

SUICIDIO MEDICALMENTE ASSISTITO E OMICIDIO DEL CONSENZIENTE PIETATIS CAUSA: PROBLEMATICHE IPOTESI DI TIPICITÀ PENALE

di Antonio Nappi

(Ricercatore di diritto penale, Università degli Studi di Napoli Federico II)

SOMMARIO: 1. Le articolazioni del fine vita in rapporto al diritto penale. - 2. Biodiritto e paternalismo: i termini di una relazione problematica. - 3. Dovere di vivere e codice penale vigente. - 4. Costituzione e non coercibilità dei trattamenti sanitari. - 5. La criticità del ricorso a manipolabili oggettività giuridiche. - 6. Tipologia della malattia, capacità e coscienza del paziente, esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica. - 7. L'ordinanza n. 207 del 2018: luci ed ombre dell'intervento della Consulta. - 8. Vita e autodeterminazione: la signoria decisionale della persona e l'esigenza di evitare strumentalizzazioni degli ammalati o discriminazioni tra essi. - 9. Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente *pietatis causa*: dalla 'scriminante procedurale' alla 'causa di esclusione della tipicità'?

1. Il diritto, originario ed inviolabile, alla vita, ricomprende la fase che conduce alla morte¹: questa riflessione conosce esiti di rinnovata attualità in virtù delle incessanti acquisizioni della ricerca in campo medico e biotecnologico². Esse, infatti, hanno comportato il moltiplicarsi delle possibilità di mantenere in vita persone affette da

¹ Per approfondimenti, *ex plurimis*, S. Canestrari, F. Faenza, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in *Laicità, valori e Diritto Penale. The moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010, 167 ss.; M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001, 57 ss.; F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari, G. Fornasari, Bologna 2001, 99 ss.; Id., *Laicità dello Stato, fede e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano 1985, 309 ss.

² L'attuale Presidente del Comitato Nazionale di Bioetica, L. D'Avack, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino 2018, 12 ss., approfondisce il tema delineando, tra l'altro, i limiti di opportunità e legittimità di un intervento del diritto in relazione alle questioni etiche poste dal crescente sviluppo della scienza e della biotecnologia.

patologie irreversibili³, pur se impossibilitate a esercitare autonomamente le proprie funzioni vitali⁴.

In queste ipotesi la *bioetica*⁵, nell'interrogarsi sui limiti di liceità morale degli interventi medici e biologici sulla vita umana, pone, dal punto di vista giuridico, interrogativi ai quali è chiamato a dare risposta il *biodiritto* e, con riferimento alla tutela giuridica della vita e della salute, il *biodiritto penale*⁶: sia sufficiente considerare che, ove l'interessato chieda che trattamenti salvavita non vengano intrapresi o, se iniziati, vengano interrotti, il medico è giuridicamente obbligato a rispettare la richiesta, ma in tal modo consuma un'*eutanasia consensuale*, severamente punita dal vigente codice penale⁷.

La comprensibile inquietudine generata da vocaboli che richiamano il concetto di morte, ha indotto parte della dottrina a suggerire il superamento del riferimento all'*eutanasia* per operare una diversa scelta terminologica, ad esempio, attraverso il riferimento ai "trattamenti leciti di fine vita"⁸. Questa o altre opzioni lessicali, tuttavia, non sembrano cogliere nel segno: esse, infatti, indicano *il mezzo* attraverso il quale si

³ Sull'inevitabile incertezza che, anche alla luce di possibili nuove scoperte scientifiche, connota la diagnosi di incurabilità, F. Mantovani, *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Arch. giur.*, 1970, 1-2, 37 ss.

⁴ Il riferimento è alle malattie terminali che affliggono di persone affette da «(a) una patologia irreversibile, (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche [...] assolutamente intollerabili» e tenute in vita «(c) a mezzo di trattamenti di sostegno vitale», ma vigili, ossia «(d) capaci di prendere decisioni libere e consapevoli»: Corte Cost., ord. 24.10.2018 – 16 11.2018, n. 207, *Considerato in diritto*, § 8, in www.giucost.it/decisioni. Per approfondimenti, in dottrina, G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, in *RespCivPrev*, 2009, 3, 487 ss.

⁵ Al biodiritto sono ascrivibili esclusivamente gli aspetti giuridici del dibattito volto a trovare le soluzioni alle questioni bioetiche: così S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 7.

⁶ Sul rapporto tra bioetica e biodiritto, nonché sulle ulteriori implicazioni terminologiche, cfr. C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino 2012, 4 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *RIDPP*, 2007, 546 ss.; S. Moccia, *Bioetica o 'Biodiritto'? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, *ivi*, 1990, 863 ss.; F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *DirSoc*, 1982, 303 ss.; V. Patalano, *Manipolazioni genetiche, aborto ed eutanasia*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, II, a cura di S. Moccia, Napoli 2002, 83 ss.; D. Pulitanò, *Biodiritto e diritto penale*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Patti, in *Trattato di biodiritto*, a cura di P. Zatti, S. Rodotà, Milano 2011, 637 ss.; S. Rodotà, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. Rodotà, Bari-Roma 1993, 421 ss.; A. Santosuosso, *Bioetica e diritto*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani, Pisa 2009, 23 ss.

⁷ Vedi *amplius*, *infra* § 3.

⁸ Per approfondimenti, *ex multis*, S. Canestrari, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VII, *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2011, 681 ss.; M. Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 marzo 2017, 1 ss.; F. Mantovani, *Eutanasia*, in *DigDPen*, IV, Torino 1990, 423 ss.

consegue il *fine*, che resta pur sempre la morte del paziente irreversibile che non voglia vivere oltre nello stato di prostrazione fisica e psicologica in cui versa. Il termine eutanasia, tradizionalmente impiegato, sembra invero rappresentare in modo appropriato la 'buona morte' del consenziente affetto da inguaribile malattia.

L'eutanasia consensuale suole esser definita passiva o attiva, a seconda della tipologia della condotta del terzo che ad essa dà luogo: la distinzione appare, invero, sempre più sfumata, a causa della crescente complessità delle tecniche di assistenza dei malati irreversibili⁹ che ha reso i confini indagati ancor più flebili di quelli che, nei reati d'evento, distinguono l'agire dall'omettere penalmente rilevante¹⁰.

In linea di principio, va tuttavia rilevato che il *facere* conduce alla forma attiva del fenomeno¹¹: la l. n. 219/2017, prevedendo che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata» (art. 1, 1° co.), ha quindi reso ammissibile una prima, limitata forma di eutanasia consensuale attiva¹², rendendo giuridicamente doverosa¹³ la condotta del medico che

⁹ Si rinvia, con riferimento a questi problematici aspetti, *ex plurimis*, a F. Giunta, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *PD*, 2003, 554 ss.; G. Pavan, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *IP*, 2009, 12, 227 ss.; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, spec. 50 ss.

¹⁰ Sulla distinzione tra l'agire e l'omettere penalmente cfr., *ex plurimis*, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, Padova 1988, *passim*; C. Cupelli, *La disattivazione di un sostegno vitale tra agire e omettere*, in *RIDPP*, 2009, 1145 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte Speciale*, II, 7^a, Bologna 2013, 2 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983, 192 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, 70 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2017, 10^a, 125 ss. In riferimento alla connotazione solo apparentemente passiva di alcune condotte eutanasiche, con riferimenti anche di ordine comparatistico, cfr. M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., spec. 14 s.

¹¹ Cfr. F. Mantovani, *Eutanasia*, cit., loc. ult. cit.

¹² Nel senso di una espressa introduzione, sia pur 'a fari spenti', ex art. 1, 1° co., l. n. 219/2017, di una prima forma di eutanasia attiva nel nostro ordinamento, volendo, A. Nappi, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, Napoli 2018, 188 ss.

¹³ Ai sensi dell'art. 1, 6° co., l. n. 219/2017, infatti, il medico è tenuto a rispettare l'autodeterminazione del paziente ed è per questo esente da responsabilità civile e penale. Se invece il personale sanitario intervenisse nonostante il dissenso del paziente, attuerebbe un trattamento medico arbitrario: sul tema, P. Pisa, A. Peccioli, *Giurisprudenza commentata di diritto penale, Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, 6^a, Padova 2018, I, 207, che analizzano i due più significativi profili problematici di responsabilità penale del sanitario, che gli Autori individuano nell'accertamento del nesso di causalità tra la condotta omissiva e l'evento morte nonché nell'intervento chirurgico eseguito con esito infausto o in assenza di consenso. In relazione a quest'ultimo aspetto cfr. A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova 2017, 4^a, 266 ss., nonché Id., *Riflessioni introduttive sui reati di omicidio e sulle forme di colpevolezza, tra ius conditum e ius condendum*, in *I reati di omicidio tra teoria e prassi*, in *I libri di Archivio penale, nuova serie II*, a cura di A. Manna, V. Plantamura, Pisa 2017, 12, ove, nell'analizzare la recente evoluzione normativa, si evidenzia che «obiettivo primario della Balduzzi era quello di limitare la rilevanza penale alla sola colpa grave», secondo una impostazione che peraltro risentiva «della distinzione tra *crimes* and *tortes* anglosassone, ove infatti la colpa lieve possiede un rilievo

riduca il tempo di vita del paziente, anche attraverso un *facere*¹⁴. Si pensi, in tal senso, all'interruzione di un trattamento sanitario operata attraverso lo spegnimento del respiratore artificiale o la disconnessione del macchinario per il battito cardiaco: la riduzione del tempo di vita, salvo voler trasfigurare simili condotte 'naturalisticamente attive' in 'omissioni normative', è attuata attraverso una forma di eutanasia consensuale attiva, definita *indiretta* in quanto si limita a ridurre il tempo di vita¹⁵. Se, quindi, per un verso è stata confermata l'idea che sarebbe ad oggi «impossibile o troppo controversa, in Italia» l'espressa introduzione di «forme di eutanasia diretta e attiva»¹⁶, per l'altro il legislatore ha aperto ad una prima forma di eutanasia attiva, sia pur limitata nella modalità attuativa¹⁷.

esclusivamente civilistico». Il legislatore della Balduzzi non aveva tuttavia provato a delineare con maggior precisione il concetto di colpa grave, nonostante che esso fondasse il *discrimen* tra responsabilità civile o penale del medico: sulla possibile definizione di questo generico concetto cfr. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, *passim*. La legge Gelli-Bianco fonda invece la rilevanza penale della condotta del medico sul concetto di imperizia legata però all'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche cliniche, che «avrebbe escluso ogni rilevanza penale, se le stesse si fossero dimostrate adeguate al caso concreto. Ciò, chiaramente, comporta un passaggio netto dalla colpa generica alla colpa specifica, che sembra ora costituire la colonna portante su cui ruota le responsabilità penale del medico»: così A. Manna, *Riflessioni introduttive sui reati di omicidio e sulle forme di colpevolezza*, cit., loc. cit. Per approfondimenti, Giov. De Francesco, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in www.la legislazione penale.eu, 2 maggio 2017, 1 ss.; F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *RIDPP*, 1997, 74 ss. Sulla recente pronuncia a Sezioni Unite in materia, cfr. R. Bartoli, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *DPenCont*, 2018, 5, 233 ss.; L. Risicato, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell'imperizia lieve del medico*, in *GI*, 2018, 4, 948 ss.

¹⁴ D'altronde, se il medico non potesse interrompere trattamenti sanitari attraverso una condotta attiva, ne risulterebbero irragionevolmente penalizzati proprio i pazienti che, mentalmente lucidi, versino in condizioni tanto gravi da esser privati di ogni autonomia di movimento: in tal senso, *ex plurimis*, S. Canestrari, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in www.la legislazione penale.eu, 20 dicembre 2018, 10; F. Giunta, *op. ult. cit.*, 124.

¹⁵ Ben diversa sarebbe un'apertura dell'ordinamento all'eutanasia consensuale attiva diretta, che induca direttamente la morte, come accadrebbe attraverso la somministrazione di un farmaco letale, tra l'altro di recente invocata, in estreme ipotesi di malattie irreversibili e per evitare discriminazioni tra pazienti, dalla Corte costituzionale: vedi *infra*, §§ 7 s.

¹⁶ M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 4.

¹⁷ Questa previsione, evidenzia M. Donini, *op. ult. cit.*, 11, allorché definitivamente assimilata nella cultura giuridica del nostro Paese, consentirà di superare «l'effetto tremendo e perverso» di pazienti che, timorosi di esser irrevocabilmente vincolati alla prosecuzione di un trattamento sanitario salvavita, non prestavano consenso ad esso nonché gli «effetti irragionevoli» di pazienti irrevocabilmente vincolati alla prosecuzione di un trattamento sanitario iniziato allorché egli non era cosciente, da un medico che aveva agito in stato di necessità. Per approfondimenti, C. Cupelli, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 marzo 2017.

Il nostro ordinamento non riconosce, invece, alcuna legittimazione al suicidio medicalmente assistito, ossia alla morte che il paziente irreversibile cagiona *motu proprio*, assumendo un farmaco letale 'preparato' da chi ne abbia qualificazione e competenza¹⁸.

L'intransigente disciplina del codice penale è tuttavia oggetto di un vivace dibattito e sembra imminente una riforma legislativa, nonostante le forti contrapposizioni generate dall'alta sensibilità etica del tema, confermate dal voto del Comitato Nazionale di Bioetica che, il 18 luglio 2019, ha approvato il parere sul "Suicidio medicalmente assistito" con 13 voti favorevoli ed 11 contrari¹⁹.

Nel documento ufficiale, che sintetizza le posizioni dei diversi membri del Comitato, si legge che «alcuni sono contrari alla legittimazione, sia etica che giuridica, del suicidio medicalmente assistito, e convergono nel ritenere che la difesa della vita umana debba essere affermata come un principio essenziale in bioetica [...] e che l'«agevolare la morte» segni una trasformazione inaccettabile del paradigma del «curare e prendersi cura». Altri [...] sono favorevoli sul piano morale e giuridico alla legalizzazione del suicidio medicalmente assistito sul presupposto che il valore della tutela della vita vada bilanciato con altri beni costituzionalmente rilevanti, quali l'autodeterminazione del paziente e la dignità della persona. Altri ancora [...] evidenziano i concreti rischi di un pendio scivoloso a cui condurrebbe, nell'attuale realtà sanitaria italiana, una scelta di depenalizzazione o di legalizzazione del c.d. suicidio medicalmente assistito modellata sulla falsariga di quelle effettuate da alcuni Paesi europei»²⁰.

Integrando queste premesse, anche terminologiche, evidenziamo che tra le ulteriori questioni ascrivibili al biodiritto figurano quelle sottese alla *procura sanitaria* – che designa una o più persone, in ordine di preferenza, aventi il ruolo di garantire il

¹⁸ Nell'ambito della sterminata bibliografia sul tema, cfr. R. Barcaro, *L'eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Milano 1998, 186 ss.; A. Caruso, *L'eutanasia nell'ordinamento giuridico italiano: problemi medico legali de iure condito e de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1982, 2, 697 ss.; A. Eser, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in Aa. Vv., *Vivere: un diritto o un dovere? Problematiche dell'eutanasia*. Atti del convegno tenutosi a Rieti 23-26 ottobre 1986, Roma 1987, 71 ss.; G. Iadecola, *Eutanasia e sue problematiche giuridiche*, in *GP*, 1985, 6 ss.; F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'abbandono e il rifiuto delle cure mediche*, in *RIML*, 1984, 1009 ss. Solleva fondati dubbi in merito alla persistente ascrivibilità delle condotte *de quibus* alla pratica del "suicidio", nel contesto di un ragionamento acuto e ricco di spunti di riflessione, V. Manes, *E' ancora suicidio?*, Note di udienza (C. cost., ud. 23.10.2018), 1 ss.

¹⁹ Comitato Nazionale di Bioetica, presieduto dal Prof. Lorenzo D'Avack, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito, Parere del 18 luglio del 2019*, in www.bioetica.governo.it/documenti/pareri-e-risposte/riflessioni-bioetiche-sul-suicidio-medicalmente-assistito.

²⁰ *Ibidem*.

rispetto dell'autodeterminazione terapeutica o clinica manifestata dal disponente attraverso quel documento – e al *testamento biologico*, attraverso il quale un soggetto indica le terapie che intenderà o meno seguire se verrà a trovarsi in una condizione di incapacità che non gli consenta di «esercitare il proprio diritto ad acconsentire o meno alle cure proposte per malattie o lesioni traumatiche cerebrali irreversibili o invalidanti, che costringano a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione»²¹.

Il nostro ordinamento, tuttavia, contempla ormai una figura più onnicomprensiva: l'art. 4 della l. 219/2017, come è noto, ha infatti introdotto le *disposizioni anticipate di trattamento* (d.a.t.)²², attraverso le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere – in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte²³ – può esprimere le proprie opzioni in materia di trattamenti sanitari.

²¹ Così, Servizio studi della Camera dei deputati, *documento n. 392 del 3 febbraio 2016*, in www.camera.it/leg17, 3. Per approfondimenti si rinvia ai contributi di cui al volume Aa.Vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano 2006. Cfr. inoltre, *ex plurimis*, E. Calò, *La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali*, Milano 2004, 3 ss.; P. Rescigno, *Il testamento biologico*, in *La questione dei trapianti tra etica, diritto e biologia*, a cura di S. Fagioli, Milano 1997, 67 ss.; A. Ridolfi, *Rifiuto delle terapie mediche e testamento biologico in Italia: aspetti problematici e spunti critici*, in *PD*, 2011, 4, 599 ss.; C. Rivellini, *Il testamento biologico*, Napoli 2013, 5 ss.

