in tema di suicidio assistito, nonché sul percorso giurisprudenziale da cui è originato, si vedano, per tutti, Picozzi e Ferraro, *L’ombra del nazismo. Legiferare sulla fine della vita: ombre e paure*, cit., 138-186.

²³ Ci si riferisce ai casi *Quinlan* e *Fox*, decisi rispettivamente, nel 1975 e nel 1979, dalla Corte Suprema del New Jersey e dalla Corte di Appello dello Stato di New York.

base al comma 6 dell’art. 1 della l. n. 219 del 2017, vale a dire l’esecuzione da parte del medico della volontà del paziente di rinunciare o rifiutare il trattamento sanitario.

L’esenzione da responsabilità introdotta nel 2017 ha di fatto determinato l’amputazione dall’art. 579 c.p. di una sottofattispecie caratterizzata da un doppio passaggio tipico, comprensibile entro il paradigma della causalità psichica:

i) la patologia e/o altra condizione fisica infausta del paziente (ad esempio a seguito ad un grave trauma con esiti neurologici demolitivi) lo determinano a richiedere l’astensione dalle cure;

ii) l’espressione di volontà del malato, una volta percepita dal medico, impone a quest’ultimo di astenersi da qualsiasi terapia salvavita. Intonso è invece lo spettro applicativo dell’art. 580 c.p., con la conseguente genesi di una disciplina incoerente, che presta il fianco a dubbi di ragionevolezza.

In primo luogo, l’aiuto al suicidio, frutto di un’autentica determinazione consapevole del malato, è accomunato in tutto e per tutto all’istigazione, quando l’atto anticonservativo consegua ad un ‘condizionamento’ della determinazione del soggetto passivo²⁴, con un’indebita parificazione *quoad poenam* tra condotte dotate di evidente diverso disvalore.

In secondo luogo, il diritto penale non considera rilevante la stretta omogeneità assiologica tra l’aiuto al suicidio del morente in condizione di sofferenza e l’omicidio del consenziente realizzato da un medico attraverso l’astensione/interruzione da ogni terapia salvavita, in esecuzione di una disposizione di trattamento del malato. Mentre il primo comportamento è fonte di responsabilità, il secondo, pur integrando il tipo dell’art. 579 c.p., è oggi scriminato.

²⁴ Sulla differenza valoriale tra i due modelli di condotta Riscato, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, 2008, 79; più di recente Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 550. L’istigazione al suicidio pare punibile a tutto tondo, tanto nella forma individualizzata, quanto in quella collettiva, ad esempio attraverso la pubblicità di prodotti, metodi o finanche attività esercitate in forma imprenditoriale volti a realizzare il suicidio. Nel nostro ordinamento la prima ricade entro i confini dell’art. 580 c.p., mentre la seconda probabilmente potrebbe essere ricondotta all’art. 414 c.p., anche se non senza torsioni, dato che il suicidio non pare in sé illecito, stante l’impossibilità di applicare qualsiasi tipo di conseguenza sanzionatoria in capo a chi compia l’atto anticonservativo, ma nemmeno un vero e proprio diritto, come vedremo meglio *infra*. In altri Paesi la situazione è più chiara, si pensi ad esempio alla Francia, che dedica all’apologia di suicidio una disposizione (art. 223. 14 c.p.). La disposizione, come modificata nel 2000, recita: «*La propagande ou la publicité, quel qu’en soit le mode, en faveur de produits, d’objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort est punie de trois ans d’emprisonnement et de 45 000 euros d’amende*».

È proprio con riferimento a questa seconda anomalia normativa che occorre spendere qualche riflessione aggiuntiva.

Gli artt. 579 e 580 c.p. poggiano spesso su un comune *presupposto fattuale*, la sofferenza fisica e psichica senza prospettive di miglioramento, e una medesima *dimensione assiologica*. Si tratta di spaccati esistenziali che rendono davvero sofistiche le distinzioni normative, ponendo l'interprete di fronte a situazioni che sono sostanzialmente equivalenti dal punto di vista dei diritti in gioco (vita vs autodeterminazione)²⁵, tanto che l'interruzione di terapie a seguito di espressa richiesta potrebbe anche essere guardata come una forma di un suicidio in via mediata o, con espressione sempre in voga in questi contesti, *procedurale*²⁶.

Il punto critico è però comprendere se gli indubbi tratti comuni in ipotesi 'di confine' possano prevalere sulle nette discontinuità che si registrano tra i casi 'nucleari' o paradigmatici di suicidio assistito e quelli di interruzione delle cure ai sensi della l. n. 219 del 2017 e, dunque, condurre a ritenere ingiustificabile una differenza di trattamento.

La differenza fondamentale tra i due reati attiene alla condotta, guardata dal punto di vista causale.

Il rifiuto o la sospensione di cure *non producono* la morte del paziente in senso naturalistico, ma si limitano a *non interrompere* il decorso eziologico proprio della malattia, che dunque non dipende in alcun modo *attivamente* dal medico, da un terzo, o dallo stesso paziente.

Ben diverso il caso del suicidio assistito, poiché può ben darsi che in astratto la patologia (o la condizione fisica in generale) del paziente sarebbe evoluta verso un esito letale, ma all'atto pratico è la messa a disposizione del malato dell'opportunità di suicidarsi a condurre quest'ultimo alla morte²⁷: è evidente che in questi casi il decesso *non*

²⁵ Lo rileva già Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 7/2018, 71.

²⁶ La procedura è la vera ombra che vaga in tutta questa intricata materia. Sulla necessità della formalizzazione di criteri di accertamento del rifiuto delle cure, che contemperino le variegate istanze di tutela sul campo e verifichi la genuinità e la consapevolezza della scelta del malato, ritenendo che sia l'unico strumento in grado di prevenire i vari possibili tipi di abuso, Gargani, *Ius imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 523 ss.; scettico, invece, Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 540, favorevole piuttosto (542 ss.) alla costruzione di una criteriologia che identifichi *ex ante* la gamma di interventi proporzionati in funzione del miglior interesse del malato, che riducano la discrezionalità del sanitario e si collochino nel quadro di una "relazione terapeutica comunicativa" tra medico e paziente.

²⁷ In questo senso Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 10/2018, 100

viene semplicemente *accelerato* rispetto al naturale decorso di una malattia, ma causato *tout court* in costanza di osservazione clinica.

Occorre ora capire cosa accada riportando somiglianze e differenze tra i fatti di interruzione di cure e suicidio, con la relativa regolazione, nell’ambito dello scrutinio di ragionevolezza costituzionale.

Volendo ridurre al minimo ogni premessa a questo proposito, basti qui ricordare che in tale ultimo tipo di verifica, la Consulta segue una modellistica essenzialmente tripartita²⁸.

i) La prima tipologia attiene all’*uguaglianza* ed è riconducibile al nucleo duro dell’art. 3 Cost. Si tratta per vero di un giudizio davvero residuale e destinato a censurare ipotesi normative che violino il divieto di discriminazione laddove, senza alcuna giustificazione, il trattamento differenziato assuma come dato dirimente il sesso, la razza, la condizione sociale o la religione²⁹.

ii) Il secondo modello attiene alla *razionalità* della previsione oggetto del giudizio, *intesa come proiezione del postulato di non contraddizione* dell’ordinamento giuridico. Si tratta di casi di incompatibilità tra norme o di mancato rispetto dei principi ispiratori dichiarati (anche sotto forma di incongruità dei mezzi rispetto ai fini). Si pone dunque qui necessariamente un confronto a struttura triadica, poiché solo a parità di *ratio legis* tra le due norme guardate sinotticamente sarà possibile dichiarare l’illegittimità costituzionale del diverso trattamento.

iii) Il terzo paradigma attiene, infine, al controllo di *razionalità intrinseca della norma sub iudice*, in assenza di un *tertium comparationis*. Ciò che deve essere verificato è se sia presente un conflitto diretto tra la previsione legale e i parametri costituzionali.

Concentrandosi, in particolare, sul paradigma *sub ii*), non può tacersi il punto critico della possibile disomogeneità delle norme oggetto di

s., che distingue però tra l’ipotesi del totale rifiuto di terapie salvavita, cui fa da contraltare la mera omissione del sanitario, nel quadro dell’art. 13, e quella dell’interruzione di cure, che invece implica una condotta attiva del medico ed è riconducibile all’art. 32 Cost. (oltre che entro l’art. 1 comma 5 l. n. 219 del 2017).

²⁸ G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, 180. Di recente, nella dottrina penalistica, si veda Recchia, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2/2015, 55 ss. Per una disamina dei diversi modelli di giudizio di ragionevolezza, per tutti, Pulitanò, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2011, *passim*, nonché Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, 49 ss.

²⁹ Si veda sul punto Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in Insolera-Mazzacuva-Pavarini-Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012, 396 ss.

valutazione comparativa, in considerazione del profluvio di variabili che vengono in considerazione, sicché il rischio dello sconfinamento nella *political question* è davvero rilevante³⁰; si impone, infatti, di analizzare tratti della fattispecie criminosa non meramente formali, ma attinenti, tra gli elementi più problematici, all’interesse protetto e al suo posizionamento nella gerarchia costituzionale esplicita e implicita, al disvalore oggettivo e soggettivo del reato, al grado di anticipazione della tutela e così via³¹. È, dunque, facilmente comprensibile come la censura di incostituzionalità possa essere svolta solo in termini di manifesta irragionevolezza, e ciò è ancor più evidente nel caso *sub iii*) in cui l’assenza di un *tertium comparationis* priva la Corte di un parametro di giustificazione.

In questo quadro, pare possibile oggi svolgere una valutazione di ragionevolezza della punibilità dell’aiuto al suicidio nei termini di un ordinario giudizio trifasico, verificando la presenza o assenza di elementi differenziali tra due situazioni che giustifichino un diverso trattamento (finanche antitetico) da parte della legge. Si tratta, insomma, di impiegare il tipo più tradizionale di scrutinio costituzionale per esaminare il sistema complessivo di regolazione delle scelte di fine vita; in particolare, il raffronto deve intercorrere tra il combinato disposto dell’art. 579 c.p. e l’art. 1 comma 6 della l. n. 219 del 2017, da una parte, e l’art. 580 c.p. dall’altra parte, con riferimento, l’abbiamo detto più volte, alla sola ipotesi dell’aiuto³².

Si ricordi che il comma 6 dell’art. 1 della l. n. 219 del 2017 contempla un’esenzione da responsabilità civile o penale per il medico che rispetti la volontà del malato di rifiutare il trattamento sanitario. A nostro parere l’indifferenza di azione od omissione, la dichiarata valenza generale e il riferimento all’assenza di un danno civilistico risarcibile fanno propendere per la natura scriminante della disposizione³³.

³⁰ Rispetto a cui è esclusa ogni competenza della Corte, ai sensi dell’art. 28, l. n. 87 del 1953. Sulle conseguenze che ciò ha comportato storicamente in termini di *self restraint* del Giudice costituzionale si veda Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 s.

³¹ In argomento Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., 763 ss.

³² Nonché, volendo, della l. n. 38 del 2010 (*Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*) che può essere utile per comprendere le strategie mediche impiegabili in contesti terapeutici infausti.

