

QUESITI

FABIO ANTONIO SIENA

L'aiuto a morire tra nuovi diritti e 'soccorso solidale'

A partire dalla L. n. 219/2017 e dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, l'articolo dà una lettura, in chiave penalistica, delle principali questioni intorno al fine-vita e, in particolare, si interroga sulla dinamica delle scriminanti nel rapporto tra autodeterminazione individuale e tutela delle persone vulnerabili. L'analisi critica dell'assetto delineato dalla giurisprudenza costituzionale - anche alla luce del più generale dibattito bioetico e filosofico intorno al suicidio e delle parziali aperture della Corte di Strasburgo - porta ad evidenziare non poche contraddizioni, che si riverberano tanto sulla tutela dei diritti coinvolti, quanto sulla perdurante incertezza dell'area di illiceità penale. La presunzione assoluta di vulnerabilità della persona e l'equiparazione riduzionistica dell'autodeterminazione nella morte con l'autodeterminazione «nella scelta delle cure», che si intravedono nella decisione italiana, sono entrambe, invece, linearmente sconfessate dal BVerfG, che ha dichiarato incostituzionale il §217 StGB. Il saggio si conclude, allora, con la proposta di ampliare la causa di liceità introdotta dalla Consulta verso una più ampia categoria di 'soccorso solidale'.

Assisted death between new rights and 'solidarity aid'

Starting from Law no. 219/2017 on advance healthcare directive and judgment no. 242/2019 of the Constitutional Court, the article deals with the main issues around the end-of-life and medical assisted suicide. It explores the dynamics of the discriminating circumstances provided for by the law, seeking a balance between individual self-determination and the protection of vulnerable people. The critical analysis of constitutional jurisprudence - also in the light of the more general bioethical and philosophical debate and of ECtHR decisions on art. 8 of the Convention - highlights many contradictions, which reverberate both on the protection of the individual rights involved and on the continuing uncertainty of the area of criminal relevance. The absolute presumption of vulnerability of the person and the reductionist equation of self-determination in death with self-determination "in the choice of treatment", which can be seen in the decision of the Italian Court, are, however, convincingly denied by the BVerfG, which has declared unconstitutional §217 StGB. The essay therefore concludes with the proposal to expand the lawfulness of medically assisted suicide towards a broader category of 'solidarity aid'.

SOMMARIO: 1. Premessa. I reati di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio. Il principio d'intangibilità della vita per mano d'altri. - 2. Autodeterminazione e rifiuto di trattamenti sanitari salva-vita. Fondamento della causa di liceità. - 2.1 (segue) Limiti diretti e indiretti all'ampliamento della scriminante. - 2.2. (segue) Contraddizioni del formalismo procedurale. - 3. Autodeterminazione e suicidio assistito. La "sovranità" sul proprio corpo. - 3.1. (segue) Controdeduzioni. Autonomia e tutela delle persone vulnerabili. - 4. Il caso Cappato. Le contrapposte visioni degli attori in campo. - 4.2. La decisione della Corte Costituzionale. La rilettura del bene giuridico protetto dal reato di aiuto al suicidio. La costruzione di una nuova causa di liceità. - 4.3.1. L'autodeterminazione «nella scelta delle terapie» e l'autodeterminazione nella morte. Il suicidio come libertà negativa e come pretesa giuridica. - 4.3.2. Le rigide "condizioni" imposte dalla Corte. - 4.3.3. L'efficacia temporale differenziata della decisione. - 4.4. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sui "servizi" di suicidio assistito. - 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa. I reati di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio. Il principio d'intangibilità della vita per mano d'altri.* L'esistenza di un diritto a morire dignitosamente è oggetto di una rinnovata attenzione, sorta

intorno al caso Antoniani-Cappato, dopo che la storica pronuncia n. 242 del 2019 della Corte costituzionale¹ ha in parte ridisegnato, e ampliato, il perimetro di liceità del suicidio assistito.

Le pratiche di eutanasia, se non correlate alla mera interruzione di trattamenti sanitari, trovano, infatti, ancora un argine alla loro ammissibilità nel reato di istigazione o aiuto al suicidio e in quello di omicidio del consenziente².

¹ Corte Cost., n. 242 del 2019. Cfr. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Riv. AIC*, n. 4/2019, 314-324; BIN, *“Tanto tuonò che piovve”*. *Pubblicata finalmente la sentenza sull’aiuto al suicidio (“caso Cappato”)*, in *laCostituzione.info*; CANESTRARI, *Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell’art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2019, 4, 2159 ss.; COCCO, *È lecito evitare l’agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 2, 382-402; CUPELLI, *Il parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sist. pen.*, n. 12/2019, 33-55; D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Oss. AIC*, n. 1/2020; DE FRANCESCO, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con ‘l’altro’*, in *Leg. pen.*; DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle “procedure legittimanti l’aiuto a morire imposte da Corte cost. n. 242/2019*, in *Sist. pen.*, ora in D’ALESSANDRO, DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul capo Cappato-Antoniani*, Torino, 2020; FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *Discrimen*, ora in D’ALESSANDRO, DI GIOVINE, *op. cit.*; GENTILE, *Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)*, in questa *Rivista*, n. 3/2018; GIUNTA, *L’insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *Discrimen*; MANNA, *Convinzioni etico-religiose e principio di laicità. Riflessioni conclusive, con particolare riferimento alla pronuncia della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Dir. pen. glob.*; ID., *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *Discrimen*; PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi “storica”?*, in *Pol. dir.*, 2020, 1, 3-14; ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sist. pen.*; ID., *Istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia dopo le pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 1793 ss.; RISICATO, *La consulta e il suicidio assistito. L’autodeterminazione “innuda” luga lo spettro delle chine scivolose*, in *Leg. pen.*; RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*; VALLINI, *Il fine vita come spazio libero dal diritto penale*, in *Riv. Biodir.*, n. 1/2020, 208-214; ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Leg. pen.*

² In dottrina BERTOLINO, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. pen.*, XIV, 1999, 113 ss.; LEONCINI, *I reati contro la vita con la partecipazione della vittima*, in FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, II ed., Torino, 2016, 63-74; MANNA, *Art. 579-580. Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l’eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, vol. I, Torino, 2007; MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell’eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 448 ss.; ID., *Eutanasia*, in *Dig. pen.*, IV, 1990, 422 ss.; MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, 1995; RONCO, *Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio*, in *Critica pen.*, 2000, 1, 93 ss.; ID., *Eutanasia*, in *Dig. pen.*, I agg., 2010, 226 ss.; STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1, 107 ss.

In linea con la visione panpubblicistica che guidava i compilatori del Codice, l'intervento penale in questo campo era in origine animato da una concezione della vita come bene assolutamente indisponibile *manu aliena*, senza la previsione di temperamenti o eccezioni di alcun genere (previsti oggi, invece, in molti paesi dove esiste un'apposita regolamentazione del fenomeno³).

Come si evidenzierà meglio più avanti⁴, la legittimità dell'impostazione 'paternalistica' (che affianca al diritto alla vita un dovere di vivere) è seriamente messa in discussione dal principio di autodeterminazione personale. Il diritto di rifiutare le cure o di chiederne l'interruzione è solo una delle espressioni di questo principio, che ha una portata espansiva potenzialmente ben più ampia. La Consulta, muovendo dal particolare al generale, ha costruito 'per analogia' una nuova causa di liceità del fatto, in rapporto a situazioni estreme di sofferenza della persona. D'altra parte, il problema di fondo è lo stesso con cui la Corte si è confrontata in altri settori eticamente sensibili, come quello della prostituzione (peraltro con esiti contrapposti⁵): la ricerca di un ragionevole

³ Così, ad esempio, gli art. 293 e 294 del codice penale olandese, che sanzionano l'eutanasia consensuale e l'istigazione al suicidio, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 137 del 10 aprile 2001 non trovano applicazione laddove la condotta sia posta in essere dal medico con adeguate cautele in ordine alla ponderatezza della scelta e dopo aver consultato altro medico indipendente chiamato ad esprimere una opinione scritta. In Belgio, invece, la legge del 28 maggio 2002 richiede che il paziente versi in una situazione di malattia irreversibile e patisca un'insopportabile sofferenza psichica o fisica; che questi esprima la sua volontà per iscritto in presenza di due testimoni, almeno uno dei quali non sia portatore di alcun interesse concorrente; che vi sia il parere di altro medico indipendente anche dal paziente. Anche il Lussemburgo ha previsto un'ampia decriminalizzazione con la legge del 16 marzo 2009 *sur l'euthanasie et l'assistance au suicide*. In Svizzera, l'art.115 del codice penale punisce l'aiuto al suicidio solo se commesso per motivi egoistici. Per ulteriori riferimenti in chiave comparata MANNA, *Art. 579-580*, cit., 58 ss. e DONINI, *La necessità di diritti infelici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, 555-581; FORNASARI, PICOTTI, VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova, 2019.

⁴ V. *infra* par. 3.

⁵ Da ultimo il tema è emerso in relazione alla legge n. 75 del 20 febbraio 1958 (c.d. Legge Merlin), che incrimina le condotte di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione. Le fattispecie sono state rimesse alla Corte Costituzionale nel noto caso Tarantini con ordinanza della Corte di Appello di Bari, del 6 febbraio 2018, in *Dir. pen. cont.*. La Corte ha rigettato la questione, in particolare partendo da un'interpretazione della dignità della persona in senso oggettivo con la sentenza n. 141 2019 e, su altra q.l.c. sollevata dal G.U.P. di Reggio Emilia, con sentenza n. 278 del 2019. In argomento, in senso critico, CADOPPI, *La consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione. Verso una legittimazione del moralismo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 12, 1653 ss.; MANNA, DE LIA, *Convinzioni etico-religiose e principio di laicità*, in *Dir. pen. glob.*; MANNA, GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale origine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale*, in ID. (a cura di), *Dal diritto vigente al diritto vivente. Casi, problemi e soluzioni*, Roma, 2018, 58-81; SERENI, *Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia. La valenza post-ideologica dell'autoresponsabilità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 1-2, 205-251. Per una diversa valutazione RISICATO, *La consulta e il suicidio assistito*, cit., 3, secondo cui «La contraddizione, in realtà, è in questo caso soltanto apparente: il "grado zero" della dignità umana non può che avere un nucleo oggettivo, che lambisce il divieto di strumentalizzazione e

equilibrio tra il pieno riconoscimento dell'autonomia dell'individuo e la tutela delle persone vulnerabili. Gli effetti della sentenza, tuttavia, sono ancora tutti da ponderare, non tanto per le conseguenze immediate della pronuncia, quanto piuttosto per l'affermazione di principio a monte, che apre una breccia nell'intero impianto codicistico, scuotendone le fondamenta. Esiti dirimenti, questi, che possono vedersi in Germania, con maggior chiarezza, nella recente presa di posizione del *Bundesverfassungsgericht*⁶ sul suicidio assistito, che si fonda espressamente sull'esistenza di un diritto a morire⁷. Cominciamo, in ogni caso, dal punto di partenza 'obbligato' per ogni ulteriore riflessione: il rifiuto di trattamenti sanitari salva-vita.