²² Sulla rilevanza delle d.a.t., quale strumento volto a rendere effettivo l'esercizio del diritto di autodeterminazione in tema di diritto alla salute cfr. A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Crim*, 2011, 236; F. Viganò, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *DPP*, 2008, 1035 ss. Si rinvia inoltre a S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 92: le d.a.t. valorizzano «il rispetto dei convincimenti personali [in applicazione del] criterio del minor scostamento possibile dalla volontà del soggetto interessato». La scelta terminologica, riferita alle *disposizioni* e non a semplici 'dichiarazioni' anticipate di trattamento, privilegia il contenuto prescrittivo rispetto a quello meramente informativo-comunicativo: cfr. C. Cupelli, *Consenso informato*, cit., 264; M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 4.

²³ Il principio del consenso informato (e, specularmente, del rifiuto informato) costituisce presupposto del consapevole esercizio di autodeterminazione in tema di diritto alla salute: per approfondimenti, G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 485 s.; O. Di Giovine, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *DPP*, 2018, 917 ss.; F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Crim.*, 2006, 61 ss.; D. Pulitanò, *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in *RIML*, 2007, 1195 ss. Il principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente, secondo costante giurisprudenza della Consulta, affonda le proprie radici nel dettato costituzionale, rappresentando «diritto inviolabile della persona», ex art. 2, 13, 32 Cost.: cfr. S. Canestrari, *La legge n. 219 del 2017*, cit., 5 s.; F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *RIDPP*, 2001, 377 ss. Opportunamente, quindi, l'art. 1, 3° co., l. n. 219/2017, stabilisce che ogni persona ha il diritto «di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e

Le d.a.t. consentono l'esercizio del diritto di autodeterminazione in relazione a qualsiasi trattamento sanitario, a differenza del testamento biologico, che ha un contenuto più ristretto, potendo inerire unicamente a «disposizioni relative alle procedure di sostegno vitale e agli altri trattamenti in grado di consentire un prolungamento artificiale della vita»²⁴.

Riserve critiche, già prima dell'introduzione delle d.a.t., venivano manifestate soprattutto in merito alla persistente validità del consenso, nei casi in cui il paziente perdesse in seguito la capacità naturale²⁵: il legislatore ne ha tenuto conto.

La previsione dell'art. 4, 5° co., l. 219/2017, concede infatti al medico (in accordo con il fiduciario, se nominato) di disattendere – in tutto o in parte – le direttive anticipate, se la malattia venga a concretizzarsi in termini non prevedibili dal disponente e le d.a.t. risultino «palesamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente» ovvero se «sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita». Al di fuori di queste ipotesi, tuttavia, le d.a.t. conservano validità durante l'intero decorso dell'intervento sanitario fino ai suoi eventuali effetti finali, anche allorché sopravvenga uno stato di incoscienza del paziente²⁶.

Al fine di agevolare la concreta operatività delle d.a.t., superando il prevedibile ostacolo rappresentato dall'infrequente ricorso ad esse allorché si versi in buone condizioni di salute, sarebbe opportuno, a nostro avviso, subordinare il rilascio (o rinnovo) della tessera sanitaria alla dichiarazione di voler o meno redigere le d.a.t. e, in caso affermativo, all'espressa indicazione delle stesse.

Questo metodo, estensibile alla manifestazione della scelta in tema di donazione di organi e tessuti, potrebbe aiutare a superare le difficoltà applicative incontrate già

alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi». Specularmente, in base alla medesima disposizione, ognuno può «rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni», eventualmente scegliendo dei «familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle».

²⁴ Servizio studi della Camera dei deputati, *documento n. 392*, cit., loc. ult. cit.

²⁵ Ulteriori perplessità avevano ad oggetto il contenuto delle d.a.t., temendosi che potesse esser generico ed equivoco; le modalità di accertamento della loro autenticità e spontaneità; l'opportunità di un loro periodico rinnovo e di una disciplina delle modalità di revoca: cfr., per una ricognizione del dibattito sul tema, S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 92 s.

²⁶ In senso favorevole alla persistente validità delle proprie opzioni in tema di trattamenti sanitari, già G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, 498: l'Autore rilevava che dovrebbe essere rispettata non solo la direttiva concreta ed attuale, ma anche la volontà espressa attraverso una direttiva anticipata, rispetto alla quale sia sopraggiunto improvvisamente lo stato d'incoscienza. Conforme, in giurisprudenza, Cass. Civ., sent. 23676/2008, in *CGiur*, 2008, 1671 ss.

dalla l. n. 9, a 1/1999²⁷, che ha delegato questo compito all'ufficio anagrafe dei Comuni in sede di rilascio della carta d'identità²⁸: la tessera sanitaria, anche *ratione materiae*, potrebbe infatti agevolare l'espressione della propria autodeterminazione, sia in tema di trattamenti sanitari che con riferimento alla donazione *post mortem* dei propri organi e tessuti.

2. Il biodiritto, interrogandosi sulla possibilità di proteggere l'individuo dal danno cagionato a sé stesso, intreccia i propri sentieri con quelli del *paternalismo*²⁹, concezione politica che, considerando l'uomo «un eterno minorenne, bisognoso di tutela e di una guida che ne illumini il cammino»³⁰, legittima la punizione finalizzata a proteggere il

²⁷ In precedenza, la l. n. 744/1975, fondata sul diritto di disporre del proprio corpo successivamente al decesso, aveva penalmente sanzionato la condotta di chi compisse operazioni di prelievo di organi e tessuti nonostante il dissenso manifestato in vita dal soggetto: l'intendimento era quello di non lasciare spazio ad una *prospettiva utilitaristica*, che condurrebbe alla disponibilità di un'utilizzazione del cadavere in contrasto con la volontà del defunto ed in vista di una utilizzazione di maggior vantaggio per la società.

²⁸ Sui profili generali di questo delicato tema, rinviamo a F. Giunta, *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *DPP*, 1999, 403 ss.; F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974, 7 ss. nonché, con particolare riferimento alle modalità di prestazione del consenso, anche presunto, alla donazione di organi e tessuti, S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, 202 ss. Tra i primi commenti alla riforma legislativa intervenuta in materia sul finire del secolo scorso cfr. L. Bisori, *Disposizioni in materia di prelievi e trapianti di organi e di tessuti*, in *LP*, 1999, 807 ss.; A. Vallini, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, *ivi*, 1999, 443 ss.

²⁹ Il dibattito internazionale sui riflessi della concezione paternalistica sul diritto positivo ha ricevuto nuovo impulso nelle ultime tre decadi dello scorso secolo: cfr. J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law, Harm to self*, III, Oxford - New York 1986 (l'opera si compone di quattro volumi, pubblicati negli anni '80, e al paternalismo legale è dedicato il 3°, appena *Harm to Self*, Oxford 1986); G. Dworkin, *Paternalism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, consultabile in www.plato.stanford.edu. Non suscita sorpresa, ove si consideri il fascino che esercita questa enucleazione concettuale, la circostanza che il paternalismo sia stato declinato in molte varianti, non di rado 'fantasiose': P. Suber, *Paternalism, Philosophy of Law: an Encyclopedia*, a cura di C.B. Gray, Garland, New York 1999, II, 632 ss., è ad esempio giunto a ipotizzare un 'auto-paternalizzazione' che si realizzerebbe quando un individuo si «paternalizza», mettendosi volontariamente sotto tutela, limitando quindi il proprio diritto di autodeterminarsi.

³⁰ V. Mura, *Paternalismo e democrazia liberale: un equivoco da chiarire*, in *Meridiana* 2014, 79, 47. I rischi connessi alle derive di un diritto penale paternalista, sono approfonditi da L. Risicato, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, I, 525 ss., nonché, più di recente in *Id.*, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019. Cfr. inoltre, sulle degenerazioni dello Stato sociale di diritto, che vede espandere il suo 'lato oscuro' rappresentato, tra l'altro, dalla prevalenza di forze simbolico-espressive, determinate da fenomeni criminali che incidono fortemente sui profili di insicurezza della popolazione e che fanno reagire il legislatore nel senso di una progressiva erosione delle garanzie, A. Manna, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa 2017, spec. 167 ss.

soggetto da sé stesso, allorché il legislatore presuma che una determinata scelta sia dannosa per ogni persona che la operi³¹.

Il precetto, in quest'ottica, è ascrivibile al c.d. *paternalismo diretto* se si rivolge contro colui che intende tutelare (punendo ad es. chi non indossi il casco mentre è alla guida di un ciclomotore o non adotti altre obbligatorie misure di protezione durante lo svolgimento di altre attività lecite ma pericolose per l'incolumità di chi le eserciti) o *indiretto* se sanziona il terzo che lede (o contribuisce a ledere) una persona consenziente, come nei casi dell'omicidio consentito e dell'aiuto al suicidio³².

Ogni forma di paternalismo rappresenta, comunque, corollario ideologico del rapporto «naturale» fra padre e figlio, fondando la propria legittimazione sul bisogno di protezione³³.

Potrebbe sorprendere, quindi, che un assetto di potere modellato su quello paterno venga riconosciuto come legittimo da una popolazione anagraficamente adulta. Il fenomeno è però spiegabile attraverso la logica di scambio che legittima il potere politico: la collettività, impaurita sul piano esistenziale, sente un bisogno di protezione e di guida, in cambio del quale offre obbedienza³⁴.

Connota il paternalismo classico, quindi, l'assunzione di una disegualianza originaria: «la società deve avere una strutturazione di tipo gerarchico che corrisponde al disegno della natura»³⁵ e, inoltre, l'azione del *pater* non è limitata dall'autonomia dei

³¹ A. Cadoppi, *Paternalismo legislativo e paternalismo giudiziario: cenni introduttivi*, in *Crim*, 2011, 223 ss.; L. Cornacchia, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *FI*, V, 2009, 239 ss.; E. Diciotti, *La giustificazione paternalistica di norme*, in *Studi senesi*, I, Siena 1988, 77 ss.; D. Micheletti, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, in *Crim*, 2011, 275 ss.; D. Pulitanò, *Paternalismo penale*, cit., 489 ss.; Id., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *DPenCont*, 2018, 7, 59; M.. Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *RIDPP*, 2008, 985; S. Tordini Cagli, *Il paternalismo legislativo*, *ivi*, 2008, 313 ss. Evidenza che il dibattito contemporaneo su liberalismo e paternalismo coinvolge, in particolare, proprio il diritto penale, specie in relazione al tema della legittimità delle regole che proibiscono di cagionare un danno a sé stessi o a un'altra persona che abbia a tal fine prestato informato consenso, A. Cavaliere, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in www.i-lex.it 2013, 20, 421 ss. Nega invece che il paternalismo costituisca un autonomo principio di criminalizzazione A. Spena, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *RIDPP*, 2014, 3, 1210 ss.

³² Cfr., sia sul paternalismo diretto, che su quello indiretto, G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it*, V, 2009, 229; D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *DPenCont*, 2018, 7, 58. Sempre attuale, inoltre, il pensiero di J. Feinberg, *Harm to self*, cit., 98 ss.

³³ V. Mura, *op. cit.*, 47 s.

³⁴ Così V. Mura, *op. cit.*, 48. Sulla differenza tra potere politico, che riposa sul contratto e paterno, fondato sulla temporaneità, cfr. J. Locke, *Two treatises of government*, 1690, trad. it. a cura di B. Casalini, consultabile in www.bfp.sp.unipi.it/ebooks/brulocke.html.

³⁵ V. Mura, *op. cit.*, 49.

soggetti di cui pretende la cura e si nega validità al criterio del danno cagionato a terzi quale presupposto della reazione sanzionatoria³⁶.

Quali sono, allora gli argomenti ai quali si continua a ricorrere per giustificare la punizione del danno cagionato a sé stessi?

La concezione 'neopaternalistica', che suole farsi risalire a *Herbert Simon*³⁷, si fonda sulla 'razionalità limitata' che vizierebbe ogni essere umano.

L'*argomento* del *deficit* cognitivo, però, si rivela un *boomerang*: la 'razionalità limitata' riguarda infatti chiunque e, quindi, anche chi ambisca ad assumere il ruolo di *pater*³⁸.

3. Proviamo adesso a coniugare le riflessioni sin qui svolte con la disciplina del vigente codice penale: nel solco della prospettiva utilitaristica, gli artt. 579 e 580 Cp³⁹, in adesione a una concezione 'eteronoma' della vita, la configurano come bene del quale il titolare del diritto non può in nessun caso disporre⁴⁰.

³⁶ Essa deve infatti garantire la pacifica convivenza, mediante soluzioni il più possibile condivise: cfr., in tal senso, G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Studi di diritto penale*, a cura di E. Dolcini, G. Marinucci, Milano 1991, 72 ss. Il danno a terzi (presupposto necessario ma non sufficiente delle scelte di criminalizzazione: così D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 59) potrebbe apparire criterio eccessivamente generico, se sganciato dai presupposti valoriali della cultura politica che lo fonda: «se, ad esempio, il criterio del danno fosse applicato nel contesto di uno Stato totalitario [...] le fattispecie concrete del danno [...] potrebbero essere così numerose da rendere lettera morta il principio dell'autonomia individuale»: V. Mura, *op. cit.*, 53. L'osservazione, comprensibile, è superabile se il concetto in parola sia posto interpretato alla luce dei fondamentali assunti degli ordinamenti democratici: per approfondimenti, F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 74 ss.

³⁷ H. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in «*Quarterly Journal of Economics*» 1955, 99 ss.; Id., *Rational Choice and the Structure of the Environment*, in «*Psychological Review*» 1956, 63, 129 ss.; Id., *Models of Bounded Rationality*, Cambridge 1982, 3 ss.

³⁸ V. Mura, *op. cit.*, 55 s.

³⁹ Il *discrimen* tra le due fattispecie, secondo l'interpretazione da tempo consolidata in giurisprudenza, risiede nel *dominio finalistico* della decisione in merito alla morte: il fatto è ascrivibile all'art. 580 Cp, e non all'art. 579, «tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione [...] e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria»: Cass. pen., sent. n. 3147/1998 in CP, 1999, 879 ss., con nota M.C. Bisacci, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*. Cfr., sulla collettivizzazione del bene vita nel codice rocco, *ex plurimis*, G. Maggiore, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Bologna 1950, 631, nonché V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, VIII, Torino 1937, 527, che così sintetizza il concetto: «Non è lo Stato che serve all'individuo, ma sono gli individui e le corporazioni che servono allo Stato».

⁴⁰ Per approfondimenti sul tema della disponibilità del bene vita, connesso a quello del diritto di autodeterminazione in tema di salute, cfr., *ex plurimis*, F. Bricola, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Vivere: diritto o dovere?*, a cura di L. Stortoni, Trento 1992, 213 ss.; G. Cassano, F.G. Catullo, *Eutanasia, giudici e diritto penale*, in CP, 2003, 1369 ss.; L. Cornacchia, *Vittima ed eutanasia*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro, C. Piemontese, Torino 2004, 97 ss.; M. Donini,

L'art. 579 Cp, accogliendo l'idea che nessuno ha il diritto di «farsi carico di richieste di morte»⁴¹, punisce l'omicidio del consenziente con una comminatoria edittale meno severa di quella prevista dal codice Zanardelli, che disciplinava questa fattispecie alla stregua di un omicidio doloso comune⁴². Nel codice Rocco, infatti, «Il giudizio di prevalenza, *ex lege*, dell'elemento attenuatore del consenso su ogni altro elemento di maggior gravità del fatto»⁴³, conduce a una comminatoria edittale più benevola di quella prevista dall'art. 575 Cp.

Il legislatore del 1930 non ha tuttavia inteso rendere applicabile la disciplina dell'omicidio del consenziente alle ipotesi di eutanasia consensuale di pazienti irreversibili: in esse, infatti, è riscontrabile uno stato di prostrazione fisica e psicologica, dovuta alla malattia e all'effetto di pesanti trattamenti medici ed analgesici che fonda, *ex art 579, 3° co., n. 2, Cp*, la punibilità a titolo di omicidio volontario di chi commetta il fatto «contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità»⁴⁴.

Sarebbe stato invece opportuno rendere applicabili a queste ultime ipotesi l'art. 579 Cp: si sarebbero così evitati esiti sanzionatori draconiani e, quindi, violazioni del principio di ragionevolezza/proporzione⁴⁵.

Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto», in CP, 2007, 903 ss.; F. Giunta, Diritto di morire e diritto penale, cit., 74 ss.; G. Giusti, L'eutanasia. Diritto di vivere. Diritto di morire, Padova 1982; M.B. Magro, Eutanasia e diritto penale, cit., 31 ss.; F. Mantovani, Diritto Penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona, 10ª, Padova 2016, 116 ss.; Id., Eutanasia, cit., 423 ss.; M. Porzio, Eutanasia, in ED, XVI, Milano 1967, 103 ss.; F. Ramacci, Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire, in Studi in memoria di 2016, Pietro Nuvolone, Milano 1991, II, 215 ss.; L. Risicato, Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica, Torino 2008, 34 ss.; Id., Laicità e principi costituzionali, in Stato chiese e pluralismo confessionale, 1° maggio 2011, in www.statoechiese.it; R. Romboli, La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali, in Vivere: diritto o dovere?, cit., 94 ss.; S. Seminara, Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia, in RIDPP, 1995, 670 ss., spec. 693 ss.; F. Stella, Il problema giuridico dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione, cit., 99 ss.; L. Stortoni, Riflessioni in tema di eutanasia, in Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline, a cura di S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo, Torino 2003, 90 ss.; S. Tordini Cagli, La rilevanza penale dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione, in Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona, cit., 99 ss.

⁴¹ D. Pulitanò, *Paternalismo penale*, cit., p. 507.

⁴² A. Manna, *Artt. 579-580. Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, a cura di Id., Torino 2007, 41.

⁴³ Cfr. questi rilievi in A. Manna, *op. ult. cit.*, 42.

⁴⁴ Il corsivo è nostro. Per approfondimenti, S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 97 ss.; F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 82; F. Mantovani, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in RIDPP, 1988, 463; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 677 ss., spec. p. 714 s.

⁴⁵ In tal senso A. Manna, *Artt. 579-580*, cit., 37 ss., spec. 41. Cfr. inoltre S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 98.

L'art. 580 Cp, invece, rende punibili *determinazione, rafforzamento o agevolazione* dell'altrui suicidio⁴⁶.

La fattispecie è naturalisticamente plurisoggettiva ma normativamente monosoggettiva⁴⁷: il suicidio, infatti, non è di per sé punibile, neanche nella forma tentata, verosimilmente in considerazione della *poena naturalis* connessa alla frustrazione dell'intento suicida⁴⁸ (di chi, inoltre, versa in stato di grave disagio psichico⁴⁹) nonché della scarsa funzionalità, in termini di prevenzione generale e speciale, della minaccia penale e della sua esecuzione. Sarebbe stato anche ipotizzabile, ma solo in un contesto ordinamentale diverso da quello nel quale ha visto la luce il codice Rocco, che l'irrilevanza penale del tentativo di suicidio si fondasse sull'implicito riconoscimento di un diritto di autodeterminazione del singolo nel decidere di porre fine alla propria vita⁵⁰.

Il suicidio, seppur non punibile, costituirebbe, secondo un orientamento dottrinale, atto *contra ius*, concretando una violazione dell'obbligo di esercitare i doveri del singolo verso la società, che presuppongono l'esistenza in vita⁵¹. Questa ricostruzione non ci sembra condivisibile: la salute costituisce infatti un diritto, la cui tutela dovrebbe esser scevra da risvolti utilitaristici⁵².

Un diverso orientamento ravvisa nel suicidio un atto giuridicamente tollerato, ma connotato da *disvalore*⁵³: così argomentando, tuttavia, si opera, implicitamente, un'impropria sovrapposizione tra diritto e morale.

⁴⁶ Per approfondimenti, A. Manna, *op. ult. cit.*, 49 ss.

⁴⁷ Cfr. R. Dell'Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, 157 s.

⁴⁸ Per un autorevole, risalente opinione in tal senso rinviamo a F. Carrara, *Programma del corso di diritto penale. Parte speciale*, I, Lucca 1878, § 1155, p. 216, richiamato da S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 64, nota 3.

⁴⁹ In tal senso già C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di P. Calamandrei, Firenze 1965, § XXXII, citato da S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 64, nota 2. Sul ritrarsi della repressione penale del suicidio e del tentato suicidio, avvenuta solo in epoca moderna, D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 66 che richiama in tal senso, *ivi*, in nota 42, R.E. Omodei, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 24 ottobre 2017, 1 ss.

⁵⁰ Per approfondimenti, G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 228.

⁵¹ Così V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1985, VIII, 111 ss.; nello stesso senso: P. Nuvolone, *Linee fondamentali di una problematica del suicidio*, in *Suicidio e tentato suicidio in Italia, Rapporto della Commissione di studio del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale*, I, Milano 1967, 391. Esisterebbe, quindi, un *dovere civico alla salute*: per approfondimenti, P. Bellini, *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa*, in Aa.Vv., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli 1983, 55 ss. Critico nei confronti di questa impostazione F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 84.

⁵² Per quest'ordine di idee, *ex plurimis*, F. Ramacci, *I delitti di omicidio*, Torino 1997, 47 ss.

⁵³ In tal senso F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit, 124 ss., secondo cui l'art. 580 Cp sarebbe equiparabile, per certi aspetti, al favoreggiamento e allo sfruttamento della prostituzione, intese come

Secondo un'ulteriore teorizzazione il suicidio costituirebbe estrinsecazione di una *libertà fondamentale*⁵⁴, ossia del diritto di non curarsi, comprensivo di quello – enucleabile ex artt. 2 e 32, 2° co., Cost. – di morire⁵⁵. La tesi è apprezzabile per la sua attenzione al principio personalistico, crediamo però che sarebbe opportuno valorizzare un ulteriore profilo: non mettendo a repentaglio beni giuridici altrui, il suicidio andrebbe considerato, nella prospettiva pluralistica, atto lecito che induce lo Stato a un atteggiamento neutrale, di mancata intromissione⁵⁶, al fine di rispettare la «sfera personale più intima»⁵⁷. Rileviamo, *a fortiori*, che il suicidio è sempre mosso da un sentimento di *disperazione*, ossia dalla “mancanza di speranza” nel futuro e, quindi, si connota per uno stato d’animo inconciliabile con “l’estrinsecazione di una libertà”, che, inoltre, presupporrebbe risolta la questione, invece dilemmatica, della sussistenza o meno, in ognuno, del ‘libero arbitrio’.

Preferibile, allora, perché coerente con l’ispirazione pluralistica del nostro ordinamento, ci sembra la configurazione del suicidio come atto lecito: il legislatore mantiene un atteggiamento neutrale, non intromettendosi nella sfera personale più intima.

Nel concludere i cenni qui operati, sottolineiamo che l’art. 580 Cp viola l’art. 3 Cost., prevedendo la medesima comminatoria edittale per tre condotte di ben diverso

condotte che accedono a un fatto, come la prostituzione, da considerarsi quale disvalore, perché lesivo della dignità della prostituta. Le posizioni della dottrina italiana sono analizzate da M. Donini, La necessità di diritti infelici, cit., che in nota 15, che oltre a richiamare la qui descritta posizione di Mantovani, opera un riferimento alle diverse tesi in merito alla qualificabilità del suicidio: condotta penalmente atipica, ma nondimeno antisociale (F. Ramacci, Premesse alla revisione della legge penale sull’aiuto a morire, cit., 207) ovvero giuridicamente non vietata e indifferente: (P. Zatti, Principi e forme del “governo del corpo”, in Il governo del corpo, cit., 118 ss.); o giuridicamente lecita e atipica per l’autore (M.B. Magro, Eutanasia e diritto penale, cit., 187 ss.).

⁵⁴ Afferma che il suicidio sia ascrivibile alle fondamentali libertà riconosciute all’individuo, cui non corrisponde alcun dovere di impedimento da parte di terzi, S. Seminara, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Il governo del corpo*, cit., 196. Cfr. inoltre ID., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 677 ss.

⁵⁵ Si è obiettato che una simile ricostruzione finirebbe per rinvenire nel suicidio un *diritto garantito*, comportando inaccettabili conseguenze: in particolare, l’incriminabilità della «condotta di salvataggio di un terzo nei confronti del suicida come violenza privata e, per converso [la scriminabilità] per legittima difesa del comportamento del suicida che uccida il soccorritore»: così S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 65 s. Si tratta di osservazioni acute ma, invero, l’azione del terzo costituirebbe un’azione ‘socialmente adeguata’ e quindi non penalmente tipica. Sulla tesi della non configurabilità di una *libertà di suicidarsi*, incompatibile con la disciplina del codice penale vigente, cfr., *ex plurimis*, F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 272 ss., spec. 278; R. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., 34 ss.; L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, cit., 90 ss.

⁵⁶ S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 67.

⁵⁷ In tal senso L. Cornacchia, *Placing care*, cit., 270.

disvalore⁵⁸: non è sufficiente, per rimediare a questa irragionevole equiparazione, il potere del giudice di modulare, ex art. 133 Cp, la pena da infliggere tra minimo e massimo edittale. Ogni disposizione, infatti, dovrebbe essere già in astratto conforme ai princìpi e, tra essi, ai canoni di proporzione e ragionevolezza. Sarebbe preferibile, quindi, che la fattispecie astratta riservasse alla sola determinazione al suicidio il severo trattamento sanzionatorio oggi previsto⁵⁹; precisando, inoltre, il vago concetto di istigazione; riformando, infine, la disciplina dell'agevolazione al suicidio, prevedendo una riduzione dell'intervento penale⁶⁰.

4. La paternalistica impostazione degli artt. 579 e 580 Cp è stata superata dal disegno costituzionale che, ex artt. 2, 13 e 32 Cost., configura un diritto all'intangibilità del proprio corpo⁶¹, vietando (anche in presenza di malattie inguaribili) coazioni sanitarie e, per tal via, impedendo che il vivere da diritto sia trasfigurato in dovere⁶².

⁵⁸ Così A. Manna, *Artt. 579-580*, cit., 47 s. L'art. 580 Cp si pone quindi in contrasto con il principio di uguaglianza sostanziale: per approfondimenti, F. Ramacci, *I delitti di omicidio*, Torino 1997, 133 ss. Sul rapporto tra il primo e il secondo comma dell'art. 3 Cost. cfr., nell'ambito della dottrina non penalistica, S. Agrò, *Commento all'art. 3*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. Branca, Bologna 1982, 133 ss.; B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale: un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Cost.*, Padova 1984, 19 ss.; C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova 1954, 17 ss.; L. Paladin, *Corte Costituzionale e principio generale di uguaglianza. Aprile 1978 - Dicembre 1983*, in *GCos*, 1984, 260 ss.; Id., *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *ED*, XIV, Milano 1965, 1 ss.; U. Romagnoli, *Commento all'art. 3*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. Branca, cit., 165 ss.; G. Zagrebelsky, *Corte Costituzionale e principio di uguaglianza*, in *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiolupo, Bologna 1978, 103 SS.

⁵⁹ Così S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 37.

⁶⁰ Vedi *amplius infra*, § 8.

⁶¹ Come rilevavamo poc'anzi, infatti, negli ordinamenti liberali e democratici «l'individuo è protetto nella sua libertà anche a scapito degli interessi dello Stato medesimo»: così V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, VIII, Torino 1937, 527, citato da G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 486, nota 2. Cfr., nel senso di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 579 e 580 Cp, ex plurimis, F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 74 ss.; M.B. Magro, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *RIDPP*, 1994, 1382 ss.; D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, *ivi*, 2006, 65 ss.; F. Ramacci, *I delitti di omicidio*, cit., 47 ss.; M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *RIDPP*, 1981, 477 ss. S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 670 ss.; Per riferimenti al tema trattato in rapporto al principio personalistico F. Palazzo, *Persona (delitti contro la)*, in *ED*, XXXIII, Milano 1983, 294 ss.

⁶² Il diritto di autodeterminarsi in ambito sanitario è inviolabile e si identifica nella libera «esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo e quindi di rifiutare le cure anche quelle ritenute salvavita»: così A. Santosuosso, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, 47; nello stesso senso, G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 489. Sulla portata dell'art. 32, 2° co., Cost., e sui riflessi di questa previsione sul principio dell'incoercibilità del vivere, ex plurimis, P. Barile, *Diritti*

La mancanza, sino all'entrata in vigore della l. n. 219/2017, di una disciplina organica in tema di autodeterminazione terapeutico/clinica⁶³, ha tuttavia favorito il proliferare di interpretazioni contrastanti del dettato costituzionale: come evidenziato in dottrina, a fronte di chi ha sostenuto che la Costituzione non ammettesse il "lasciar morire", altri hanno persino ritenuto che essa legittimasse l'iniezione letale⁶⁴.

Il (pur tardivo) riconoscimento del diritto di autodeterminazione, è stato verosimilmente favorito da una *causa* ben precisa: gli esiti della ricerca in campo medico e biotecnologico⁶⁵, prolungando la vita di pazienti irreversibili sino a stadi inimmaginabili in un passato anche recente, hanno sortito, quale *effetto immediato*, il profondo mutamento dell'opinione pubblica con la quale, in un contesto democratico, il legislatore, pur senza incorrere nei vizi del populismo, non può che far i conti.

Non potevano che derivarne *effetti mediati*, ancora in corso di manifestazione. Primo di essi è stato il definitivo riconoscimento giurisprudenziale del diritto di non intraprendere o di interrompere i trattamenti sanitari, anche se salvavita.

Il canone di autodeterminazione rivendicava però un'ulteriore espansione del proprio ambito di operatività, con intensità crescente, in misura direttamente proporzionale alle grida di dolore dei malati che, privi di speranza di guarigione, continuavano a sostenerla⁶⁶: era quindi evidente che ulteriori, significativi effetti incombessero.

dell'uomo e libertà fondamentali, Bologna 1984, 59 ss.; D. Vincenzi Amato, *Commento all'art. 32, 2° comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1976, 167 ss. Per ulteriori approfondimenti A. Cavaliere, *Paternalismo*, cit., 421 ss.; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., 19 ss.; A. Vallini *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*, in *DPP*, 2008, 1, 82 ss.

⁶³ Lacuna legislativa ancor più censurabile in considerazione dell'opportunità di riservare al Parlamento la disciplina di una materia così delicata: sottolinea come in settori ad alta 'tensione etica', ogni scelta politico-criminale dovrebbe esser affidata, per elementari esigenze di garanzia, alla discrezionalità parlamentare, D. Pulitanò, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Milano 2005, 121 ss.

⁶⁴ Sulla tendenza ad interpretare i principi costituzionali in funzione di pregiudiziali opzioni politico-ideologiche, G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *RIDPP*, 2007, 546 ss; Id., *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., p. 232 s.; Id., *Nuovi orizzonti della tutela penale della persona*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* a cura di S. Canestrari, L. Foffani, Milano 2005, 188 ss.

⁶⁵ Vedi *supra*, § 1.

⁶⁶ Cfr. in tal senso, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale, II, Delitti contro la persona*, Bologna 2013, 39, nonché, con particolare riferimento alle prospettive *de iure condendo*, S. Canestrari *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline, Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia*, a cura di Id., Torino 2006, 231 ss.; M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 187 ss.; D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 57 ss.; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 670 ss..

L'approvazione della l. n. 219/2017 ha aperto una nuova fase, che ha già condotto all'ord. Corte cost. n. 207/2018⁶⁷ ed è ragionevole presumere che il processo di riforma in atto condurrà tra l'altro, a breve, alla riduzione dell'intervento penale nella materia indagata.

Sarebbe errato, tuttavia, ritenere che i descritti esiti speculativi siano oramai scontati: la peculiare evoluzione storica del nostro Paese ci ha reso infatti vulnerabili ai rischi sottesi alle società nascenti dal «crollo dell'assetto ideologico-istituzionale successivo al secondo conflitto mondiale»: in esse, riconquistato un ruolo pubblico delle comunità religiose, è tutt'altro che agevole conseguire esiti congrui ad un 'sistema' «secolarizzato e pluralista»⁶⁸, nel contesto di un apparato istituzionale auspicabilmente neutrale⁶⁹.

Non peregrino, quindi, è stato il richiamo della dottrina⁷⁰ alla persistente – se non 'ingravescente' – crisi della laicità⁷¹: fa riflettere che la l. n. 219/2017, avente ad oggetto un tema che forti tensioni ha creato tra il mondo cattolico e quello laico, sia stata approvata, dopo tanti decenni di attesa, poche settimane dopo le parole di Papa Francesco⁷², che il 16 novembre 2017, pur invitando a dare amore agli ammalati, ha manifestato perplessità nei confronti dell'accanimento terapeutico⁷³.

⁶⁷ Vedi *infra* § 7.

⁶⁸ L. Riscato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., 2.

⁶⁹ Cfr. L. Habermas, *Tra scienza e fede*, Roma-Bari 2006, trad. it. a cura di M. Carpitella, 164 ss.

⁷⁰ L. Riscato, *op. ult. cit.*, 1 ss.

⁷¹ Si rinvia, sulla necessaria laicità del diritto penale, *ex plurimis*, ai contributi di cui ai volumi, *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti, L. Garlati, Milano 2007; *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Boniolo, Torino 2006; *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Bologna 2005; *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, a cura di M. La Torre, M. Lalatta Costerbosa, A. Scerbo, Torino 2007. Un fondamentale contributo fu dato da J. Stuart Mill, *La libertà* (1859), testo oggi contenuto anche in *La libertà, L'utilitarismo, L'asservimento delle donne*, Milano 1999. Si rinvia, inoltre, tra i tanti, a V. Ferone D. Roche, *L'Illuminismo nella cultura contemporanea*, Bari 2002; G. Giorello, *Di nessuna chiesa. La libertà del laico*, Milano 2005; E. Lecaldano, *Un'etica senza Dio*, Roma-Bari 2006; V. Possenti, *Le ragioni della laicità*, Soveria Mannelli 2007; J. Rawls, *Liberalismo politico*, Milano 1994; U. Scarpelli, *Bioetica laica*, Milano 1998; C.A. Viano, *Laici in ginocchio*, Roma-Bari 2006. Cfr. inoltre, sul rapporto tra libertà di espressione e libertà religiosa, S. Canestrari, *Libertà di espressione e libertà religiosa: tensioni attuali e profili penali*, in *Studi in onore di Mario Ronco*, a cura di E.M. Ambrosetti, Padova 2017, 63 ss.; G. Insolera, *Religione, diritto e satira*, ivi, 130 ss.