³³ Nello stesso senso, tra i primi commentatori, Fimiani, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8; nel senso di una sorta di esimente bifronte – scriminante rispetto alle condotte attive, causa di esclusione del tipo rispetto a quelle omissive in quanto esenzione dall’obbligo di garanzia – Massaro,

L'art. 2 comma 2 prevede poi che nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, è possibile ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, previo consenso del destinatario della somministrazione³⁴.

Orbene, il comma 6 dell'art. 1 assume una evidente *funzione scriminante* rispetto a prassi pietose di accompagnamento alla morte che, con il consenso del paziente, hanno anche una funzione in concreto anticipatoria dell'*exitus*.

Se così stanno le cose, non vi è nulla di censurabile nel disposto dell'art. 580 c.p.: la distinzione tra interruzione o omissione delle cure e diretta causazione della morte da parte del malato, con un aiuto altrui, rimane un dato fattuale irriducibile che legittima un diverso trattamento, sicché siffatta disciplina differenziata non può dirsi *irragionevole* a tal punto da meritare una censura da parte della Consulta³⁵.

Peraltro, se anche così si opinasse, la disciplina risultante dall'intervento della Corte non sarebbe 'a rime obbligate', perché non spetterebbe certo al Giudice costituzionale definire quali tipologie di suicidio assistito potrebbero essere ammesse, con quali presupposti e secondo quali procedure.

Non pare, dunque, possibile caducare *sic et simpliciter* l'art. 580 c.p. alla luce della sua irragionevolezza dopo l'entrata in vigore della nuova legge del 2017; occorre allora comprendere quali siano i percorsi alternativi disponibili.

L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 22.

³⁴ Un profilo critico è che questa forma criptica di aiuto al suicidio è normativamente consentita in presenza di un presupposto ben definito, l'imminenza della morte, che non sempre ricorre nei casi paradigmatici in cui si ricorre al suicidio assistito, vale a dire quelli dei pazienti politraumatizzati e affetti da paralisi, nonché negli stati vegetativi permanenti o, ancora, nei casi di patologie neurodegenerative, tutte ipotesi in cui la perdita della dignità e lo scadimento del benessere non si accompagnano ad una prognosi infausta incombente.

³⁵ Nel medesimo senso Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, cit., 101, che conclude nel senso che non possano essere assimilate. Per Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71, nei casi in cui ricorrerebbero gli estremi per attivare la l. n. 219 del 2017 evidentemente la fattispecie di cui all'art. 580 non assumerebbe alcuna funzione di tutela, in quanto si tratta di una modalità alternativa di realizzazione di uno scopo che poteva essere perseguito attraverso la richiesta di interruzione delle cure.

8. Alla ricerca di una ragionevole tecnica di degradazione dell'illecito penale nel contesto del fine vita

Esaminato fin qui lo scenario italiano in materia di scelte di fine vita, appare chiaro che la ricerca di uno spazio di liceità rispetto ad alcune ipotesi di assistenza al suicidio e omicidio del consenziente ha finora seguito due modelli differenziati.

Per quanto attiene ai fatti riconducibili all'art. 579 c.p., prima della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento si è assistito ad un *paradigma esegetico complesso*, incentrato ora sull'*atipicità della condotta* ora sulla sua *giustificazione*.

Sul fronte del tipo, si colloca la notazione che il dissenso del paziente all'avvio o alla prosecuzione delle terapie salvavita comporterebbe la caducazione della posizione di garanzia del medico, o comunque un mutamento contenutistico dell'obbligo penalmente rilevante: il rifiuto informato del malato dissolverebbe insomma il dovere di impedire l'evento in capo al sanitario o comunque lo trasformerebbe imponendo al garante di assecondare la scelta del malato³⁶.

In alternativa, dapprima in giurisprudenza e in dottrina, poi sul fronte legislativo, si è ricercata un'adeguata scriminante, rinvenendola o nell'*esercizio del diritto del paziente* a rifiutare le cure, con il conseguente *concorso in un fatto lecito* da parte del sanitario, o lo speculare *adempimento del dovere* da parte del *medico*. Oggi la l. n. 219 del 2017³⁷ ha formalizzato l'impostazione in qualche modo anticipata dal G.u.p. di Roma nel caso Welby³⁸ e da coloro che riconducevano la

³⁶ Da tempo il punto è stato chiarito in dottrina, si veda Santosuosso, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale ruolo dei familiari?*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 206, nonché Giunta, *Diritto di morire e diritto penale: i termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 91 e De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 954 ss. Sul mutamento contenutistico della posizione di garanzia si vedano, tra gli altri, Gargani, *Ius imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 513 e Cupelli, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, 73 ss.

³⁷ Il giudizio sulla l. n. 219 del 2017 non può che essere positivo, poichè la novella ha colmato un vuoto di disciplina in cui si erano tradizionalmente ambientati gli squallidi spettacoli della politica nostrana. Di "*rigurgiti di paternalismo e moralismo statalista*" con riferimento alla vicenda Englaro ha parlato Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in Carusi-Castignone- Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2012, 96.

³⁸ Trib. Roma (G.u.p.), 23 luglio 2007, in *Foro it.*, II, 2008, 105 ss.; l'inquadramento del tema e la soluzione proposta da questa pronuncia è sostanzialmente condivisa da Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 913; Pulitanò, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1202 ss.; A.

situazione all’art. 51 c.p., inquadrando l’interruzione delle terapie come esercizio mediato del diritto del paziente³⁹.

Si noti che, in entrambi i casi, si è trattato di una riduzione del perimetro del penalmente rilevante, valida solo sul presupposto che ad agire fosse un medico.

Per quanto riguarda invece l’aiuto al suicidio, la dottrina (così come la non frequente giurisprudenza) ragiona da tempo secondo un *paradigma interpretativo semplificato*. Più precisamente si è percorsa la strada della contrazione del contenuto semantico del termine *aiuto* e, dunque, della descrizione del comportamento rilevante. Vicende di cronaca recente (leggi: processo a Marco Cappato per l’aiuto prestato a Fabio Antoniani, ma anche l’analogo caso oggetto di una pronuncia del Tribunale di Vicenza) hanno rappresentato l’occasione per proporre letture restrittive del concetto di condotta agevolatrice, da intendere esclusivamente come quella *immediatamente precedente e strumentale* al suicidio, con esclusione di tutte le forme fungibili di facilitazione preparatoria (dal trasporto in auto, alla preparazione del bagaglio e dei presidi sanitari necessari al viaggio, alla raccolta della documentazione richiesta dalla clinica estera e via dicendo)⁴⁰.

Con una variante sul tema, si è a volte impostato il problema in chiave di offensività dell’azione tipizzata, presupponendo un mutamento sopravvenuto dell’oggetto della tutela penale. In questi termini si è ad esempio espressa la Corte di Assise di Milano, quando ha posto la questione della legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., sostenendone, in sintesi, l’irragionevolezza nella parte cui presiederebbe il bene dell’autodeterminazione del suicida anche quando questi sia stato aiutato a realizzare il proposito anticonservativo liberamente e autonomamente maturato.

8.1 L’insufficienza della prospettiva orientata al fatto

Molteplici sono i punti deboli di una impostazione del problema in chiave di tipicità/offensività.

Taruffo, *Rifiuto di cure e doveri del medico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 468; F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, 70; in precedenza Giunta, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, 565 ss. Perplessità in ordine alla soluzione offerta dalla giurisprudenza nel caso Welby, invece, in Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1564.

³⁹ Adottata da Spena, *Diritti e responsabilità penali*, Milano, 2008, 269.

⁴⁰ In dottrina, di recente, la prospettiva è di Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell’aiuto al suicidio*, cit., e, in giurisprudenza di Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 308, con nota di Silva, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*.

Quanto alla descrizione del tipo, in primo luogo, l'aiuto al suicidio è delitto a forma libera e il suo accertamento è innervato da complessi ragionamenti eziologici; in assenza di una previsione legislativa, dunque, risulta ossimorico parlare di condotte causali non tipiche, per quanto anticipate rispetto all'evento: si tratta, infatti, comunque di contributi efficienti rispetto alla morte⁴¹. Proprio per tale ragione non può avere pregio, lo si dice per completezza, il rilievo per cui il suicidio assistito è lecito in altri ordinamenti (paradigmaticamente la Svizzera, anche per la vicinanza geografica). Per quanto siffatte vicende trovino *il loro epilogo* all'estero, l'agevolazione del terzo trova certo avvio nel nostro territorio e ciò basta, in base all'art. 6 c.p., a considerare il reato commesso in Italia⁴². A nulla può valere, dunque, l'esistenza di soluzioni normative differenziate a seconda degli Stati, benché faccia collassare la prospettiva della doppia incriminazione del fatto e nonostante lo spostamento all'estero del suicida e di chi lo aiuta dimostri *per tabulas* la volontà di non violare la legge italiana⁴³.

L'ulteriore *caveat*, alla luce dell'applicazione giurisprudenziale della disciplina del concorso di persone, è che spesso l'aiuto non efficiente o sostituibile si trasforma comunque in una condotta penalmente rilevante, in quanto assume le fattezze del contributo morale '*per facta concludentia*', che rafforza il proposito criminoso dell'autore (qui, *rectius*, del suicida)⁴⁴.

La stessa distinzione *fare vs omettere* perde di senso, poiché questi modelli di condotta sono sempre frammisti nella pratica: l'astensione dalle terapie in corso che mantengono in vita il paziente, o finanche dalla idratazione e dalla nutrizione stesse (oggi ricondotte dalla legge del 2017 al concetto di trattamento sanitario sospendibile⁴⁵), si coniuga

⁴¹ Sulla mera interruzione di terapia in assenza di un dovere di salvataggio come ipotesi di fatto non conforme al tipo omicidiario Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 555.

⁴² Sul punto si veda F. Mantovani, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Iustitia*, 2017, 135. Sull'irrilevanza di norme attributive di diritti e doveri in una legislazione straniera per la giustificazione di condotte tenute in Italia Id., *Diritto penale, P.te gen.*, Padova, 2017, 237 e 242.

⁴³ Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 73 s.

⁴⁴ In effetti è proprio la constatazione svolta dal G.i.p. di Milano nel caso Cappato (ordinanza del 10 luglio 2017, 7), che ha ravvisato infatti un aiuto tanto materiale quanto morale.

⁴⁵ Ciò non di meno, un ulteriore punto meritevole d'attenzione è la definizione normativa dell'idratazione e della nutrizione artificiali come forme di trattamento sanitario che presuppongono un consenso attuale e continuo del paziente (art. 1 comma 5 della legge, secondo cui "*ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*").

immancabilmente con il compimento di condotte attive (dallo spegnimento di macchinari alla somministrazione di sedativi e analgesici)^{46, 47}.

Quanto all’offesa, il mutamento dello spettro di tutela dell’art. 580 c.p. non pare un’operazione metodologicamente corretta: rispetto ad un assetto penalistico che rimane formalmente inalterato, non è lecito dedurre *sic et simpliciter* una metamorfosi degli interessi protetti⁴⁸.