2. *Autodeterminazione e rifiuto di trattamenti sanitari salva-vita. Fondamento della causa di liceità.* La legge n. 219 del 2017 riconosce espressamente che «ogni persona capace di agire ha il *diritto* di rifiutare [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario»; precisa che il rifiuto e la revoca del consenso possono riguardare «trattamenti necessari alla propria sopravvivenza» e che «il medico è *tenuto* a rispettare la volontà espressa dal paziente» (con la specificazione che «in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale»)⁸.

L'interruzione può essere chiesta anche in previsione di una futura ipotetica situazione di incoscienza o incapacità, grazie agli istituti delle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4) e della pianificazione condivisa delle cure (art. 5), con l'intervento di un fiduciario. Si tratta dell'esercizio del medesimo diritto

mercificazione della persona, ma sfuma verso comotazioni personalistiche quando lambisce la materia intima della scelta delle interferenze esterne su un corpo martoriato».

⁶ Si tratta della sentenza BVerfG, 2 BvR 2347/15, del 26 febbraio 2020 -, su cui *infra* par. 4.4.

⁷ Si veda pure da ultimo la legge spagnola del 18 marzo 2021 che disciplina il suicidio assistito, su cui LAZZERI, *Dum Romae (non) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia attiva*, in *Sist. pen.*

⁸ Enfasi aggiunta. Sulla portata dell'innovazione legislativa cfr. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018; CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante 'norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento')*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 3, 975 ss.; DI MASI, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. dir. comp.*, 2018, 3; DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale. Dagli schenii astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 7, 913 ss.; FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, 7-8, 2302 ss.; PICIOCCHI, *Uno sguardo comparato alla disciplina giuridica delle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 3, 979 ss.; RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2019, 1, 43 ss.; ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *laCostituzione.info*; ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Riv. resp. med.*

to, rivolto al futuro, benché sottoposto a particolari condizioni formali⁹. L'interruzione può essere ottenuta, inoltre, anche dai minori e dagli incapaci (art. 3), valorizzando al massimo la loro volontà, ma con l'adesione del tutore legale¹⁰.

La legge, figlia di un lungo *iter* parlamentare, fornisce una disciplina organica a principi in larga misura entrati da tempo nel bagaglio culturale di giudici e operatori sanitari, oltre che già riconosciuti in diverse disposizioni di legge¹¹ e trattati internazionali ratificati dall'Italia¹², che hanno spianato la strada alla sua approvazione¹³.

⁹ Sulle disposizioni anticipate di trattamento nel dibattito bioetico cfr. CANTOR, *Advance Directives and the Pursuit of Death with Dignity*, Bloomington-Indianapolis, 1993, che già alcuni decenni fa sottolineava la necessità di tracciare un parallelismo tra una libertà che andava ormai consolidatasi in capo al soggetto cosciente e la medesima possibile libertà attuabile a mezzo delle direttive anticipate per la persona non più cosciente. V. *ivi*, 1: «While prospective autonomy is not identical to contemporaneous autonomy, they share a common foundation in self-determination [...] The same kind of interests and the same kind of conflicts sometimes surface in the context of advance directives. Analysis of these tensions in the context of contemporaneous decisions can therefore cast light on similar tensions when an advance directive is applied to an incompetent patient». Nella letteratura successiva, OLICK, *Taking Advance Directives Seriously. Prospective Autonomy and Decisions Near the End of Life*, Washington, 2001, 68 il quale, da una parte, sottolinea che «Autonomous persons are holders of future-oriented rights to control treatment decisions [...] failure to honor a directive harms the patient by frustrating and insuring the patient's dignity», dall'altra parte, precise che «The conclusion that advance directives are entitled to a strong presumption of respect presupposes that they embody autonomous choices. Yet being an autonomous person does not mean that all of one's action also are autonomous. To determine whether any particular advance directive may not be entitled to the benefit of this presumption, a further account of how we can distinguish autonomous from non-autonomous decisions – that is, how we can distinguish prospectively autonomous advance directives from those that are not – is required».

¹⁰ Tale aspetto ha già superato indenne il vaglio di costituzionalità. Il riferimento è alla questione di legittimità sollevata dal Giudice tutelare di Pavia con ordinanza del 24 marzo 2018, in riferimento ai poteri che la legge riconosce all'amministratore di sostegno. La questione di legittimità è stata respinta in toto da Corte Cost., n. 144 del 2019, annotata da TRAPUZZANO, *Amministrazione di sostegno. Il rifiuto delle cure presuppone l'autorizzazione del giudice tutelare*, in *Quot. giur.*. In argomento da ultimo ROSSI, *L'amministrazione di sostegno e la tutela costituzionale della persona fragile alla fine della vita*, in MONSTERRAT PEREÑA, *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Madrid, 2019, 333-362.

¹¹ La natura volontaria di qualsiasi trattamento terapeutico, al di fuori di delimitate eccezioni stabilite per legge, sorrette da garanzie sostanziali e procedurali rilevanti, era già stata affermata nella L. n. 18 del 13 maggio 1978, all'art. 1, con l'aggiunta che anche gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori «devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato» e ribadita all'art. 33 della L. n. 833 del 23 dicembre 1978.

¹² Nella Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina, ratificata dall'Italia con L. n. 145 del 28 marzo 2001, all'art. 5 si dispone che «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». E nei successivi articoli, l'assoluta rilevanza della libera scelta del paziente, da preservare anche in circostanze in cui non possa essere riconosciuta una piena capacità di intendere o vole-

Il meccanismo previsto dal legislatore opera in parziale deroga alla norma penale, ritagliando una situazione di liceità a favore del medico (costruita secondo il modello delle cause di giustificazione personali¹⁴) che regola il conflitto di doveri tra (i) la protezione della vita delle persone vulnerabili, in atti che non debbono subire alcuna influenza esterna e (ii) la tutela della libera determinazione del paziente, in un contesto medicalizzato, dove il rischio di interferenze è ridotto per l'appunto al minimo.

Quanto ai profili omissivi, invero, l'espresso rifiuto delle cure da parte del paziente fa venir meno l'obbligo di garanzia del medico rispetto al bene vita, così escludendo, già a livello del fatto tipico, una sua responsabilità penale.

La libera volontà espressa dalla persona sopravvanzata, poi, ogni dovere o potere d'intervento con essa contrastante. Manca, quindi, in caso di rifiuto delle cure, una situazione tipica di pericolo da cui può sorgere un obbligo di soc-

re, come nelle situazioni di assoluta incoscienza del malato, emerge chiaramente, laddove si dispone all'art. 6 che «Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità» e ancora all'art. 9 che «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione». Si veda in merito la il documento dal titolo *Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations* approvato il 28 novembre 2013 dal Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa. V. altresì l'art. 3 della Carta di Nizza in cui si legge «Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

¹³ Si segnala, per la rilevanza e l'eco ottenuta, l'iniziativa che intraprese il gruppo di lavoro "Per un diritto gentile" che condusse all'elaborazione di una proposta normativa, reperibile in ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Bioetica*, 2012, 3, 447-450 e, per il testo della proposta, 451-459. V. pure DI MASI, *Relazione di cura, autodeterminazione e fine vita. La proposta di "Un diritto gentile"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 4, 661-673. V. pure le "Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita" presentate al Senato nel corso del convegno di studi "I doveri della medicina. I diritti dei pazienti", Roma, 17 settembre 2015.

¹⁴ Il riferimento è alla distinzione tra circostanze oggettive e soggettive ai sensi dell'art. 119 c.p. operata in MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 287 e 525. Secondo l'A. la distinzione sarebbe di base riconducibile a quella tra scusanti (rientranti nell'art. 119, comma 1 c.p.) e scriminanti (rientranti nel comma 2), ma ciò non varrebbe per le cause di giustificazione definite "personali", tra cui rientrerebbero (i) l'uso legittimo delle armi, che giustifica solo la condotta del p.u. e del privato legalmente richiesto di prestargli assistenza; (ii) l'esecuzione di un ordine illegittimo vincolante, che giustifica il militare che ha eseguito l'ordine, ma non chi l'ha impartito; (iii) le cause di giustificazione previste per gli agenti infiltrati nelle organizzazioni criminali. Contrario a tale adattamento della distinzione MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, ed. V, Padova, 2007, 535. Per Gallo, *Appunti di diritto penale. Il reato. La fattispecie oggettiva*, vol. II/1, Torino, 2007, 262-276 e, ivi, 272 i casi dell'art. 51, comma 2 e dell'art. 54, comma 3 c.p. non costituiscono ipotesi di concorso ed è per tale ragione che ad esse non si applica mai l'estensione prevista dall'art. 119, comma 2 c.p. Egli ritiene che il criterio distintivo discenda dal permanere o meno dell'offesa: se la circostanza elide l'offesa che la norma penale mirava a impedire è oggettiva.

corso ai sensi dell'art. 593 c.p.; nonché manca il pericolo di danno alla persona presupposto dalla scriminante del soccorso di necessità (art. 54 c.p.)¹⁵.

Nel caso in cui il medico interrompa “a richiesta” il trattamento salva-vita, invece, si tratterà di fatto tipico, ma giustificato dall'adempimento di un dovere (la cui fonte è, per l'appunto, nella legge 219/2017).