⁷² *Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al meeting regionale europeo della "World medical association" sulle questioni del "fine-vita"* (Vaticano, Aula Vecchia del Sinodo, 16-17 novembre 2017), consultabile in www.w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/pont-messages/2017, 1.

⁷³ È moralmente lecito, afferma il Papa «rinunciare all'applicazione di mezzi terapeutici, o sospenderli, quando il loro impiego non corrisponde a quel criterio etico e umanistico che verrà in seguito definito "proporzionalità delle cure"»: *Messaggio del Santo Padre Francesco*, cit., loc. ult. cit. Sul connesso aspetto dell'accanimento terapeutico (in verità meramente *clinico nei casi in cui, allo stato della scienza medica, non vi sia alcuna speranza di guarigione*) e del ruolo dell'autodeterminazione del singolo in

5. L'alta sensibilità etica delle questioni oggetto del biodiritto rende difficilmente individuabili oggettività giuridiche non permeabili a strumentalizzazioni e manipolazioni ermeneutiche, funzionali alle precomprensioni etico-filosofiche di ogni interprete⁷⁴.

Emblematiche delle criticità qui rappresentate sono la sacralità della vita (che ne ha fondato un'eteronoma tutela, anche contro i *desiderata* del titolare del diritto) e la dignità umana ⁷⁵, beni che si prestano a piegarsi ad ogni strumentalizzazione

tema di rinuncia e rifiuto di cure, cfr., *ex plurimis*, M. Bertolino, voce *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *DigDPen*, XIV, Torino 1999, 113 ss.; F. Bricola, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, cit., 213 ss.; G. Cassano, F.G. Catullo, *Eutanasia, giudici e diritto penale*, in *CP*, 2003, 1369 ss.; L. Cornacchia, *Euthanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello stato* 2002, 3, 397 ss.; M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 1 ss.; D. Neri, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Bari-Roma 1995, *passim*; F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 74 ss.; G. Giusti, *L'eutanasia. Diritto di vivere. Diritto di morire*, Padova 1982, *passim*; G. Grasso, *Norme sul suicidio assistito e sull'eutanasia*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da Id., Padova 2005, 137 ss.; Id., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Quad. giust.*, 1986, 60 ss.; G. Iadecola, *Eutanasia. Problematiche giuridiche e medico-legali*, Padova 1991, 7 ss.; A. Manna, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *IP*, 2000, 479 ss.; F. Mantovani, *Eutanasia*, cit., 423 ss.; M. Porzio, *Eutanasia*, in *ED*, XVI, Milano 1967, 103 ss.; F. Ramacci, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., 215 ss.; R. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., 94 ss.; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 670 ss., spec. 693 ss.; F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, cit., 1007 ss.; D. Tassinari, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, cit., 104 ss.; S. Tordini Cagli, *La rilevanza penale dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, cit., 114 ss.; A. Vallini, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *DirPub* 2003, 185; Id., *Rifiuto di cure salvavita*, cit., 68 ss. Per approfondimenti sulla natura del consenso dell'avente diritto, la sua collocazione sistematica e le specifiche problematiche che solleva l'idea dell'esistenza di beni indisponibili e il suo rapporto con i beni invece ritenuti disponibili anche in virtù dell'assetto ordinamentale di riferimento, Giov. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 339 ss., spec., 341 ss.

⁷⁴ Indagini volte ad operare una simile ricognizione sono svolte da E. Dolcini, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008; L. Riscato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., spec. 25 ss.; S. Seminara, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *DPP*, 2004, 533 ss.; A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino 2012, 22 ss. In senso parzialmente difforme e a favore della configurazione della dignità umana come limite all'assoluta incoercibilità del vivere, si rinvia a F. Mantovani, *Eutanasia*, cit., spec. 437.

⁷⁵ Cfr., sul tema della 'sacralità della vita' e dell'impiego che di essa è stato fatto nel nostro ordinamento G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., p. 487. Insegna che la dignità umana costituisce peculiare caratteristica di ciascun individuo e che, quindi, non può accogliersene un'unica, astratta nozione valida per tutti, J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law, Harm to self*, III, cit., 86 ss. Cfr., sul tema, *ex plurimis*, G. Orrù, *La tutela della dignità umana del morente* in *Vivere: diritto o dovere?* cit., 95 ss. Sugli usi - e abusi - di questi concetti cfr., con diversità di

ermeneutica, avendo valore simbolico, evocativo, ma non realmente prescrittivo: essi, privi di riferimenti oggettivamente riscontrabili, sono plasmabili dalle forze preminenti in un dato momento storico al fine di imporre alcune visioni del mondo rispetto ad altre, legittimando *a posteriori* soluzioni precostituite, che prescindono dalla diversità valoriale dei singoli⁷⁶.

La 'carica emozionale' che promana dal valore della sacralità della vita e della dignità umana viene così posta al servizio di una repressione, anche penale, «potenzialmente incontrollabile»⁷⁷, volta a favorire la convergenza verso un unico modello esistenziale autoritativamente imposto, comprimendo paternalisticamente l'autodeterminazione del soggetto⁷⁸.

Sarebbe invece auspicabile assecondare la personale visione di ognuno, abbandonando ogni prospettiva eteronoma: l'affermazione del principio di laicità implica infatti che possa ritenersi dignitosa, e rispettosa della sacralità della vita, tanto

accenti, M. Cattaneo, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino 1998, 275 ss.; L. Cornacchia, *Placing care*, cit., 239 ss., spec. 254 ss.; J. Davis, *Doing justice to dignity in the Criminal law*, in *Perspectives on human dignity: a conversation*, a cura di J. Malpas, N. Lickiss, Melbourne, 2007, 169 ss.; L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova 2013, 239 ss.; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *PD*, 2011, 1, 45 ss.; D. Neri, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e biodiritto*, in *BJ*, 2017, 2, 83 ss.; I. Riviera, *La comparazione giuridica nel concetto di «salute»: possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *RIML*, 2017, 1, 117 ss.; B. Sgorbati, *La dignità umana tra diritto internazionale, fondamenti storico filosofici e prospettive nell'ambito del biodiritto*, in *BJ*, 2017, 2, 71 ss.; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, 241 ss.; A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 22 ss.; P. Zatti, *Note sulla semantica della dignità*, in *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, a cura di E. Furlan, Milano 2009, 95 ss.

⁷⁶ Sulla possibile strumentalizzazione del concetto di 'dignità' in ambito giuridico in funzione delle precomprensioni ideologiche dell'interprete cfr. Giov. De Francesco, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, Napoli 2013, 281 ss., spec. 287 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *RIDPP*, 2007, 546 ss.; A. Occhipinti, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino 2008, 9 ss.; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., 39 ss.; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 191 ss., spec. 276 ss.; P. Veronesi, *Uno statuto costituzionale del corpo*, Napoli 2011, 143 ss.; F. Viganò, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *DPP*, 2007, 5 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Torino 1992, 103 ss.

⁷⁷ Giov. De Francesco, *Una sfida da raccogliere*, cit., 288. Per approfondimenti G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 2007, 546 ss., spec. 559 s. Sulla "smaterializzazione" delle fattispecie, conseguente all'impiego nel biodiritto del concetto di dignità umana, F. Palazzo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Genova 2001, 410.

⁷⁸ A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 23.

la scelta di continuare a vivere, pur nell'atroce sofferenza di un'inguaribile patologia, sia l'opzione opposta.

Qualunque oggettività giuridica dovrebbe quindi coniugarsi con il canone di autodeterminazione: la possibile obiezione, inerente al relativismo valoriale che ne deriva, costituisce, paradossalmente, il punto di forza di questa argomentazione.

Chi, infatti, aspirasse ad un'assoluta e tassativa nozione di oggettività giuridica da tutelare, dovrebbe poi assolvere al compito, contrastante *in nuce* con il pluralismo, di indicare, tra le tante, l'impostazione ideologica, filosofica o religiosa da assumere quale meta-parametro di riferimento⁷⁹.

Va qui evidenziato che anche l'ambito prenatale del biodiritto si caratterizza per il frequente riferimento ad oggettività giuridiche agevolmente manipolabili: si pensi, con riferimento alla l. n. 40/2004, ai beni giuridici della *naturalità* e della *dignità della procreazione umana*, vaghi al punto di tradursi in contenitori vuoti, politicamente strumentalizzabili⁸⁰.

Altre questioni potrebbero qui esser poste: difficilmente è comprensibile, ad esempio, come la Corte costituzionale abbia potuto distinguere, nel dichiarare la parziale illegittimità dell'art. 546 Cp, chi (il concepito) «*persona ancora deve diventare*» da chi (la gestante) «*persona già è*»⁸¹: il concepito è infatti parte di una sequenza esistenziale che, se non interrotta, dà origine alla vita. La sentenza stimola un quesito biogiuridico⁸²: come può affermarsi che il concepito non sia ancora 'persona', visto che la fecondazione dà origine ad una *sequenza esistenziale*⁸³ che, se non interrotta, conduce alla nascita della vita⁸⁴?

⁷⁹ Cfr., in tal senso, S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 250.

⁸⁰ E. Dolcini, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge italiana n. 40 del 2004*, in www.statoechiase.it, dicembre 2008 G. Fiandaca, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *LP*, 2005, 339 ss.; J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, a cura di L. Ceppa, Torino, 2001, spec. 106 ss.; D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71; L. Risicato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., 24; Id., *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *RIDPP*, 2005, 2, 674 ss., A. Vallini, *op. ult. cit.*, 25 s.

⁸¹ S. Canestrari, *Principio di biodiritto penale*, cit., 50 s.

⁸² Il tema rileva quale presupposto per l'applicazione delle sanzioni penali di cui agli artt. 17 ss. l. n. 194/1978, nonché ai fini dell'individuazione del momento *a quo* per l'applicazione dell'art. 578 Cp, che rende punibile l'infanticidio: per approfondimenti, E.M. Ambrosetti, *L'infanticidio e la legge penale*, Padova 1992, *passim*, spec. 41 ss.

⁸³ L. Eusebi, *La normativa italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza e la tutela della maternità*, in *Orizzonte medico*, 2010, LXV, 5, 3 ss.

⁸⁴ M. Zanchetti, *Commento alla legge n. 194/1978*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi, G. Forti, G. Zuccalà, Padova 2008, 1554 ss.

La pronuncia, seppur meritevole per aver contribuito ad affermare una visione della vita meno sacrale, e più intrisa di 'umana socialità', ha però fatto ricorso ad un assunto non empiricamente verificabile, mancando una base scientifico-razionale idonea a negare al concepito la qualità di persona: è infatti difficilmente sostenibile che l'embrione non sia persona e, parallelamente, individuare il momento a partire dal quale esso diventi persona⁸⁵.

Il dibattito è tutt'ora aperto e, presumibilmente, sempre lo sarà, vista la manipolabilità della nozione indagata, ampiamente influenzata dalla pregiudiziale ideologica di chi prova a precisarla⁸⁶.

Il tema, ovviamente, non è solo biogiuridico: non agevole, ad esempio, è la precisazione del concetto di "sicurezza"⁸⁷, sovente richiamata dal legislatore penale unitamente ad altri indefiniti beni da tutelare. Tra essi figura anche la dignità e non può ritenersi che l'accostamento sia casuale: l'idea di sicurezza, infatti, riflette le medesime ambiguità dei beni ad essa usualmente associati⁸⁸, concetti strumentalizzabili e in grado di legittimare qualunque tipo di incriminazione rispetto alla quale non si possa ravvisare un interesse più univoco e specifico⁸⁹.

6. Sembra opportuno, a questo punto dell'indagine, coniugare le nostre riflessioni con le possibili modalità di estrinsecazione del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica in relazione alla natura della patologia nonché alla capacità e coscienza del paziente.

⁸⁵ Lo dimostra, del resto, l'estrema varietà delle teorie elaborate in materia: sulla problematicità dell'individuazione del momento a partire dal quale si possa ritenere che abbia avuto "inizio", o che sia "terminata", l'esperienza esistenziale di un "uomo", A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 6 s.

⁸⁶ Lo stesso può dirsi per l'individuazione del momento a partire dal quale possa parlarsi di 'persona' ai fini del diritto penale: dottrina e giurisprudenza non concordano sul punto, essendo state formulate «la tesi della rottura del sacco delle acque; [quella] dell'inizio delle doglie del parto [o, diversamente,] del dolore derivante dalla dilatazione del collo dell'utero (prevalente nella giurisprudenza e nella dottrina dei paesi di lingua tedesca» (orientamento, quest'ultimo, che trova concorde E.M. Ambrosetti, *L'infanticidio e la legge penale*, cit., 42); ovvero, in caso di parto cesareo, del momento iniziale dell'intervento chirurgico»: così S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 41 s.

⁸⁷ Cfr. A. Cavaliere, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di W. Hassemer, E. Kempf, S. Moccia, München 2009, 111 ss.

⁸⁸ *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile*, cit., 8 ss. In realtà sicurezza e libertà pongono problemi di natura eterogenea: lo evidenzia D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *RIDPP*, 2009, 2, 547 ss.

⁸⁹ L. Risicato, *op. loc. ult. cit.* Per approfondimenti, G. Finadaca, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, cit., 343.

Allorché chi, afflitto da una malattia irreversibile ed entrato in stato di incoscienza, non abbia in precedenza indicato «quali terapie avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare»⁹⁰ (né abbia delegato alcuno a decidere in sua vece), entra in scena una delle «questioni di confine o comuni al diritto penale e al diritto civile»⁹¹: quella del rifiuto di terapie salvavita, opposto, nell'interesse dell'incapace, dall'amministratore di sostegno o dal tutore.

L'amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare per provvedere agli interessi di persona che «per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi»⁹², nello svolgimento dei suoi compiti «deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario»⁹³. Lo stesso può dirsi per il tutore, che deve agire nell'esclusivo interesse dell'incapace, ricostruendone la presunta volontà «tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»⁹⁴.

La decisione del giudice che autorizza o meno la scelta compiuta dal tutore, costituisce mero «controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace»⁹⁵: egli deve infatti verificare che il legale rappresentante abbia deciso in adesione ai presumibili *desiderata* di chi è attualmente incapace⁹⁶.

⁹⁰ Cass. civ., sentenza n. 21748/2007, in *FI*, 2007, 11, 3025 ss., *Considerato in diritto*, § 7.

⁹¹ G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 485. Per approfondimenti, C. Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *QuadCost*, 2008, 3, 545 ss.; G. Savorani, *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, in *PD*, 2011 4, 664 ss.; S. Tordini Cagli, *Profili problematici del consenso al trattamento medico*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani, Pisa 2009, 31 ss. Per un'ampia, recente trattazione del tema si rinvia inoltre a G. Bonilini, F. Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, 2018, 7 ss.; I. Prisco, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, *Quaderni de il Foro napoletano*, Napoli 2018, 30, spec. 107 ss.

⁹² Art. 404, 1° co., Cc.

⁹³ Art. 410, 1° co., Cc.

⁹⁴ Cass. civ., sent. n. 21748/2007, cit., *Considerato in diritto*, § 7.3.

⁹⁵ Cass. civ., sent. n. 21748/2007, cit., *Considerato in diritto* § 8. I giudici tutelari, quindi, non possono decidere di sottoporre l'incapace a terapie che, stando alla valutazione dell'amministratore di sostegno o del tutore, l'interessato avrebbe rifiutato, né devolvere ai sanitari, nel provvedimento giudiziale di nomina dell'amministratore di sostegno o del tutore, la decisione sulle terapie da adottare: cfr. D. Pulitanò, E. Ciccarelli, *Il lino di lachesis ed i diritti inviolabili delle persone*, in *RIML*, 2008, 334 ss.

⁹⁶ Per approfondimenti, S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 24. Si rinvia inoltre, sul tema del consenso del paziente quale presupposto di liceità delle cure mediche, a G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 489 ss.

Occorrerà desumere il consenso da un giudizio ipotetico di verosimiglianza, fondato sulle convinzioni manifestate dal paziente allorché questi era mentalmente vigile, interpretate alla luce delle circostanze date⁹⁷.

Il pericolo di formulare una presunzione errata⁹⁸ non rende infatti opportuna l'applicazione di una presunzione assoluta fondata sul principio dell'*in dubio pro vita*⁹⁹, né suggerisce di ricorrere a una valutazione affidata a terzi che – attraverso una “finzione del consenso” – decidano in base a criteri ‘oggettivi: il bilanciamento tra vita ed autodeterminazione, beni personalissimi, non può che esser formulato, infatti, dal diretto interessato ovvero, in caso di sua incapacità, da chi lo rappresenti, interpretandone la presumibile volontà¹⁰⁰.

