

Suicidio medicalmente assistito e teoria del reato

di **Gian Bruno Cherchi**

Sommario. 1. Questioni dogmatiche alla luce della sentenza 25 settembre 2019. - 2. Il suicidio medicalmente assistito tra tipicità ed offensività. - 2.1. L'aiuto al suicidio è un fatto inoffensivo? - 2.2. L'art. 580 c.p. e lo spazio libero dal diritto penale. - 3. Scriminanti e suicidio medicalmente assistito. - 3.1. Il consenso dell'avente diritto: autodeterminazione e diritto a morire. - 3.2. È configurabile una scriminante "procedurale" dell'aiuto al suicidio? - 3.3. L'inosservanza della procedura. - 3.3.1. L'inosservanza dolosa. - 3.3.2. L'inosservanza colposa e i parallelismi con la posizione del medico psichiatra. - 3.3.3. Medicina difensiva e chilling effect. - 3.4. Procedura medicalizzata e referendum abrogativo: cenni. - 4. La non punibilità tout court dell'aiuto al suicidio. - 5. Considerazioni conclusive

1. Questioni dogmatiche alla luce della sentenza 25 settembre 2019

Con la pronuncia 242/2019 la Corte costituzionale, pur non dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p., ha operato chirurgicamente sulla norma, ritagliando l'area del penalmente rilevante. Più specificatamente, la Corte ha escluso la punibilità ex art. 580 c.p. di chi agevola l'esecuzione del proposito suicidario altrui, al ricorrere di specifiche condizioni e in conformità a idonea procedura¹.

Tuttavia, le questioni interpretative legate al come tale sentenza debba essere concretamente applicata sono tutt'altro che sopite.

Tra le problematiche ancora aperte, che qui si analizzerà, vi è quella legata all'inquadramento, da un punto di vista di teoria generale, della ipotesi di non punibilità, intesa in senso lato, individuata dalla Corte.

2. Il suicidio medicalmente assistito tra tipicità e offensività

Una prima soluzione potrebbe essere nel senso dell'inoffensività della condotta di agevolazione al suicidio, dal momento che il bene giuridico

¹ Per un riassunto si veda C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 dicembre 2018; Id., *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sistema Penale*, 6 febbraio 2020; Id., *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla "doppia pronuncia" della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte d'Assise di Milano*, in *Cassazione Penale*, 4/2020, 1428 ss.

tutelato non sarebbe più quello della vita ma quello di autodeterminazione dell'individuo².

Questa impostazione, sposata dalla Corte D'Assise di Milano³ e sostenuta dal giudice remittente⁴, si basa sulla moderna concezione del principio di offensività e dei suoi corollari, quale "declinazione contemporanea del diritto penale del fatto, tradizionalmente contrapposto al diritto penale d'autore"⁵, che costituisce sia un parametro di ragionevolezza della norma penale (cd. offensività in astratto) sia un criterio ermeneutico (cd. offensività in concreto)⁶.

La tutela penale, poiché "comporta sempre il sacrificio di diritti fondamentali dell'individuo"⁷, può considerarsi ragionevole solo qualora sia diretta a

² P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte Costituzionale*, in *Sistema Penale*, 26 febbraio 2020; A. MASSARO, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita*, in *Giurisprudenza penale Web*, 1-bis/2019; A. NAPPI, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in *La legislazione penale*, 23 settembre 2019.

³ Corte D'Assise di Milano, sent. n. 8 del 23 dicembre 2019, Cappato, ravvisando "una riduzione dell'area di sanzionabilità penale che non opera come scriminante ma incide sulla struttura oggettiva della fattispecie", ha assolto Marco Cappato "perché il fatto non sussiste", ritenendo in sostanza la sua condotta atipica.

⁴ Trib. Milano, ord. 14 Febbraio 2018. Per un'analisi v. C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell' aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal*, 3/2018; R. BARTOLI, *Ragionevolezza ed offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10/2018; M. FORCONI, *La Corte d'Assise di Milano nel caso cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 Febbraio 2018; E. SCALCON, *Corte d'Assise di Milano - ord. 14 febbraio 2018 (Caso Fabiano Antoniani - Dj Fabo): la Corte solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *BioLaw Journal*, 14 febbraio 2018.

⁵ Così M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2013, 15.

⁶ Sui due corollari della necessaria offensività cfr. per tutti F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997; M. GALLO, *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 3/1999; I. FERRARA, *Riflessioni in tema di offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 4/2000; in particolare V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino 2005.

⁷ V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-3/2007, 756. Non si fa riferimento unicamente alla libertà personale, di cui il condannato è privato una volta intervenuta una sentenza di condanna, ma anche alla compromissione dell'onore e della dignità di chiunque, anche il non colpevole, si "imbatta" in un procedimento penale, e ancora al sacrificio

proteggere, un bene di rilievo costituzionale⁸. Il reato non è quindi unicamente il fatto tipico, ma “il fatto offensivo tipizzato”⁹, tale per cui l’offesa deve esser intesa quale elemento costitutivo, espresso od implicito, della tipicità.

È possibile così constatare che l’operazione condotta dalla Corte costituzionale non si sostanzierebbe in un bilanciamento tra diritti, ma in un giudizio di ragionevolezza in astratto delle scelte d’incriminazione, alla luce degli interessi tutelati, da un lato, e di quelli sacrificati, dall’altro¹⁰. Essendo mutato il bene giuridico tutelato, questa soluzione inciderebbe sull’area del penalmente rilevante, determinando una riduzione dell’area della tipicità¹¹.

Non sarebbe “la libertà di autodeterminazione a delimitare l’ambito di indisponibilità del diritto alla vita ma l’opposto: l’indisponibilità del diritto alla vita, assicurata dall’incriminazione a tutto tondo di aiuto e istigazione al suicidio e dell’omicidio del consenziente, rappresenta una limitazione dell’autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, che si giustifica solo in quanto sorretta dall’esigenza di tutelare interessi meritevoli di tutela e di rango costituzionale, al pari dell’interesse sacrificato”¹².

Dal momento che la condotta è inoffensiva, il riconcorso alla pena sarebbe illegittimo perché non necessario¹³.

2.1 L’aiuto al suicidio è un fatto inoffensivo?

Nonostante la bontà di questa impostazione, non parrebbe essere questa la soluzione nella mente del Giudice costituzionale.

di diversi diritti individuali, quali domicilio e *privacy*, durante la fase d’indagine (cfr. V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 130 ss. e 140 ss.).

⁸ F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Giuffrè, Milano 1997, 539 ss.; Id., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, UTET, Torino 1973.

⁹ F. RAMACCI, *Il progetto penale della “Bicamerale”* ora in *Raccolta di scritti*, vol. II, Giappichelli, Torino 2013, 1567; analogamente F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Giuffrè, Milano 1977, 425; I. FERRARA, *Riflessioni in tema di offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 4/2000, 3077, definisce l’offesa come “categoria della tipicità”; C. F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale*, Pt. g.³, Giuffrè, Milano 2020, 281, che, riferendosi ad un fatto tipico ma inoffensivo, utilizza il termine, estremamente evocativo, di “tipicità apparente”.

¹⁰ P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato*, cit., par. 6.

¹¹ *Ibidem*; in termini analoghi A. MASSARO, *L’omicidio del consenziente*, cit., 20.

¹² Così P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato*, cit., par. 6.

¹³ In argomento si vedano le riflessioni di F. PALAZZO, *Inoffensività e irrilevanza del fatto*, *Allegato secondo della Relazione della Commissione Grosso*, in C. F. GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale, relazione della Commissione Grosso*, vol. II, Cedam, Padova 2000, 103.

Anzitutto “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 protetti”¹⁴.

La Consulta, infatti, prende “una posizione netta e chiara sul bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice dell'istigazione o aiuto al suicidio, che viene fermamente individuato nella vita”¹⁵ e “rivitalizza”¹⁶ l'art. 580 affermando che l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio è funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle cd. *vulnerable people*, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio¹⁷.

Con queste premesse “si edificano degli argini robusti, per impedire che il piano su cui è adagiato (in equilibrio precario) l'aiuto al suicidio si inclini

¹⁴ Così F. CONSULICH, *Stat sua cuique dies libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, Riv. it. dir. proc. pen., 1/2019, 107.