Certo, la lapidaria formulazione degli art. 579 e 580 c.p. riflette una valutazione di meritevolezza della vita espressa in forma assoluta, nel quadro di una espropriazione dell’individuo delle scelte inerenti alla sua integrità psicofisica. Si può ben dubitare della persistente validità di questo giudizio di valore oggi, ma ciò che conta è la sua cristallizzazione

⁴⁶ Sulla distinzione tra trattamenti medici attivi o omissivi, Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica, neuroetica*, Torino, 2009, 102 ss. Sostiene che la condotta di chi esegue le volontà del paziente di interrompere le terapie salvavita sia omissiva e in quanto tale non riconducibile al paradigma dell’art. 40 in presenza di un rifiuto della terapia Viganò, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?* Considerazioni in margine al caso Welby, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 7; Cupelli, *Il “diritto” del paziente (di rifiutare) e il “dovere” del medico (di non perseverare)*, cit., 1825 ss. Sull’iniquità della mancata equiparazione si vedano la sentenza di proscioglimento del 23 luglio 2007 del G.u.p. del Tribunale di Roma nel caso Welby (la condotta tipica consisteva nel distacco del ventilatore artificiale) e il decreto di archiviazione dell’11 gennaio 2010 del G.i.p. del Tribunale di Udine, rispetto al procedimento per omicidio volontario a carico del tutore di Eluana Englaro che aveva tenuto la condotta di cooperazione nel distacco del sondino nasogastrico nei confronti della ragazza. Un commento sui due provvedimenti Cupelli, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle “scelte di fine vita”*, in *Crit. dir.*, 2011, 274 ss.

⁴⁷ Ancora più rilevante il superamento di ogni distinzione tra azione e omissione nell’ambito della l. n. 219 del 2017. In questo senso anche Cupelli, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2017. Sulla distinzione tra azione omicidiaria attiva e omissiva o, in modo più icastico, tra uccidere e lasciar morire, Foot, *Killing and Letting Die*, in Garfield-Hennessy (Eds.), *Abortion: Moral and Legal Perspectives*, Amhert, 1984, 177 ss., anche in Id., *Moral Dilemmas and other Topics in Moral Philosophy*, Oxford-New York, 2002, 78 ss.; Beauchamp-Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, cit., 139 ss.

⁴⁸ Nel senso di un cambio di prospettiva nell’individuazione del bene protetto dall’art. 580 c.p., che oggi tutelerebbe la libertà di autodeterminazione del singolo, sembra proprio muoversi invece Corte Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, 1 e ss.; l’acuta tesi recentemente sostenuta, secondo cui sarebbe possibile escludere la rilevanza penale del suicidio assistito, valutando che in quei casi ci sarebbe l’assecondamento della volontà del malato e dunque difetterebbe l’offensività in concreto (cfr. Massaro, *L’omicidio del consenziente e l’istigazione o aiuto al suicidio*, cit., 19 ss.) cade nel medesimo vizio dell’ordinanza citata, presupponendo la sostituzione in via interpretativa del bene giuridico protetto.

in una disposizione di legge, la cui desuetudine nella percezione collettiva a nulla può rilevare.

In sintesi, la giustificazione dell’eventuale non punibilità di *fatti concreti* riconducibili al *tipo astratto* non può stare nella ritenuta ‘lontananza causale’ tra condotta del terzo ed *exitus*, né in ragioni attinenti al piano dell’offesa; in assenza di una nuova fattispecie, che richiederebbe una scelta positiva del legislatore⁴⁹, ogni contributo al suicidio altrui è oggi tipico.

Ciò non significa che la riflessione in argomento debba immediatamente arrestarsi. Proprio prendendo le mosse dai recenti interventi normativi in tema di rifiuto di cure, incidenti sull’ambito applicativo in tema di omicidio del consenziente, a noi pare possibile ricavare preziose indicazioni anche in tema di aiuto al suicidio, nel contesto di un’equilibrata disciplina complessiva delle scelte di fine vita, alla luce di una medesima linea politico-criminale.

Le fattispecie di cui agli artt. 579 e 580 c.p., infatti, benché concettualmente differenti da un punto di vista criminologico *generale*, assumono nell’ambito dello statuto del malato una peculiare similitudine, ponendosi lungo un *continuum* pratico e di valore⁵⁰, in dipendenza della presenza o assenza di un dispositivo letale attivabile in qualche modo dal paziente⁵¹.

Per tentare di giungere ad un più soddisfacente temperamento tra interessi tutti rilevanti, pare necessario indagare ora più da vicino quali siano le coordinate normative di riferimento in cui inserire il tema dell’aiuto al suicidio, qualificando in particolare le posizioni soggettive in gioco.

⁴⁹ Siamo lontani dalla scelta, assai diffusa, degli ordinamenti finanche ottocenteschi europei, che prevedevano forme di punizioni personali *post mortem* o patrimoniali verso la famiglia o ancora di sanzione per il suicida che avesse infruttuosamente tentato di attuare il proprio proposito, sulle quali, in prospettiva storica, si veda Seminara, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in Rodotà-Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 190 ss.

⁵⁰ Sul significato sociale come chiave di interpretazione di una condotta commissiva od omissiva Roxin, *Zur Strafrechtlichen Beurteilung der Strafbehilfe*, in Roxin-Schroth (a cura di) *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart, 2010, 95. Ritiene non determinante l’inquadramento della condotta entro la dicotomia attivo/omissivo per la soluzione del caso Welby Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e Welby*, cit., 1563.

⁵¹ Per una recente tassonomia delle forme di eutanasia si veda F. Mantovani, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., 124 ss.

9. I riferimenti normativi costituzionali: tra divieto di uccidere e libertà di morire

L'ordinamento inquadra la gestione della malattia (e, più in generale, della tutela del corpo) non solo entro gli artt. 2 e 32 Cost., ma anche entro l'art. 13 Cost.⁵². Si tratta di norme certo risalenti ad un contesto scientifico-tecnologico assai diverso dall'attuale, ma la cui formulazione aperta ha comunque consentito alla giurisprudenza di giungere, seppure attraverso un tragitto davvero faticoso, a delineare uno statuto 'bifronte' della relazione terapeutica: da una parte il *diritto del paziente* di decidere in via esclusiva quali trattamenti sanitari subire e, dall'altra parte, il *dovere del medico* di rispettare la volontà del malato, anche quando assuma connotazioni anticonservative. Come noto, si può far coincidere con la sentenza del G.u.p di Roma nel caso Welby del 2007 il punto di emersione di questa prospettiva, confermata poi – al di là del tema della collocazione del potere di formulare la richiesta nell'interesse e per conto del paziente – nel caso Englaro, precisamente nel decreto di archiviazione del G.i.p. di Udine.

Questo assetto di disciplina, ben lungi dal rappresentare un risultato definitivo, si è rivelato presto solo una tappa, per quanto importante, di un percorso ermeneutico più ampio, approdato fino all'interrogativo se dal diritto di rifiutare i trattamenti sanitari possa o meno dedursi quello di chiedere assistenza medica rispetto all'attuazione di un proposito suicidario, allorché il paziente versi in una condizione clinica inemendabile e gravida di sofferenze.

A nostro parere, sulla base della disciplina complessiva, non pare esistere un *diritto soggettivo* avente ad oggetto la propria morte: al ricorrere di una condizione di patologia cronica irrisolvibile che determini il deterioramento intollerabile della qualità della vita ogni atto teso al suicidio genererebbe altrimenti la pretesa, spendibile verso qualunque terzo o comunque verso lo Stato, a ottenere ogni supporto necessario allo scopo⁵³.

Per altra via: se esistesse un diritto a morire, ogni *istigazione* o *aiuto* ad esercitarlo sarebbero egualmente leciti.

⁵² L'incoercibilità delle terapie mediche è un dato pacifico nella dottrina penalistica, ad eccezione di Eusebi, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, 133, che ritiene che la disposizione costituzionale fondi obblighi che possano essere imposti al paziente anche da soggetti estranei alla cura in esecuzione.

⁵³ Sull'inesistenza di un diritto non impedibile di commettere suicidio Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 554; Cornacchia, *Euthanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, 385 ss.

A noi pare che dall'indubbia esistenza di un diritto fondamentale di rifiutare le cure e di ottenere il maggiore benessere possibile, il cui riferimento è senz'altro l'art. 32 Cost⁵⁴, non possa derivarsi alcuna prerogativa soggettiva riguardo al suicidio, che non è logicamente connesso alla salute e alla sua tutela; si tratta, infatti, di piani antitetici, anche al netto dell'evoluzione subita nel tempo dal concetto di *salute* (non più intesa in senso puramente *biologico*, ma, arricchita della soggettività del paziente, giunta ad assumere portata di più generale salute psicofisica)⁵⁵.

È evidente che il *suicidio*, in quanto *interruzione della vita*, rappresenta l'*opposto* del diritto a vivere nella migliore condizione di salute possibile: si tratta piuttosto di una mera *libertà negativa*⁵⁶.

⁵⁴ Sul suicidio come libertà Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, cit., 101; Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 677 ss.; sulla correlazione tra evoluzione del suicidio verso la liceità giuridica e necessità di creare fattispecie *ad hoc* per l'istigazione e l'aiuto, al fine di tutelare la vita contro condotte di abuso che ne favoriscano la distruzione, Bertolino, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1999, 113 ss. Evidenzia come non esista un dovere costituzionale di vivere in base al quale conculcare la libertà di non subire intrusioni nella propria sfera privata, anche se curative, Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del “fine vita”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1142. Ritene che l'autodeterminazione abbia una dimensione semantica negativa, non essendo un diritto che comporti la pretesa azionabile dal titolare di ottenerne l'implementazione da parte di terzi, Cornacchia, *Profili giuridico-penale del rifiuto delle cure*, cit., 531, secondo cui «ben più impalpabile sembra invece la configurazione di un diritto soggettivo di rifiutare le cure», senza alcun diritto alla cooperazione altrui.

⁵⁵ Sulla trasformazione subita dal concetto di salute, anche nell'ottica della relazione tra medico e paziente, intrecciata a quello di dignità e identità personale, Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliative. I nuovi paradigmi del “fine vita”*, cit., 1145.

⁵⁶ La dottrina ha assunto posizioni divaricate in ragione del silenzio normativo serbato sul suicidio come evento in sé. A chi sostiene che si tratti di un atto giuridicamente tollerato, espressivo di un disvalore che tuttavia non viene punito (è la nota posizione di F. Mantovani, *Diritto penale. P.te Spec.*, I, Padova, 2016, 127 s.), si contrappone chi si esprime in termini di libertà, in quanto estrema espressione della personalità, così Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 677. Nel senso della libertà costituzionale di suicidarsi Giunta, *Diritto di morire e diritto penale: i termini di una relazione problematica*, cit., 278; Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in Canestrari-Cimbalo-Pappalardo (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, 90 ss.; sostengono che il suicidio sia condotta giuridicamente lecita e atipica per l'autore Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 187-204, Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 63 ss. Sull'inesistenza di un vero e proprio diritto di morire, bensì di un diritto di rinunciare alle terapie Gargani, *Ius imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 516. Per Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, cit., 534 ss. non esisterebbe un diritto di morire, ma

Non essendo in alcun modo menzionata a livello costituzionale, l'interrogativo corre immediatamente alla riconducibilità implicita di siffatta libertà alla Carta fondamentale, per il tramite dell'art. 2.