Questi rilievi hanno trovato applicazione, in Francia, nella vicenda di *Vincent Lambert*, divenuto tetraplegico nel 2008 a seguito di incidente motociclistico e – da quel momento – alimentato artificialmente.

I medici curanti, con l'accordo della moglie e di una parte dei parenti, chiedevano l'interruzione dei trattamenti, in base alla legge Leonetti del 2005, che vieta l'accanimento terapeutico; i genitori, invece, sono sempre stati contrari a questa soluzione: esperiti senza esito i rimedi di giurisdizione interna, essi hanno fatto ricorso alla Corte Edu, che ha tuttavia confermato le statuizioni della

⁹⁷Cfr., sul tema, A. Manna, *Considerazioni in tema di consenso presunto. Parte prima. La struttura e l'efficacia della presunzione di consenso*, in *GP*, 1984, II, 168 ss.; C. Roxin, *Sul consenso presumibile*, in *Id.*, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli 1996, a cura di S. Moccia, trad. it. a cura di A. Cavaliere, S. Fiore, F. Schiaffo, 119 ss.; F. Viganò, *Art. 50*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano 2011, 671 ss. Si rinvia inoltre, nell'ambito della manualistica a C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli 2013, 312, che individuano la *ratio* dell'art. 50 Cp in una carenza dell'interesse dell'ordinamento alla tutela del bene alla cui lesione il soggetto ha acconsentito. Invita a temperare il criterio del 'consenso presunto' con l'applicazione del principio di precauzione dell'*in dubio pro vita*, per evitare abusi in questa delicatissima materia, F. Mantovani, *Eutanasia*, cit., 427.

⁹⁸ C. Roxin, *Sul consenso presumibile*, in *Id.*, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, a cura di S. Moccia, trad. it. a cura di A. Cavaliere, S. Fiore, F. Schiaffo, Napoli 1996, 154 ss.: l'Autore, *ivi*, 174, precisa che il medico può invocare il consenso presumibile allorché il suo mancato e pronto intervento chirurgico priverebbe il paziente della vita, ma non allorché egli intervenga chirurgicamente su persona priva di quella quale avrebbe potuto attenderne il risveglio senza che ciò cagionasse alcun pericolo per lo stato di salute del paziente. Per approfondimenti, più di recente, Giov. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 350 ss.

⁹⁹ In tal senso F. Mantovani, *Eutanasia*, cit., 423 ss., che evidenzia come tale principio sia desumibile dall'istinto di conservazione che connota ogni essere vivente.

¹⁰⁰ Per approfondimenti, A. Manna, *Considerazioni in tema di consenso presunto*, cit., 171 ss.; C. Roxin, *op. ult. cit.*, 170 ss.

giurisprudenza francese, ritenendo che nella fattispecie non risultasse violato il diritto alla vita sancito dall'art. 2 Cedu¹⁰¹.

L'avvio delle procedure per il distacco di idratazione e alimentazione artificiali era previsto per 20 giugno 2019, ma l'ultimo appello contro la decisione di sospendere i trattamenti in atto, presentato dai genitori di Lambert il 3 maggio al Comitato per i diritti delle persone con disabilità delle Nazioni Unite, è stato accolto: poche ore prima della prevista sospensione dei sostegni vitali, la Corte di appello di Parigi ha quindi disposto la prosecuzione dei trattamenti in atto¹⁰². La decisione della Corte di appello è stata però annullata dalla Suprema corte francese che ha ordinato l'interruzione dei trattamenti salvavita che, l'11 luglio 2019, ha condotto alla morte di Vincent Lambert.

In Italia, invece, il pensiero corre alla vicenda di Eluana Englaro, che dal 1992 versava in stato neurovegetativo permanente a causa delle lesioni riportate in un incidente stradale: il tutore della paziente chiedeva alla Corte di cassazione di sospendere i trattamenti salvavita in atto e di affermare, come principio di diritto, il divieto di accanimento terapeutico, valutando, al contempo, se alimentazione e idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico potessero essere interrotte allorché la richiesta in tal senso corrispondesse alle opinioni a suo tempo espresse dalla paziente su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta a trovarsi¹⁰³.

La Cassazione ha accolto il ricorso, ritenendo, tra l'altro, che il provvedimento giudiziale impugnato avesse omesso di ricostruire il presunto consenso della paziente¹⁰⁴: la pronuncia è stata 'coraggiosa'¹⁰⁵ e finanche 'storica', avendo segnato una

¹⁰¹ Corte eur. GC, *Lambert and others v. France*, ric. n. 46043/2014, 5 June 2015. Per approfondimenti, M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 14.

¹⁰² Cfr., al riguardo, B. Jacquind, F. Begùn, *Affaire Vincent Lambert : la Cour d'appel de Paris ordonne la reprise des traitements*, in www.lemonde.fr/societe/article/2019/05/20/affaire-vincent-lambert.

¹⁰³ Cass. civ., sentenza n. 21748/2007, cit., *Considerato in fatto* § 2 nonché *Considerato in diritto* § 6. Sulla necessità di evitare discriminazioni tra pazienti in base alla patologia dalla quale sono affetti, cfr., *ex plurimis*, M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 1 ss. Contrario al riconoscimento, in assenza di *espreso dissenso informato*, della possibilità di non intraprendere o interrompere i trattamenti sanitari, F. Mantovani, *Eutanasia*, cit., 423 ss.; Id., *Caso Eluana Englaro e inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2009, 1, 7 ss., ove si argomenta in tal senso anche in virtù della difficile accertabilità di un consenso solo presunto e della discutibilità della dichiarazione di irreversibilità dello stato neurovegetativo.

¹⁰⁴ Cass. civ., sent. n. 21748/2007, cit., *Considerato in diritto* § 9. Si rinvia, sul tema, tra le tante, a Cass. civ., sent. n. 23676/2008, cit.: il dissenso del paziente deve esser «oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale ed informata» ma, al contempo, gli va riconosciuto «un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita». Nello stesso senso, in dottrina, *ex plurimis* D. Pulitanò, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *RIML*, 2007, 1204. Ne è seguito, l'11 gennaio del 2010, il decreto del G.u.p. del Tribunale di Udine, che ha disposto l'archiviazione del procedimento per omicidio volontario a carico del tutore di Eluana Englaro e del personale medico e paramedico che lo aveva coadiuvato nel distacco del sondino nasogastrico che la teneva in vita: ne dà conto C. Cupelli, *Consenso informato*, cit., in *DPenCont* 2017, 3, 266.

¹⁰⁵ Così A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, cit., 2011, 236.

fondamentale tappa del percorso volto a far discendere dal principio del consenso informato non solo il diritto di scegliere i trattamenti sanitari, ma anche quello di interromperli, pur se salvavita¹⁰⁶.

Venendo a una diversa tipologia di vicende, evidenziamo che, pur non versando il paziente in stato di incoscienza, il suo consenso/dissenso informato può essere considerato invalido per ragioni attinenti all'età o a suoi ritenuti *deficit* psichici.

A nostro avviso, pur tenendo conto delle peculiarità della condizione del titolare del diritto, anche in queste ulteriori ipotesi va attribuito un decisivo rilievo ai *desiderata* del diretto interessato: le conseguenze dei trattamenti sanitari, infatti, potrebbero segnare per sempre la sua vita.

Apprezzamento, quindi, va espresso per l'art. 3 della l. n. 219/2017, che prova a valorizzare la capacità di comprensione e decisione di minori e incapaci, sancendo il loro diritto di ricevere, in modo consono alla propria capacità naturale, informazioni che li mettano in condizione di esprimere la propria autodeterminazione¹⁰⁷.

Ulteriore classe di ipotesi, quella di pazienti che, affetti da inguaribili patologie, non siano dall'ordinamento considerati incapaci e rimangano mentalmente vigili

¹⁰⁶ La salute, rileva Cass. civ., sent. n. 21748/2007, cit., *Considerato in diritto* § 6.1, in base a una corretta lettura dell'art. 32 Cost., va intesa «come stato di completo benessere fisico e psichico» e non può esser oggetto di imposizione, dovendo piuttosto l'ordinamento, ex art. 32 Cost., «offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza» e prima ancora «verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale»: allorché il rifiuto abbia tali connotati, però, non c'è possibilità di disattenderlo». In tal senso si è poi espressa anche la prevalente giurisprudenza: si veda *ex plurimis*, Cons. St., sent. n. 3058/2017, in www.anaao.it/public/aaa_4841317_constato_3058_2017.pdf, che ha definito la scelta di sospendere un «trattamento di sostegno vitale», diritto «fondamentale [...] di libertà, assoluto, efficace *erga omnes*» e che può quindi esser fatto valere «nei confronti di chiunque intrattenga il rapporto di cura con la persona». Cfr., sul dibattito in materia, antecedente e successivo alla sentenza Englaro, F. Bricola, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., 213 ss.; S. Canestrari, *La legge n. 219 del 2017*, cit., 2 s.; S. Canestrari, F. Mantovani, A. Santosuosso, *Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro*, in *Crim*, 2009, p. 332 ss.; C. Cupelli, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *CP*, 2008, 1807 ss.; F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *RIDPP*, 2001, 377 ss.; F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Crim*, 2006, 61 ss.; E. Pulce, *La deontologia come fonte del diritto. Codificazione dell'etica medica in Francia, Germania e Italia*, in *Dir PubComp&Eur*, 2017, 3, 745 ss.; M. Politigliatti Barbos, *Diritto a rifiutare le cure*, in *DigDPen*, IV, Torino 1990, 22 ss.; D. Pulitanò, *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, cit., 1195 ss.; R. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., 34 ss.; A. Santosuosso, *Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute*, in *Medicina e diritto*, a cura di M. Barni, A. Santosuosso, Milano 1995, 95 ss.; L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *IP*, 2000, 477 ss.; A. Vallini, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme nella più recente giurisprudenza*, in *DPP*, 2008, 1, 68 ss.

¹⁰⁷ Il diritto all'informazione presenta, in questi casi, profili di particolare delicatezza e necessita di garanzie per il paziente: il consenso un minore o di una persona comunque non imputabile sarà infatti agevolmente, sia pur in 'buona fede', manipolabile dal personale sanitario.

durante la malattia: in Italia ciò è accaduto, ad esempio, a Piergiorgio Welby e Fabiano Antoniani.

Il primo di essi, come si legge nel libro a sua firma¹⁰⁸, era affetto da distrofia muscolare progressiva: nel 1963, non ancora maggiorenne, venne a conoscenza della propria infermità, che si aggravò progressivamente dagli anni Ottanta: perdita della capacità di camminare; di parlare; insufficienza respiratoria. Entrò poi in coma e al risveglio, ricoverato in un reparto di rianimazione, era tracheotomizzato, respirando con l'ausilio di un ventilatore polmonare e comunicando mediante un *computer*: chiese l'interruzione delle terapie, anche attraverso un appello rivolto, il 22 settembre 2006, al Presidente della Repubblica. La sua morte sopraggiunse, a seguito del distacco del respiratore artificiale e previa somministrazione di sedativi, solo il 20 dicembre 2006, quando aveva oramai compiuto sessantuno anni¹⁰⁹.

Il principio espresso dalla motivazione Englaro, nella parte in cui escludeva che il diritto all'autodeterminazione incontrasse un limite allorché da esso conseguisse il sacrificio del bene della vita¹¹⁰, ha trovato la sua prima applicazione proprio nel caso Welby: nel 2007 il G.u.p. di Roma ha riconosciuto che «la condotta di colui che rifiuta una terapia salvavita costituisce esercizio di un diritto soggettivo riconosciutogli dalla Costituzione»¹¹¹.

Fabiano Antoniani, invece, a seguito di un incidente avvenuto il 13 giugno 2014, aveva irrimediabilmente perso la vista e la capacità di movimento: non insensibile al dolore¹¹², egli chiedeva, per porre fine alle proprie sofferenze, di poter rinunciare alla vita e, a fronte dei tentativi di dissuaderlo, «per dimostrare la propria irremovibile

¹⁰⁸ P. Welby, *Lasciatemi morire*, Milano, 2006, *passim*.

¹⁰⁹ Si rinvia in dottrina, su tale vicenda, tra i numerosi contributi, a M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *CP*, 2007, 902 ss.; D. Pulitanò, E. Ceccarelli, *Il lino di Lachesis*, cit., 330 ss.; S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby, una prima lettura*, in *DPP*, 2007, 1561 ss.; S. Tordini Cagli, *Piergiorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in www.ius17@unibo.it 2008, 543 ss.; A. Vallini, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, *Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, 2008, 54 ss.; N. Viceconte, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul "caso Welby"*, in *GCost*, 2007, 2366 ss.; F. Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 5 ss.

¹¹⁰ Cfr., sul tema, tra i numerosi contributi dottrinali, G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., spec. 489 ss.; G. Iadecola, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso «Englaro»: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *RIML*, 2008, 607 ss.; A. Vallini, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *SI*, 2007, 539 ss.

¹¹¹ G.u.p. Roma, sent. n. 2049/2007, in *DPP*, 2008, 59 ss., con nota di A. Vallini.

¹¹² Cfr., in tal senso, Proc. Rep., Trib. Milano, *Rich. archiviaz.* 2 maggio 2017, proc. n. 9609/ 2017 r.g.n.r. foglio n. 2, in www.penalecontemporaneo.it/upload/Rich_arch_Cappato.pdf.

determinazione aveva intrapreso uno sciopero della fame e della parola»¹¹³. Aveva poi costantemente ribadito la propria volontà, rivolgendo, come Welby, anche un appello al Presidente della Repubblica.

Per agevolarlo nell'attuazione della propria determinazione suicida Marco Cappato lo ha accompagnato in Svizzera e, rientrato in Italia, si è autodenunciato ai carabinieri: nel procedimento penale seguitone, la Procura della Repubblica di Milano ha chiesto l'archiviazione, evidenziando la drammatica condizione del paziente¹¹⁴ e formulando rilievi coincidenti con quelli narrati da Cappato che, nel descrivere le ultime ore della vita di Antoniani, parla di un «ragazzo esausto che mordeva con tutte le proprie forze un pezzo di plastica per fare le prove di come morire, spaventato di non riuscirci»¹¹⁵. Il timore era dettato dalla malattia, ma anche dalla circostanza che, non essendo egli totalmente dipendente dal respiratore, il soffocamento non sarebbe intervenuto nel giro di pochi minuti: la rinuncia alle cure, in mancanza di una condotta suicida, avrebbe condotto alla morte solo all'esito di un periodo di degradazione ad una condizione ancora peggiore¹¹⁶. Quindi, il riconoscimento di un diritto di lasciarsi morire, idoneo ad una rapida morte nel caso Welby, sarebbe stato insufficiente per Antoniani: lo attendeva un'indesiderata agonia, seppur accompagnata da terapia del dolore e sedazione profonda.

Può anche accadere, venendo ora ad un'ulteriore tipologia di vicende, che il paziente, pur avendo manifestato la propria autodeterminazione terapeutico/clinica, entri poi in stato di incoscienza e, diversamente da Welby e Antoniani, non rimanga mentalmente vigile: in queste ipotesi va indagato l'aspetto della persistente validità del consenso, oggi espressamente disciplinato dalla l. n. 219/2017¹¹⁷.

¹¹³ Corte Cost., ord. n. 207/2018, in www.giurcost.it/decisioni, *Considerato in diritto*, § 8. Cfr., sul punto, il libro della fidanzata di Dj Fabo, V. Imbrogno, *Prometto di perderti. Io Dj Fabo e la vita più bella del mondo*, Milano 2018, *passim*.

¹¹⁴ Proc. Rep., Trib. Milano, *Rich. archiviaz.*, cit., loc. ult. cit.: «Il corpo, inerte, era percorso da insostenibili spasmi di sofferenza più e più volte al giorno. La respirazione era assistita da un tubo tracheale che doveva essere costantemente aspirato dalle secrezioni per impedirgli di soffocare. La capacità di deglutire era limitata a sostanze liquide o semiliquide. Appositi sacchetti, a cui era stabilmente collegato, gli fornivano la nutrizione o ne raccoglievano le evacuazioni. Un corpo inerte, che soggetti compassionevoli pulivano, accudivano, nutrivano. E dolore fisico, tanto dolore».

¹¹⁵ M. Cappato, *Credere, disobbedire, combattere*, Milano, 2017, 45.

¹¹⁶ In tal senso, Proc. Rep., Trib. Milano, *Rich. archiviaz.*, cit., foglio n. 13.

¹¹⁷ Vedi, *amplius*, *supra* § 1.

Già da tempo, *de lege lata*, si assumeva che il sopravvenuto stato di incoscienza del paziente non rendesse inattuata la sua opzione terapeutica, ricomprendendo essa «l'intero decorso dell'intervento sanitario fino ai suoi eventuali effetti finali»¹¹⁸.

Correttamente si è rilevato, nel replicare all'obiezione che la perdita della capacità naturale precluderebbe la possibilità di cambiare idea, che il nostro ordinamento considera valida la manifestazione di volontà ultima nel tempo, se non successivamente contraddetta: se, ad esempio, un soggetto redige un testamento, esso conserva la propria efficacia, anche se il disponente perda poi la capacità legale¹¹⁹. L'esemplificazione ha ad oggetto la (pur meno rilevante) materia delle disposizioni patrimoniali: il principio che con essa si vuole esprimere ha tuttavia carattere generale e non si vede il motivo per il quale, in un ordinamento pluralistico, ad esso dovrebbe farsi eccezione nel campo dei diritti personalissimi, in relazione ai quali il principio di autodeterminazione possiede rilevanza finanche maggiore.