Sul punto si vedano le riflessioni di S. SEMINARA, *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI (a cura di), *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, Napoli 2019, 317 ss., il quale rileva che, alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 580 c.p., la condotta di agevolazione può trovare concretizzazione solo a fronte di un proposito suicidario autonomo: la norma intende quindi sanzionare tutte quelle condotte dirette a consentirne l'attuazione. Affinché la fattispecie sia integrata, non è necessaria la specifica volontà di determinare l'evento, ma è sufficiente il dolo (generico) di apportare un contributo anche minimo e non indispensabile. Stando a questa ricostruzione, non si può leggere la volontà della norma di tutela un bene giuridico diverso dalla vita.

¹⁵ R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 3; analogamente M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto a morire. L'opinione “non penalistica” della Corte costituzionale di fronte ad una trilogia inevitabile*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI, (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 120.

¹⁶ In questi termini M. D'AMICO, *Il “Caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, Atti del seminario di Quaderni Costituzionali, *Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte Costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, Bologna, 27 maggio 2019.

¹⁷ Cfr. Corte Cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, par. 6 del considerato in diritto. Questa pressante necessità è tristemente confermata dalle spesso insormontabili difficoltà che le scienze moderne incontrano per cogliere l'essenza della psiche suicidaria. La comprensione delle scelte suicidarie sono a tutt'oggi di difficile comprensione: ogni suicidio ha le sue zone d'ombra ed è impossibile, e forse concettualmente sbagliato, cercare di ricondurre il fenomeno ad una asettica tassonomia. È per tale ragione che si deve cercare anzitutto di prevenire le scelte suicidarie e, qualora siano medicalmente assistite, i presupposti devono essere individuati in maniera chiara e precisa e accertati da un'approfondita verifica (cfr. S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Bononia University Press, Bologna 2021, 29 ss.).

troppo, fino a trasformarsi nel famigerato è temibile pendio scivoloso e ingovernabile”¹⁸.

2.2 L’art. 580 c.p. e lo spazio libero dal diritto penale

Si può quindi affermare che con l’ordinanza del 2018 e la successiva sentenza del 2019, la Corte ha rigettato l’idea di uno spazio libero dal diritto.

Questa concezione è stata elaborata e proposta soprattutto con riferimento alle tematiche bioetiche, “quando si è cercato di introdurre la possibilità di una loro legittimazione senza poterle tuttavia approvare come opzioni che l’ordinamento sostiene”¹⁹. Lo Stato assume una posizione neutrale ed equidistante, astenendosi dall’introdurre una disciplina *ad hoc* o dall’imporre controlli *ex ante* e lasciando che la scelta etica sia compiuta da un soggetto responsabile.

Questa elaborazione è però criticabile e non offre la soluzione più opportuna. Lo Stato, infatti, non può limitarsi a non decidere, sposando una posizione rinunciataria, in quanto i beni in gioco sono “fondamentalissimi”²⁰. Anzi, proprio perché si tratta di questioni così rilevanti e drammatiche, non possono essere lasciate a una sorta di “codice di autodisciplina da parte della società, dovendosi prevedere meccanismi legali di verifica delle scelte”²¹, nell’ottica del bilanciamento e della tutela dei soggetti che tali scelte stanno compiendo.

La Corte costituzionale è conscia di ciò, tanto da rilevare che se fosse eliminato il presidio penale posto dall’art. 580 c.p., con una pronuncia ablativa “secca”, si “spianerebbe la strada” a scelte suicide “in nome di una concezione astratta dell’autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite”²². L’ordinamento, per mezzo della Corte, percepisce la necessità di presidiare penalmente le condotte di agevolazione al suicidio, le quali, tuttavia, al ricorrere di determinate circostanze, non sono sanzionabili perché poste in essere in conformità all’ordinamento.

Emerge così la presenza di un valore contrapposto a quello espresso dalla norma incriminatrice, che funge da giustificazione, purché il soggetto si muova nell’area di liceità ritagliata dalla Corte.

¹⁸ A. MASSARO, *Scelte di fine vita: uno spazio meno libero dal diritto*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 218.

¹⁹ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cassazione Penale*, 3/2007, 906.

²⁰ *Ibidem*; sul punto si veda anche J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, 2/2004, 239 ss.

²¹ M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., 906.

²² Corte Cost., ordinanza 207/2018, cit., par. 6 del considerato in diritto.

Sembrerebbe quindi più corretto muoversi sul piano del rapporto regola-eccezione, proprio delle scriminanti²³.

3. Scriminanti e suicidio medicalmente assistito

Da un punto di vista politico-sostanziale, le scriminanti sono il frutto di un giudizio di bilanciamento di beni o interessi meritevoli di tutela, risolto dall'ordinamento nel senso di render lecito il comportamento che altrimenti integrerebbe la fattispecie di reato, in quanto espressione di un interesse prevalente²⁴.

Il presupposto operativo della scriminante è quindi l'esistenza di un comportamento penalmente rilevante.

Per le ragioni sopra esposte, la Consulta, pur salvando l'art. 580, e quindi mantenendo ferma l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, evidenzia che il diritto alla vita non può essere considerato un diritto assoluto e incondizionato, *i.e.* un vero e proprio "diritto tiranno"²⁵, ma deve necessariamente relazionarsi con gli altri diritti fondamentali, nell'ottica del bilanciamento²⁶. Una tale posizione si porrebbe in evidente contrasto sia con

²³ Soluzione questa adottata da Corte D'Assise di Massa, sent. n. 1 del 27/07/2020, Cappato, la quale, ritenendo che il Giudice costituzione abbia introdotto una nuova causa di giustificazione, tale non già da ridurre l'area del fatto tipico, ma da elidere l'antigiuridicità del fatto in presenza delle condizioni indicate, ha assolto Marco Cappato "perché il fatto non costituisce reato".

F. CONSULICH-C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 507, rileva che questa soluzione è preferibile alla luce del fatto che "la tipicità, con la sua fissità, non è il luogo dogmatico in grado di cogliere i mutamenti di valore maturati nella società (...) 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 insostenibile che ritiene intimamente". Analogamente F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2009, 1044.

²⁴ Senza pretesa di completezza cfr. CANESTRARI STEFANO-CORNACCHIA LUIGI-DE SIMONE GIULIO, *Manuale di Diritto Penale*, Pt. g.², Il Mulino, Bologna 2017, 569; G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Pt. g.⁹, Giuffrè, Milano 2020, 294 s; F. MANTOVANI, *Diritto penale*. Pt. g.⁶, Cedam, Padova 2009, 236; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*. Pt. g.⁸, Zanichelli, Torino 2019, 201; C. F. GROSSO, *Manuale*, cit., 306; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55 ss. *Amplius* F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Giappichelli, Torino, 2018, 87 ss.

²⁵ Corte Cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85.

²⁶ In questo senso v. U. ADAMO, *Ragioni a favore di una legalizzazione dell'eutanasia*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 330, il quale osserva che un diritto così

le aperture legislative e giurisprudenziali sia, soprattutto, con la concezione "individuo-centrica" che anima l'ordinamento. Non solo, così ragionando si rischia di trasformare la persona in un mero strumento di politica generalpreventiva della morale, celata sotto la copertura della sacralità della vita²⁷.

D'altro canto, appare altamente improbabile che "l'obbligo di tutela sia così assoluto ed incondizionato da escludere l'operatività di qualsiasi scriminante"²⁸.

L'operatività dell'incriminazione è quindi limitata ad alcune fattispecie, temperando così le istanze di protezione dei più deboli con il rispetto della dignità e della volontà di quei soggetti in grado di autodeterminarsi, gli unici reali protagonisti del bilanciamento²⁹.