L'interruzione della cura, naturalisticamente attiva, è equiparata dalla legge, nel suo significato sostanziale, ad una omissione o sospensione delle cure. Si spiega, così, il medesimo trattamento riservato al semplice “mancato intervento” e la differente valutazione riservata ad altre, più penetranti, condotte attive (cioè la somministrazione di un preparato letale), sulle quali si tornerà oltre.

2.1. (segue) *Limiti diretti e indiretti all'ampliamento della scriminante.*

L'interruzione del trattamento curativo realizzata da un soggetto diverso dal medico rimane penalmente illecita, anche nel caso in cui vi sia un chiaro, esplicito e consapevole atto di volontà del malato.

Non si può pervenire ad una diversa lettura facendo genericamente appello al mutato assetto degli interessi sociali o ricorrendo, anche implicitamente, a vaghe e controvertibili concezioni materiali dell'antigiuridicità¹⁶.

¹⁵ Cfr. in tal senso PULITANÒ, *Diritto penale*, ed. VI, Torino, 2015, 269-270, il quale evidenzia il rapporto tra il soccorso di necessità e i doveri di attivarsi discendenti, (i) per tutti i consociati, dalla fattispecie penale di omissione di soccorso; (ii) per gli esercenti talune professioni (come i medici), dalla posizione di garanzia rivestita. L'A. ipotizza che l'autonomia della persona costituisca un limite a tali doveri d'intervento e conclude che «non può essere ammessa una sostituzione della volontà ben intenzionata del soccorritore alla volontà contraria del salvando, di fronte al pericolo di danni futuri inerente a scelte esistenziali liberamente effettuate. Ammettere il soccorso di necessità in prevenzione di possibili esiti autolesivi di scelte personali di vita, significherebbe legittimare l'intrusione coattiva a fini di bene [...] da parte di qualsiasi soggetto possa farlo di fatto ed intenda farlo [...] il rischio è di aprire la strada a un paternalismo autoritario negli stessi rapporti intersoggettivi tra privati». MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 259, ritiene che lo stato di necessità sia escluso rispetto alle attività giuridicamente disciplinate e sottolinea che tale scriminante «operando nonostante il dissenso del soggetto, contrasta con il diritto di autodeterminazione dello stesso e con l'imposizione di trattamenti obbligatori solo per legge». PADOVANI, *Diritto penale*, ed. X, 2012, 37-39, ipotizza che in caso di intervento contro la volontà del soccorso manchi il requisito della costrizione, a meno che non esista uno specifico dovere di soccorso (la tesi deriva da un'impostazione “restrittiva” del soccorso di necessità, in cui la “costrizione” sarebbe configurabile esclusivamente in senso psicologico e, quindi, sarebbe esclusa in caso di assenza di una relazione familiare o affettiva qualificata tra l'agente e il pericolante). V. pure DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni di uno “spazio libero dal diritto”*, in Cass. pen., 2007, 3, 902b ss., per cui «In questo caso non solo è lecita l'azione (o l'omissione) del sanitario, ma è lecito anche l'evento infausto che consegnerà, che non è impedibile mediante “salvataggio” spontaneo (che sarebbe un trattamento coatto e illecito) magari per l'applicazione di una sorta di stato di necessità»; FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro it.*, 1983, II, 235 ss. e, *ivi*, 239-241.

¹⁶ Senza ripercorrere le numerose teorie sostenute dalla dottrina penalistica a sostegno di una concezione materiale dell'antigiuridicità (bilanciamento di interessi, giusto mezzo per giusto scopo, norme di civiltà, ma anche - sulla stessa scia - la teoria dell'adeguatezza sociale dell'azione), basti qui sottolineare

D'altra parte, l'eventuale riferimento al diritto sancito dall'art. 32, comma 2 Cost. è di per sé insufficiente, in quanto un tale diritto non può produrre un effetto scriminante a favore di terzi¹⁷. Per sostenere il contrario bisognerebbe considerare gli artt. 579-580 c.p. fattispecie plurisoggettive e il malato concorrente necessario nel reato, così ottenendo l'estensione del diritto scriminante al terzo (119, comma 2 c.p.)¹⁸. Questa possibilità, però, risulta preclusa all'origine: trattandosi in realtà di reati monosoggettivi con la mera cooperazione della vittima¹⁹.

in senso critico, con PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, ed. IV, Padova, 1966, *passim* che quella di antigiuridicità (intesa come rapporto di contraddizione tra una fatto ed una norma giuridica e di inosservanza tra una condotta e un obbligo giuridico, prima che come elemento strutturale del reato) è una nozione formale, del tutto insensibile alle valutazioni della coscienza sociale se non entro la misura in cui esse sono recepite dal legislatore (pur con la precisazione *ivi*, 115, che «la fedeltà alla norma giuridica non solo non esclude lo sguardo introspettivo nella realtà delle cose, ma lo impone come sua esigenza fondamentale, giacché non si può essere fedeli alla norma se non conoscendola, e non la si conosce se non attraverso una ricostruzione dei motivi umani di ogni genere che ne hanno ispirata la formazione. Realtà, sì, ma quale è stata vista, e come è stata vista dal legislatore, e non altrimenti»). Come chiarisce l'A., l'antigiuridicità realizza sempre e contestualmente «contrarietà alla norma, contrarietà all'obbligo, contrarietà all'interesse protetto» (*ivi*, 14), ove però l'obbligo e l'interesse giuridico non sono altro che la trasposizione soggettiva della norma o, in altri termini, manifestazioni di un comando e di un giudizio di valore che si realizzano nella norma. Anche NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, spec. 28 ss. si rifà ad una simile distinzione quando parla di norma-comando e norma-garanzia e dove precisa che «Quando si parla di limite (oggettivo o soggettivo) della tutela penale ci si riferisce a quell'interesse generico che forma l'oggetto del precetto-base, isolatamente preso. Ma solo dalla configurazione della norma come risultante delle condizioni positive e negative della sua applicabilità, emerge l'interesse penalmente protetto» (così pure NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, 103 ss., 189 ss.). Cfr. in argomento, *ex multis*, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, ed. VIII, Milano, 2003, 243 ss.

¹⁷ Le norme-base dell'aiuto al suicidio e dell'omicidio del consenziente tutelano il bene della vita contro ogni etero-aggressione; il diritto di rifiutare le cure, espressione di un più generale diritto di autodeterminazione personale, non entra necessariamente in contrasto con tale disposizione, in quanto il diritto non può essere trasferito ad altri o esercitato per mano d'altri e non vi sono indicazioni legislative di sorta che autorizzino una tale lettura, ad eccezione per l'appunto del caso in cui la legge attribuisce al medico un dovere funzionale di adeguarsi alla richiesta del paziente. Solo in tal caso esiste una contraddizione tra il precetto-base penale e la norma attributiva di un dovere nei confronti del medico. Nel caso di altri soggetti, invece, una simile contraddizione non esiste.

¹⁸La tesi tradizionale, invero, nega l'applicabilità alla fattispecie plurisoggettiva impropria anche delle disposizioni sul concorso di persone in funzione di disciplina. Così GRISPIGNI, *Il reato plurisoggettivo*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1942, 377 ss., ora in ID., *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, vol. II, Milano, 1950, 220 ss. Parz. *contra* DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 177. Ne ammettono invece l'applicabilità *ex multis* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 507-511; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 539; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 572; GALLO *Appunti di diritto penale. Le forme di manifestazione del reato*, cit., 238-239.

¹⁹Alla base della conclusione sta la distinzione tra fattispecie plurisoggettiva impropria in senso naturalistico e in senso normativo. Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 537 e 540. Conforme MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016; ID., *Reati a con-*

Non è neppure possibile estendere per analogia la scriminante prevista dalla L. 219/2017. L'estensione invero non è preclusa dal principio di tassatività vigente in materia penale²⁰, giacché il dovere costituito in capo al medico deriva da una norma extra-penale, a cui l'art. 51 c.p. semplicemente rinvia²¹.

corso necessario, in *Diritto Online Treccani*, ove precisa che «tutti i reati nei quali uno dei soggetti essenziali per l'esistenza del fatto rivesta il ruolo di titolare dell'interesse tutelato devono a rigore considerarsi di natura monosoggettiva, per l'evidente rapporto di incompatibilità sussistente tra la posizione di soggetto attivo e quella di soggetto passivo del reato»; LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, 237. Già ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 508, con riferimento ai reati di usura, corruzione di minorenni e sfruttamento della prostituzione, precisa che «anzi, a rigore, unicamente a tale sottogruppo si addice la nuova denominazione proposta, giacché nell'altro uno soltanto è il soggetto attivo del reato».