È annosa la *querelle* sulla natura aperta o chiusa di quest'ultimo⁵⁷. Senza voler accedere all'una o all'altra tesi della dottrina, pare percorribile una ragionevole via intermedia⁵⁸ che intende tale disposizione come affermazione della libertà quale valore tutelato in sé, a prescindere da specifiche declinazioni qui e là presenti nella lettera della Costituzione. L'art. 2 appare allora come lo strumento che consente di bandire interpretazioni restrittive delle previsioni costituzionali e coagulare attorno a sé manifestazioni di libertà che il progresso fa emergere, ma che non sono letteralmente riconducibili a precise previsioni⁵⁹. Non si tratta di rendere la norma un meccanismo di adeguamento automatico della Costituzione a qualsiasi nuovo diritto (o libertà) che sia percepito come tale dalla società civile, ma piuttosto di intenderlo come un tassello di un complesso procedimento evolutivo della Carta del 1948, che deve rispettare precisi limiti. In sintesi:

a) possono acquisire lo statuto di diritto o libertà fondamentale solo le posizioni soggettive che siano *teleologicamente coerenti* con i principi di garanzia stabiliti in una norma costituzionale, dimostrandosi in qualche modo consequenziali rispetto a quelle espressamente menzionate⁶⁰;

semplicemente non sarebbe coercibile l'intervento sanitario volto a impedire il decesso.

⁵⁷ Tra i costituzionalisti, sostiene la tesi della natura aperta, Barbera, *Art. 2*, in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma 1975, 80 ss.; *contra*, nel senso della natura chiusa dell'art. 2, Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 20 ss.

⁵⁸ Su cui, sempre esemplificativamente, Modugno, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?*, in *Scritti in onore di Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1384.

⁵⁹ Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3163 ss., che segnala come la giurisprudenza costituzionale abbia inteso la dignità menzionata dall'art. 2 come fonte di nuovi diritti emergenti dall'evoluzione sociale. Per una specifica declinazione del concetto, Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 14 ss., secondo cui la pienezza dello sviluppo della persona umana è il parametro espansivo che costituisce un saldo fondamento per il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti deboli alla riduzione delle disuguaglianze.

⁶⁰ Valgano qui le considerazioni di Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 55 ss. secondo cui la tutela costituzionale può riferirsi, appunto, a situazioni soggettive implicite e conseguenti a quelle che si leggono in Costituzione.

b) l’art. 2 Cost., da sé, non è sufficiente a far entrare nell’ordinamento i nuovi diritti⁶¹, occorrendo che questi siano comunque funzionali al pieno sviluppo della persona e ad un autonomo fondamento assiologico. L’art. 2, insomma, detta il comune denominatore che ogni nuova posizione soggettiva deve possedere. In questo modo si consente all’evoluzione sociale di penetrare nelle fondamenta costituzionali del sistema giuridico⁶².

Concretizzando queste indicazioni di metodo rispetto al suicidio: non pare si possa parlare di una *libertà costituzionale* di morire *tout court*⁶³; esigenze di ordine pubblico e di ragionevolezza, al fine di non svilire il valore della vita dei consociati e di non legittimare omissioni terapeutiche, inducono a intendere il suicidio come l’*ultima ratio* di tutela della personalità dell’individuo e delle sue intime scelte.

La sua attivazione è razionalmente da collocare nel momento in cui il diritto alla salute non sia più concretamente perseguibile con nessun mezzo possibile e la prospettiva assiologica in cui si pone è la *tutela della dignità e personalità dell’individuo*, menzionate agli artt. 2 e 3 Cost. e non all’art. 32.

Il suicidio rappresenta cioè un’opzione legittima solo quando lo Stato e la collettività abbiano percorso tutte le strade praticabili per assicurare al cittadino il minimo di benessere accettabile per un’esistenza dignitosa; giunti qui non vi può essere *dovere di vivere*, lasciando il malato solo di fronte ad un’alternativa iniqua:

a) l’imposizione di interventi sanitari invasivi da parte di altri;
oppure

⁶¹ Si veda Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2015, 396 ss. secondo cui il riconoscimento di un nuovo diritto richiede un onere argomentativo maggiore di quello che consiste nel semplice richiamo alla clausola generale dell’art. 2 Cost.

⁶² Ridola, *Diritti fondamentali. Un’introduzione*, Torino 2006, 175.

⁶³ Nel senso della libertà costituzionale di suicidarsi, Giunta, *Diritto di morire e diritto penale: i termini di una relazione problematica*, cit., 278; Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, cit.; Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 725 ss. Altrove si sostiene che il suicidio sia condotta non punibile e tollerata (così per es. l’interpretazione tradizionale, già riferita in precedenza, di F. Mantovani, *Diritto penale, P.te spec.*, cit., 127), ovvero giuridicamente lecita e atipica per l’autore (Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 187-204; Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 63 ss.). Sull’esistenza non già di un vero e proprio diritto di morire, bensì di un diritto di rinunciare alle terapie Gargani, *Ius imperfectum? L’esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 516. Sull’assenza di un diritto di morire, potendosi parlare semmai di non coercibilità dell’intervento sanitario Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, cit., 534 ss.

b) la sospensione di ogni trattamento salvavita, finché non sopraggiunga la morte dopo una lunga attesa intrisa di sofferenza psicologica e fisica.

Al di fuori di un lessico troppo astratto, si può iniziare a parlare di libertà di suicidarsi nei casi in cui al paziente non sia sufficiente rifiutare le cure per cessare di soffrire, poiché la condizione in cui si trova non solo è refrattaria alle terapie antalgiche, ma altresì non ha esiti letali a breve. Si tratta di situazioni limite, probabilmente meno numerose di quello che si pensa, ma tuttavia possibili e dunque giuridicamente assai importanti, in cui il suicidio diviene l'unica forma di liberazione possibile dal dolore afinalistico e da uno stato percepito come non dignitoso dal malato⁶⁴.

Così intesa, però, la libertà di morire rispetta il requisito delineato sopra *sub a)*, in quanto teleologicamente coerente con il principio di dignità e l'obiettivo dello sviluppo della personalità dell'individuo che permeano l'intera prima parte della Costituzione, a partire dallo stesso art. 2.

Anche nell'ottica della condizione *sub b)*, la libertà di morire rappresenta il coerente sviluppo del combinato disposto dei diritti stabiliti degli artt. 13 e 32 Cost. Solo in apparenza la considerazione può apparire paradossale: il suicidio segna, infatti, il limite negativo, il 'rovescio della medaglia' del diritto al benessere e all'intangibilità del proprio corpo.

Il rifiuto di cure salvavita e il suicidio si pongono dunque in una relazione scalare, in cui il secondo può essere concepito in termini di *libera scelta* quando il primo, pur essendo un *diritto* azionabile giuridicamente, sia concretamente insufficiente⁶⁵, in una prospettiva personalistica che pone come protagonisti di ogni decisione il paziente e i suoi interessi⁶⁶.

⁶⁴ Il punto è presente anche nell'ordinanza del Tribunale di Milano che ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. nel cd. “caso Cappato”, Corte Ass. Milano, 14 febbraio 2018, in www.penalecontemporaneo.it, 16 febbraio 2018, con nota di Fimiani, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, cit., 7 ss.

⁶⁵ Si chiede se il diritto a rifiutare le cure non si risolva già oggi e *de lege lata* in un diritto a morire Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 560.

⁶⁶ Sul concetto di integrità psicofisica del paziente, che non deve più oggi essere inteso in senso oggettivo e statico, ma sempre plasmato dall'interesse che il titolare del bene nutre verso di esso, cfr. le perspicue osservazioni di Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, cit., 91 s. Nell'esperienza statunitense, il riferimento all'interesse del malato è centrale nelle pronunce giurisprudenziali rese nei noti casi di Nancy Cruzan e Terry Schiavo, su cui, rispettivamente, Colby, *Long Goodbye: The Deaths of Nancy Cruzan*, Carlsbad, 2002 e R. Dworkin, *Life's Dominion* (1993), tr. it. *Il dominio della vita*, Milano, 1994, 250 ss., 270 ss.; Goodman (Ed.), *The Case of Terri Schiavo: Ethics, Politics and Death in the 21st Century*, New York, 2010; Eisenberg, *The Right vs. the Right to Die: Lessons from the Terri Schiavo Case and How to Stop it from Happening Again*, New York, 2006.

Diritto alla salute e libertà di suicidio sono certo strettamente correlati, ma nel senso che l'uno è *alternativo* all'altro ed entrambi rispondono ad un proprio peculiare referente costituzionale.

Se così è, in quanto libertà negativa, il suo esercizio non comporta sanzioni di alcun tipo, ma al contempo la sua soddisfazione non può essere pretesa, attraverso contributi fattivi di collaborazione né da terzi né dallo Stato⁶⁷.

Proprio in quanto *libertà*, il suicidio non è oggetto di un *dovere* di impedimento da parte di terzi⁶⁸. È dunque consequenziale sostenere l'inapplicabilità dell'art. 593 c.p. a carico del terzo che non intervenga, quanto meno finché il suicida non divenga un soggetto inanimato e pericolante al termine della propria azione anticonservativa⁶⁹.

Nella prospettiva del *rifiuto* di cure come *diritto* e del *suicidio* come *libertà negativa*, trova ragione la generale distinzione di disciplina che si è via via fatta più chiara nel nostro ordinamento. Oggi è infatti

⁶⁷ Seminara, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, cit., 195; sull'inesistenza di un diritto in senso forte a suicidarsi anche Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 67.

⁶⁸ Sulla incoercibilità dei trattamenti sulla persona, anche se curativi, nemmeno alla luce dell'art. 54 c.p., in quanto la norma legale deve rispettare, in base al principio di proporzionalità in essa precipitato, le gerarchie costituzionali, Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del “fine vita”*, cit., 1143. Id., *Introduzione al focus. Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 498, che evidenzia come della scriminante comunque difettino, di fronte al rifiuto di trattamenti salvavita, sia il requisito della costrizione, sia quelli della proporzionalità e dell'illiceità dell'offesa. Ritiene che al cospetto di un pericolante che rifiuti o si opponga al soccorso non solo *cessi il dovere di soccorrere*, ma sorga il *dovere di non intervenire* F. Mantovani, *Diritto penale, P.te spec.*, cit., 201.

⁶⁹ Seminara, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, cit., 196; Pulitanò, *Diritto penale, P.te gen.*, 2017, Torino, 257, per il quale, in un ordinamento fondato sulla libertà e sulla dignità della persona, non è ammissibile una sostituzione della volontà del soccorritore a quella del pericolante di fronte a danni futuri conseguenti a scelte consapevoli. Ritiene invece applicabile la norma ove si ometta di prestare un soccorso indiretto o diretto, ma senza intervento fisico, sul pericolante, anche contro la volontà di questo, Bellagamba, *Stato di necessità ed attività medico chirurgica: profili di una relazione di incompatibilità*, in Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 27; nel senso che non sia configurabile il delitto di cui all'art. 593 c.p. ove il soccorso comporti azioni materiali sull'aspirante suicida dissenziente Cadoppi, *Soccorso (omissione di)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXIX, Roma, 1993, 4; nello stesso senso F. Mantovani, *Diritto penale, P.te spec.*, cit., 201, che lo ammette però nei confronti di soggetti incoscienti che abbiano, ad esempio, appena realizzato atti anticonservativi. Per Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 67, non esiste un giudizio espresso di disvalore della condotta di suicidio, che non è dunque oggetto di divieto, ma semmai di una valutazione di disvalore *di evento*, in quanto tale presupposto della proibizione di condotte di istigazione e aiuto.

riconosciuta e garantita solamente la cd. *eutanasia passiva*, etichetta – peraltro discutibile – riferita all’astensione o all’interruzione di trattamenti salvavita dietro espressa manifestazione di volontà, anche anticipata, del paziente⁷⁰.