Come accennato, la Corte non persegue la creazione di uno spazio libero dal diritto penale, ma mira al raggiungimento del "diritto penale del rispetto"³⁰. Ciò cui si ambisce, è un diritto penale equidistante dalle ideologie e dai convincimenti etici soggettivi, intimi, personali e rispettoso sia di chi "abbia deciso 'per la vita ad ogni costo', sopportando con coraggio e abnegazione, o magari anche solo per rassegnazione, la prigionia del corpo ridotto a puro sostrato organico, assieme a condizioni fisiche e patologiche gravosissime"; ma anche di "chi autonomamente e consapevolmente decide per la dignità di vivere, o per la dignità del morire, e aspira al proprio trapasso come 'liberazione' dalle catene di un corpo ormai inerte, afinalistico, capace solo di trasmettere dolore e angoscia"; e, dunque, di "chi in queste drammatiche condizioni si limita a invocare un'alternativa pietosa, un 'aiuto nel morire', e una solidarietà che l'ordinamento giuridico non può censurare con la scure della sanzione penale"³¹.

L'obbiettivo è quindi superare ad un tempo sia quelle tesi che attribuiscono all'individuo piena autonomia, secondo cui è bene tutto ciò che è frutto

concepito è contrario all'idea stessa di Stato costituzionale, dove ogni diritto non può dirsi esente da limiti.

²⁷ In questi termini M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 Marzo 2017, 16.

²⁸ F. PALAZZO, *Costituzione*, cit., 1047.

²⁹ Cfr. F. CONSULICH, *Stat sua*, cit., 117, il quale evidenzia una fondamentale particolarità di questa scriminante: "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 i due interessi in contrasto appartengono al medesimo soggetto" il quale quindi non può che essere "il reale protagonista del bilanciamento".

³⁰ V. MANES, *Aiuto a morire*, in *Politica del Diritto*, 1/2020, 55 s.

³¹ *Ibidem*.

dell'autodeterminazione del singolo³², sia quelle di stampo paternalistico³³ che si fondano su un agire assertivo e talvolta imperativo del medico³⁴.

3.1 Il consenso dell'avente diritto: autodeterminazione e diritto a morire

Accertato quindi che quella introdotta dalla Corte parrebbe essere una scriminante, rimane la fondamentale questione di comprendere di quale tipologia di causa di giustificazione si sta disquisendo.

Affermare che la Corte ha introdotto una nuova tipologia di scriminante potrebbe sollevare non poche questioni soprattutto in ordine al rispetto del principio di legalità³⁵.

Pertanto, è più opportuno individuare una causa di giustificazione codicistica che sia idonea a ricomprendere anche la scriminante coniata dalla Corte costituzionale³⁶. La norma che meglio assolve a questo compito è l'art. 51 c.p. che disciplina l'esercizio di un diritto.

³² In questo senso L. PALAZZANI, *Le DAT e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 3/2018, 970, secondo quest'ottica il diritto deve limitarsi "a prendere atto delle scelte e a garantire le condizioni di libertà", mentre il medico è tenuto contrattualmente "ad accettare passivamente la volontà del malato, anche eseguendo le sue richieste se il malato non è nelle condizioni di portare a compimento la sua volontà di morire".

³³ Le problematiche legate alle derive del paternalismo penale sono analizzate da L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino 2019.

³⁴ Cfr. M. BERNARDINI, *La (non) responsabilità del medico nelle scelte di fine vita del paziente*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 581.

In argomento R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistema Penale*, 11/2021, 10 ss., distingue tra concezione statalista, individualista, naturalista/causalista e solidaristica, evidenziando che il nostro ordinamento, alla luce della pronuncia costituzionale, sembrerebbe aver sposato l'ultima di queste. Essa "si basa sul concetto di vulnerabilità e più precisamente sul concetto di malattia di cui è affetto il titolare del bene vita", grazie ai quali è possibile ricavare un'area di liceità della condotta. L'autore rileva altresì che la recente proposta referendaria si sarebbe orientata verso una concezione individualista, la quale, operando sul piano della tipicità, giungerebbe a legittimare l'omicidio del consenziente tout court.

³⁵ La questione non è pacifica, anche se sembrerebbe emergere la tendenza a non considerare le scriminanti come un *numerus clausus* specie alla luce del fatto che non si tratta di norme che hanno carattere specificatamente penale (M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, Cedam, 1996, 214-218; G. FIANDACA, *Diritto penale, cit.*, 64 e 203 s.).

³⁶ Sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale. Pt. g.*⁶, Cedam, Padova 2009, 271 ss., evidenzia come le problematiche relative all'ammissibilità delle cd. scriminanti tacite, ossia di quella scriminati non previste dalla legge, da un punto di vista pratico, siano "inutili", poiché tali ipotesi sono generalmente riconducibili alle scriminanti codificate; analogamente F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Pt. g.*⁷, Giappichelli, Torino 2018, 412 ss.

Il diritto in questione è quello di autodeterminazione della persona, con il quale s'intende "l'autodeterminazione nella vita e nel corpo" che "rappresenta il punto più intenso ed estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica"³⁷, declinato nella forma dell'autodeterminazione terapeutica.

Questo diritto non è rimasto sempre uguale ed immutato, anzi ha risentito della interazione con altri principi e diritti, arricchendosi nel corso degli anni di nuove sfaccettature, che hanno contribuito a definirne contorni e contenuti.

Inizialmente il rapporto di cura medico-paziente si articolava unicamente nel diritto di rifiutare le cure, anche nel caso in cui da questo rifiuto fosse dipeso il venir meno della propria vita³⁸.

In un momento successivo, con la legge 219/2017, è stata riconosciuta la facoltà al paziente di avvalersi della sedazione palliativa profonda, il cui obiettivo principe è certamente quello di alleviare le sofferenze, ma che ha come ulteriore conseguenza quella di procurare una morte indolore³⁹.

Da ultimo, superando quelle che parevano essere le manchevolezze della riforma del 2017⁴⁰, la pronuncia della Corte Costituzionale ha riconosciuto il diritto del paziente, qualora ricorrano determinate circostanze, di invocare l'aiuto del personale sanitario affinché siano predisposte le misure necessarie perché possa autonomamente porre fine alle proprie sofferenze.

³⁷ A. APOSTOLI, *Ancora qualche osservazione in tema di fine vita (sperando che la Corte non esiti oltre)*, Atti del Seminario giuridico "Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte Costituzionale", Roma, 17 luglio 2019, 105, che cita S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 250.

³⁸ S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto Penale e Processo*, 12/2007, 1564, il quale evidenzia come il GUP del caso Welby avesse correttamente sposato la tesi della scriminante, operando un bilanciamento tra il diritto "costituzionalmente garantito e già perfetto" di rifiutare le cure, a cui fa da contraltare il dovere del medico di "consentirne l'esercizio", e il bene giuridico della vita, tutelato dalla norma incriminatrice, che, in quel frangente, risultava soccombente; analogamente v. M. DONINI, *Il Caso Welby*, cit., 911 e F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. Dir.*, 2003, 565.

³⁹ Per un'analisi della portata innovativa dell'intervento legislativo v. S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2017; A. ESPOSITO, *Non solo "biotestamento": la prima legge italiana sul fine vita, tra aperture coraggiose e prospettive temerarie in chiave penalistica*, in *Cassazione Penale*, 5/2018; C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Discrimen*, 15 Ottobre 2018.

⁴⁰ In questo senso G. M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cassazione Penale*, 7/2018.

La progressione qui schematizzata, è rinvenibile proprio nelle parole della Corte nella parte in cui afferma che *“se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno vitale è considerato dall’ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l’interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea ed indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l’aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione”*⁴¹.

In definitiva, quelli poc’anzi enunciati, sono tutte e tre espressioni di un più generale diritto e costituiscono tre forme diverse di congedo dalla vita terrena⁴². “Ciò che unisce il riconoscimento giuridico di questi tre diritti, quando vengano esercitati con finalità terminali, è la compassione (e il senso di umanità, ndr) verso il malato che viva di sofferenze intollerabili rese possibili dallo stesso stato della medicina, che prolunga artificialmente

⁴¹ Corte Cost., ord. 207/2018, cit., par. 9 del considerato in diritto.