²⁰ Il dibattito si incentra sull'interpretazione delle «leggi penali» e delle leggi «che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi» cui fa riferimento l'art. 14 disp. prel. c.c., nonché sulla nozione di «lacuna» presupposta dall'art. 12 disp. prel. a fondamento dell'analogia. Le opinioni sono, in parte, influenzate dall'orientamento dei vari autori nell'analisi del reato; in parte dal modo di intendere la *ratio* garantista del principio di tassatività in rapporto al principio di certezza del diritto. L'orientamento tradizionale, secondo l'insegnamento di CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, §890, è nel senso che «per analogia non si può estendere la pena da caso a caso; per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa». Così, altresì, PESSINA e ROCCO, il quale ultimo desume la soluzione dalla sua concezione di tutte le norme penali come eccezionali e delle scriminanti come eccezioni alla eccezione (dunque, espressive della regola). Tuttavia, tale lettura è stata sottoposta ad una revisione critica da eminenti esponenti della dottrina penalistica. Cfr. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Padova, 1932, 409; CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 144; PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1955, 134; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 117; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, vol. I, Milano, 1965, 304-306. Quest'ultimo A. sottolinea che «il carattere positivo del risultato cui conduce l'utilizzazione dello strumento analogico *in bonam partem* non deve far dimenticare l'incertezza che connota le fasi attraverso le quali si snoda questo tipo di procedimento ermeneutico, incertezza che non costituisce il modo migliore di garantire il diritto dell'imputato all'affermazione della liceità della propria condotta. Essa, infatti, può condurre ad applicazioni giudiziali difformi ed arbitrarie» e conclude: «una volta ammesso che il requisito della "tassatività" è coesistente alla norma-comando, non si vede come si possa diversamente opinare per le norme che, configurando scriminanti, concorrono, assieme alla norma incriminatrice base ad individuare l'obbligo penalisticamente rilevante». In linea cfr. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, ed. VI a cura di GUERRINI, Torino, 2017, 229 ss.; CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, ed. V, Padova, 2012, 82. Del tutto contrapposta la lettura di alcuni sostenitori della teoria dell'antigiuridicità generica o obbiettiva. V. DELITALA, *Analogia in "bonam partem"*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 605 ss. e, ivi, 608 e 612, il quale, da una parte, nega che le scriminanti possano essere considerate eccezionali; dall'altra, nega che il fondamento garantista del principio sia compatibile con la limitazione proposta, precisando: «Il formalismo legale rappresenta, forse, un vantaggio quando serve a garantire la libertà dei singoli, ma costituisce per certo un danno quando, senza alcuna necessità, conduce a sacrificarla per una malintesa idolatria della legge». In linea MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1190-1240 e, ivi, 1239, secondo il quale, com'è noto, «Non essendo le scriminanti "eccezioni" o "frammenti" delle norme penali, bensì autonome norme non penali dell'intero ordinamento, ne segue pianamente la loro possibile estensione analogica, vietata alle sole norme penali, per le peculiari esigenze garantiste che circondano solo le norme penali». Nello stesso senso FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, ed. VII, Torino, 2014, 121-122. Ma si veda altresì, nello stesso senso, tra i fautori della concezione bipartita, ANTOLISEI, *Manuale di diritto*

La normativa in esame, tuttavia, riguarda uno speciale rapporto giuridico, qual è la relazione tra medico e paziente. Di ostacolo qui all’analogia è dunque il limite di cui all’art. 14 disp. prel. c.c. previsto per le norme a carattere eccezionale²².

Infine, ci si domanda se il terzo possa invocare il soccorso di necessità, almeno nel caso in cui il paziente non sia in grado di interrompere autonomamente il supporto sanitario. Come sostenuto da molti autori, infatti, la “situazione necessitante” può riguardare qualsiasi diritto della personalità²³. Tra essi potrebbe quindi rientrare anche il diritto previsto dall’art. 32 Cost.

La risposta, però, è ancora negativa e l’argomento decisivo discende proprio dalla L. 219/2017. La possibilità infatti di un diverso rimedio azionabile tramite le procedure ivi contemplate *ex lege* fa venir meno i requisiti, nello stato

penale. Parte generale, ed. IX a cura di CONTI, Milano, 1982, 79-83, in quanto ritiene che le norme incriminatrici «più che vere e proprie regole generali, sono imperativi particolari» e le scriminanti «lungi dal costituire deviazioni dalle direttive dell’ordinamento giuridico, sono esse stesse espressioni di principi generali».

²¹ PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, ed. V, Torino, 2013, 368 e 380, ove specifica che «L’effetto giustificante non discende dall’art. 51 c.p., ma direttamente dalla norma attributiva del diritto o impositiva del dovere in virtù del principio della unità dell’ordinamento giuridico». In tal senso anche MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 240 ritiene che quella prevista dall’art. 51 c.p. sia una scriminante «puramente dichiarativa (quindi sostanzialmente inutile) di una realtà già operante nell’unitarietà dell’ordinamento giuridico in forza del principio di non contraddizione», *ratio* su cui vi è ampio consenso in dottrina (si rimanda agli autori ivi citati). Così anche DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 214 secondo cui l’art. 51 c.p. «non può, *natura sui*, non recepire l’intera produzione ermeneutica dei vari settori giuridici dai quali opera, *ab extrinseco*, (anche) sul sistema penale. Una produzione, eventualmente analogica, che il giudice penale è costretto ad utilizzare - in nome dell’unità dell’ordinamento giuridico - quando il titolare del diritto si è avvalso delle sue facoltà giuridiche sino a confliggere con interessi penalmente tutelati».

²² In PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 151-152, con riferimento all’art. 51 c.p. si precisa che non vi sono limiti “penalistici” all’analogia per le disposizioni extra-penali cui esso rinvia, ma restano quelli ordinari. In MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 73-76, tra gli altri, si precisa che l’analogia in senso favorevole al reo, pur ammessa, sia sottoposta ai limiti dell’art. 14 disp. prel. c.c. e della riserva di legge e non consenta di dar vita a delle vere e proprie scriminanti, fuori dall’*eadem ratio* di quelle esistenti.

²³ Cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 413 per cui il danno grave alla persona deve essere inteso «in senso ampio, comprensivo cioè tanto della personalità fisica (vita, incolumità, libertà di movimento) quanto della personalità morale (riservatezza, onore, libertà morale, pudore e libertà sessuale); PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 176 che ritiene «può essere dato anche dall’offesa di qualsiasi “diritto inviolabile dell’uomo” (art. 2 Cost.)»; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 260, secondo cui «comprende non solo i beni della vita e integrità fisica, ma i beni della personalità morale, siano o meno tutelati penalmente (libertà fisica, morale, sessuale, onore, riservatezza)»; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 320-321; CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, 262; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, 447-448; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 263. Per il più risalente orientamento contrario NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 221.

di necessità, della “costrizione”²⁴ e soprattutto della “inevitabilità altrimenti del pericolo”, per lo più inteso quest’ultimo requisito in modo rigoroso, come: «effettiva e totale mancanza di mezzi di difesa diversi»²⁵.

2.2. (*segue*) *Contraddizioni del formalismo procedurale*. La perdurante illiceità dell’interruzione delle cure ove attuata da un terzo, non medico, rivela, tuttavia, una latente contraddizione sotto il profilo degli interessi sostanziali tutelati dalla fattispecie penale²⁶ e quelli espressi dalla nuova disciplina extrapenale della materia.

La L. n. 219/2017 infatti testimonia il rinnovato riconoscimento di una pretesa giuridica del paziente *esercitabile anche “delegando” un altro soggetto*: il dovere del medico è rapportato all’esercizio di un diritto del paziente alla cui attuazione il dovere stesso è preordinato.

Ebbene, se a cooperare con il paziente per consentirgli l’interruzione delle cure sia altro soggetto, sebbene diverso dal medico, la condotta di quest’ultimo è pur sempre strettamente connessa all’esercizio di una facoltà legittima del malato.

²⁴ Del requisito della costrizione viene data da taluni autori una lettura in senso psicologico, anche per trarne l’argomento della natura di mera scusante. Così VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 551 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 334-335 e, in parte PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 177. Sembrano fondate le contro argomentazioni in GALLO, *Appunti di diritto penale. Il reato. La fattispecie oggettiva*, cit., 246-250 per cui, anzitutto, la terminologia («costretto dalla necessità») è la medesima esistente nella legittima difesa; in secondo luogo, a differenza dell’art. 384 c.p., è richiesto il requisito della proporzione. In tal senso, si ritiene per lo più determinante, almeno nel soccorso di necessità, l’assenza di qualsiasi riferimento a un legame di parentela o affezione tra agente e pericolante. Per la causa di giustificazione v. pure FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 317; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 261-262 e NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 197, il quale, però, sottolinea l’impronta utilitaristica della scriminante («si prescinde da valutazioni etiche e si rinvia soltanto al conseguimento del massimo risultato col minor danno») e la differenza con la legittima difesa: qui si tratta di un fatto tollerato, lì di un fatto approvato. Entrambi i profili sono ripresi da MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 258 e 233, che definisce la scriminante come «amorale» e la colloca all’ultimo gradino di una «decescente intensità scriminante»: fatto imposto, permesso, accettato, tollerato.

²⁵ Così NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 197. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 415-416 ritiene che «La diversa struttura dello stato di necessità, in cui non vi è un interesse “qualificato” in quanto aggredito, dovendosi semmai avere una attenzione particolare all’interesse sacrificato in quanto di un terzo estraneo, comporta che il requisito della necessità di salvamento debba essere concepito in termini assoluti».

²⁶ Che qui si intendono come meglio precisato *infra* par. 4.2.

Né i dubbi si diradano richiamando il concetto di scriminante procedurale²⁷. La procedura presuppone pur sempre il riconoscimento di una situazione giuridica sostanziale preesistente²⁸. Anzi, è proprio nella rigida e ‘burocratica’ configurazione dei limiti formali della fattispecie che si annida il germe della contraddizione. Sembra emergere, per questa via, il rischio di uno iato eccessivo tra il poco o pressoché nullo disvalore che potrebbe manifestarsi nel fatto

²⁷La categoria è stata elaborata dalla dottrina penalistica tedesca. Il *Bundesverfassungsgericht* aveva dichiarato incostituzionale il §218a, comma 1 StGB, il quale prevedeva che l’interruzione della gravidanza in caso di rispetto delle condizioni previste dalla legge (c.d. *beratene Lösung* o soluzione previa consultazione) dovesse ritenersi non semplicemente non punibile, bensì “non anti-giuridica”. Tale opzione legislativa, secondo il BVerfG, non può essere adottata in quanto la giustificazione deve presupporre un “diritto migliore” il cui presupposto materiale deve essere accertato dal giudice; BverfGE 88, 203 (1993). L’attuale formulazione del §218 prevede che in caso di rispetto della *beratene Lösung* il fatto di reato “non si realizza”. Partendo dall’opinione dissenziente dei giudici Mahrenholz e Sommer, che si soffermarono sull’importanza dell’elemento di natura procedurale nella *beratene Lösung*, prende le mosse l’elaborazione di HASSEMER, *Prozedurale Rechtsfertigungen*, in *Festschrift fuer G. Mahrenholz*, Baden-Baden, 1994, 731 ss. Secondo l’A. accanto alle cause di giustificazione “sostanziali”, che si fondano su un diritto migliore che prevale su quello violato dalla norma penale e la cui esistenza non può dipendere da una semplice scelta dell’agente, esistono cause di giustificazioni procedurali. Nei casi eticamente sensibili, quali l’interruzione della gravidanza e l’eutanasia, l’ordinamento eccezionalmente non è in grado di decidere *ex ante* quale sia la scelta giusta, benché la scelta sia obbligata, in quanto mancherebbe un “sapere specifico”, e pertanto pone solo le condizioni affinché il soggetto possa operare la scelta giusta. Per questa ricostruzione e rilievi critici alla categoria dogmatica v. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali. Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 4, 1269-1286. Cfr. sul tema DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, spec. 27 ss.; SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dogmatici e di politica criminale*, Napoli, 2018.