La qualificazione del suicidio in termini di libertà, seppure meramente negativa, veicola una prospettiva di apertura alla necessaria convivenza di pluralità di opzioni possibili, anche opposte tra loro, come è confermato dall’atteggiamento ‘agnostico’ della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Diversamente da quanto accade rispetto ad altri temi attinenti alle libertà individuali, in tema di scelte di fine vita le pronunce non solo molte: fino al caso *Lambert* del 2015⁷¹, tutte sono contrassegnate dall’idea che si tratti di un campo privo di direttrici vincolanti.

⁷⁰ In senso tecnico, per eutanasia si intende esclusivamente “l’azione di uccidere intenzionalmente una persona, effettuata da un medico, per mezzo della somministrazione di farmaci, assecondando la richiesta volontaria e consapevole della persona stessa” (cfr. *European Association for Palliative Care* 2003). Nella dottrina penalistica, Di Giovine, *Un diritto empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, cit., 20; Massaro, *Il “caso Cappato” di fronte al Giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 giugno 2018, 9; sulla probabile implausibilità di questa distinzione, che peraltro rischia di discriminare tra pazienti gravemente sofferenti, a seconda che la loro patologia li conduca o meno a morire da soli, spegnendosi naturalmente, Vallini, *Introduzione al focus. Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, cit., 503; Gargani, *Ius imperfectum? L’esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 514. Per una tassonomia delle forme di eutanasia (attiva, passiva, consensuale o non consensuale) Bertolino, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, cit., 120 ss.

⁷¹ Sul caso *Welby* (Trib. Roma, G.u.p., 23 luglio 2007, cit.), Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, cit., 902 ss.; Viganò, *Esiste un diritto a “essere lasciati morire in pace”? Considerazioni a margine del caso Welby*, cit., 5 ss.; Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, cit., 1561 ss.; Pulitanò-Ceccarelli, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 330 ss.; Tordini Cagli, *Piergiorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, 543 ss.; Vallini, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell’avvocatura, della giurisdizione*, Padova, 1/2008, 54 ss. Specificamente riferito al caso Englaro, Mori, *Il caso di Eluana Englaro*, Bologna, 2008, *passim*. Per un’analisi sinottica della pronuncia del G.u.p. di Roma e del G.i.p. di Udine, Cupelli, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle “scelte di fine vita”*, cit., 274 ss. Sul caso *Lambert*, Corte Edu, G.C., 5 giugno 2015, *Lambert and Others vs Francia*, che è un’ipotesi di astensione da trattamento sanitario in assenza di precedenti indicazioni del paziente, nell’ambito del quale la Corte ha evidenziato come il dovere di salvaguardare la vita debba trovi un bilanciamento, certo discrezionale, con la dignità del paziente ed il rispetto della sua sfera privata. Su di esso Greco, «*Ragione strumentale*» vs «*ragione etica*», *tra profili non coercibili di autodeterminazione soggettiva e*

A partire dal caso *Pretty* del 2002⁷² si è fatta strada la posizione secondo cui ogni Stato parte abbia un esteso margine di apprezzamento per disciplinare il settore come meglio ritenuto e solo di recente si è avvicinato questo argomento all’art. 8 della Convenzione, dedicato al rispetto della vita privata dell’individuo, nel senso che tale diritto comporti anche la prerogativa per il singolo (come visto sopra si tratta di un termine improprio) di decidere come e quando terminare la propria esistenza, salva sempre la possibilità per i singoli Paesi di punire forme di aiuto esterno nella concretizzazione del proposito⁷³. Benché nel caso *Cappato* la Corte di Assise di Milano abbia individuato un mutamento dell’orientamento dei giudici europei in tema di aiuto al suicidio, in realtà pare che la Corte di Strasburgo sia rimasta sempre ferma nel rimettersi alla disciplina agli Stati membri, limitandosi di recente a richiedere che la regolazione interna fosse determinata e razionale (in particolare nella sentenza *Gross vs Svizzera* del 2013).

10. Cambio di paradigma: dall’incriminazione alla giustificazione. Alla ricerca di una disciplina equilibrata per l’aiuto ‘ammissibile’ al suicidio altrui

La tipicità, con la sua fissità, non è il luogo dogmatico in grado di cogliere i mutamenti di valore maturati nella società, in particolare

«legittimazione procedurale» degli atti eutanasi cc.dd. «passivi», in Riv. it. med. leg., 2016, 754 ss.

⁷² Corte Edu, 29 aprile 2002, *Pretty vs U.K.*, ric. 2346/02, caso nel quale la Corte ritenne infondato il ricorso di una malata di sclerosi laterale amiotrofica che chiese di ottenere dalla magistratura inglese una dichiarazione di esenzione da responsabilità penale per il marito ove avesse proceduto ad iniettarle una sostanza letale. Per i Giudici non era sproporzionato il divieto di suicidio assistito (§ 74 ss.) Per la precisione per i Giudici dall’art. 2 della Convenzione non discendeva l’obbligo per lo Stato di lasciare all’individuo il diritto di scegliere se vivere o meno. Si noti però che in Corte Edu, V, 19 luglio 2012, ric. 497/09, *Koch vs Germania*, si affermò, sul piano procedurale, che, pur rispettando il margine di apprezzamento statale, ogni ordinamento debba garantire il diritto di una valutazione giudiziale nel merito dei ricorsi dei cittadini in materia di suicidio assistito, al contempo non escludendo che il divieto di interrompere una vita considerata non dignitosa dall’interessato possa interferire con il diritto di cui all’art. 8 della Convenzione.

⁷³ Si veda Corte Edu, I, 20 gennaio 2011, *Haas vs Svizzera*, ric. 31322/07, su cui Colella, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall’art. 8 Cedu discenda il “diritto a un suicidio dignitoso”*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2011. In questa sentenza la Corte ritenne non sproporzionate le condizioni richieste dalla legislazione svizzera per l’accesso al suicidio assistito (§§ 55 e 58). Nella dottrina italiana, Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del “fine vita”*, cit., 1152; Massaro, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?*, cit., 12.

l'emersione di una nuova sfaccettatura del diritto alla dignità e all'autodeterminazione, veicolata dall'evoluzione del progresso scientifico in campo medico. L'universo delle scriminanti è invece più flessibile e meglio capace di afferrare le differenze assiologiche tra la *cooperazione al suicidio altrui*, che mantiene inalterata la carica antisociale che aveva spinto il legislatore codicistico a considerarla penalmente rilevante, e il *contributo alla morte del paziente* che non possa affidarsi all'interruzione delle terapie per sottrarsi ad una vita che ritiene intimamente insostenibile⁷⁴.

Concepire il suicidio in termini di libertà consente di delimitare il campo di operatività dell'art. 580 c.p. rispetto ad una serie di condotte di terzi, che possono così essere qualificate non semplicemente come *atipiche*, bensì come *lecite*. Si potrebbe, così, mantenere ferma l'inevitabile imperatività della norma nella più grande parte dei casi, ma riducendone l'applicabilità ad alcune sottofattispecie strettamente assimilabili a casi di abbandono o rifiuto di terapie salvavita da parte del paziente.

Si tratta ora di definire nel miglior modo possibile i casi tipici che ricadono nell'intersezione tra la norma di liceità di natura costituzionale di cui all'art. 2 e l'incriminazione codicistica.

Preliminarmente, tenuto conto dell'anticipata presa d'atto di una radicale differenza di valore tra *'istigazione al'* e *'agevolazione del'* suicidio altrui, pare necessario rilevare come il concetto di *aiuto* sia suscettibile di una importante scissione in molteplici *species* dotate di valore (o disvalore) fortemente differenziato, alcune riconducibili all'art. 579 c.p., altre all'art. 580 c.p., altre ancora, puramente teoriche, in cui viene in gioco persino l'art. 575 c.p.

Quest'ultimo può essere il caso in cui un garante, ad esempio un genitore, stacchi il respiratore del figlio ormai reso incosciente da una patologia giunta allo stadio terminale o anche semplicemente rimanga inerte di fronte ad una sua improvvisa crisi respiratoria risolubile in caso di intervento immediato, pur nel contesto di una compromissione gravissima delle condizioni generali.

Qualora invece lo stesso genitore asseconi il rifiuto di trattamenti salvavita da parte del congiunto, capace di intendere e volere, ma gravemente malato e sicuramente destinato a morire in breve tempo, egli dovrebbe rispondere di omicidio del consenziente.

Si può altresì presentare l'ipotesi di utilizzo di terapie palliative, ma suscettibili di produrre un effetto indiretto in termini di accorciamento della vita; questo specifico caso è oggi quello paradossalmente meno

⁷⁴ Sulle istanze sociali di regolazione, spesso immediatamente penali, dei fenomeni connessi all'evoluzione della medicina Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 549.

problematico nei fatti: è ben diffuso l'utilizzo – più o meno protocollato – di trattamenti antalgici con effetti potenzialmente depressivi sulle funzioni cardiocircolatorie e, dunque, in grado di avvicinare il momento della morte⁷⁵.

Nell'ambito delle linee guida della Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI), si legge anzi esplicitamente *“I medici hanno l'obbligo morale di assicurare un adeguato controllo dei sintomi nelle fasi finali della vita, anche attraverso la somministrazione di farmaci sedativi e analgesici in dosi che, in via teorica, potrebbero accorciare la vita della persona morente. La dottrina del ‘doppio effetto’ è utilizzata per operare una distinzione morale tra la somministrazione di farmaci con l'intenzione di abbreviare la vita della persona morente e la somministrazione degli stessi farmaci per assicurare un adeguato controllo del dolore e degli altri sintomi (dispnea, agitazione, delirium, nausea), anche quando siano richieste elevate dosi di farmaco per raggiungere tali obiettivi (grassetto e sottolineature nostre). Le linee guida SIAARTI segnalano dunque che “In questo caso, quindi, si corre*

⁷⁵ Si noti che tali terapie, se condotte secondo linee-guida elaborate dalle società scientifiche di categoria nazionali – ad esempio SIAARTI (Società Italiana Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva) e SICP (Società Italiana di Cure Palliative) – ed internazionali, non dovrebbero produrre in concreto una riduzione dell'aspettativa di sopravvivenza del paziente. In ordine alle linee-guida per la gestione e l'adeguato controllo dei sintomi nelle fasi finali della vita, si segnalano quelle pubblicate il 26 giugno 2018 dalla SIAARTI, intitolate *“Le cure di fine vita e l'anestesista rianimatore: raccomandazioni Siaarti per l'approccio alla persona morente”* e reperibili in www.siaarti.it, nonché, con specifico riferimento alla cd. sedazione palliativa o terminale, anche le *“Raccomandazioni della SICP sulla Sedazione Terminale/Sedazione Palliativa”* del 30 ottobre 2007, disponibili in: www.sicp.it. Si noti che la SICP ha più volte precisato, in comunicazioni ufficiali, come la sedazione palliativa/terminale sia radicalmente alternativa all'eutanasia e al suicidio medicalmente assistito, per l'obiettivo che si prefigge (controllare le sofferenze refrattarie, altrimenti non trattabili con i normali mezzi terapeutici), per i mezzi utilizzati (farmaci sedativi ad azione reversibile e modulabile) e per il risultato (perdita dello stato di vigilanza di variabile profondità); l'eutanasia ed il suicidio medicalmente assistito mirano invece a provocare la morte del malato utilizzando farmaci letali completamente differenti. Va in particolare rilevato che l'evidenza scientifica ha dimostrato che la sedazione palliativa/terminale non abbrevia la vita, ma può, al contrario, prolungarla brevemente, pur nell'ambito di una terminalità molto prossima (cfr. comunicazione del Presidente della SICP del 26 novembre 2015, in www.sicp.it). In ordine alla distinzione tra eutanasia, suicidio medicalmente assistito e sedazione palliativa, si veda anche il comunicato di SICP del 30 marzo 2015. Si tratterebbe comunque di una forma di eutanasia indiretta secondo Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 702; nello specifico, sulla sedazione terminale profonda, Razzano, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 266; di recente Cacace, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: le sette inquietudini del diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 469 ss.