⁴² Cfr. G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato*, in *Discrimen*, 3 febbraio 2020, 15, il quale evidenzia che, accedendo ad un concezione del suicidio, non inteso come aggressione alla vita del proprio corpo, ma come strumento per liberarsi dalle sofferenze (in argomento S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell’anima: La richiesta di assistenza a morire e l’aiuto al suicidio*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI (a cura di), *Il caso Cappato, cit.*, 53 ss., potrebbe apparire “più appropriato prospettare un diritto (principale) del malato a non subire più sofferenze percepite come intollerabili; diritto, a sua volta, esercitabile (...) sia rifiutando o interrompendo terapie e sostegni vitali, sia richiedendo forme (attive) di assistenza nel morire”.

Questa soluzione sembra condivisa anche da C. CUPELLI, *Il Caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI, (a cura di), *Il caso Cappato, cit.*, 87, il quale afferma che la Corte non intenderebbe legittimare un diritto di morire quanto piuttosto “valorizzare la massima declinazione della tutela della dignità umana, rafforzandone lo spettro applicativo, esteso alla libertà di autodeterminazione nelle situazioni di estrema vulnerabilità della persona, legate alla fase terminale della vita e all’alveo dell’alleanza terapeutica tra medico e paziente” e da F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio “medicalizzato”. La tutela del malato irreversibile e sofferente nell’ord. 207/2018 e le ragioni per un’ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI, (a cura di), *Il caso Cappato, cit.*, 189, che sottolinea che “ciò che viene evocato dalla Corte non è tanto un ipotetico ‘diritto a darsi al morte’, massima espressione potestativa della sovranità su sé stessi, che – ancora una volta – si sarebbe rivelato un concetto di difficile gestione, teorica e applicativa, presentando natura e confini intrinsecamente sfuggenti. Si parla invece di ‘libertà di autodeterminazione del malato nelle scelte delle terapie’, con un’espressione più modesta ma che richiama una categoria ben più accessibile”.

l'esistenza senza poter eliminare il dolore infinito di certe situazioni patologiche incurabili, anche se non terminali"⁴³.

3.2 È configurabile una scriminante "procedurale" dell'aiuto al suicidio?

Autorevole dottrina ritiene che quella ora analizzata sia una particolare tipologia di scriminante, *i.e.* una scriminante procedurale⁴⁴.

⁴³ Cfr. M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistema Penale*, 19; sulla necessità di questi "diritti infelici" (M. DONINI, *La necessità*, *cit.*) si veda M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato*, *cit.*, 114, il quale sottolinea che i pazienti sono aggrediti "da modalità disumane e per loro intollerabili di trattamento medico prolungato rispetto a forme di vita non più desiderabili e sopportabili o degne". Il giudizio di "indegnità, secondo parametri oggettivi e soggettivi, dipende oggi specificatamente da eccessi di tecniche terapeutiche e dall'impossibilità di accertarne un prolungamento comunque infausto o insopportabilmente perenne".

In termini analoghi V. MANES, *Aiuto a morire*, *cit.*, 60, secondo il quale "una tecnologia senza umanità e senza *pietas* diventa tecnocrazia, dove la stessa vita è funzione dello strapotere tecnico, e non più il contrario".

M. B. MAGRO, *The last dance. Riflessioni a margine del cd. caso Cappato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12 Giugno 2019, 6 ss., osserva che queste nuove sofisticatissime tecnologie, grazie alle quali è possibile "manipolare in profondità le diverse fasi dell'esistenza umana tanto da consentire la sopravvivenza in condizioni di gravissima compromissione della coscienza o, viceversa, in condizioni di totale paralisi del corpo pur in presenza di funzionalità cerebrale integra", non assicurano la vita, ma solo la sopravvivenza, quasi che il progresso medico, scientifico e tecnologico tolgano il privilegio di una morte "naturale, immediata e inarrestabile". Anche M. FOGLIA, *Golden Hour del paziente: consenso biografico e dignità della vita*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 125 s., evidenzia che i progressi tecnologici nel campo della medicina sono spesso illusori e generano solo false speranze di vita nell'uomo che vuole sottrarsi alla morte. In questo quadro, quando definitivamente è stato oltrepassato il *kairos*, ossia "l'attimo decisivo per il trattamento efficace del paziente, il momento da cogliere per somministrare la cura", deve essere sempre garantito uno spazio per il paziente stesso. L'autore parla di "golden hour", riferendosi a quel "momento opportuno nel quale egli ha il diritto di poter decidere del proprio destino terapeutico". "Non si intende affermare la supremazia dell'uomo sulle leggi della natura, ma il diritto del paziente a non essere sottomesso al dominio delle biotecnologie, a non subire lo sfacelo del corpo, a non patire la rapina del dolore, quel dolore che disumanizza la vita e svuota l'essere umano della sua identità".

⁴⁴ Cfr. M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2009, 1658 ss. e più di recente A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.): un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in C. CUPELLI e F. S. MARINI (a cura di), *Il caso Cappato*, *cit.*

Si tratta di una categoria dogmatica di matrice tedesca⁴⁵, che teorizza un intervento della sanzione penale solo eventuale, ossia qualora non venga rispettata una determinata procedura amministrativa che realizza un controllo *ex ante* sulla liceità della condotta. Possono distinguersi due ipotesi⁴⁶.

La prima è quella in cui si ha una condotta lecita, sanzionata penalmente solo qualora sia violato il limite di rischio consentito: l'ordinamento ammette l'esercizio di determinate attività che sono da considerarsi lecite fintanto che rimangano circoscritte nell'ambito dell'area del cd. "rischio lecito o consentito".

La seconda è quella in cui la condotta o l'attività sono così pericolose da essere considerate illecite *ab origine* e quindi penalmente sanzionabili. Tuttavia, tali attività possono essere svolte se previamente autorizzate da un'autorizzazione o da una concessione, operante come causa di giustificazione; in sua presenza la condotta sarà da considerarsi atipica o non anti giuridica, a seconda che si acceda alla teoria bipartita o tripartita del reato⁴⁷.

Ci sono altre ipotesi, che concettualmente costituiscono un sottogruppo della categoria da ultimo esposta, caratterizzate da "condotte ad alto rischio etico di illiceità o contrassegnate da conflitti di doveri"⁴⁸, dove il legislatore, consapevole di dover astenersi⁴⁹ dall'imporre scelte connotate da un vivo personalismo etico e culturale, per non incappare nei rischi dello spazio libero del diritto, affida la risoluzione del bilanciamento ad una procedura. Nel rispetto del pluralismo, quindi, l'ordinamento né vieta, né liberalizza, ma semplicemente disciplina i presupposti e le modalità attraverso i quali il singolo è libero di pervenire ad una decisione⁵⁰.

⁴⁵ Nella dottrina italiana si v. in particolare A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nelle teorie del reato*, ESI, Napoli 2018.

⁴⁶ Cfr. *Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio 1986, n. 7611*, su i Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione della fattispecie penali, in *Gazzetta Ufficiale*.

⁴⁷ Cfr. M. DONINI, *Il Caso Welby*, cit., 907.

⁴⁸ *Ibidem*, 908.

⁴⁹ In senso critico circa la "neutralità" della procedura si veda M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, Il Mulino, Bologna 2000, 228 ss.; più di recente G. FIANDACA, *Fino a che punto*, cit., 17.

⁵⁰ M. DONINI, *Il "posto" delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in M. DONINI-R. ORLANDI (a cura di), *Il penale nella società dei diritti*, Bononia University Press, Bologna 2010, 265 ss. In argomento v. anche G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011, 1406 ss. C. E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1155 ss., rileva come nel terreno dei "diritti controversi" la laicità assolve ad una funzione essenziale, perché garantisce equidistanza ed impedisce scelte moralizzanti.

Si pensi alla disciplina dell'aborto. La legge n. 194, 22 maggio 1978, garantisce la possibilità per la donna di interrompere la gravidanza qualora non siano trascorsi più di 90 giorni dal concepimento e sussistano specifiche e serie ragioni *"per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica"*. L'accertamento dei requisiti, che da un punto di vista di cronologico precede la fase *"operativa"*, è funzionale ad operare il bilanciamento dei beni ed interessi in gioco: la sussistenza delle circostanze di legge, determina il prevalere del diritto di autodeterminazione della madre, che potrà così accedere alla procedura medicalizzata di interruzione della gravidanza. Qualora non ricorrano le circostanze indicate dalla legge ovvero non ci si avvalga della procedura garantita dal sistema sanitario, è punibile tanto la condotta della madre quanto quella dei terzi che indebitamente hanno cagionato l'aborto.