²⁸ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., 1285 osservava che la procedura, nonostante il rilievo che essa possa assumere, «resta servente rispetto al rilievo del bene che la legge ritiene nel conflitto prioritario: per sua natura, cioè, non pare in grado di giustificare come tale in via esclusiva». L’A. (*ivi*, 1277), con riferimento alla citata questione dell’interruzione della gravidanza, precisa che il decisivo rilievo dato alla procedura da Hassemer derivi da un «rifiuto di ammettere la preferenza data dall’ordinamento alla posizione della donna nei confronti del nascituro» e, infatti, opinava che «è del tutto vero che nella situazione in questione viene a determinarsi un conflitto tra due beni meritevoli di tutela, senza la possibilità di salvare entrambi; ma non è assolutamente vero, invece, che la legge si rifiuti di decidere per l’uno o per l’altro [...] la legge tedesca attribuisce alla donna il diritto di interrompere la gravidanza». Cfr. pure, da ultimo, benché in parziale disaccordo, DONINI, *Libera nos a malo. Diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, cit., 14. Secondo l’A.: «la procedura – che non scrimina da sola (come alcuni suoi critici hanno erroneamente obiettato) – si basa su presupposti di diritto sostanziale inerenti a diritti della persona (cure, salute, dignità, autodeterminazione, trattamento di fine-vita etc.), e sfocia in un provvedimento che costituisce doveri-poteri in capo a terzi, così assicurando al diritto una piena attuazione giuridica. Essa non crea dunque un diritto, ma lo verifica sussistente *ex ante*, prima della realizzazione del fatto tipico, il quale rimane in essere dopo il compimento della condotta, e non è per questo né approvato, né tantomeno censurato (neppure moralmente) dall’ordinamento, ma semplicemente autorizzato e reso operativo».

concreto di ‘cooperazione’ e il pesante carico sanzionatorio invariabilmente previsto dalla norma penale.

È chiaro che *de iure condito* non è possibile estendere la causa di liceità della L. 217/2019 ad altri soggetti. Cionondimeno, sul piano almeno della dosimetria punitiva, appare irragionevole parificare il caso in cui l’agente dia attuazione al diritto di rifiutare le cure ai casi nei quali il consenso della vittima non esprima lo stesso diritto sostanziale. Sarebbe auspicabile, pertanto, un intervento legislativo che vada nella direzione dell’ampliamento della scriminante o per lo meno della previsione di una circostanza attenuante speciale.

3. *Autodeterminazione e suicidio assistito. La “sovranià” sul proprio corpo.* La questione del suicidio assistito è rimasta fuori peraltro, come è noto, dalla recente legislazione in materia²⁹.

Il corretto inquadramento dei termini del dibattito, partendo dal diritto al rifiuto delle cure, presuppone l’ipotesi di un diritto all’autodeterminazione nella morte, ricavabile dal principio di autonomia della persona in scelte personalissime dal contenuto morale³⁰, che si intreccia, a sua volta, con l’esigenza di ripensare la stessa categoria di “soggetto” alla luce della Costituzione. Qui la

²⁹ Sul riconoscimento normativo di un diritto al suicidio solo in senso negativo (come libertà dalle cure) cfr. le osservazioni di DI MASI, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita*, cit., 114-115, secondo cui «Il diritto di disporre di sé, con la nuova normativa, si estende da una accezione tenue ad una più intensa. Nella prima accezione, il disporre di sé ha finito diacronicamente per designare un diritto che la persona esercita su singole parti o attributi del corpo: gli atti, appunto, di disposizione del corpo (art. 5 c.c.), la disciplina giuridica delle parti staccate del corpo, della donazione degli organi e della sperimentazione clinica ne costituiscono esempi eloquenti. Ma il disporre di sé in senso più intenso arriva oggi a disegnare un diritto di disporre della propria salute e della vita in quanto tale. È questa accezione di disporre di sé, d’altra parte, che fonda la rivendicazione di un diritto di morire con dignità, diritto che può esser inteso a sua volta in senso positivo, come aiuto a procurarsi la morte (c.d. suicidio assistito), o in senso negativo, come rispetto del rifiuto o dell’interruzione del trattamento sanitario da parte del paziente (diritto che è senz’altro costituzionalmente garantito). In questo secondo - limitato - senso, l’autodeterminazione personale, che si estrinseca nella disciplina del consenso informato e delle DAT, arriva nella legge n. 219/2017 a riconoscere un diritto di morire dignitosamente».

³⁰ Esigenza che, ci pare, sia correttamente inquadrata, nel più recente dibattito, da ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio*, cit., 1, il quale rileva come il tema sia stato impropriamente circoscritto e, in particolare, che «l’uso invalso di riferirsi al “fine vita” invece che al “por fine alla propria vita” ha orientato la discussione, come se le questioni che si pongono riguardino solo lo stato della persona la cui morte è imminente» e che «Altra impropria limitazione deriva dal pur rilevante fenomeno dell’allungamento della vita e dello sviluppo della medicina, capace ormai di tenere in vita organismi un tempo naturalmente estinti, con deterioramento della qualità della vita per finali lunghi anni [...] Ma non vi ragione di limitare a ciò che questo fenomeno produce l’area entro la quale si pone la questione della autodeterminazione in ordine alla fine della propria vita».

norma penale viene in discussione quale viatico di una bio-politica paternalistica³¹.

Come è stato autorevolmente sostenuto, il “soggetto giuridico”, nella sua astrazione, è storicamente funzionale al superamento della società divisa in classi e al riconoscimento di uno statuto di diritti eguale per tutti³². Oggi, però, si pone come un ostacolo al superamento delle diseguaglianze: «oculta il volto reale»³³ della condizione umana, confinandola nella «prigione dell’astrattezza»³⁴. Il problema dell’autodeterminazione nelle scelte esistenziali presuppone, però, proprio il superamento di una nozione di soggettività ri-

³¹ Sul tema si rimanda alle pagine di FOUCAULT, *La volontà di sapere. Histoire de la sexualité*, vol. 1, Paris, 1976, trad. it. PASQUINO, PROCACCI, *La volontà di sapere*, Milano, 1988 e, in particolare, 119 ss. L’A. sottolinea in tal senso la trasformazione della politica in bio-politica, che colloca tra il XVII e il XX secolo, «la vecchia potenza della morte in cui simbolizzava il potere sovrano è ora ricoperta accuratamente dall’amministrazione dei corpi e dalla gestione calcolatrice della vita», ivi, 123. La vita e i corpi diventano anzi il fulcro della sovranità e la politica diviene bio-politica: «il fatto di vivere non è più il fondo inaccessibile che emerge solo di tanto in tanto nelle vicende della morte e della sua fatalità; esso passa, almeno in parte, nel campo del controllo del sapere e d’intervento del potere [...] è l’assunzione della vita da parte del potere, più che la minaccia dell’uccisione, che gli dà accesso fino al corpo»; ivi, 126. V. pure ID., *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France (1975-1976)*, Paris, 1997, trad. it. BERTANI, FONTANA, *Bisogna difendere la società*, Milano, 2009. Sulla scia di Foucault, il discorso è ripreso ed essenzialmente rivisitato da G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995. Da ultimo cfr. RABINOW, N. ROSE, *Biopower Today*, in *BioSocieties*, 2006, I, 2, 195-217.

³² Vedi RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 144 in cui l’A. sottolinea che «Attraverso la costruzione del soggetto astratto, infatti, era stato possibile liberare formalmente la persona dalle servitù del cetto, del mestiere, della condizione economica, del sesso, che fondavano la società della gerarchia, della disuguaglianza».

³³ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 140.

³⁴ Sono innegabili il ruolo e il merito del “soggetto astratto” nella cesura storica con gli *status* dell’*ancien régime*, ma esso non può allo stesso modo giustificarsi oggi come mezzo per occultare, dietro una finzione artificiosa o una maschera, i conflitti sociali che si agitano sotto la sua rigida superficie, con quella che è stata descritta come una «visibile operazione di neutralizzazione, che ingenuamente cercava di disinnescare i sempre più roventi conflitti sociali», ID., *Il diritto di avere diritti*, cit., 148. Si veda pure ID., *Antropologia dell’“homo dignus”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 547 ss., in cui si afferma, in modo ancor più chiaro, che «L’invenzione del soggetto di diritto, l’istituzione dell’uomo come soggetto non solo nel mondo giuridico, rimangono fra i grandi esiti della modernità, di cui vanno compresi i caratteri e la funzione storica. Quel che va respinto è un uso politico che ha via via sterilizzato la forza storica e teorica di quell’invenzione, riducendo il soggetto ad uno scheletro che isolava l’individuo, lo separava da ogni contesto, faceva astrazione dalle condizioni materiali.». In tale ottica Rodotà punta il dito sulla circostanza che «proprio alla legge era stata affidata la discriminazione razziale, la definizione dell’*Untermensch*. Era stato fatto cadere lo schermo della capacità giuridica generale, comune a tutti i soggetti e alla quale era stata affidata la forza rinnovatrice dell’eguaglianza formale, e senza ipocrisie e pudori le norme giuridiche operavano esclusioni che portavano brutalmente alla ribalta una natura “inferiore”, che respingeva intere categorie di persone fuori dal cerchio della tutela giuridica, concepita per uomini e non per “sottouomini”.», ID., *La vita e le regole*, cit., 19. V. pure RODOTÀ, *Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto, vol. I, Ambiti e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 169 ss.

dotta alla dimensione economica o biologica³⁵, in cui «prende il sopravvento l'assoggettamento a una norma piuttosto che l'attribuzione di una sovranità»³⁶. Nell'epoca della modernità liquida³⁷ e 'smoralizzata'³⁸, una pluralità di modelli etici si dispongono l'uno contro l'altro nell'agone sociale³⁹. Non spetta al diritto, tuttavia, il compito di imporre una verità etica che prevalga sulle altre.