*consapevolmente il rischio di abbreviare la vita, ma questo obiettivo non è direttamente ricercato. Alcuni studi hanno comunque evidenziato che la somministrazione di farmaci sedativi ed analgesici alla fine della vita non accelera il processo di morte in modo significativo*⁷⁶. È da rilevare a questo proposito il richiamo alla teoria americana del cd. “doppio effetto”, in base alla quale l’azione compiuta per uno scopo lecito non cessa di essere consentita in presenza di un rischio di effetto collaterale negativo, anche se questo viene considerato e accettato. Al di là di ciò, questo aiuto al malato oscilla paradossalmente verso l’omicidio volontario con dolo eventuale, se il sedativo si rivela letale per il malato che aveva consentito alla somministrazione per lenire il dolore, ma non alla propria morte.

Si pone poi finalmente il caso dell’accelerazione *tout court* dell’evento morte tramite attivazione di ‘procedure tanatologiche’ di assistenza al suicidio, nelle quali è lasciato al malato il gesto finale dell’assunzione della sostanza letale.

Come si vede, l’ultima ipotesi, più pianamente riconducibile all’art. 580 c.p. nell’immaginario collettivo, è solo una delle molteplici fattispecie di causazione intenzionale della morte del malato sofferente e incurabile e non pare suscettibile di una netta distinzione dalle altre subito prima accennate, né dal punto di vista del *disvalore del fatto*, né dal punto di vista della *modalità di condotta*, benché l’interprete sia costretto a sussumerle entro differenti incriminazioni.

Al di fuori di questi casi se ne possono porre altri, che sin da un primo sguardo appaiono radicalmente eterogenee.

Si pensi alle varieguate ipotesi di contributo al suicidio in assenza di una malattia o altra condizione fisica che determini una condizione oggettiva di dipendenza da terapie mediche invasive; in questi casi, semplicemente, si asseconda un’intenzione suicidaria altrui, derivante da instabili condizioni psichiche, acute o croniche. Per non parlare poi dell’aiuto che

⁷⁶ La teorica del cd. “*double effect*”, risalente fino alla riflessione di Tommaso D’Aquino, è stata impiegata in ambito penalistico dalla giurisprudenza statunitense: la somministrazione del trattamento antalgico con esito letale non implica la responsabilità del medico, a condizione che egli non abbia intenzionalmente perseguito questo effetto, anche se per scopi altruistici, vale a dire per accorciare le sofferenze del malato. L’obiettivo avuto di mira deve essere stato l’alleviamento del dolore, per quanto i farmaci antalgici abbiano avuto come prevedibile conseguenza un più rapido *exitus*. La dottrina comparve nella sentenza resa nel caso *R v Bodkin Adams*, in *Crim. L. R.*, 1957, 365, in cui Lord Devlin espresse l’opinione secondo cui “*una volta che è impossibile restaurare la salute del paziente, per il medico rimane ancora molto da fare, soprattutto alleviare il dolore e la sofferenza, anche se questo incidentalmente può accorciare la vita*”. In letteratura, si veda Price, *Euthanasia, Pain Relief and Double Effect*, in *17 Legal Stud.*, 1997, 337.

si tramuti di fatto in una forma di rafforzamento del proposito anticonservativo prima debole e potenziale.

La sintetica enunciazione casistica dimostra, a nostro parere:

- a) una stringente continuità tra *alcune sottofattispecie* di omicidio del consenziente e aiuto al suicidio;
- b) che il comune denominatore di tali ipotesi è rappresentato da una *condizione nosografica* di dipendenza da terapie mediche invasive e suscettibile di degradare la dignità del malato, in costanza di sofferenza inemendabile e assenza di prospettive di miglioramento, con o senza prognosi infausta a breve termine (paradigmatici di questo secondo caso i casi di pazienti in stato vegetativi persistente o con traumi neurologici gravissimi, come Fabiano Antoniani).

Se, dunque, si ritiene che la tutela delle scelte riconducibili al fine vita passi necessariamente dalla definizione di una scriminante, questa deve possedere un preciso presupposto nosografico che, da una parte, garantisca un’oggettiva verificabilità tecnica della ricorrenza della situazione giustificante, sia *ex ante* che *ex post*, e, dall’altra parte, riduca al settore sanitario (e dunque al medico) la possibilità di agire lecitamente⁷⁷.

È forse possibile ricavare una siffatta disciplina già ora, in assenza di un intervento legislativo, *per diretta applicazione delle disposizioni costituzionali*, riparametrando l’art. 580 c.p. rispetto ai casi più estremi e di frontiera l’applicazione, alla luce:

- i) di un postulato *dogmatico-normativo*, in base al quale l’antigiuridicità, come categoria, è più idonea a consentire un corretto inquadramento della tematica;
- e
- ii) di una constatazione *empirico-criminologica*, che impone all’osservatore la stretta somiglianza tipologica delle variegate condotte di assistenza, da parte del terzo, alla realizzazione della richiesta di morire del paziente incurabile.

Potrebbe ritenersi consentito, *de lege lata*, un peculiare tipo di aiuto al suicidio, definito alla luce della ricorrenza *oggettiva* di una condizione nosografica del richiedente accertata in termini di non curabilità⁷⁸ e

⁷⁷ Si badi bene che la richiesta di una condizione di patologia e sofferenza costituisce già un temperamento di un approccio liberale al tema: di per sé quest’ultima, almeno in forma ‘pura’, non richiederebbe dolore, sofferenza e brevità della vita per legittimare la scelta di un soggetto di interrompere la propria esistenza o richiederne la cessazione attraverso terzi, poiché conterebbe solo una espressione di volontà esente da vizi, come evidenziato da Feinberg, *Harm to self*, Oxford, 1986, 351.

⁷⁸ Peraltro, tale dato è ovviamente suscettibile di modificazione nel tempo in considerazione dell’evoluzione delle terapie mediche ed è possibile che si riduca

caratterizzata da una *sofferenza* non trattabile (elemento a percezione soggettiva, almeno in parte), inevitabilmente classificata caso per caso sulla base di quanto riferito dal paziente.

Attraverso la chiara descrizione del presupposto del fatto scriminato potrebbe essere garantita la fondamentale esigenza di *determinatezza* (versante *sostanziale*) e *verificabilità* (versante *processuale*) della giustificazione⁷⁹; in presenza di tali situazioni potrebbe ipotizzarsi che le condotte di assistenza al suicida meramente materiali possano essere ritenute lecite.

Il campo di applicazione sarebbe ben più ristretto di quello definito dalla l. n. 219 del 2017, poiché quest’ultima opera semplicemente nell’ipotesi del rifiuto di una terapia salvavita. Nel caso di cui ci si occupa qui, invece, ci si trova ad uno *step* successivo ed eventuale, che scatta quando l’interruzione delle cure e il sostegno antalgico non assicurino una *sopravvivenza residua dignitosa* al paziente (naturalmente nella valutazione della qualità dell’esistenza rimanente pare insostituibile la percezione del malato).

Di fronte al generale divieto penalmente sanzionato di aiutare il suicida nell’attuazione del proprio proposito, è però possibile configurare una *scriminante speciale*, riferita *alle sole condotte di mero aiuto materiale*, immediatamente *strumentali all’attuazione di una chiara, libera e attuale manifestazione di volontà* del paziente incurabile e sofferente.

Si tratterebbe di mutuare, rispetto ad una fattispecie obiettivamente monosoggettiva quale è l’art. 580 c.p.⁸⁰ un *principio di sistema*, formalizzato specificamente nella *regola codicistica* della estensibilità delle scriminanti ai concorrenti di cui all’art. 119 c.p.⁸¹: il contributo ad un’azione lecita non può che essere a sua volta lecito, salvo eccezioni legali ragionevoli.

Essendo queste vicende collocate al momento finale di un percorso terapeutico, in analogia con quanto previsto dalla l. n. 219 del 2017 deve

in futuro, sicché la tecnica modifica il destino dell’uomo e le sue regole di convivenza a rilevanza penalistica. In argomento si vedano ad esempio Habermas, *Il futuro della natura umana*, Torino, 2002, 32 ss.; Galimberti, *Psiche e techne. L’uomo nell’età della tecnica*, Milano, 1999, 160 ss.

⁷⁹ Si noti che la necessaria determinatezza della disciplina in tema di suicidio assistito, con particolare riferimento alle condizioni legittimanti quest’ultimo, è stata riconosciuta da Corte Edu, II, 14 maggio 2013, *Gross vs Svizzera*, ric. 67810/2010.

⁸⁰ Merenda, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, 192 ss.

⁸¹ Si tratterebbe di applicare il disposto dell’art. 119 in senso analogico, poiché l’aiuto al suicidio non è altro che un contributo al dispiegamento in concreto di un diritto fondamentale. In questi termini già Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, cit., 101.

ritenersi essenziale la qualifica di medico in capo a chi presta il contributo di cooperazione⁸². Allora ecco che la qualifica diviene un ingranaggio strategico di una scriminante che si incentra su una condizione di patologia infausta e insostenibile per il malato.

A questa proposta ermeneutica potrebbe replicarsi che sono molti i casi di disciplina programmaticamente 'asimmetrica', in cui il legislatore ha cioè scelto di sanzionare penalmente ogni forma di contributo all'esercizio di un'attività per la quale l'attore principale non è punibile⁸³: si pensi al consumo di stupefacenti (penalmente irrilevante) rispetto alla cessione degli stessi (onerosa o gratuita), che integra l'art. 73 del d.p.r. 309 del 1990, oppure all'esercizio della prostituzione rispetto a qualsiasi forma di induzione, facilitazione e sfruttamento del meretrico⁸⁴.