Una soluzione diversa, del resto, in presenza di trattamenti sanitari salvavita, si tradurrebbe in una costrizione a vivere *nolente*, mentre il soccorso coattivo di necessità dovrebbe trovare invalicabile limite nell'autodeterminazione dell'interessato: «la volontà bene intenzionata di un soccorritore non può pretendere di sostituirsi alla volontà contraria del salvando»¹²⁰. Lo stato di necessità andrebbe quindi ritenuto inoperante: nel caso in cui il paziente sia dissenziente¹²¹, infatti, terzi non possono annullare l'autodeterminazione individuale¹²². Da queste considerazioni deriva, per il medico, l'obbligo, penalmente sanzionato, di non praticare trattamenti sanitari rifiutati dal paziente, pur se salvavita¹²³.

¹¹⁸ G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 491 s. Nello stesso senso, *ex multis*, F. Viganò, *Esiste un «diritto a essere lasciati morire in pace»?*, cit., 7. In tal senso, in giurisprudenza, Cass. civ., sent. n. 23676/2008, cit., 1671 ss.

¹¹⁹ Così D. Vincenzi Amato, *Trattamenti sanitari tra libertà e diversità*, in *Tutela della salute e libertà individuale*, Atti del Convegno di studi di Roma, 1° dicembre 1982, 39 ss.

¹²⁰ Così D. Pulitanò, *Doveri del medico, dignità del morire e diritto penale*, cit., 198. Per approfondimenti, G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 237 ss.; G. Maniaci, *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalistica nell'argomentazione morale e giuridica*, in *Ragion pratica*, 2012, 1, 205 ss. Accenti diversi sono impiegati da L. Cornacchia, *Placing care*, cit., 274: l'Autore opera richiami, anche comparatistici, al pensiero di coloro che ammettono la legittimità di alcune istanze di paternalismo forte in base al principio di beneficiabilità (ad es. messa al bando del fumo, divieto di droghe pesanti), citando - *ivi*, 268, nota 83 - J. Kleing, *Paternalism*, Totowa 1984, 67 ss.; D. Scoccia, *In Defense of Hard Paternalism*, in *Law and Philosophy*, 2008, 27, 351 ss.

¹²¹ G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 494 s. Cfr. inoltre, *ex multis*, A. Nicolussi, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *QuadCost*, 2012, 2, 269 ss.

¹²² Così G.u.p. Roma, sent. n. 2049/2007, cit. Nello stesso senso, in dottrina, *ex plurimis*, M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di «uno spazio libero dal diritto»*, cit., 91 ss.

¹²³ Così, già da anni, F. Viganò, *Esiste un «diritto a essere lasciati morire in pace»?*, cit., 6.

7. L'agevolazione al suicidio di Fabiano Antoniani¹²⁴ ha comportato l'instaurazione a carico di Marco Cappato di un procedimento penale, nell'ambito del quale è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 Cp: la Procura di Milano ha chiesto l'archiviazione, ritenendo che il perseguimento del pieno sviluppo della persona imponesse l'attribuzione di un diritto al suicidio, attuato in via indiretta mediante la rinuncia alla terapia, ma anche in via diretta, attraverso l'assunzione di un medicinale a scopo suicidario¹²⁵.

Il Giudice per le indagini preliminari, disattendendo la richiesta della Procura, ha emanato ordinanza di imputazione coatta, dalla quale è sorto il giudizio¹²⁶, nel corso del quale la Corte di Assise del Tribunale di Milano ha ritenuto che la condotta dell'imputato integrasse la fattispecie dell'aiuto al suicidio, come interpretata da costante giurisprudenza della Corte di cassazione¹²⁷ e ha quindi sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 Cp, nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio che non abbiano contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima¹²⁸.

¹²⁴ Vedi *supra* § 6.

¹²⁵ Anche alla luce di queste considerazioni i magistrati dell'accusa avevano chiesto l'archiviazione, ma il Giudice per le indagini preliminari aveva respinto sia la richiesta di archiviare il procedimento penale che quella di sollevare questione di legittimità costituzionale: cfr. Trib. Milano, Uff. G.i.p., ord. n. 11095/2017 r.g. Gip. La Corte di Assise di Milano, ricevuti gli atti a seguito dell'ordinanza del G.i.p., ha sollevato giudizio incidentale di costituzionalità dell'art. 580 Cp.

¹²⁶ Cfr., per un commento alla decisione del G.i.p. Milanese P. Bernardoni, *Aiuto al suicidio: il G.I.P. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, in *DPenCont*, 2018, 7-8, 256 ss.

¹²⁷ Cfr., per tutte, Corte di cassazione, sent. n. 3147/1998.

¹²⁸ L'intervento della Consulta è scaturito dall'ordinanza con cui la Corte d'assise di Milano eccitava le questioni di legittimità costituzionale, per ritenuto contrasto con gli artt. 2, 13, 25, 2° co e 27, 3° co., Cost., dell'art. 580 Cp: « a) nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio», per ritenuto contrasto con gli artt. 2, 13, 1° co. e 117 della Costituzione, in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU; b) nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 [recte: 12] anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione». Per il testo integrale dell'ordinanza di rimessione: Corte Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 febbraio 2018, con nota di M. Forconi, *La Corte di Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*

L'eccezione di legittimità costituzionale, «spostando il fuoco della tutela sulla libertà di autodeterminazione del singolo»¹²⁹, si fonda su una ridefinizione del bene giuridico protetto dagli articoli 579 e 580 Cp, individuato non più nella tutela della vita, pur *nolente domino*, bensì nel diritto di rifiutare le cure, pur se necessarie *quoad vitam*: ciò potrebbe persino sottendere che «rispetto ai divieti contenuti nel codice Rocco, l'autodeterminazione del singolo ponga un problema di eventuali controlimiti: limiti di legittimità di una tutela paternalistica della vita»¹³⁰.

In base a una simile, diversa concezione, l'esercizio in senso negativo del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica potrebbe esser considerato espressione del diritto alla salute e fondamentale connotato del diritto alla libertà personale dell'interessato¹³¹.

Questi rilievi sono stati sostanzialmente accolti dall'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale che, pur rimarcando con pregevoli argomentazioni l'indifferibilità di una riduzione dell'ambito di applicabilità dell'art. 580 Cp¹³², non ha tuttavia tratto le conseguenze che la coerenza avrebbe suggerito, identificabili con la declaratoria, che pur aveva 'in punta di penna', di parziale illegittimità della disposizione denunciata, nella parte in cui incrimina l'agevolazione al suicidio, anche laddove esso attui, entro i limiti di legge, il diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica del paziente¹³³.

La Consulta ha infatti rilevato che, in situazioni analoghe, lanciare «un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato», non ha sortito esiti in termini di rapida modifica della disciplina legislativa. Per evitare analoghi ritardi, la Corte ha

¹²⁹ D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 58 s. Nello stesso senso R. Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *DPenCont*, 2018, 10, 98; l'Autore, *ivi*, 99, richiama a sostegno di quanto rilevato nel testo l'assunto del provvedimento di rimessione stando al quale «il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente».

¹³⁰ D. Pulitanò, *op. loc. ult. cit.*

¹³¹ Cfr., sul punto, O. Di Giovine, *Brevi note a proposito della recente legislazione in materia di consenso informato e DAT, della legittimità del suicidio assistito e biodiritto in generale*, in *DPP*, 2018, 917 ss.

¹³² Corte Cost., ordinanza n. 207/2018, cit., *Considerato in diritto*, § 10. La Consulta ha così argomentato anche in adesione ai convincenti rilievi della difesa di Marco Cappato: cfr. V. Manes, *E' ancora suicidio*, cit., 1 ss.

¹³³ Soluzione altrettanto valida sarebbe stata quella di ricorrere a una sentenza interpretativa di rigetto, volta a precisare che la condotta di agevolazione al suicidio andasse intesa in termini restrittivi, escludendo dall'ambito di operatività dell'art. 580 Cp l'ipotesi del soggetto che si limiti ad accompagnare il paziente irreversibile nel luogo in cui altri hanno predisposto il trattamento diretto a determinare la morte: per approfondimenti, R. Bartoli, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 8 aprile 2019, 11.

direttamente invitato il Parlamento ad attivarsi per modificare l'attuale disciplina, che «ancor più all'esito della legge n. 219 del 2017, non appare in linea con il dettato costituzionale e, al fine di evitare che la norma impugnata «possa trovare, *in parte qua*, applicazione *medio tempore*, lasciando però, pur sempre, al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità», ha rinviato «il giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela»¹³⁴.

La motivazione lascia trasparire la 'cattiva coscienza' della Consulta nelle parti della motivazione in cui essa ripetutamente 'giustifica' l'originale modalità decisoria adottata, spiegandola anche con l'intento di «lasciare al legislatore, in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale [...] le scelte in tema di bilanciamento tra valori di primario rilievo; evitando, al contempo, un duplice deprecabile effetto: da un lato, che la disposizione impugnata continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili; dall'altro, che vengano scongiurati vuoti di tutela di valori, anch'essi, costituzionalmente rilevanti»¹³⁵.

L'eccessiva discrezionalità che la Corte si è in tal modo attribuita pone delicate questioni inerenti alle nuove relazioni che vanno instaurandosi tra i poteri dello stato; la Consulta, che tendeva a dialogare più con il giudice, chiedendogli di interpretare le leggi in termini conformi a Costituzione, adesso sembra aver scelto come interlocutore principale il legislatore: «Alla base di questa trasformazione sembra esserci, tra l'altro, la progressiva espansione del sindacato di ragionevolezza [...] che ha indotto la Corte anche a un confronto sempre più serrato col legislatore, perché se da un lato si compie sempre di più un sindacato sulle scelte di criminalizzazione, dall'altro lato si pone [...] il problema del rispetto della discrezionalità del legislatore. Infatti, in questo nuovo contesto, il tema più delicato diviene quello delle soluzioni di disciplina che conseguono nell'ipotesi in cui sia accolta la questione di legittimità»¹³⁶.

A nostro sommo avviso, nel rispetto dell'art. 134 Cost., la Corte avrebbe potuto pronunciarsi sulla questione di legittimità.

La Consulta, invece, nel decidere nel senso sin qui descritto ha addotto a sostegno del proprio inusuale operato l'opportunità di evitare che la disposizione impugnata continui "a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili": a tal fine, invero, sarebbe stata sufficiente la pronuncia da noi suggerita. Una dichiarazione di

¹³⁴ Corte Cost., ord. n. 207/2018, cit., *Considerato in diritto*, § 11.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ R. Bartoli, *op. ult. cit.*, 14.

parziale illegittimità dell'art. 580 Cp, non ne avrebbe infatti consentito ulteriore applicazione in relazione alla parte della fattispecie astratta dichiarata incostituzionale.

La Corte ha inoltre paventato vuoti di tutela che, invero, non vi sarebbero stati: la declaratoria di parziale illegittimità avrebbe fatto sì che la disposizione continuasse a vivere nei medesimi termini in cui la Consulta auspica che essa vivrà all'esito dell'intervento legislativo.

Il timore, che traspare dalla motivazione, relativo a possibili strumentalizzazioni a cui sono esposti i pazienti irreversibili, seppur fondato, implica la necessità di un'organica, incisiva, condivisa scelta politica, che non si limiti a una repressione penale dei possibili abusi (facile e a costo zero, però inefficace dal punto di vista teleologico), ma adotti, piuttosto, una complessiva strategia fondata anche su prevenzione e sostegno agli ammalati e alle loro famiglie.

La scelta di chiedere al Parlamento di intervenire prima della nuova udienza costituisce logico corollario degli 'equilibrismi' argomentativi della Consulta: in tal modo, però, si finisce paradossalmente per produrre l'effetto che si voleva evitare, invadendo la competenza del legislatore per indurlo ad approvare, entro una data fissata in sentenza, una legge ispirata ai principi dalla Corte indicati in motivazione.

Vero è che soluzioni simili a quella adottata dall'ord. n. 207/2018 sono frequentemente sposate, ad esempio, dalla Corte Edu: i giudici di Strasburgo, però, non hanno il compito di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una disposizione di legge. Vale, in quel caso, il principio di autonomia degli Stati membri. In relazione all'operato della Consulta, invece, vale il rispetto della Costituzione.

8. La vita, come efficacemente osservato, appartiene al suo titolare «e soltanto la sua scelta dovrebbe determinare il suo destino»¹³⁷, ancor più in presenza di patologie irreversibili¹³⁸. L'approdo a un biodiritto penale 'empatico'¹³⁹ vieta infatti ogni

¹³⁷ J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law, Harm to self*, cit., 14. Con diversità di accenti vedi M. Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., il quale, *ivi*, 1003, sottolinea come Feinberg, nell'opera *Harm to Self*, pur dopo aver «ribadito l'autonomia dell'individuo e la libertà di scelta della propria morte, mostra quasi di temere i possibili abusi, affidando alle parole finali del volume una riserva che pare illuminante», affermando che «se l'unica difesa adeguata contro morti involontarie o manipolate di pazienti non consenzienti è la proibizione assoluta dell'eutanasia attiva, allora e solo allora un coerente fautore del liberalismo approva che si continui a vietarla».

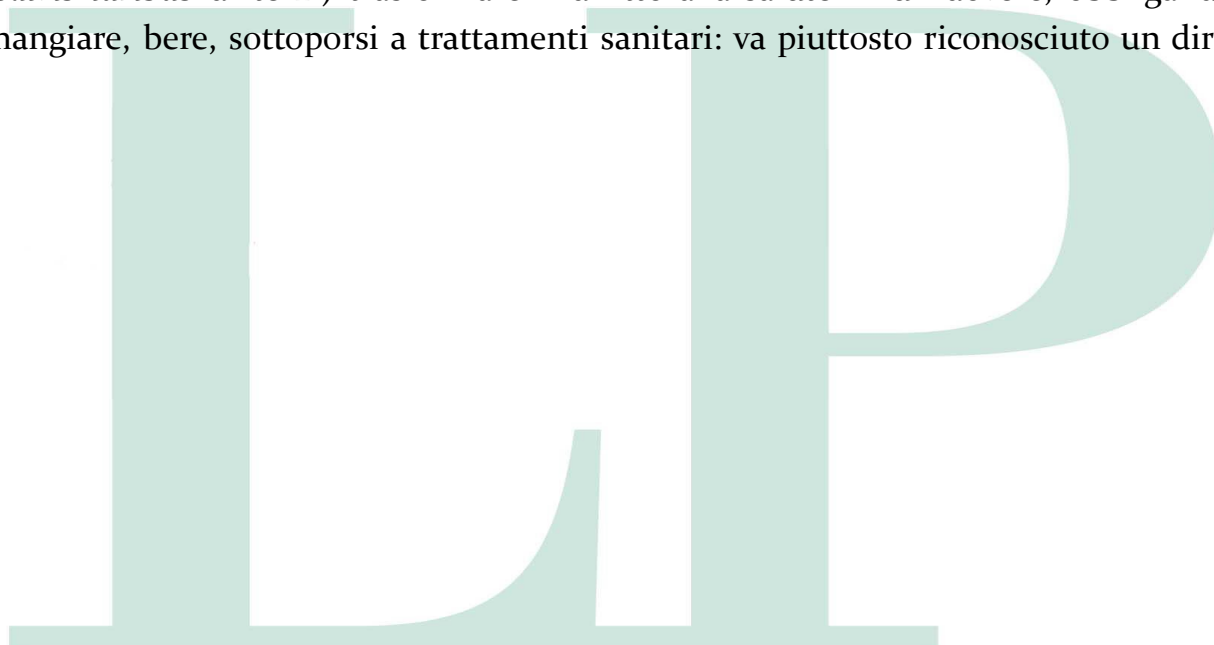
¹³⁸ R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia, e libertà individuale*, trad. it. a cura di S. Maffettone, Milano 1994. 265 s.

¹³⁹ O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino 2009, *passim*.

strumentalizzazione del singolo¹⁴⁰ e il diritto di decidere se sottoporsi o meno a un trattamento sanitario non dovrebbe «cedere a fronte delle istanze di tutela della vita come valore impersonale ed oggettivo»¹⁴¹, in quanto la ragion d'essere dello stato liberale risiede nelle libertà negative non meno che in quelle positive¹⁴².

Delle due, insomma, l'una: «dimostrare l'oggettiva superiorità dei propri valori»¹⁴³ o adottare una prospettiva relativistica che, come *Hans Kelsen* ha contribuito a chiarire¹⁴⁴, è funzionale al «modello di moralità politica, che dovrebbe idealtipicamente prevalere in un'autentica democrazia costituzionale, [anteponendo] al principio maggioritario [quello] secondo cui, nella scelta dei valori etici, ciascun individuo deve poter affidarsi al proprio giudizio»¹⁴⁵, secondo un principio da tempo auspicato, nell'ambito della nostra dottrina, come «stella polare di un'autentica democrazia»¹⁴⁶.