In materia di fine vita, questa tecnica ben si concilia con il *"modello relazionale di tipo narrativo"*⁵¹ fondato sul dialogo, sull'empatia e sullo scambio di informazioni e conoscenza, nella costante ricerca del *best interest* del paziente⁵².

Dal momento che *"il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura"*, la decisione finale è frutto di un percorso clinico ma soprattutto psichico, durante il quale il paziente è posto nelle condizioni di maturare liberamente ed autonomamente, la scelta che più si addice alle proprie condizioni e convinzioni.

Si discute su quale sia la funzione svolta dalla procedura.

Taluni ritengono che la procedura sia costitutiva del diritto, il quale *"non viene meramente 'accertato' attraverso la procedura, perché la procedura è, e soprattutto deve essere, funzionale a tutelare insieme i diritti della persona che decide, quelli di un eventuale terzo e il controllo pubblicistico su tali scelte, anche a garanzia del pluralismo etico"*⁵³.

Altri, proprio partendo dal fatto che è il diritto sottostante a determinare la liceità dalla condotta descritta dalla norma incriminatrice, ritengono che la

⁵¹ L'espressione è di C. IGNAEMMA, *"Il tempo della comunicazione costituisce tempo di cura": l'approccio narrativo nella Legge n. 219 del 2017*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 117; in questo senso v. anche A. SESSA, *Fondamento e limiti*, cit., 344.

⁵² Cfr. B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 28 Gennaio 2018, 269; AA.VV., *Consenso informato e DAT (disposizioni anticipate di trattamento): momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1/2018, 360; in argomento v. anche L. FORNI, *Scelte giuste, anche alla fine della vita: analisi etico – giuridica della legge n. 219/2017*, in *Giurisprudenza Penale*, 1-bis/2019, 24 ss.

⁵³ M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione*, cit., 1658 s.; analogamente A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, ESI, Napoli 2018, 160 s.

procedura sia meramente dichiarativa⁵⁴. La procedura, per quanto significativo sia il ruolo assegnato dalla norma ai diversi soggetti chiamati ad operare, resta soltanto servente rispetto al bene che si ritiene prevalente⁵⁵.

Questa seconda impostazione sembrerebbe essere preferibile.

Alla base dell'interruzione della gravidanza, così come dell'aiuto medicalizzato al suicidio, si colloca il diritto alla libera autodeterminazione terapeutica⁵⁶. È pertanto il diritto a giustificare la condotta e non la procedura grazie alla quale quest'ultimo si estrinseca.

Se la procedura avesse efficacia costitutiva, anzitutto, si rischierebbe "di lasciare indebitamente nell'ombra le reali situazioni giuridiche soggettive riconosciute o attribuite dallo stesso ordinamento"⁵⁷. Secondariamente, posto che anche gli stessi sostenitori della portata costitutiva della procedura rilevano che questa non esautora il diritto sostanziale dalla giustificazione, il quale "continua a contenere una chiara definizione dei presupposti di liceità"⁵⁸, non appare del tutto chiaro come questa possa avere una funzione diversa da quella "servente"⁵⁹ rispetto al bene ritenuto prevalente nel conflitto.

Se l'ordinamento riconosce un diritto, ad interrompere la gravidanza o a disporre della propria vita, sta introducendo una scriminante e "ove pure le si aggiungessero modalità procedurali, si tratterebbe di una causa di giustificazione sostanziale"⁶⁰. Questo perché il diritto è preconstituito rispetto alla procedura, che è volta unicamente a disciplinarne le modalità di esercizio. Se non c'è il diritto, non c'è scriminante, procedurale o sostanziale che sia.

Il riconoscimento del diritto non è quindi *ex post*⁶¹: il diritto è anteriore rispetto alla richiesta stessa di aiuto medicalizzato a morire; tale richiesta costituisce l'*input* che dà inizio alla fase procedurale, volta a verifica se l'autodeterminazione del paziente possa essere considerata prevalente o meno sul bene vita.

⁵⁴ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, 80 s. In giurisprudenza questa soluzione è stata accolta da GUP Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049 e da Cass. Sez. I, sent. 16 ottobre 2007 n. 21748.

⁵⁵ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., 1481.

⁵⁶ F. PALAZZO, *Costituzione*, cit., 1054.

⁵⁷ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., 1481

⁵⁸ M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione*, cit., 1658; Id., *Libera nos*, cit., 13, afferma che "la stessa procedura che la Corte ritiene necessaria non è in sé un fondamento scriminante: il fatto è giustificato se esiste un diritto sostanziale, un diritto pubblico (dei privati) ma a condizione che venga rispettata una serie di requisiti procedurali di accertamento".

⁵⁹ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., 1481. In questo senso anche F. CONSULICH, *Stat sua*, cit.

⁶⁰ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., 1482.

⁶¹ In senso contrario v. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 232.

In quest'ottica, la procedura è diretta alla composizione del conflitto tra interessi, riconosciuti dalla norma incriminatrice e dalla scriminante.

Si potrebbe sostenere che la procedura non sia tanto funzionale al diritto in sé considerato, ma piuttosto sia prodromica al suo un pieno, libero ed effettivo esercizio, al riparo da strumentalizzazioni "che non si può fingere che non ci sia(no)"⁶² e in armonico bilanciamento con gli altri interessi tutelati dall'ordinamento.

Così ragionando, è di tutta evidenza che la consistenza dogmatica delle scriminanti procedurali è particolarmente precaria⁶³ e sarebbe, forse, più opportuno parlare di scriminate sostanziale connotata da elementi operativi procedurali, *rectius* da garanzie procedurali, stante la drammaticità del conflitto di beni sottesi, grazie ai quali individuare il bene in concreto prevalente.

3.3 L'inosservanza della procedura

In un'ottica *de iure condendo*, e sottolineando che si tratta di interrogativi che non sono stati sondati né dalla pronuncia costituzionale né dalla recente giurisprudenza di merito, ci si chiede se e quali possano essere le conseguenze penali del mancato rispetto degli *step* procedurali individuati dalla Consulta da parte del sanitario⁶⁴.

Ci si riferisce al mancato rispetto delle condizioni biologiche, ambientali e personalistiche⁶⁵, nonché delle modalità operative, mutate in buona parte dalla legge 219 del 2017, così come individuate dalla Corte⁶⁶.

⁶² Così R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita*, cit., 21.

⁶³ In argomento D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Pt. s². Vol. I. Tutela penale della persona*, Giappichelli, Torino 2014, 99.

⁶⁴ L'aiuto al suicidio da parte di un soggetto diverso dal sanitario non viene qui presa in considerazione perché le condotte analizzate dalla Corte costituzionale e dalla dottrina sono tutte procedure medicalizzate, che quindi si incardinano in processo di cura e presuppongono l'intervento di un medico. L'attività di un soggetto non sanitario, anche fosse un parente legato da un vincolo affettivo indissolubile con il malato, non possono essere scriminate. In argomento è stato osservato (M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato*, cit., 129) che in aggiunta alla scriminante, procedurale o no che sia, sarebbe possibile anche la configurabilità di un scusante rispetto a chi abbia per motivi altruistici aiutato a morire una persona legata da vincoli affettivi e in condizioni di intollerabile sofferenza psicofisica dipendente da una patologia incurabile. "Il richiamo ai motivi rende sostanzialmente scusante (diminuita la colpevolezza) questa ipotesi attenuata, ma non giustificata.

⁶⁵ La tripartizione è di S.B. TAVERRINI, *Norme esimenti e aiuto al suicidio: dalle rime liberate alla metrica della dogmatica*, in *La legislazione penale*, 18 maggio 2021, 24 s.

⁶⁶ Cfr. Corte Cost., sentenza 25 settembre 2019, n. 242, par. 2.3, 2.4 e 5 del considerato in diritto.

Preliminarmente, appare opportuno sottolineare che l'accertamento degli elementi costituenti della procedura avviene sulla base di un giudizio *ex ante*⁶⁷, ossia facendo riferimento al momento in cui la condotta è posta in essere, e a base totale, ossia considerando tutte le circostanze del caso concreto al fine di assicurare una più pregnante tutela. Non ci si può, infatti, accontentare di un giudizio limitato ai solo elementi noti all'agente (cd. giudizio a base parziale), ma devono rientrare anche tutti gli altri, valutando se avrebbe dovuto conoscerli o sono stati da lui ignorati per colpa.