Sono però discipline solo all'apparenza assimilabili. Per il consumo personale di stupefacenti è ben difficile parlare di *libertà negativa*, tenuto conto della disposizione che sanziona in via amministrativa il consumatore (art. 75 d.p.r. 309 del 1990); per la prostituzione, pur in assenza di sanzioni e addirittura in presenza di un divieto di 'schedatura' di chi si prostituisce (ai sensi dell'art. 8 della l. n. 75 del 1958), è altrettanto arduo sostenere che si tratti di *esercizio di una facoltà costituzionalmente protetta*. È da tempo che dottrina e giurisprudenza qualificano il negozio di meretricio come *illecito*, in quanto contrario al *buon costume*: la non ripetibilità di quanto corrisposto dal 'cliente' non consegue al riconoscimento implicito di una libertà (negativa), ma al disposto dell'art. 2035 c.c., in base al quale "*chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato*"⁸⁵.

⁸² Anche sul fronte del rifiuto o dell'interruzione delle terapie salvavita si è posto il problema della qualifica della condotta del soggetto non sanitario, proponendo, ad esempio, di affiancare al dovere coercibile del medico di adempiere alle volontà del paziente, la facoltà incoercibile del non sanitario, cfr. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71.

⁸³ Il tema è già affrontato da Massaro, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio*, cit., 13 s.

⁸⁴ Si ricordi il n. 8 dell'art. 3 della l. n. 75 del 1958 (cd. legge Merlin), che punisce, con formula residuale e di chiusura, «*chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui*».

⁸⁵ In giurisprudenza si veda già Cass., II, 10 dicembre 1971, n. 4003, Giachi, rv. 121242; Cass., Sez. I, 16 novembre 1970, n. 2290, Bell, rv. 117285 e in dottrina, di recente, Gatta, *Risponde di estorsione la prostituta che minaccia il cliente costringendolo a pagare la prestazione? A proposito del concetto di ingiustizia del profitto*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 giugno 2014., che annota una sentenza di merito (Trib. Roma, 7 maggio 2014, Pres. Liotta, Est. Di Nicola) che si discosta dall'indirizzo tradizionale in ordine alla qualificazione della prostituzione, sostenendo che il "diritto alla sessualità" comprenderebbe il "diritto alla scelta di vendere la propria prestazione sessuale".

Non vi è dunque nulla di più distante tra i casi di consumo di stupefacenti ed esercizio della prostituzione, da una parte, e di suicidio del malato incurabile, dall'altra parte; è il concetto costituzionale di *dignità della persona* a volgere una doppia funzione: bandisce le prime due ipotesi dal novero delle libertà fondamentali, accogliendo invece la terza quale strumento di tutela delle scelte del morente.

Attraverso questa ricostruzione sarebbe possibile esentare la disciplina dell'art. 580 c.p. da ogni profilo di irragionevolezza rispetto a quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 579 c.p. e 1 comma 6 della l. n. 219 del 2017.

Sia consentito, *en passant*, una rapida notazione su una specificità davvero rara di questa scriminante costituzionale: solitamente l'antigiuridicità è la sede della composizione di un contrasto tra beni confliggenti facenti capo a centri di imputazione *differenti*; nel caso delle decisioni di fine vita (tanto nel caso dell'art. 1 comma 6 della l. n. 219 del 2017, quanto rispetto all'aiuto al suicidio nei termini ora accennati) i due interessi in contrasto appartengono al *medesimo soggetto*: al di là della *disponibilità* degli stessi da parte dell'individuo, è però chiaro che costui sia l'unico reale *protagonista del bilanciamento* tra la propria vita e la propria autodeterminazione rispetto alla sofferenza⁸⁶.

10.1 Pregi apparenti e difetti reali di una scriminante costituzionale in tema di aiuto al morente

Riconoscere l'esistenza di un possibile spazio di liceità per alcune tipologie di condotte di aiuto al suicidio non equivale a certificare che l'attuale assetto sia soddisfacente.

Pur ammettendo che esista una scriminante nei termini ora indicati, rimane infatti altamente incerto quale sia il suo possibile perimetro di validità e ciò contrasta frontalmente con quanto affermato dalla Corte Edu proprio in riferimento alla disciplina giuridica del suicidio assistito: un requisito fondamentale di ogni norma in materia è la determinatezza della regolazione, in ordine a presupposti, procedure applicative e soggetti abilitati ad agire⁸⁷.

⁸⁶ Sul fronte dell'interruzione delle terapie salvavita, rileva come l'unico bilanciamento che può assumere rilievo giuridico è quello posto in essere dalla persona che soffre e che si sia concluso nel senso della rinuncia al trattamento, in un'istanza che di per sé indentifica il *best interest* del paziente Gargani, *Ius imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 510.

⁸⁷ La necessità di una regolazione precisa delle condizioni di liceità della sospensione delle terapie salvavita, dalla definizione dei garanti legittimati, al controllo su validità e attualità del consenso Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 913 ss.

Benché possa sembrare opportuna l’assenza di una disciplina scritta, in quanto la rigidità della norma penale (incriminatrice o giustificante) spesso non si attaglia alla flessibilità delle questioni bioetiche, così intrise di personalismo e pluralismo valoriale, ciò non di meno il silenzio del legislatore rischia di privare i consociati di riferimenti affidabili rispetto ad un tema così cruciale⁸⁸.

Sorge immediato il riferimento al rapporto che intercorre tra un’altra giustificazione costituzionale (quella di cui all’art. 21) e il delitto di diffamazione. Anche in quell’occasione la vaghezza della norma scriminante e l’incertezza dei rapporti con la ben più precisa incriminazione sono stati definiti da un codice interpretativo giurisprudenziale che, sedimentatosi nel tempo, consente oggi di prevedere con precisione il perimetro dell’agire lecito⁸⁹.

Possibile che anche in questo contesto riesca a farsi strada una soluzione di questo tipo; gli interessi in gioco, strettamente personali e superprimari, sconsigliano però di attendere un simile e del tutto eventuale epilogo e inducono con forza ad interpellare il Legislatore.

11. L’impeto di Buridano’: il diritto penale provvisorio durante il dialogo tra Corte costituzionale e Legislatore in tema di fine vita

Le coordinate normative in cui ci muoviamo sono state profondamente scosse dalla ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018 della Corte costituzionale⁹⁰. Cercando di sintetizzare al massimo, la Consulta, pur non ritenendo che l’art. 580 c.p. fosse *per se* incompatibile con la

⁸⁸ Evidenzia l’inadeguatezza del diritto penale con questi argomenti Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, cit., 85 ss.; nel senso della preferibilità di una soluzione casistica della giurisprudenza, anziché di soluzioni legislative irrazionali o contrastanti con la Costituzione Viganò, *Decisioni mediche di fine vita e ‘attivismo giudiziale’*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2008, 1610.

⁸⁹ Sui protocolli esegetici forgiati dalla giurisprudenza in tema di libertà di espressione e tutela dell’onore A. Tesauro, *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell’argomentazione giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1083 e, più ampiamente, Id., *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, *passim*; sul rapporto tra tali protocolli e la dogmatica delle scriminanti sia consentito il rinvio a Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, 89.

⁹⁰ Tra i primi commenti alla decisione si segnalano quelli di Cupelli, *Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 dicembre 2018; A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l’irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, III-2018, 573; Adamo, *In tema di aiuto al suicidio la Corte costituzionale italiana intende favorire l’abbrivio di un dibattito parlamentare*, e Viganò, *The Italian Constitutional Court on assisted suicide*, entrambi in *Criminal Justice Network*, rispettivamente 23 e 27 novembre 2018.

Costituzione, ha identificato all’interno della disposizione una sottofattispecie problematica, quella dell’aiuto al suicidio prestato a una persona che congiuntamente sia:

- i) affetta da patologie irreversibili;
- ii) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale;
- iii) afflitta da sofferenze fisiche o psicologiche ritenute dal paziente medesimo assolutamente intollerabili;
- iv) pienamente capace di scegliere in maniera libera e consapevole (dunque di autodeterminarsi).

Rispetto a tale caso, l’incriminazione oggetto di scrutinio si rivela *sovrainclusiva*, in quanto applicabile al comportamento concreto a dispetto di un disvalore di condotta molto attenuato, se non assente, pur rimanendo adeguata a reprimere *altri* fenomeni di indebita interferenza nelle scelte di fine vita e la più ‘classica’ ipotesi dell’istigazione al suicidio.

Al contempo, per la Corte, la nuova disciplina del 2017 in tema di disposizioni anticipate di trattamento omette di fornire una regolazione *ad hoc* per le ipotesi in cui l’interruzione delle terapie salvavita non determini una morte rapida e indolore, neppure se gestita con palliazione continuativa profonda, sicchè in questi casi l’eventuale aiuto a morire fornito dal medico a questi pazienti rimane criminalizzato, pur se assiologicamente distinto da tutte le altre sottofattispecie di aiuto o istigazione al suicidio.

Rispetto al caso del soggetto in guaribile condannato all’agonia, senza un aiuto a morire, per i Giudici costituzionali “*l’assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l’unica via d’uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, co. 2, Cost.*” (§ 8).

Presto detto il risultato *pratico* di una tale situazione *normativa*. Essendo, allo stato, preclusa al medico la pratica di trattamenti diretti a determinare la morte, i pazienti che versino nelle condizioni critiche ora descritte sono costretti “*a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care*” (§ 9).

Di qui il sostanziale riconoscimento della incostituzionalità della disciplina complessiva: quando il malato, per interrompere le sofferenze, è costretto ad attraversare uno stato che egli percepisce di degradazione della persona, lesivo della propria dignità, il divieto assoluto di aiuto al suicidio di cui all’art. 580 c.p. integra una limitazione dell’autodeterminazione del paziente nella scelta delle terapie, comprese

quelle appunto finalizzate a liberarlo dal dolore e a condurlo alla morte, e dunque una lesione degli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Oltre a questi ultimi parametri costituzionali, la Corte individua un profilo di illegittimità dello scenario normativo in materia anche alla luce dell'art. 3 Cost., essendo palese l'irragionevole disomogeneità di disciplina tra malati incurabili che sono comunque in grado di togliersi la vita da soli e malati altrettanto incurabili che invece, impossibilitati a farlo, sono costretti a sottoporsi al percorso scaturente dall'interruzione del trattamento di sostegno vitale, con l'ulteriore discriminazione indebita fra coloro ai quali la cessazione delle terapie assicuri comunque una morte rapida e coloro che invece debbano subire una drammatica agonia⁹¹.

A nostro avviso, però, la lucida disamina non ha condotto la Consulta a una decisione condivisibile.

Quello che consegue all'ordinanza n. 207 è, innanzitutto, un diritto penale provvisorio. La disposizione oggetto di esame è ancora in vigore, ma le considerazioni spese dalla Corte ne segnano già oggi il destino. La sopravvivenza dell'art. 580 c.p., per come lo conosciamo, sarà impossibile anche nel caso in cui, come molto probabile, il legislatore non interverrà entro il termine dettato dalla Consulta (24 settembre 2019). Si può dubitare della ragionevolezza del mantenimento in vita di una disciplina penale che, minata da questa ordinanza, cessa di svolgere di fatto già ora la propria funzione orientativa, per quando la sua applicazione sia rimessa alla prudenza dei Giudici ordinari (§ 11).