Nella materia indagata, quindi, il canone solidaristico, pur da valorizzare, non può (*salvis iuribus* di terzi) trasformare il diritto alla salute in un dovere, obbligando a mangiare, bere, sottoporsi a trattamenti sanitari: va piuttosto riconosciuto un diritto



¹⁴⁰ Incompatibile con il primato della persona nel nostro assetto ordinamentale: cfr., *ex plurimis*, A. Barbera, *Art. 2 Cost in Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca Bologna-Roma 1975, 50 ss.; P. Borsellino, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano 2018; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 423 ss.

¹⁴¹ F. Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., 2007, 8.

¹⁴² G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 493.

¹⁴³ V. Mura, *Paternalismo e democrazia liberale*, cit., 60.

¹⁴⁴ Cfr. sul punto H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, in ID., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna 1966, 192 ss.

¹⁴⁵ G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 237. Così, inoltre, R. Dworkin, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo di battito politico*, trad. it. a cura di L. Cornalba, Milano 2006, 28.

¹⁴⁶ G. Fiandaca, *op. loc. ult. cit.*

«di morire»¹⁴⁷ o, se si preferisce, «di scegliere come vivere»¹⁴⁸ o, diversamente, con opzione terminologica a nostro avviso preferibile, un diritto di autodeterminazione terapeutica (o clinica, nelle ipotesi in cui, non essendovi speranze di guarigione allo stato della scienza medica ufficiale, i trattamenti sanitari possano unicamente prolungare l'esistenza).

Le proposte definitorie, del resto, divergono nella forma, più che nella sostanza: versiamo, in ogni caso, nel campo dei «diritti infelici ma necessari»¹⁴⁹, la cui disciplina dovrebbe esser volta a garantire il pieno riconoscimento del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica e, attraverso un corretto filtro personalistico nel suo esercizio¹⁵⁰, a tutelare il paziente da possibili strumentalizzazioni ed abusi¹⁵¹.

¹⁴⁷ Ampiamente dibattuto è il tema dell'esistenza o meno di un 'diritto di morire'. Si esprime in senso affermativo, precisando tuttavia di riferirsi, con la locuzione 'diritto di morire', «alla sola *eutanasia passiva consensuale*», in quanto solo essa chiamerebbe in causa «tanto il divieto di accanimento terapeutico quanto il principio di autodeterminazione responsabile ovvero il diritto (...) a non subire trattamenti terapeutici incompatibili con il rispetto della *persona umana*», L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., 32. In senso difforme P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *RassDirCiv*, 1982, 1020 ss., spec. 1045, che esclude l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto di ammalarsi e di lasciarsi morire, in quanto la Costituzione considera la persona «come un valore da preservare e da realizzare anche nel rispetto di sé stessi». Per approfondimenti, *ex plurimis*, F. Botti, *La fine di un lungo viaggio al termine della notte: la legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, in *Biolaw journal*, 2018, 2, 619 ss.; A. D'Aloia, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 237 ss.; F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 74 ss.; Id., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *PD*, 2003, 565 ss.; G. Giusti, *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, Padova 1982, 7 ss.; G. Iadecola, «Diritto di morire» e potestà medica di curare, in *CP*, 1997, 3661 ss.; M. Poltigliatti Barbos, *Diritto a morire*, in *DigDPen*, IV, Torino 1990, 1 ss.; F. Ramacci, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., 213 ss.; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 670 ss.; G. Volpe, *Per una dimensione umana della morte nella medicina e nel diritto*, in *GP*, 1993, 154 ss. Si riferisce non al riconoscimento di un vero e proprio diritto di morire, bensì del più limitato diritto di rifiutare la terapia (anche se già iniziata), G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 234.

¹⁴⁸ G. Cocco, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 488 ss., preferisce riferirsi ad un diritto «relativo a come vivere»: esso, rilevano D. Pulitanò, E. Ceccarelli, *Il lino di lachesis*, cit., 335, è correlato al «dovere dei terzi di rispettare scelte esistenziali che riguardano innanzitutto il come vivere, e il come morire quale aspetto del come vivere».

¹⁴⁹ M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 25 s.

¹⁵⁰ Cfr. S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 670 ss.

¹⁵¹ Per approfondimenti, relativi ai possibili abusi, G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 232; il timore è che venga a determinarsi una preoccupante deriva nel senso dell'esponenziale incremento di morti di persone affette da male incurabile: sul tema dello «*slippery slope argument*» e sui rischi di strumentalizzazioni, cfr. I. Leoncini, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale. Il bene tutelato, il soggetto passivo e l'evento tipico*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino 2016, 57; M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 230 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 7; D. Pulitanò, *Paternalismo penale*, cit., 507; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 716.

Ma anche da discriminazioni.

A tal ultimo riguardo la l. n. 219/2017 non è esenti da profili critici: essa riconosce il diritto di non intraprendere o di interrompere i trattamenti sanitari, ma la persistente vigenza degli articoli 579 e 580 Cp rende penalmente sanzionabili il suicidio assistito e ogni forma di eutanasia attiva consensuale che non si sostanzia nella mera interruzione di un trattamento sanitario attraverso un *facere*.

Ne deriva una potenziale discriminazione tra pazienti irreversibili a seconda che la natura della malattia irreversibile che li affligge conduca, all'esito della mancata attuazione o dell'interruzione dei trattamenti sanitari, a una morte immediata ovvero a un'indesiderata agonia, non quantificabile nella durata.

Lo *status quo* è ben presente alla Consulta, che, secondo scansioni argomentative condivisibili, ha rilevato che «Se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale 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 e 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. Entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive»¹⁵².

Più nello specifico, la Consulta correttamente evidenzia che andrebbero regolamentate le «condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte»¹⁵³.

Quest'ultimo, delicatissimo passaggio della motivazione rafforza quanto evidenziavamo in tema di ingresso 'a fari spenti', ma con prevedibile crescita di intensità, dell'eutanasia attiva nel nostro ordinamento¹⁵⁴: alla considerazione della

¹⁵² Corte cost., ordinanza n. 207/2018, cit., *considerato in diritto* § 10. In tal senso, volendo, prima della pronuncia della Consulta, A. Nappi, *Principio personalistico e 'binomi indissolubili'. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, cit., 214 ss.

¹⁵³ *Ibidem*. Il corsivo è nostro.

¹⁵⁴ Sia consentito rinviare, in tal senso, ad A. Nappi, *op. ult. cit.*, 188 ss.

Corte potrebbe obiettarsi che, per ridurre la sofferenza del paziente, sarebbe sufficiente ricorrere alla sedazione profonda continua, correlata al rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale. Il paziente irreversibile sarebbe però costretto, in tal modo, a rimanere in vita, solo perché altri ritengono che egli non possa disporre della sua vita.

La Corte costituzionale, in motivazione, presta un'apprezzabile attenzione, oltre che al canone di autodeterminazione, a quello solidaristico e, in particolare, all'esigenza di proteggere le *persone più vulnerabili*, ancor più in quanto «i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze sono solitamente ascrivibili a tale categoria di soggetti»¹⁵⁵. La solidarietà, nella condivisibile prospettiva della Consulta, dovrebbe tradursi, fra l'altro, nell'adozione di «opportune cautele affinché [...] l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, ad offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza»¹⁵⁶.

Un impegno volto a non trascurare l'aspetto della solidarietà dovrebbe, a nostro avviso, tradursi nell'adozione di misure volte a evitare due opposti rischi: da un lato, rendere l'autodeterminazione terapeutico/clinica un sostanziale privilegio per ricchi; dall'altro, trasformarla in spada di Damocle che penda sul capo di ogni infermo che versi in condizioni di povertà.

Esiti del primo tipo conseguirebbero a opzioni che sancissero l'assoluta indisponibilità del bene vita, trasformando il curarsi in 'dovere' e rendendo quindi l'autodeterminazione un diritto attribuito 'per censo', riservato a chi possieda mezzi economici e sostegno per recarsi in Stati che, come nel caso di Antoniani, consentano forme di morte pietosa. Coloro che non ne hanno la possibilità, dovrebbero, nolenti, continuare a vivere.

Andrebbe però evitato anche il secondo ordine di pericoli che evidenziavamo: aprire ad una prassi di 'morte dei poveri' che costituirebbe l'inevitabile frutto di pratiche sanitarie fondate non su una autentica ed empatica alleanza terapeutica, bensì su una fredda e burocratica concezione del rapporto tra medico e paziente, che lasciasse quest'ultimo solo, nella drammaticità della sua condizione, che lo renderebbe ancor più vulnerabile se privo di mezzi economici.

9. Il tema che fa da sfondo agli argomenti sinora trattati è la concezione del vivere come diritto spettante a ogni persona *ab origine*, a prescindere da un eteronomo

¹⁵⁵ Corte Cost., Ordinanza n. 207/2018, cit., *Considerato in diritto*, § 10.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

riconoscimento¹⁵⁷ : l'ossimoro paternalistico del diritto indisponibile «per il soddisfacimento di interessi collettivo-solidaristici»¹⁵⁸, non è infatti conciliabile con un ordinamento democratico fondato sul primato della persona.

Questo primato deve essere incanalato nel canone solidaristico, che impedisce allo Stato di fornire indiscriminata assistenza nel morire.

Tuttavia, in presenza di una patologia irreversibile, la comprensibile tendenza a riconoscere il diritto individuale all'autodeterminazione terapeutico/clinica, pone, tra le innumerevoli questioni, anche quella dell'inquadramento dommatico della condotta del medico che, in attuazione di quel diritto, non intraprenda o interrompa trattamenti sanitari salvavita: si ritiene, comunemente, che essa sia tipica ex art. 579 Cp, ma scriminata ex art. 32, 2° co., Cost., nonché ex art. 51 Cp¹⁵⁹ e, oggi, ex art. 1, 6° co., l. n. 219/2017¹⁶⁰.

A nostro avviso, ove penalmente tipica, la condotta del medico lo sarebbe (in virtù della previsione dell'art. 579, 3° co., n. 2), non ex art. 579 Cp, bensì ex art. 575 Cp, essendo punita dal codice Rocco (seppur, a volte, opportunamente superato dal diritto vivente¹⁶¹) a titolo di omicidio 'volontario' e non 'del consenziente'¹⁶².

Ma, a prescindere da questo aspetto, potrebbe compiersi un passo ulteriore.

A mancare, infatti, nella prospettiva qui accolta, è la stessa tipicità penale: il combinato disposto dei commi 1° e 6° dell'art. 1, l. n. 219/2017 (tardivi 'figli normativi' dell'art. 32, 2° co., Cost.), comporta per il medico l'obbligo di attuare l'autodeterminazione del paziente, anche se diretta a non intraprendere o interrompere trattamenti sanitari salvavita.

Ebbene, il principio di non contraddizione dell'ordinamento impedisce di obbligare il personale sanitario a tenere una condotta penalmente tipica: si giungerebbe, diversamente, al paradossale effetto di rendere obbligatorio il

¹⁵⁷ S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 50.

¹⁵⁸ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., 271.

¹⁵⁹ Così G.u.p. Trib. Roma 23 luglio 2007, in *FI*, 2008, II, 105, nonché *CP*, 2008, 1791, con nota di C. Cupelli, *Il «diritto» del paziente (di rifiutare) e il «dovere» del medico (di non perseverare)*.

¹⁶⁰ Cfr., sul punto, le riflessioni di R. Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, cit., 101: l'Autore rileva inoltre che nella vicenda Welby il Gup, Trib. Roma, 23.7.2007, nel giudicare la disconnessione del ventilatore polmonare che lo teneva in vita e la somministrazione di sedativi per accompagnarne il decesso, aveva ritenuto sussistente il fatto tipico di omicidio del consenziente, tuttavia scriminato, ex art. 32, 2° co., Cost., dall'adempimento del dovere terapeutico.

Tipico, invece, ex art. 575 Cp, è stato ritenuto il fatto nel caso Englaro: in tal senso si è pronunciato il Gup, Trib. Udine: per approfondimenti cfr. C. Cupelli, *Consenso informato*, cit., 266; F. Mantovani, voce *Eutanasia*, cit., p. 427; A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2018, 126; F. Viganò, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, cit., p. 1035 ss.

¹⁶¹ Cfr. R. Bartoli, *Ragionevolezza e offensività*, cit., 98 s.

¹⁶² Per approfondimenti vedi *supra* § 3.

compimento del fatto tipico (ex art. 575 Cp o ex art. 579 Cp) di omicidio, confidando nella circostanza che il giudice lo riterrà poi scriminato.

L'art. 51 Cp, inoltre, non dovrebbe venire in considerazione in queste ipotesi: esso, infatti, opera solo allorché l'adempimento del dovere comporti la lesione, nolente il titolare, di un diritto altrui.

Sussistendo invece, come nelle ipotesi considerate, il valido consenso del titolare del diritto, esso opererà con efficacia scriminante ex art. 50 Cp, in una fase antecedente a quella in cui rileverebbe l'art. 51 Cp: l'operatività di quest'ultima disposizione, per quanto qui interessa (ossia nella parte in cui scrimina l'adempimento di un dovere), è subordinata alla mancanza del valido consenso del titolare del diritto alla sua lesione. Ove, invece, questo consenso sussista, l'operatività dell'art. 51 Cp è 'neutralizzata' dall'applicazione del principio del consenso dell'avente diritto: non è un caso, del resto, che il codice Rocco disciplini l'adempimento del dovere successivamente al consenso dell'avente diritto.

Nonostante la fondamentale rilevanza della vita¹⁶³, il valido consenso dell'avente diritto comporta infatti il venir meno, in senso teleologico, dell'offesa che, negli ordinamenti democratici, dovrebbe esser valutata dal titolare dei beni lesi, salvo voler aderire alla paternalistica impostazione che attribuisce allo Stato la potestà di definire offensiva una condotta che il titolare del diritto 'offeso' non consideri tale¹⁶⁴.

Ragionando in termini di fattispecie oggettiva, quindi, l'esercizio in senso negativo del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica¹⁶⁵ comporta, a nostro avviso, il venir meno di un'offesa e, con essa, della tipicità¹⁶⁶.

¹⁶³ Sulla rilevanza del bene vita, sia pur pur «"sfilacciata" ai bordi e resa più incerta allorché si tocchino le estremità degli esordi e del termine dell'esistenza», cfr. A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 6 s.

¹⁶⁴ Dalla carenza di un'offesa deriva che eventuali fattispecie incriminatrici avrebbero, in queste ipotesi, come oggetto di tutela, inammissibilmente, non il bene leso, bensì la procedura violata. Per approfondimenti, S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 202 ss.; F. Palazzo, *Persona* (delitti contro la), cit., 294 ss. Si rinvia inoltre a S. Moccia, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *RIDPP*, 1995, 343 ss.; M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *RIDPP*, 2007, 1269 ss.

¹⁶⁵ C. Roxin, *Sul consenso presumibile*, cit., 151 ss.; A. Vallini, *Lasciar morire, lasciarsi morire*, cit., 539 ss.; M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 52.

¹⁶⁶ Cfr., su questo tema, C. Roxin, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. Traducción de M.C. Meliá. en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2013, 15-01, 01:1-01:27, consultabile in www.criminet.ugr.es. Si rinvia inoltre a G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, *passim*.

Queste considerazioni si pongono in linea con i rilievi della dottrina che ha elaborato la concezione realistica del reato¹⁶⁷, teorizzando che, mancando l'offesa, venga meno la tipicità, e questa riflessione non può esser di certo limitata ai reati bagatellari, come il furto di un acino d'uva o di un chiodo arrugginito. Essa opera, infatti, anche in relazione a fattispecie la cui pregnanza valoriale è di livello massimo, come quelle qui considerate: ciò vale, quindi, in presenza di irreversibilità della patologia, anche per l'omicidio del consenziente e per l'aiuto al suicidio¹⁶⁸.

Ogni fattispecie astratta, in altri termini, fissa la struttura tipica in un'accezione statica, idonea a "fermare" un modello ma incapace di scontare la specificità della dimensione storica, che emerge unicamente in sede di concreta valutazione della lesività¹⁶⁹.

Il valido consenso dell'avente diritto, volendo spingere oltre il nostro ragionamento, elide il disvalore della condotta unitamente a quello dell'evento e comporta il venir meno della tipicità¹⁷⁰: l'art. 50 Cp, a dispetto della collocazione sistematica adottata dal vigente codice penale, presiede infatti a un conflitto "interno", intercorrente cioè tra interessi appartenenti al medesimo titolare e non assolve, quindi, alla funzione politico-criminale delle scriminanti, che risiede invece nella risoluzione

¹⁶⁷ Per una compiuta elaborazione, cfr. C. Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, *passim*. Per approfondimenti, sia pure con diversità di accenti, *ex multis*, F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, XIX, Torino 1974, spec. 65 ss.; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, III, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino 2003, 92 ss.; G. Neppi Modona, *Reato impossibile*, in *DigDPen*, Torino 1996, 259 ss. *Contra*, per tutti, F. Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *RIDPP*, 1973, 3 ss.