³⁵ In linea cfr. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 11-12, la quale sostiene che «la tutela penale della vita, in base alle norme attualmente vigenti, inizia dall'aggregazione delle cellule e termina ineluttabilmente con la morte cerebrale dell'organismo: un'area che comprende tanto la zona grigia delle esistenze solo potenziali, ancora prive di tutto ciò che rende uomo un essere vivente, quanto quella delle esistenze ormai virtuali, di chi versi, cioè, nel limbo immobile di un sonno senza ritorno. È legittimo, a questo punto, domandarsi se una protezione così ampia e pignola della vita biologica sia realmente il modo migliore per realizzare quella tutela della dignità umana che, in una significativa serie di varianti, viene individuata come bene giuridico di riferimento tanto nella materia della procreazione assistita che in quella – sinora misconosciuta – del “diritto di morire”». V. pure PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e biodiritto*, Torino, 1996; SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001. Per un confronto sul concetto di persona biogiuridica «forgiata tanto in opposizione alla definizione formalista tipica del giurista, che a quella biologica tipica del medico» v. BAUZON, *Bioetica e persona*, in GIROLAMI (a cura di), *L'educazione alla bioetica in Europa*, Torino, 2011, 35-42 e, *ivi*, 36; ID., *La persona biogiuridica*, Torino, 2005, 11 dove sottolinea la natura della persona come «un mistero che qualsiasi definizione di uno specialista (biologo, filosofo, politico etc. etc.) riduce e mutila».

³⁶ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 168.

³⁷ BAUMAN, *Postmodernity and its Discontents*, New York, 1997; ID., *Liquid Modernity*, 2000, trad. it. di MINUCCI, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011. Per un'analisi critica in favore di una “euristica della paura” e di un'etica orientata alle generazioni future v. JONAS, *Technology as a subject for Ethics*, in *Social Research*, 1982, 891-898; ID., *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Francoforte sul Meno, 1979, trad. it. PORTINARO, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2002. In difesa del principio di casualità e con note critiche sulla nascente ingegneria genetica nel campo della natalità cfr. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Francoforte sul Meno, 2002, trad. it. CEPPEA, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2010. Nel dibattito giuridico cfr. SEVERINO, IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

³⁸ MAZZARELLA, *L'uomo che deve rimanere. La smoralizzazione del mondo*, Macerata, 2017

³⁹ Cfr. DWORKIN, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Londra, 1993, 9 secondo cui «If you believe that the natural investment in a human life is transcendentally important, that the gift of life itself is infinitely more significant than anything the person whose life it is may do for himself, important though that might be, you will also believe that a deliberate, premature death is the greatest frustration of life possible, no matter how limited or cramped or unsuccessful the continued life would be. On the other hand, if you assign much greater relative importance to the human contribution to life's creative value, then you will consider the frustration of that contribution to be a more serious evil, and will accordingly see more point in deciding that life should end before further significant human investment is doomed to frustration». Argomenti favorevoli ad ampi margini di autodeterminazione si trovano, nel pensiero moderno, in HUME, *Of Suicide*, 1783, ora in BEAUCHAMP, VEATCH, (a cura di), *Issues in Death and Dying*, Upper Saddle River, 1996, 121-126, ove così conclude: «If Suicide be supposed a crime, it is only cowardice can impel us to it. If it be no crime, both prudence and courage should engage us to rid ourselves at once of existence, when it becomes a burthen. It is the only way, that we can then be useful to society, by setting an example, which, if imitated, would preserve to everyone his chance for happiness in life, and would effectually free him from all

In altre parole, l'autonomia nelle scelte 'esistenziali' non può soggiacere a interessi esterni alla persona, a meno che ciò non trovi giustificazione nella possibile lesione della sfera di diritti e libertà altrui. Non si può porre, pertanto, un problema di bilanciamento con presunti doveri solidaristici che imporrebbero la conservazione della vita come valore in sé, trascendente la dimensione individuale del bene⁴⁰.

Non può più parlarsi, allora, di indisponibilità della vita, che comprimerebbe *a priori* l'autonomia della persona⁴¹, come espressione di un'etica monistica⁴²

danger of misery». Nel dibattito bioetico contemporaneo, per una lettura *liberal* nel senso di una "quality of life ethic" v. SINGER, *Rethinking Life and Death. The Collapse of Our Traditional Ethics*, New York, 1994 e MCMAHAN, *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*, New York, 2002, 455-492; SZASZ, *Fatal Freedom. The Ethics and Politics of Suicide*, Westport-London, 1999; ID, *Suicide as a Moral Issue*, in *The Freeman*, 1999, 49, 41-42; KAMM, *Physician-Assisted Suicide, Euthanasia, and Intending Death*, in BATTIN ET AL. (a cura di), *Physician-Assisted Suicide. Expanding the Debate*, New York-London, 1998, 28-62; DWORKIN, NAGEL, NOZICK, RAWLS, SCANLON, THOMSON, *Assisted Suicide. The Philosophers's Brief*, in *New York Review of Books*, 1997, 44, 41-47. Per una posizione del tutto più conservatrice, tradizionale è il richiamo a KANT, *Metaphysik der sitten*, 1797, trad. it. LANDOLFI PETRONE, *Metafisica dei costumi*, Milano, 2006, secondo cui «il primo, benché non il più importante, dovere dell'uomo verso sé stesso in relazione alla propria animalità è l'autoconservazione della sua natura animale. Il contrario di questo dovere è la morte fisica volontaria. Annientare il soggetto della morale nella propria persona è come estirpare dal mondo [...] l'esistenza stessa della morale, che pure è un fine in sé. Dunque, disporre di sé stessi come semplice mezzo in vista di un fine qualsiasi significa disprezzare l'umanità nella propria persona (*homo noumenon*), alla quale tuttavia l'uomo (*homo phaenomenon*) era affidato per la propria conservazione». Cfr. per posizioni restrittive SAFRANEK, *Autonomy and Assisted Suicide. The Execution of Freedom*, in *The Hastings Centre Report*, 1998, 4, 32-36; PILPEL, AMSEL, *What is Wrong With Rational Suicide*, in *Philosophia*, 2011, 1, 11-123, nonché le incisive argomentazioni di MAZZARELLA, *Sacralità e vita. Quale etica per la bioetica?*, Napoli, 1998, 27-34. V. pure PESSINA, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Milano, 1999; ID, *Eutanasia. Della morte e di altre cose*, Siena, 2007.

⁴⁰ Sul tema cfr. VIGANÒ, *art. 50*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 1999, 404 secondo cui «i limiti di disponibilità dei beni individuali tenderanno ad espandersi quanto maggiore sia il valore assegnato - in un dato contesto sociale e ordinamentale - all'autodeterminazione individuale, e tenderà correlativamente a restringersi quanto più affiorino, in tale contesto, istanze di tipo paternalistico o - come nel passato regime fascista - di tipo statualistico». Cfr. *contra* BOMPIANI, *Considerazioni sul rifiuto e rinuncia al trattamento sanitario*, in FURNARI, RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Torino, 2010, 17 ove si sostiene comunque che «la cura è un valore che l'individuo deve ricercare e che - di conseguenza - il rifiuto di qualsiasi trattamento sanitario non è un bene né per la persona malata né per la società [...] il paziente, anche se in senso strettamente giuridico non è obbligato a curarsi, riceve però una sollecitazione morale (o se vogliamo un dovere civico) a farlo».

⁴¹ Il riconoscimento di questo principio è da rinvenirsi per Rodotà nell'art. 32 della Costituzione e in particolar modo nel divieto ivi stabilito di prevedere per legge trattamenti sanitari obbligatori che possano violare il limite del «rispetto della persona umana», limite che non ammette alcuna giustificazione o bilanciamento con altri valori costituzionali («in nessun caso»). Per ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 158 ci troveremmo di fronte ad una «rinnovata dichiarazione di *habeas corpus*» la quale «apre la via a una più intensa considerazione dell'autodeterminazione della persona», strettamente collegata al principio personalistico di cui all'art. 2 della Costituzione e al dovere dello Stato di rimuovere

(che si espone a fin troppo facili critiche⁴³). Anche il bene della vita può essere disponibile: espressione della libertà di definire l'identità propria secondo canoni di dignità biografica⁴⁴, come sé autocosciente.

Da qui discende una prima importante conclusione: il suicidio stesso non si atteggia come atto *contra jus* e neppure come atto meramente tollerato dall'ordinamento, bensì come libertà insopprimibile dell'individuo, perché al diritto alla vita non fa da contraltare alcun obbligo di vivere⁴⁵. Sembra questo il

gli ostacoli di fatto che si frappongono al suo pieno sviluppo. L'art. 32 definirebbe, in tale prospettiva, una limitazione del potere statale definitivamente trasferito alla persona, con corrispondente spoliazione del Parlamento di qualsiasi potestà, «il corpo intoccabile diviene presidio di una persona umana alla quale 'in nessun caso' si può mancare di rispetto. Il sovrano democratico, una assemblea costituente, rinnova a tutti i cittadini quella promessa: 'non metteremo la mano su di voi', neppure con lo strumento grazie al quale, in democrazia, si esprime legittimamente la volontà politica della maggioranza, dunque con la legge», *ivi*, 257.

⁴² In argomento cfr. CARACATERRA, *La bioetica e il superamento della logica decisionistica*, in MORI (a cura di), *La bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo. Atti del convegno Politeia (Roma, marzo 1990)*, Milano, 1991, 26-40. *Contra* PESSINA, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, cit., 62-75 e, *ivi*, 68: «La difesa del pluralismo etico esprime in realtà più un'esigenza "politica", cioè quella di salvaguardare la libertà d'espressione dei singoli cittadini, che una concezione etica: non solo, ma quando essa pretende di poter presentare delle soluzioni bioetiche "neutrali", cioè capaci di rispettare tutte le scelte etiche, e quindi la libertà, manifesta già un'opzione per il valore assoluto della libertà del soggetto (pensato schematicamente in termini monadici) che, sia che la si condivida o no, è già essa stessa una precisa concezione etica».