Si badi però che il metro di valutazione non coincide con l'intero patrimonio di conoscenze disponibili al momento del fatto, dal momento che comporterebbe la sottrazione della situazione di pericolo ad un'autentica e realistica possibilità di valutazione da parte del soggetto concreto, ma con quello dello "specialista esperto in ordine alla specifica situazione di conflitto di beni in atto, salve sempre le eventuali conoscenze ancora superiori del soggetto attivo del fatto tipico"⁶⁸. Il giudizio è così ancorato "a parametri obiettivi sufficientemente severi, che non trasmodano tuttavia nell'irrealistica ed impraticabile pretesa di chiamare in causa colui che incarna l'intero patrimonio di conoscenze disponibili al momento del fatto"⁶⁹.

Posta questo inquadramento, si può passare ora all'analisi delle ipotesi di inosservanza della procedura.

3.3.1 L'inosservanza dolosa

Il primo caso è quello in cui il sanitario, mosso da un bieco impulso o da compassione, omette volontariamente taluni *step* della procedura.

Si tratta, in vero, di una fattispecie di difficile realizzazione: trattandosi di un suicidio assistito medicalmente, è il paziente a dover attivare il congegno o assumere il farmaco, potendosi quindi sottrarre al fatidico gesto in qualunque momento. Qualora la procedura si concluda con il decesso del paziente, che quindi ha voluto portarla a termine, è irrilevante quale sia la *forma mentis* del sanitario e quale fosse la sua posizione rispetto al paziente. Se l'obiettivo della procedura è la tutela della volontà del paziente e del suo

⁶⁷ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 281 ss.; M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016, 709 ss., il quale sottolinea che il giudizio *ex ante* è elemento che contraddistingue le scriminanti, mentre quello *ex post* è proprio delle scusanti.

G. DE VERO, *Le scriminanti putative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1998, 794, osserva che la valutazione *prognostica* realizza un soddisfacente equilibrio tra dimensione *reale* e *putativa* delle cause di liceità, in quanto "prospetta in via di principio una tendenziale convergenza tra (reale) sussistenza dell'estremo del pericolo e corrispondente rappresentazione da parte del soggetto agente".

⁶⁸ Cfr. G. DE VERO, *Le scriminanti*, cit., 794.

⁶⁹ *Ibidem*, 795.

diritto all'autodeterminazione terapeutica, alcuna questione si pone in un quadro siffatto. In quest'ottica quindi la violazione della procedura, ininfluenza sul processo motivazionale e decisionale del paziente, si risolverebbe in una condotta del tutto inoffensiva ed in quanto tale non sanzionabile penalmente.

Ben diverso è il caso in cui il sanitario abbia incitato o indotto taluno a compiere *manu propria* il fatale gesto. In tale circostanza il processo motivazionale del paziente è stato alterato e l'applicazione della sanzione prevista dall'art. 580 c.p. è inevitabile.

Questa soluzione, certamente sostenibile, presenta una criticità difficilmente superabile: a fronte di una condotta dolosa, il sanitario potrebbe andare esente da responsabilità, mentre, nel caso di condotta "solo" colposa, sarebbe punibile, come si dirà a breve, ex artt. 590 *sexies* e 589 c.p. Non solo, se si optasse per l'impunità in caso di inosservanza dolosa, la procedura sarebbe di per sé priva di alcuna importanza e i sanitari potrebbero essere liberi di seguirla o meno.

Appare evidente l'irragionevolezza e le conseguenze illogiche a cui condurrebbe una tale impostazione.

Pertanto, appare più coerente dal punto di vista sistematico, anche se più afflittiva, la soluzione che impone l'applicazione dell'art. 580 c.p. a tutte le ipotesi di dolosa omissione della procedura, procedendo poi ad una eventuale diminuzione della pena, in ragione della gravità dell'inosservanza, in sede di individuazione delle circostanze⁷⁰ e di quantificazione della sanzione.

⁷⁰ Sul punto appare significativa un'ulteriore riflessione. La Cassazione ha escluso l'applicabilità dell'attenuante ex art. 62 n. 1 alla fattispecie di cui all'art. 579 (sentt. Sez. I n. 2501 del 7 aprile 1989 e Sez. I n. 12928 del 12 novembre 2015). La soluzione adottata dalla Suprema Corte è stata criticata in dottrina (cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 712; S. SANTINI, *La Cassazione in tema di omicidio pietatis causa: inquadramento giuridico e attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 maggio 2016) e sembrerebbe porsi in contrasto con la stessa *voluntas legis* (cfr. Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale, vol. V, parte II, Roma, 1928-1929, 374). Parrebbe quindi più corretto ammettere la configurabilità dell'attenuante in parola alla fattispecie di omicidio del consenziente, estendendone poi la portata anche all'art. 580 c.p. La giurisprudenza di merito non si è mai espressa sulla possibilità che si configuri un'ipotesi di aiuto al suicidio circostanziato, ma, stante la ratio alla base dell'art. 62 n. 2 ed ammettendone l'applicabilità alla fattispecie di cui all'art. 579 c.p., la sua compatibilità con l'art. 580 c.p. sembrerebbe essere quantomeno astrattamente possibile.

3.3.2 L'inosservanza colposa e i parallelismi con la posizione del medico psichiatra

Veniamo ora alle ipotesi di inosservanza colposa.

La circostanza, che concerne la mancata osservanza o di taluni *step* procedurali o di elementi fattuali che dovevano essere tenuti in considerazione, potrebbe essere inquadrata nell'ultimo comma dell'art. 59: il sanitario, ritenendo erroneamente sussistenti tutti gli elementi della procedura, e quindi ritenendo che la sua condotta sia scriminata, predispone tutti gli strumenti ed i macchinari per consentire al malato di compiere l'ultimo gesto fatale ovvero gli prescrive il farmaco letale.

In virtù della rilevanza putativa della scriminante, la condotta ora descritta andrebbe essente da responsabilità anche nel caso di errore determinato da colpa, essendo l'agevolazione al suicidio punita unicamente a titolo di dolo. La rilevanza del putativo evita fenomeni di medicina difensiva, che potrebbero paralizzare l'attività dei medici anestesisti, oltremodo preoccupati delle possibili conseguenze delle loro condotte "solo" colpose, in linea con i più recenti interventi legislativi in materia di colpa medica.

Ad ogni modo, per impedire la creazione di sacche di impunità e la deresponsabilizzazione dei sanitari, ci si chiede se può residuare una responsabilità per colpa. Si potrebbe ritenere configurabile l'omicidio colposo ex artt. 590 *sexies* e 589 c.p., per aver il sanitario cagionato la morte del paziente, violando le regole cautelari che regolamentano la procedura di suicidio medicalmente assistito. Accertata l'esistenza di una posizione di garanzia del medico, egli sarebbe sicuramente responsabile per non aver osservato le regole cautelari prescritte, che gli imponevano di vigilare sull'incolumità del paziente, il quale, utilizzando i mezzi da lui predisposti, si è cagionato la morte *manu propria*.

La tesi sembrerebbe trovare una conferma nella ormai costante giurisprudenza della Suprema Corte circa la responsabilità colposa del medico psichiatra per gli atti autolesionistici del proprio paziente⁷¹. Egli è

⁷¹ *Ex multis* Cass. Sez. IV, sent. 29 dicembre 2008 n. 48292; Cass. Sez. IV, sent. 22 novembre 2011 n. 4391; Cass. Sez. IV, sent. 11 aprile 2016 n. 14766; Cass. Sez. IV, sent. 20 aprile 2017 n. 28187; Cass. Sez. IV, sent. 17 febbraio 2020 n. 5976. In dottrina cfr. A. MANACORDA (a cura di) *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Centro Studi Giuridici e Politici, Perugia 1989; S. ROSSI, *La responsabilità dello psichiatra*, in N. TODESCHINI (a cura di), *La responsabilità medica*, Utet, Torino 2016; P. PIRAS e C. SALE, *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1471 ss.; A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1357 ss.; in particolare per una panoramica sull'argomento C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 marzo 2016.

gravato da un duplice obbligo, di controllo, equiparando il paziente ad una fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante ha il dovere di neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi, e di protezione del paziente medesimo, in quanto soggetto debole, da comportamenti pregiudizievoli per se stesso⁷². Pertanto, nel caso di suicidio di paziente psichicamente instabile, la responsabilità dello psichiatra potrà essere esclusa solo qualora sia fornita la prova che egli ha individuato la terapia più corrispondente alle condizioni del malato e alle *leges artis* e che non avrebbe dovuto comportarsi diversamente.