Il percorso volto alla caducazione almeno parziale della fattispecie è dunque avviato. Parafrasando Buridano, filosofo medievale che coniò il concetto di *impetus* nel suo commento alla Fisica aristotelica, un'inesorabile inerzia condurrà all'ablazione dalla disposizione della sottofattispecie relativa al malato inguaribile condannato ad una fase agonica più o meno lunga.

Ulteriormente, ci si può chiedere se il rischio di un vuoto normativo, che ha spinto oggi la Corte ad astenersi da una pronuncia di accoglimento, non persisterà il 24 settembre 2019 e se la molteplicità di opzioni regolatorie possibili in questa materia non impedirà anche in futuro ai giudici costituzionali di presceglierne una piuttosto che un'altra, a pena di invadere la sfera di competenza del legislatore.

⁹¹ Sul punto cfr. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, cit., secondo cui la Corte non ha inteso legittimare un diritto di morire, quanto invece valorizzare la massima declinazione della tutela della dignità umana estendendola alla libertà di autodeterminazione nelle situazioni di estrema vulnerabilità della persona, legate alla fase terminale della vita, affermando dunque “*non tanto un diritto a morire con dignità, quanto piuttosto un diritto alla piena dignità anche nella morte*”.

In definitiva, siamo in presenza di una incriminazione che, almeno in una sua parte, è *formalmente vigente*, ma *sostanzialmente abolita*, con esiti in termini di certezza del diritto che lasciano davvero a disagio. Ecco dunque la ragione fondamentale che induce a diffidare di siffatta metodologia di giustizia costituzionale: si tratta di un paradigma pseudodecisorio da non replicare in nuove occasioni, almeno in sede penale.

12. Conclusioni. La “non eterodeterminazione” come libertà negativa da tutelare attraverso una scriminante costituzionale riferibile all’ausilio del terzo

Il suicidio è una mera libertà negativa, che non autorizza a pretendere azioni positive da parte di terzi o dello Stato, ma che determina comunque l’illegittimità di abusive interferenze altrui, trattandosi di decisioni intime, coperte dalla tutela della vita privata di cui all’art. 8 Cedu⁹².

È ben più di una suggestione ritenere che il rispetto di queste decisioni personalissime sia la prassi degli *hospice* e dei reparti ospedalieri in cui sono collocati pazienti con prognosi infausta e gravi condizioni di sofferenza: in questi contesti si è forse già da tempo risolta la contraddizione tra tutela della vita e salvaguardia della dignità del malato, riconoscendone la natura apparente. Il solido accordo terapeutico stretto tra il malato (e i suoi familiari) e i medici, ispirato a *pietas* e buon senso, rende ben rare le applicazioni in sede giudiziaria degli artt. 579 e 580 c.p. Tendenzialmente ciò accade quando una delle parti in gioco intenda far diventare il proprio caso personale un’occasione di riflessione politica sulla necessità di una regolamentazione legislativa di ciò che ormai la consuetudine ha ‘protocollato’. È in siffatti momenti che le questioni di principio assolutizzano i valori in campo, rendendoli reciprocamente esclusivi⁹³.

Al netto della problematica ordinanza della Corte costituzionale dell’ottobre 2018, è lecito dubitare che la via di un’equilibrata soluzione

⁹² La Corte Edu ha certamente riconosciuto che lo Stato, a condizioni di dettare vincoli ragionevoli e determinati, può considerarlo illecito; rilevano in questo senso *Pretty vs U.K.*, 29 aprile 2002, *Haas vs Svizzera*, 20 gennaio 2011, *Koch vs Germania*, 19 luglio 2012; *Gross vs Svizzera*, 14 marzo 2013 (che ha ribadito l’affermazione già contenuta in *Hass*, secondo cui la scelta su come e quando porre fine alla propria vita è uno degli aspetti del diritto di cui all’art. 8 Cedu), *Lambert vs Francia*, 5 giugno 2015. In dottrina, sul suicidio come libertà negativa, Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina Palliativa. I nuovi paradigmi del “fine vita”*, cit., 1152.

⁹³ Analoghe considerazioni in Massaro, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?*, cit., 27.

normativa passi per la dichiarazione di incostituzionalità di una delle norme in gioco. Per quanto discutibile dal punto di vista politico-criminale, nulla di irragionevole è riscontrabile nel complesso della disciplina dedicata al tema, se non per le sottofattispecie ‘di confine’. In ragione di ciò, a norme invariate, pare possibile comunque sottoporre ad un accorto bilanciamento gli interessi tutelati dalle fattispecie di cui agli art. 579 e 580 c.p. e quelli delle libertà costituzionali sottese agli artt. 2 e 32 Cost.⁹⁴.

Le pieghe dell’ordinamento rivelano però, al fondo di una ricostruzione sistematica, una possibile via d’uscita dalla stasi che segna la disciplina in tema di fine vita. A questo fine occorre:

- a) abbandonare l’esausta dicotomia *diritto disponibile vs diritto indisponibile*, che derivava da un’impropria sintesi tra art. 5 c.c. e art. 50 c.p. e piegava l’originaria vocazione delle norme – la prevenzione del mercimonio del corpo o di sue parti – dilatandole fino alla proscrizione di qualsivoglia atto dispositivo⁹⁵;
- b) collocare entro una coerente e aggiornata gerarchia assiologica i principi costituzionali di autodeterminazione del malato, dignità e solidarietà, da una parte, e la tutela della vita, dall’altra parte⁹⁶. Si tratta dunque di *attualizzare semplicemente il rapporto tra i beni* in gioco, senza *sostituire* questi ultimi a bella posta con nuovi interessi di artificiosa costruzione.

Così procedendo, è possibile ridiscutere i confini applicativi degli art. 579 e 580 c.p. e, in particolare, neutralizzare in via esegetica i profili di illegittimità costituzionale della seconda delle due incriminazioni, resecando quelle ipotesi in cui la *scelta* di morire non è concretizzata *solo* dal malato, né operata *solo* dal *medico*, ma *prima* matura e *poi* si realizza

⁹⁴ Sulla compatibilità costituzionale delle due fattispecie penalistiche Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, cit., 533, ritenute criticabili semmai sul piano dell’opportunità politico-criminale; nel senso di un possibile conflitto Gargani, *Ius imperfectum? L’esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 527.

⁹⁵ Sul punto Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, cit., 88; si legga anche Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, cit., 224 ss.

⁹⁶ Si tratta di un’operazione già condotta dalla Corte costituzionale, che nella sentenza 438 del 15 dicembre 2008 ha collocato l’istituto del consenso al crocevia di due diritti fondamentali della persona, da una parte la salute, dall’altra parte l’autodeterminazione. Ritiene che quest’ultima possa assurgere ad oggetto di protezione da parte delle fattispecie di omicidio del consenziente e istigazione e aiuto al suicidio Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro. it.*, 2009, V, 227 ss.; nel senso invece che porre come bene giuridico l’autodeterminazione significhi non interpretare le norme penali vigenti, bensì rimodulare l’intero impianto di tutela Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 59.

nel dialogo tra sanitario e paziente, che condividono dunque il *dominio del fatto*.

L’aggiornamento della scala di valore in cui ordinare tra loro i diritti, anche alla luce del quadro internazionale di riferimento (si pensi all’art. 5 della Convenzione di Oviedo e all’art. 3 della Carta dei diritti dell’UE⁹⁷), evita il rischio di idealizzare o leggere in modo astratto e aprioristico tanto il bene *vita*, quanto quello dell’*autodeterminazione del malato*⁹⁸.

A nostro parere, allora, già oggi nell’ordinamento è possibile ipotizzare che, ferma restando la generale tipicità di tutte le forme di aiuto al suicidio ai sensi dell’art. 580 c.p., alcune ipotesi di agevolazione o assistenza rispetto ad atti anticonservativi, in condizioni di estrema sofferenza, risultino scriminate dal combinato disposto degli artt. 2 e 32 della Cost., che consentono dunque di estendere la natura di libertà negativa del suicidio anche al contributo del cooperante, per analogia con quanto previsto dall’art. 119 c.p.

Ciò manterrebbe certamente nell’alveo della punibilità ogni interferenza (leggi: istigazione) nella scelta di porre fine alla propria vita da parte del paziente, ma impedirebbe al contempo di sanzionare penalmente la collaborazione prestata al malato che ritenga che la sua vita sia divenuta insostenibile e in relazione a cui la palliazione sia insufficiente, in ragione di una condizione nosografica verificabile oggettivamente⁹⁹.

Si potrebbe ben giungere al risultato anche attraverso una sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale, posto che una protezione incondizionata della vita, contro l’interesse del titolare ed in spregio alla dignità della persona, esposta ad una sofferenza inutile, renderebbe l’art. 580 c.p. una fattispecie penale irragionevole e contraria

⁹⁷ La Carta dei diritti dell’Ue, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 ha assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati dell’Unione, ai sensi dell’art. 6 § 1 del Trattato sull’Unione europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri. La Convenzione di Oviedo è stata ratificata dalla l. n. 145 del 2001 e all’art. 5, rubricato «*regola generale*», prevede che «*un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell’intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso*»; l’art. 3 della Carta dei diritti dell’Unione europea, rubricato «*diritto all’integrità della persona*» dispone al § 2 che nell’ambito della medicina e della biologia è richiesto, tra l’altro, il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge.

⁹⁸ Per un monito contro la sopravvalutazione dell’autodeterminazione individuale, Di Giovine, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 921.

⁹⁹ In questo senso anche Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 66 s.

alle funzioni di tutela dell’ordinamento sancite dalla Costituzione, lasciando completamente priva di considerazione la volontà del malato rispetto alle scelte inerenti il proprio corpo e la propria salute¹⁰⁰.

Non va comunque disconosciuto che alle *interpretazioni* ortopediche della dottrina e della giurisprudenza è sicuramente preferibile una rimodulazione *legislativa* dell’art. 580 c.p., che completerebbe uno statuto penale del fine vita, in parte già invero nel nostro sistema con la l. n. 219 del 2017. Lungi dall’ingenua esaltazione del concetto di *autodeterminazione*, in considerazione dei molteplici e assai poderosi condizionamenti di contesto che ogni paziente subisce all’atto di compiere una scelta terapeutica, occorre raggiungere un delicato equilibrio normativo che consenta al malato, previo accertamento caso per caso dell’assenza di indebite *eterodeterminazioni*, di ottenere il pieno rispetto delle sue decisioni, senza l’imposizione di tutele paternaliste¹⁰¹.

¹⁰⁰ Di vera e propria inoffensività dell’aiuto al suicidio del richiedente l’interruzione delle cure parla Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71.

¹⁰¹ Per un condivisibile *caveat* in questo senso e la precisa espressione inserita nel testo si rimanda a Eusebi, *Introduzione al focus. Menomazioni gravi della salute: “di vivere” o “diritto di morire”*. *Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 487; di ingenuità della concezione che assume l’autodeterminazione come unico parametro della disciplina in tema di decisioni di fine vita, in base alla supposta neutralità del riconoscimento della possibilità di scelta, parla Cornacchia, *Profili giuridico-penalistici del rifiuto delle cure*, cit., 537.