⁴³ In ottica anti-paternalistica cfr. MANNA, GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale origine costituzionale*, cit., 58-81. Nella dottrina penalistica italiana, in argomento CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in FIANDACA, FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, 83 ss.; FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, 6, 227-237. La tecnica utilizzata dal legislatore penale, oltre a costituire un esercizio di paternalismo penale "forte" di matrice autoritaria, travalica i limiti del principio di autoreponsabilità. In argomento SERENI, *Istigazione al reato e auto responsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000.

⁴⁴ La dignità non deve essere intesa, infatti, come un ostacolo all'agire umano ovvero una predeterminazione del rapporto tra l'uomo e sé stesso che rimanda al consenso o all'utilità collettiva o, ancora, ad una qualche forma di autorità morale istituzionalizzata. Una critica condivisibile è mossa da MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 1, 67-103 e, *ivi*, 75 ove si sottolinea che così intesa la dignità «rispecchia l'identità dominante all'interno di un gruppo o di una comunità e così facendo tende a tutelare un modello di "rispettabilità"». Il concetto dignità umana deve essere inteso, piuttosto, come «presidio dell'autonomia in quanto fonte di un corredo di diritti che accompagnano la persona: è il fondamento che dà forza all'autonomia individuale»; cfr. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 45. In tal senso vedi pure MARINI, *Il consenso*, in RODOTÀ, ZATTI, *Trattato*, cit., 361-401 e, *ivi*, 378. V. pure sul tema RESTA, *La dignità*, in RODOTÀ, ZATTI, *Trattato*, cit., 259-296; REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. Pub.*, 2016, 1, 247-306.

⁴⁵ Per una valutazione in termini di diritto positivo riconducibile all'art. 8 Cedu, limitabile entro i confini della proporzionalità, ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio*, cit., *passim* e spec. 3 e 10, dove conclude che «La Corte costituzionale ha evitato di esprimersi sulla natura di diritto della autonomia della persona nella materia di cui si discute. Che però si tratti di un diritto di libertà emerge chiaramente dall'art.8 della

punto di partenza di una riflessione che voglia dirsi svincolata da pregiudizi morali e meta-giuridici⁴⁶.

Deve, allora, mutare la prospettiva di fronte alle norme che ancora oppongono limiti all'autodeterminazione responsabile nel fine-vita, specie nei confronti di chi non è in grado di attuare autonomamente il proprio intendimento.

Se, da una parte, come si è detto, la persona non può essere considerata mezzo per l'affermazione di una morale pubblica, dall'altra parte si staglia un dovere pubblico non eludibile «di costruire un contesto all'interno del quale le decisioni della persona possano essere effettivamente libere: in questo modo l'intervento esterno non si traduce in una compressione, in una subordinazione della dignità ad una morale esterna», ma pone le condizioni per la sua piena manifestazione⁴⁷.

Convenzione europea dei diritti umani, come interpretato dalla Corte europea». In senso favorevole altresì la posizione di MANNA, *Esiste un diritto a morire?*, cit., 19, il quale ritiene «sempre più necessaria, almeno a nostro giudizio, l'esigenza di adottare, anche nel nostro Paese, una concezione disponibile della vita, dove il bene è completamente sottoposto alla volontà dell'individuo che conserva il pieno diritto di poter decidere circa il destino della vita umana». Per una valutazione di illiceità "circoscritta" DE FRANCESCO, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con 'l'altro'*, cit., 6, secondo cui «piuttosto che avventurarsi sul terreno di un *tertium genus* dai contorni ambigui e sistematicamente sfuggenti, resti preferibile la tesi in base alla quale il suicidio denoti pur sempre un fenomeno illecito, sebbene con la fondamentale precisazione che la conseguenza di un simile attributo si esprime concretamente nella sola possibilità di impedirne il compimento». Molti autori, invece, escludono l'atto del suicidio dal novero dei fatti giuridicamente rilevanti, ritenendolo meramente tollerato o qualificandolo come libertà di fatto, né approvata né disapprovata dall'ordinamento. In tal senso, ci sembra, CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima. La richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in MARINI, CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, già in *Dir. pen. cont.*, 8 secondo cui «sembra quindi corretto aderire a quelle ricostruzioni che, escludendo l'antigiuridicità del suicidio, considerano tale condotta una facoltà o un mero esercizio di una libertà di fatto. Ed invero, il principio per il quale la condotta suicidaria rientra fra le libertà riconosciute all'individuo si ricollega al modello liberale classico, in cui lo Stato deve assumere un atteggiamento "neutrale" di mancata intrusione rispetto a tutte quelle attività che, moralmente disapprovate o meno, non mettono a repentaglio beni giuridici altrui».

⁴⁶ Come si avvede, correttamente, RISICATO, *La consulta e il suicidio assistito*, cit., 1, di contro, «Il rapporto tra legislazione, giurisdizione penale e biodiritto negli ultimi trent'anni assume in Italia le vesti dell'ossimoro: le leggi in materia sono espressione delle sole maggioranze parlamentari e certo non risultano immuni da tentazioni confessionali, essendo piuttosto connotate da un'interferenza tra diritto ed etica».

⁴⁷ RODOTA, *Antropologia dell' homo dignus*, cit. e ID., *Il diritto di avere diritti*, cit., 254. Per l'A. il ruolo del (bio)diritto non è più di pura primazia nella definizione della vita, ma deve essere inteso «come argine alle impostazioni puramente ideologiche e all'estremo riduzionismo scientifico». Esso, al contrario si compone di «strumenti volti a garantire la persona proprio contro tutti i poteri variamente invasivi del suo corpo». In ciò si staglia un paradosso: il diritto, alla ricerca dell'oggetto della sua tutela e che inevitabilmente contribuisce alla sua definizione (seppure in una dimensione influenzata dal mutamento della coscienza sociale e dall'evoluzione della scienza e della tecnologia), è del tutto privato, dall'altra parte, del potere di "impadronirsene". Il ruolo dell'ordinamento è quello di «impedire che corpo e vita possano divenire anche oggetto di poteri esterni» e ridistribuire l'assetto dei poteri «come costruzione di

Ne segue logicamente che quella libertà di autodeterminazione, di fronte ad ostacoli non altrimenti sormontabili, deve poter essere attuata anche per mano d'altri. La norma penale, nella sua funzione di garanzia, altrimenti, ne risulterebbe piegata alla protezione di valori morali superiori alla persona, seppur celati dietro discutibili presunzioni di "vulnerabilità" del soggetto. Il divieto penale, di fronte all'imperativo costituzionale che richiede il superamento degli ostacoli giuridici e fattuali allo sviluppo della personalità, qui non può che apparire illegittimo⁴⁸.

3.1. (segue) *Controdeduzioni. Autonomia e tutela delle persone vulnerabili.*

Non si deve ignorare tuttavia che la mano chiamata ad attuare o sorreggere la volontà dell'aspirante suicida sia la mano d'un altro uomo, con interessi, desideri, scopi suoi propri, con tutto quello che ciò comporta. Né può ignorarsi la sostanziale diversità delle situazioni concrete e, in specie, di quelle in cui non sussista una reale impossibilità di attuare autonomamente l'intento suicida. Né, ancora, può sostenersi (con un cambio di passo che diventa ideologico) che sussista in sé una frizione tra il principio personalistico e qualsiasi politica pubblica di matrice solidaristica.

Pure ammessa l'esistenza di una incoercibile libertà di auto-sopprimersi della persona, è costituzionalmente doveroso vincolare un intervento estraneo nell'attuazione di tale proposito a un determinato contesto e a serrate garanzie procedurali⁴⁹. Sono, anzi, cautele imposte dalla gravità e irrimediabilità delle conseguenze che avrebbe una scelta solo apparente o inquinata, laddove la forza della volontà è piegata e messa in discussione dalla debolezza di chi deve affrontare un male inguaribile o una vita terribilmente ostile.

Infine, non pare che l'argomento della *slippery slope* e l'*argumentum ad Hitlerum*⁵⁰ possano essere etichettati come il frutto dei futili tentativi della lettera-

uno spazio giuridico tale da assicurare alla persona il potere di governo di sé, il suo 'pieno sviluppo' in un contesto socialmente definito».

⁴⁸ V. *infra* par. 4.3.

⁴⁹ In tal senso, nel contesto di forti aperture di principio, FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., ritiene necessarie «apposite procedure legali finalizzate a verificare sia l'effettività e serietà della volontà di morire, sia la presenza di condizioni (come appunto nei casi di pazienti senza speranza che chiedono la sospensione delle terapie) che fanno apparire ragionevoli la rinuncia a una sopravvivenza non più desiderata».

⁵⁰ Su cui, ancora, MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, cit., 448 ss; ID., *Eutanasia*, cit., 424, che evidenzia come «Col parlare di eutanasia collettivistica non si vuole rievocare epoche lontane o tragedie di una storia più vicina, appartenenti però a fasi di patologia sociale, auspicabilmente irripetibili [...] Ma, si vuole richiamare l'attenzione su attuali mentalità utilitaristiche, propense ad attuare non solo l'eutanasia solidaristica, anticipandosi concettualmente il momento della morte [...] Ma anche l'eutanasia economica ed egoistica, volta a liberare la collettività ed i congiunti dal peso economico-

tura più conservatrice, ancorata a sistemi di valori confessionali, di fermare la modernità che incalza.

L'etero-imposizione di finzioni giuridiche per supplire al vero consenso ovvero l'evanescenza dell'accertamento presuntivo della spontaneità di scelte essenziali di tale portata (scevre da qualsiasi onere di forma e da qualsiasi vigilanza imparziale) potrebbero risolversi, nell'approssimazione a cui la prassi ci abitua, nella sostituzione della decisione personale con quella d'altri; in valutazioni di stampo mercantile rispondenti ad interessi contrapposti a quelli del morente; ad un ordine sociale in cui la vita e la morte, al pari di un atto negoziale, possono essere abbandonate all'istinto di un momento.

Se, da un lato, deve riconoscersi (come si è detto) l'esistenza di una libertà piena in capo alla persona; dall'altro, esiste un obbligo per lo Stato di adoperarsi in favore della vita in ogni sua espressione, che non si attenua in ragione delle condizioni in cui si manifesta.

La rimodulazione dell'intervento del diritto in un campo così delicato, perciò, non può tradursi in disinteresse da parte dell'ordinamento⁵¹.