3.3.3 Medicina difensiva e chilling effect

Se, da un alto, l'incriminazione delle condotte colpose è funzionale a garantire protezione ai pazienti, responsabilizzando i sanitari, dall'altro, ci si espone al rischio di comportamenti difensivi dei medici, che potrebbero preferire rifugiarsi dietro all'obiezione di coscienza⁷³ piuttosto che agire, rischiando di essere sanzionati penalmente⁷⁴.

La medicina difensiva rientra nell'ambito del cd. *chilling effect*, ossia quel fenomeno con cui si suole indicare la riluttanza a tenere una determinata

⁷² Questa posizione è osteggiata da quella parte della dottrina che ritiene che il medico psichiatra non sia gravato alcuna posizione di garanzia, dal momento che il paziente non può essere equiparato ad un soggetto pericoloso da neutralizzare (G. FIANDACA, *Problemi e limiti delle responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro.it*, 2/1988, 108 ss.) o che tale posizione sussista solo qualora il paziente sia affetto da specifiche patologie (A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, in *Diritto penale e processo*, 2004, 1401).

⁷³ Sul punto è opportuno evidenziare che, sebbene con la legge 219 del 2017 il legislatore sembra aver perso l'occasione per garantire fondamento normativo all'obiezione di coscienza (in argomento v. L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: un'analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1/2018, 186), questo gode di ampio riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale. La Consulta, da ultimo, proprio con la sentenza 25 settembre 2019 n. 242, ha statuito che "resta affidato (...) alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato" (v. par. 5 del considerato in diritto).

In senso critico si v. M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, 300 s.; L. RISICATO, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *La legislazione penale*, 16 marzo 2020, 7 ss. le quali rilevano che la "coscienza" del medico sarebbe più forte della libertà di autodeterminazione dei pazienti, tanto da paralizzare eventuali richieste di aiuto medicalizzato al suicidio, compromettendo così il diritto accertato.

⁷⁴ In argomento L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5/2011, 1085 ss.; R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5/2012, 1107 ss.

condotta, pur riconducibile ad un diritto fondamentale, per paura di incorrere in sanzioni⁷⁵.

Il rischio, come accennato, è quindi che l'esigenza di tutela delle *vulnerable people* paralizzi l'attività di assistenza medicalizzata al suicidio, di fatto annullandola completamente: il "semplice timore" della sanzione penale avrebbe una portata tanto dirompente da annichilire sia il diritto di autodeterminazione terapeutica, sia la legittimazione costituzionale dell'attività medica stessa.

In quest'ottica, per impedire la cd. *overdeterrence*, occorre chiedersi se tutte le violazioni colpose sono idonee ad integrare la fattispecie ex artt. 590 *sexies* e 589 c.p.

È possibile distinguere tra errori significativi, ossia quelli che cadono su elementi essenziali della procedura e della diagnosi, quale la capacità ad esprimere il consenso del paziente, e non significativi, che invece attengono ad aspetti secondari che non incidono sul processo deliberativo del paziente, quale, ad esempio, l'aver prescritto il farmaco decorsi decorso un termine di poco inferiore a quello eventualmente previsto dalla legge.

Mentre le condotte che rientrerebbero nella prima ipotesi sarebbero meritevoli di sanzione penale, nella seconda, confluirebbero violazioni procedurali che potrebbero integrare, utilizzando un linguaggio caro alla Suprema Corte, ipotesi di colpa lieve⁷⁶ ovvero essere considerate, forse più correttamente, del tutto inoffensive. Grazie a questa distinzione è possibile garantire una maggiore differenziazione delle condotte, selezionando quelle effettivamente meritevoli di sanzione.

3.4 Procedura medicalizzata e referendum abrogativo: cenni

Sempre in un'ottica *de iure condendo*, e ipotizzando possibili scenari futuri, le problematiche circa il rispetto della procedura potrebbero continuare a porsi

⁷⁵ Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike Giuridica, Roma 2012, 169; *Id.*, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 2018, 2238; per un'approfondita analisi si v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, Torino 2020, 251 ss.

⁷⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., sent. 22/02/2018 n. 8770. Per un'analisi della problematiche sottese al rapporto colpa lieve-colpa grave in materia di responsabilità medica R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2018, 233 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2018, 246 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2018, 345 ss.

anche nel caso di successo della campagna referendaria⁷⁷, che mira alla parziale abrogazione dell'art. 579 c.p., attraverso l'eliminazione per intero del 2° comma e di una parte del 1° e del 3° comma. È ipotizzabile che, a fronte di una liberalizzazione di forme di eutanasia cd. "attiva"⁷⁸, sia comunque necessario scandire il procedimento in *steps* volti a garantire un effettivo esercizio del diritto di autodeterminazione del paziente. Ecco che quindi si potrebbe realizzare un recupero della procedura medicalizzata e dei suoi presupposti così come ricostruiti dalla Corte costituzionale nel caso Fabo-Cappato. Le relative problematiche sin qui analizzate, potrebbero così nuovamente riproporsi.

4. La non punibilità tout court dell'aiuto al suicidio

Un'ultima soluzione percorribile è quella di considerare la non punibilità del suicidio medicalmente assistito come una causa di non punibilità in senso stretto⁷⁹. Il fatto, tipico, antigiuridico e colpevole, non è punibile per ragioni di opportunità e convenienza⁸⁰.

Le cause di non punibilità devono avere un puntuale fondamento nella Costituzione o in altra legge costituzionale⁸¹ e l'esenzione dalla pena deve essere "il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco"⁸².

Le ragioni alla base di una causa di non punibilità potrebbero rinvenirsi nel collegamento tra diritto all'autodeterminazione del paziente, così come ricostruito dalla Corte costituzionale, e conseguente dovere del medico, salva l'obiezione di coscienza, di dar seguito alle richieste formulate dal malato.

Dal momento che, come visto, la richiesta di aiuto medicalizzato a morire è uno dei possibili esiti del trattamento terapeutico, che si incardina nel

⁷⁷ Sull'ammissibilità del referendum cfr. M. DONINI, *Enea o Zarathustra? Le ragioni dell'ammissibilità*, in *Il Riformista*, 13 novembre 2021; R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita*, cit., 19 s.

⁷⁸ L'espressione è di F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, 69.

⁷⁹ M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazione di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 41, evidenzia che l'espressione "causa di non punibilità" è una categoria eterogenea che raggruppa un universo assai complesso di fenomeni normativi accomunati dall'effetto finale, pur trovando la loro *ratio* in giudizi di valore estremamente differenziati.

⁸⁰ Cfr. S. CANESTRARI, *Manuale*, cit., 733 ss; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 736; C. F. GROSSO, *Manuale*, cit., 305 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 229; F. CONSULICH, *Lo statuto*, cit., 208; L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 625 ss.; C. ROXIN, *Cause di giustificazione e scusanti*, in AA.VV., *Antigiuridicità e cause di giustificazioni, problemi di teoria dell'illecito penale*, ESI, Napoli 1996, 113 ss.

⁸¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 232.

⁸² In termini Corte Cost., sent. 3 giugno 1983, n. 148.

rapporto dialogico tra medico e paziente, la condotta del sanitario, che asseconda la scelta del paziente, deve andare esente da responsabilità penale.