¹⁶⁸ Condivisibilmente, quindi, con specifico riferimento all'art. 580 Cp, nell'ambito del procedimento penale a carico di Cappato, la giurisprudenza di merito ha escluso l'offensività della condotta agevolatrice, non «lesiva del bene giuridico tutelato» e integrante, piuttosto, un mero strumento al servizio del diritto di autodeterminazione del paziente: così Corte Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, Cappato, *cit.*, 14.

¹⁶⁹ F. Bricola, *op. ult. cit.*, 67.

¹⁷⁰ Secondo l'opinione largamente maggioritaria, invece, il consenso escluderebbe lo stesso fatto tipico solo ove la fattispecie incriminatrice preveda esplicitamente o implicitamente il dissenso del soggetto passivo quale elemento costitutivo del reato; nelle altre ipotesi esso costituirebbe una causa di giustificazione, fondata sulla mancanza di interesse dello Stato alla risposta punitiva, conseguente alla rinuncia del titolare del bene stesso alla sua tutela: per approfondimenti, D. Falcinelli, *op. cit.*, 292 s. Rileviamo qui incidentalmente che il consenso, nella disciplina vigente, in talune fattispecie criminose è espressamente qualificato come fattore incidente sulla tipicità, in termini positivi (si pensi al reato di usura, ove la vittima acconsente col *pactum* usurario alla corresponsione dei consecutivi e correlati interessi) o negativi (come nel delitto di violazione di domicilio, nel quale la "contraria volontà, espressa o tacita" del titolare del diritto è espressamente menzionata quale elemento costitutivo della tipicità). Pur ove non richiamato nella descrizione del tipo di reato, il consenso dell'avente diritto costituisce, secondo la disciplina della parte generale del codice Rocco, una causa di giustificazione (*ex art. 50 Cp*).

di conflitti “esterni”, ossia nel bilanciamento tra interessi appartenenti a titolari diversi¹⁷¹.

Solo nel consenso dell’avente diritto, quindi, tra le figure dal codice Rocco disciplinate come scriminanti, gli interessi tra i quali operare un bilanciamento appartengono al medesimo titolare.

Queste considerazioni ne sottendono un’altra, che non può qui esser taciuta: il biodiritto, negli ambiti della vita prenatale, è chiamato a operare un bilanciamento tra interessi che appartengono a soggettività diverse: l’embrione (e non solo) e gli aspiranti genitori nella procreazione medicalmente assistita; la gestante e il feto nell’interruzione volontaria di gravidanza.

Nella materia indagata, invece, gli interessi da bilanciare appartengono alla medesima persona e ciò rappresenta una caratteristica ‘eccentrica’ rispetto agli ambiti del biodiritto di ‘vita prenatale’ ma anche rispetto alla funzione politico criminale delle cause di giustificazione, in quanto l’omicidio del consenziente e il suicidio medicalmente assistito non danno luogo a una contrapposizione tra diversi titolari di diritti in conflitto.

Potrebbe opinarsi diversamente solo considerando lo Stato (o, in prospettiva confessionale, un’entità sovranaturale) titolare originario di ogni diritto individuale e, in quanto tale, legittimato a contrapporsi alle valutazioni del singolo, degradato a mero concessionario (persino del diritto alla propria vita), al quale sarebbe inibito (per un vincolo di indisponibilità, di fonte eteronoma) il libero bilanciamento tra propri personalissimi diritti. In ottica pluralistica, invece, viene meno ogni prospettiva che delinei, in questa materia, una inammissibile contrapposizione tra Stato e singolo: la persona opera un bilanciamento tra due beni “originariamente propri” e la sua valutazione, espressa attraverso il consenso valido e informato, comporta il venir meno dell’offesa.

Anche la sussistenza della fattispecie soggettiva è a nostro avviso revocabile in dubbio: la condotta del medico che attui l’autodeterminazione terapeutico/clinica del paziente irreversibile, ha come oggetto di rappresentazione e volizione la fine dell’esistenza di chi, nel rispetto della legge, in tal senso si sia determinato.

Sostenere, invece, che sia presente la fattispecie soggettiva ‘strettamente omicidiaria’ comporta il ritenere parimenti tipiche (sia pur dotate di differente disvalore) la condotta di chi uccida un soggetto perfettamente sano, magari appena divenuto maggiorenne che, per una delusione d’amore, chieda a un amico di por fine

¹⁷¹ Per approfondimenti sui profili problematici del consenso dell’avente diritto, cfr., *ex plurimis*, F. Profili *problematici del consenso dell’avente diritto*, Milano 1995, 30 ss.; Giov. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 341 ss.; M. Romano, *Art. 50*, cit., 442; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, cit., *passim*; F. Viganò, *Art. 50*, cit., 508 ss.

alla propria esistenza e quella di chi, appartenente al personale sanitario (e non 'chiunque' come previsto sia dall'art. 579 che dall'art. 580 Cp), attui, come gli impone la legge, la determinazione terapeutico/clinica dell'interessato.

Una soluzione, questa, dissonante con la fattispecie concreta per come essa si manifesta nella realtà, ma anche con gli insegnamenti della teoria finalistica che attribuisce anche all'elemento psicologico il compito di scolpire la tipicità¹⁷²: non ci sembra che possa dirsi tipica, anche sotto questo profilo, la condotta del medico che, nel rispetto della legge, non intraprenda o interrompa un trattamento sanitario salvavita.

Ciò vale, *a fortiori*, sia dal punto di vista assiologico che da quello della comprensibilità del sistema penale al *quisque de populo*: alla luce di quanto sin qui evidenziato, infatti, la soluzione prospettata consentirebbe anche di parlare un linguaggio meglio comprensibile ai destinatari dei precetti penali¹⁷³.

Va aggiunto che, nelle fattispecie indagate, teorizzare la mancanza di tipicità penale della condotta già al momento del suo compimento, consente di prescindere dal problematico ricorso a cause di giustificazione sostanziale o all'enucleazione di nuove categorie dommatiche.

Un diverso, sottile orientamento ritiene preferibile ricorrere, in queste ipotesi, a una scriminante di natura procedurale¹⁷⁴: mentre nella giustificazione sostanziale il bilanciamento tra beni è operata in concreto da un giudice *ex post*, con le inevitabili incertezze connesse all'accertamento giudiziale, la valutazione di non antiggiuridicità in fattispecie proceduralmente giustificate si muoverebbe secondo una prospettiva *ex ante*

¹⁷² Per un'aggiornata rivisitazione, anche comparatistica, del pensiero di Hans Welzel in tema di finalismo penale, si rinvia ai contributi di cui al volume *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007. Tra essi, in particolare, *ivi*, G. Fiandaca, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, 237 ss.; C. Fiore, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica*, 283 ss.; W. Hassemer, *Le «strutture logiche della realtà» in Hans Welzel*, 251 ss.; G. Jakobs, *Significato individuale e significato sociale nel concetto di reato di Hans Welzel*, 221 ss.; G. Marinucci, *Finalismo, responsabilità obbiettiva, oggetto e struttura del dolo*, 179 ss.; S. Moccia, *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la proposta finalistica*, 41 ss.; T. Padovani, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, 199 ss.; C. Roxin, *Pregi e difetti del finalismo. Un bilancio*, 145 ss.; K. Volk, *Che cosa voleva veramente Welzel. Riflessioni su origini e presupposti della sua dottrina*, 163 ss.; E.R. Zaffaroni, *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, 265 ss.

¹⁷³ Sull'importanza della chiarezza del linguaggio utilizzato dalla dottrina cfr. A. Manna, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Crim*, 2013, 389 ss. Cfr. inoltre, *Id.*, *Introduzione alle problematiche relative all'interpretazione nella giustizia penale*, in *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, a cura di *Id.*, Pisa 2016, 23 ss.

¹⁷⁴ Per una brillante, esauriente trattazione di questa materia cfr., di recente, A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, *cit.*, *passim*.

che, già al tempo dell'azione, attribuirebbe carattere di liceità alla condotta lesiva¹⁷⁵. Le scriminanti procedurali opererebbero contestualmente alla realizzazione del tipo di illecito penale e si fonderebbero sull'esigenza di legittimare *ex ante* delle condotte lesive¹⁷⁶, al fine di assicurare, attraverso controlli di natura pubblicistica, il riconoscimento in via anticipata di quel diritto, contribuendo, al contempo, a superare l'incapacità del potere politico di limitare gli eccessivi spazi lasciati alla giurisprudenza dalla concretizzazione *ex post* di cause di giustificazione sostanziale¹⁷⁷.

Nell'ambito della nostra dottrina già da tempo era stato evidenziato che, specie in settori 'eticamente sensibili', il rispetto del carattere pluralistico del nostro ordinamento pone l'esigenza di individuare i presupposti di liceità di condotte che, nel rispetto delle procedure di legge, disciplinino «i riflessi penali delle “attività a rischio etico consentito”»¹⁷⁸.

Condividiamo il richiamo alle garanzie procedurali e all'esigenza di individuare le condizioni di liceità *ex ante* delle condotte volte a rendere effettiva l'attuazione dei diritti in parola.

Ove le condizioni di liceità *ex ante* siano rispettate, però, sarebbe ritenere il fatto atipico: lo suggeriscono, il principio di non contraddizione dell'ordinamento; le descritte carenze della condotta, in termini di offesa e di fattispecie soggettiva; l'assenza, nel consenso dell'avente diritto, di un conflitto 'esterno' di interessi, la cui risoluzione costituisce funzione politico-criminale fondante le cause di giustificazione; l'adozione di una prospettiva volta a privilegiare la comprensibilità del sistema penale ai destinatari dei precetti.

Un'obiezione mossa alla tesi volta a escludere la tipicità è rappresentata dalla parificazione che ne deriverebbe tra le ipotesi considerate e comportamenti innocui, come il fare una passeggiata o il bere un bicchiere d'acqua¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Cfr., sul tema, *ex multis*, M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 27 ss.

¹⁷⁶ Così M. Donini, *op. ult. cit.*, 32.

¹⁷⁷ A. Sessa, *op. cit.*, 140 s.

¹⁷⁸ L. Riscato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., 78.

¹⁷⁹ M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., 1275 s., osserva, in quest'ottica, che le giustificazioni procedurali, offrono il vantaggio di sottolineare che le condotte in questione, non indifferenti per il diritto, come passeggiare o bere un caffè, presentano la caratteristica che il diritto sia tenuto a spiegarne l'esenzione da pena sul piano etico e dommatico.

A nostro sommo avviso il vero nodo che, seguendo questa impostazione, viene posto è quello 'etico', ma il piano morale non va però confuso con quello giuridico: essi possono coincidere, come nel caso dell'omicidio volontario, punito dall'art. 575 Cp e unanimemente ritenuto atto contrario alla morale. I casi di cui ci occupiamo sono tuttavia beni diversi: pur essendo indiscusso il valore della vita, non esiste nella collettività un'unica concezione morale riferita al rapporto tra diritto (o dovere?) di vivere e autodeterminazione terapeutica.

L'osservazione è assiologicamente condivisibile: la morte cagionata *pietatis causa*, *motu proprio* o per mano altrui, non è ovviamente equiparabile a un evento innocuo. A venir meno è infatti la vita, supremo bene ordinamentale¹⁸⁰.

Va tuttavia evidenziato che il compiere una passeggiata o il bere un bicchier d'acqua non sono affatto presi in considerazione dall'ordinamento, poiché non entra in gioco, in quei casi, alcun bene giuridico da contrapporre ad un altro.

Qui, invece, vi è una contrapposizione tra vita e autodeterminazione, e la soluzione del conflitto è affidata al titolare di questi beni.

Non sembra azzardato, quindi, ritenere che persino il venir meno della vita, in determinate circostanze, consegue a condotte penalmente atipiche, rientrando nella tipicità anche l'offesa, la cui valutazione, negli ordinamenti pluralistici, dovrebbe esser lasciata al titolare degli interessi in caso di "conflitto interno", ossia quando gli interessi appartengono al medesimo titolare.

La carenza del fatto tipico porta a un'ulteriore, fondamentale conseguenza, strumentale all'effettività del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica: si consente infatti (al medico che agisca in conformità ai dettami dell'ordinamento) di non attendere l'apertura di un procedimento penale e, all'esito dello stesso, un decreto di archiviazione che segua all'accertamento giudiziale della conformità della sua condotta alle prescrizioni legislative.

Ritenendo invece penalmente tipica la condotta del personale sanitario che attui, nel rispetto della legge, i *desiderata* del paziente, molti medici, verosimilmente, cercherebbero rifugio in strumenti giuridici - finanche in una non 'sentita' obiezione di coscienza - volti a sottrarli alle incertezze connesse all'accertamento giudiziario, intrinsecamente caratterizzato dall'imprevedibilità.

Questi effetti, inoltre, non potrebbero che moltiplicarsi all'esito del primo procedimento che, per qualunque motivo, non si concludesse con un decreto di archiviazione, magari perché un magistrato, con motivazione 'ardita', decidesse di non archiviare il procedimento penale, ritenendo che la vita, bene sacro e inviolabile, sia da tutelare, anche in presenza di patologia irreversibile, persino contro volontà del suo titolare.

La dottrina ha mostrato sensibilità anche a queste considerazioni, nel teorizzare la configurabilità di scriminanti procedurali: anch'esse, però, condurrebbero all'avvio di un procedimento penale.

Il professionista che ha posto in essere una condotta giustificata (sostanzialmente o proceduralmente) sarebbe quindi costretto ad attendere un provvedimento di archiviazione: accogliendo la prospettazione qui proposta, invece, il fatto non sarebbe

¹⁸⁰ Così I. Leoncini, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 3.

penalmente tipico e il medico non sarebbe neanche iscritto nel registro degli indagati, per manifesta infondatezza della *notitia criminis*.

Sarebbe ragionevole, potremmo a questo punto domandarci, aprire un procedimento penale, avente ad oggetto un gravissimo capo di imputazione, a carico di un medico che, alla luce del valido consenso del titolare del diritto e in adesione a obblighi giuridici, abbia non intrapreso o interrotto un trattamento sanitario salvavita?

La rilevanza del bene 'vita' potrebbe condurre a una risposta positiva: si tratterebbe però di una soluzione illogica dal punto di vista teleologico e incomprensibile per l'indagato e per la collettività.

Solo ritenendo la condotta penalmente atipica si eviterebbe l'apertura di un procedimento penale e, quindi, il medico sarebbe meno preoccupato di incorrere in responsabilità penale: ciò favorirebbe l'attuazione del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica.

Un cenno merita anche un'ulteriore obiezione che viene mossa alla teorizzata esclusione della tipicità nelle ipotesi *de quibus*: mentre il fatto scriminato è lecito per l'intero ordinamento, l'atipicità non elide il carattere di antigiusuridicità; dal fatto potrebbero quindi derivare conseguenze *extrapenali*.

Questa obiezione non ci sembra considerare che, appartenendo al medesimo soggetto gli interessi in conflitto, non potrebbe derivare, dalla commissione del fatto, alcuna conseguenza giuridica: gli interessi, pur non collimanti, pertengono infatti al medesimo titolare, il quale non potrebbe giuridicamente agire contro sé stesso.

Possiamo allora affermare, concludendo sul punto, che la dottrina è concorde nell'affermazione del fondamentale valore della vita¹⁸¹.

Nelle ipotesi indagate, quindi, il condivisibile orizzonte di scopo è quello di prevenire il rischio di strumentalizzazioni¹⁸², preservando lo spazio relazionale tra due persone da pericolose negoziazioni o da altre dinamiche che lo compromettano¹⁸³.

Non si esclude, tuttavia, l'ammissibilità di spazi di non punibilità connessi a situazioni del tutto peculiari: in caso di eutanasia e suicidio assistito «una cosa è giustificare un divieto di principio, altra cosa la rigidità del divieto [che non terrebbe conto di estreme ipotesi in cui] la volontà di aventi diritto chieda ascolto e riconoscimento»¹⁸⁴.

Ebbene, per delineare i confini di questi auspicabili spazi di non punibilità, potrebbe enuclearsi un'autonoma fattispecie astratta, volta ad escludere, in ben

¹⁸¹ Si rinvia, in tal senso, *ex plurimis*, a D. Pulitanò, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, G. Forti, L. Eusebi, Napoli 2011, I, 507.

¹⁸² Cfr. in tal senso, *ex multis*, G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 232; D. Pulitanò, *op. ult. cit.*, 507.

¹⁸³ R. Bartoli, *Ragionevolezza e offensività*, cit., 109.

¹⁸⁴ D. Pulitanò, *Paternalismo penale*, cit., 516 s.

determinate ipotesi e nel rispetto di rigorosi presupposti, la tipicità dell'omicidio del consenziente *pietatis causa*, oppure, ove si ritenga preferibile questa diversa prospettiva di riforma, del suicidio medicalmente assistito.

La disposizione, al fine di limitare i rischi di abusi, andrebbe configurata quale reato proprio: la mancanza di tipicità, in presenza di patologie irreversibili allo stato della scienza medica ufficiale, conseguirebbe alle sole condotte del personale sanitario che, nel rispetto della legge, attuasse le pratiche oggi punite a titolo di omicidio del consenziente o, secondo la diversa soluzione prospettabile, di assistenza medica al suicidio.

Questa soluzione andrebbe inquadrata, ovviamente, nel contesto di una disciplina organica, connessa ad una strategia di politica criminale volta a proteggere i pazienti irreversibili dai pericoli di abusi e strumentalizzazioni.