Questa soluzione avrebbe una significativa conseguenza. Le cause di non punibilità, così come le scriminanti, operano obiettivamente, ossia anche se non conosciute dall'agente⁸³. La differenza tra le due risiede nella rilevanza del putativo: mentre le scriminanti sono valutate a favore dell'agente anche qualora siano considerate esistenti per errore, le cause di esclusione della punibilità rilevano solo oggettivamente. Se sono davvero ragioni di opportunità e convenienza ad aver spinto il legislatore ad introdurre tali cause di esclusione della punibilità, solo in presenza di quelle condizioni potrà effettivamente escludersi la sanzionabilità del soggetto agente.

Pertanto, se si ritiene erroneamente che la circostanza sussista, *a contrario* significa che non si sono materializzate quelle ragioni di opportunità alla base della causa di esclusione della punibilità.

Questo ha importanti ricadute sulle questioni della colposa inosservanza della procedura. Qualora il medico ritenga erroneamente di aver osservato tutte le fasi della procedura, anche se l'errore è determinato da colpa, non si applica la causa di esclusione e il sanitario dovrà rispondere ex art. 580 c.p. di agevolazione all'altrui suicidio. Questa soluzione rafforza la tutela dei malati, facendo ricadere sul sanitario i rischi connessi al mancato rispetto della procedura. Se, come ha sostenuto la Consulta, l'art. 580 è norma centrale per proteggere della vita delle persone deboli, questa tutela è rafforzata dall'irrelevanza del putativo, ponendo il malato al riparo da valutazioni sbrigative che non indaghino approfonditamente la sua ferrea volontà di accedere all'aiuto medicalizzato al suicidio.

Peraltro, nonostante questa ricostruzione sia certamente sostenibile, non si può non evidenziarne i limiti.

Anzitutto una criticità di carattere sostanziale. Dal momento che alla base di questa impostazione vi è la necessità di impedire la deresponsabilizzazione dei sanitari, bisogna evidenziare che una disciplina eccessivamente rigida e rigorosa rischia, come precedentemente evidenziato, di dare la stura ai fenomeni più gravi del *chilling effect*.

Secondariamente, tale impostazione rischia di porsi in contrasto con il principio di tipicità. L'esclusione della punibilità discende da norme strettamente penalistiche, ed in quanto tali assoggettate ai medesimi principi delle norme incriminatrici⁸⁴. Tra questi risalta il principio di legalità, che impone la presenza di una *lex praevia, scripta et stricta*⁸⁵ che introduca la causa di non punibilità. È di tutta evidenza che una norma siffatta è assente

⁸³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. cit.*, 736; M. DONINI, *Teoria, cit.*, 208.

⁸⁴ M. DONINI, *Teoria, cit.*, 218.

⁸⁵ S. CANESTRARI, *Manuale, cit.*, 104 ss.

nell'ordinamento, e d'altro canto la Corte costituzionale ha fatto discendere l'esimente in analisi dalla legge 219 del 2017, letta alla luce del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e del diritto all'autodeterminazione terapeutica. Non solo, un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole ma non punibile non è lecito per l'intero ordinamento. Pertanto, la condotta, pur non essendo sanzionabile penalmente, determina il sorgere della responsabilità civile del soggetto agente⁸⁶.

Questa obiezione potrebbe essere superata ricercando una norma ulteriore all'interno dell'ordinamento che giustifichi la condotta anche dal punto di vista civile ed amministrativo.

L'art. 1 co. 6 della legge 219/2017 stabilisce che il medico che rispetta la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo, è esente da responsabilità civile o penale.

Taluni potrebbero sostenere che l'intervento legislativo del 2017 non riguardi l'art. 580, ma unicamente l'art. 579, in ragione del fatto che il citato art. 1 co. 6 si riferisce unicamente alle condotte di rifiuto o sospensione delle cure: un conto è lasciare che la malattia faccia il proprio corso e non intervenire, altra cosa è predisporre quanto necessario affinché il malato possa compiere l'ultimo e faticoso gesto⁸⁷.

Potrebbe soccorrere l'evidenza che la norma assume un'evidente funzione giustificativa di prassi pietose di accompagnamento alla morte che, con il consenso del paziente, hanno anche una funzione in concreto anticipatoria dell'*exitus*. Pertanto, quanto alla responsabilità civile, l'art. 1 comma 6 sarebbe applicabile in via analogica a quelle condotte ex art. 580 che sarebbe così non punibili in sede penale in virtù della causa di non punibilità e irrilevanti civilmente in virtù del citato art. 1 comma 6.

A completamento del sistema, l'art. 17 del codice deontologico approvato dalla FNOMCeO, escluderebbe la responsabilità disciplinare del medico che cooperi al suicidio assistito alle condizioni individuate dalla Consulta.

5. Considerazioni conclusive

È di tutta evidenza che la dottrina maggioritaria si sia orientata nel senso di considerare scriminate le condotte di agevolazione al suicidio da parte del sanitario.

Si tratta della soluzione preferibile perché mette in risalto gli approdi della Consulta, *i.e.* la conformità costituzionale dell'art. 580 c.p. e l'incardinamento dell'aiuto medicalizzato al suicidio quale sfaccettatura del diritto

⁸⁶ Cfr. G. MARINUCCI, *Manuale, cit.*, 476; D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, 231 s.; F. PALAZZO, *Corso, cit.*, 202.

⁸⁷ "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" F. CONSULICH, *Intervento penale, cit.*, 497.

all'autodeterminazione terapeutica, e ha il pregio sia di mirare a un equo bilanciamento tra esigenze di protezione dei soggetti fragili e libertà di autodeterminazione dei pazienti sia di rendere lecita la condotta del sanitario per tutto l'ordinamento, risolvendo, senza neanche porsi, i problemi legati all'efficacia extrapenale della condotta⁸⁸.

Si dovranno attendere altre pronunce di merito per stabilire se questa soluzione diventerà maggioritaria anche in giurisprudenza senza dimenticare che il dibattito in materia di fine vita potrebbe ricevere nuova linfa e impulso alla luce del quesito referendario, cui sopra si è accennato, che sarà a breve al vaglio della Corte costituzionale.

⁸⁸ Dal momento che il fatto scriminato è lecito, tale liceità attiene sia il profilo penale quanto quello extrapenale, stante proprio l'unitarietà dell'intero ordinamento giuridico, salvo eccezionalmente il sorgere di un'obbligazione di tipo indennitario, quando espressamente prevista, come nel caso dello stato di necessità (v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. cit.*, 235; G. MARINUCCI, *Manuale, cit.*, 295; G. FIANDACA, *Diritto Penale, cit.*, 271 ss.; F. PALAZZO, *Costituzione, cit.*, 1033 ss.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cit.*, 56; D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, 229; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1229; sul concetto di unitarietà dell'ordinamento cfr. G. DELITALA, *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 1099). "La capacità di produrre simile effetto sarebbe proprio la diretta conseguenza dell'essere la scriminante una norma non penale, bensì generale, espressiva di principi 'di sistema' e dotata, inoltre, di piena autonomia ed indipendenza da quella incriminatrice" (così F. CONSULICH, *Lo statuto, cit.*, 117; analogamente v. M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità, cit.*, che parla di "norme dell'intero ordinamento" e G. MARINUCCI, *Manuale, cit.*, 296, che definisce le scriminanti come "l'insieme delle facoltà o dei doveri derivanti da norme, situate in ogni luogo dell'ordinamento, che autorizzano o impongono la realizzazione di questo o quel fatto penalmente rilevate").

Questa impostazione non è condivisa in maniera unitaria dalla dottrina. Taluni, infatti, osservano che l'effetto di liceizzazione extrapenale della condotta scriminata consegue alla presenza di norme extrapenali di contenuto simile alla giustificazione penalistica (cfr. F. BRICOLA, *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 20 ss; F. SCHIAFFO, *Riflessioni critiche intorno a un "dogma": l'antigiuridicità generica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999; R. BARTOLI, *Incrimazione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 604; S. CANESTRARI, *Manuale, cit.*, 568; A. SPENA, *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, in D. BRUNELLI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. 1, Torino, 2001, 334 ss; C. ROXIN, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in AA.VV., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, ESI, Napoli 1996, p. 40 ss.; M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione, cit.*, 1655, il quale, pur non negando la portata liceizzante delle scriminanti per l'ordinamento, evidenzia che tale assunto è "arbitrario" per talune tipologie di scriminanti).