4. *Il caso Cappato. Le contrapposte visioni degli attori in campo.* La nota vicenda del caso Cappato è un banco di prova essenziale. Le tesi anche radicalmente contrapposte della *querelle* giudiziaria - giunta al suo epilogo con la sentenza della Consulta n. 242 del 2019 - danno ben conto delle difficoltà che incontra il diritto penale di fronte al problema del fine vita.⁵²

sociale-umano di tanti malati che si ostinano a non morire, come trapela dalla proposta di legge n. 2405 del 19-12-1984, incentrata su una *fiction iuris* di consenso». A sostegno dell'eutanasia eugenetica, come ricorda RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, cit., 30, si sono espressi BINDING, HOCHÉ, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form*, Leipzig, 1920. Per i termini del dibattito sulle "vite prive di valore", che non trovò resistenze nella dottrina penalistica tedesca, e fornì una giustificazione al programma di eutanasia eugenetica del regime nazionalsocialista si veda NAUKE, *Un'irruzione giuridica permanente nel divieto di omicidio*, trad. it. di CAMPLANI, in *Dir. pen.* XXI sec., 2019, 2, 339-359.

⁵¹ Cfr. MANTOVANI, *Eutanasia*, cit., 424, secondo cui «creare uno spazio libero dal diritto per i malati, che versano in certe situazioni, significa porre tale categoria di persone fuori dall'ordinamento giuridico e negarle quella tutela che spetta ad ogni uomo».

⁵² In tal senso cfr. VALLINI, *Il fecondo pensiero di Stefano Rodotà nelle aride prospettive del biodiritto penale*, in *Riv. Biodir.*, 2018, 1, 173-187 e, *ivi*, 174, ove l'A. afferma che «Nondimeno, le prospettive del diritto penale sono altre, rispetto a quelle cui orientava il proprio discorso Rodotà. I valori della determinatezza, della tassatività, della tipicità, dell'uguaglianza, garantiti da adeguati precetti generali e astratti, utile bussola *ex ante* per le scelte comportamentali dei consociati, e fermo criterio di giudizio *ex post* per il giudice, assumono in questo distinto contesto implicazioni qualitativamente differenti, costituendo la condizione imprescindibile di legittimità di una relazione di violenza istituzionalizzata tra Stato e individuo».

L'ordinanza della Corte di Assise di Milano⁵³ era volta infatti alla radicale decriminalizzazione della condotta di aiuto al suicidio⁵⁴, in contrapposizione alla decisione del Gip che aveva disposto l'imputazione coatta⁵⁵ e anche a quella dei PM, che chiedevano una declaratoria soltanto parziale di illegittimità⁵⁶. Il giudice rimettente, riprendendo la sentenza Englaro della Cassazione⁵⁷, in cui si negava l'esistenza di un diritto a morire, riteneva trattarsi di «un orientamento [...] contrario ai principi di libertà e di autodeterminazione dell'individuo»⁵⁸ e concludeva che «il diritto a por fine alla propria esistenza costituisce una libertà della persona»⁵⁹. L'ordinanza del Gip, di contro, rilevava che «qualora questo Giudice decidesse l'archiviazione sulla base di un simile argomento, si ergerebbe, in modo totalmente vietato dall'ordinamento, a legislatore, poiché introdurrebbe nell'ordinamento un diritto inedito»⁶⁰. Secondo i pubblici ministeri, infine, «pratiche di suicidio assistito non costituiscono una violazione del diritto alla vita, *quando* siano connesse a situazioni, oggettivamente valutabili di malattia terminale o gravida di sofferenze o rite-

⁵³ Assise Milano, ord. n. 1 del 14 febbraio 2018, in *Riv. pen.*, 2018, 6, 535-543 con nota di PALOMBI, *Dall'indisponibilità della vita all'autodeterminazione della persona*, *ivi*, 544 ss. Per un'analisi della vicenda v. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio. Alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giur. pen. web*; NAPOLI, *Il caso Cappato-Dj Fabo e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, in *Riv. Biodir.*, 2017, 3, 355 ss.; OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo. Una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, 143 ss.

⁵⁴ Sulla necessità di una distinzione quantomeno sul piano della dosimetria punitiva delle condotte di istigazione e quelle di materiale contributo al suicidio cfr. in dottrina già RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in AA. VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, II, Milano, 1991, 201 ss e, *ivi*, 213.

⁵⁵ GIP Milano, ord. del 10 luglio 2017, in *Giur. pen. web*.

⁵⁶ Procura di Milano, Richiesta di archiviazione del 2 maggio 2017, in *Giur. pen. web*; Procura di Milano, Memoria del 4 luglio 2017, in *Giur. pen. web*.

⁵⁷ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, Englaro, in *Mass. Uff.*, n. 598966, in cui si afferma «La Corte di Strasburgo afferma che l'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di ciascuno degli altri diritti o libertà contenuto nella Convenzione diventa inutile, precisando che tale disposizione, per un verso, non può, senza che ne venga distorta la lettera, essere interpretata nel senso che essa attribuisca il diritto diametralmente opposto, cioè un diritto di morire, né, per l'altro verso, può creare un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita [...] principio - che il Collegio condivide pienamente e fa proprio».

⁵⁸ Assise Milano, 4 e 8.

⁵⁹ *ivi*, 16.

⁶⁰ GIP Milano, 14. A ciò si aggiunga, l'ulteriore considerazione, di non poco momento che «una simile interpretazione, inoltre, in assenza di un quadro normativo chiaro e univoco, introdurrebbe un concreto pericolo. Se, infatti l'ordinamento appronta una forte tutela della vita, tale scelta appare orientata ad evitare che le persone in condizione di fragilità e debolezza (psicologica e fisica) possano essere indotte a comportamenti autolesivi senza un'accurata riflessione e ponderazione delle proprie scelte» *ivi*, 14-15.

nuta ‘intollerabile e indegna’ dal malato stesso»⁶¹ e la questione di legittimità dell’art. 580 c.p. veniva ravvisata nella parte in cui non esclude «la condotta di chi aiuta il malato terminale o irreversibile [...] quando il malato stesso ritenga le sue condizioni di vita fonte di una lesione del suo diritto alla dignità»⁶².

4.2. *La decisione della Corte Costituzionale. La rilettura del bene giuridico protetto dal reato di aiuto al suicidio. La costruzione di una nuova causa di liceità.* La Corte Costituzionale, come ormai noto, si è pronunciata con un’atipica ordinanza interlocutoria⁶³, anticipando il contenuto della decisione poi adottata⁶⁴ (visto il perdurante silenzio del legislatore).

Anzitutto, la Consulta respinge l’ipotesi di una totale illegittimità dell’aiuto al suicidio, poiché «nella sua absolutezza, non può essere condivisa»⁶⁵.

Il riferimento alle numerose pronunce della Corte di Strasburgo, in questa prospettiva, è stato ritenuto insufficiente⁶⁶. L’orientamento della Corte euro-

⁶¹ Procura Milano, Richiesta di archiviazione, 14.

⁶² Procura di Milano, Memoria, 2-3.

⁶³ Corte Cost. ord. n. 207 del 2018. Su cui ADAMO, *La Corte è attendista ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*, in *Forum Quaderni Costituzionali*; BALDUZZI, *L’alleanza terapeutica può includere l’aiuto a morire?*, in *Corti supreme e salute*, n.1/2019; BARTOLI, *L’ordinanza della consulta sull’aiuto al suicidio. Quali scenari futuri?*, in MARINI, CUPELLI, *op. cit.*; CASONATO, *L’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018: luci e ombre*, in FORNASARI, PICCOLI, VINCIGUERRA, *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit., 95-106; CUPELLI, *Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018; DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L’opzione non penalistica della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Giur. cost.*, 2018, 4, 2855-2870; EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato. Sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in MARINI, CUPELLI, *op. cit.*, già in *Dir. pen. cont.*; FURNO, *Il “caso cappato”. Le aporie del diritto nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in *Riv. AIC* n. 2/2019; GENTILE, *Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)*, in *questa Rivista*, 2018, 3; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Riv. Biodir.*, 2018, 3, 153-170; TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”?* Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano di altri”, in *Riv. Biodir.*, 2018, 3, 139-151; VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. proc. pen.*, 2019, 6, 805-821.

⁶⁴ V. n. 1.

⁶⁵ Corte Cost. 207/2018, *cons. in diritto* 4 prosegue spiegando che «Il legislatore penale intende dunque, nella sostanza, proteggere il soggetto da decisioni in suo danno: non ritenendo, tuttavia, di poter colpire direttamente l’interessato, gli crea intorno una “cintura protettiva”, inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui. Questo assetto non può ritenersi contrastante, di per sé, con i parametri evocati.».

⁶⁶ Corte Cost. 207/2018, *cons. in diritto* 7. Per un’analisi della più recente giurisprudenza CEDU in materia cfr. SARTORI, *End-of-life issues and the European Court of Human Rights. The value of personal autonomy within a ‘proceduralized’ review*, in *Questions of International Law - Zoom-in*, 2018, 52, 23-43; COLUSSI, *Quando a Strasburgo si discute di fine vita. Casi e decisioni della corte europea dei*

pea, infatti, non denota quel livello di stabilità che consentirebbe di elevarlo a norma interposta nel giudizio di legittimità costituzionale⁶⁷, nonostante alcune importanti aperture, giunte fino all'affermazione esplicita di un diritto di morire dignitosamente scaturente dall'art. 8 Cedu⁶⁸. La Corte europea ha rimesso, invero, la scelta ad un ampio *margin of appreciation*⁶⁹ di ciascuno Stato⁷⁰, in un certo senso non dando adeguata risposta ai diritti coinvolti⁷¹.

diritti dell'uomo in tema di eutanasia e suicidio assistito, in D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, 445 ss.

⁶⁷ Cfr. Corte Cost., n. 49 del 2015, dove aveva rigorosamente rilevato che «sarebbe errato [...] ritenere che la Cedu abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esecutivo impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale [...] Certamente il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi [...] Quando, invece, si tratta di operare al di fuori di un simile presupposto, resta fermo che 'L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito, beninteso in prima battuta, ai giudici degli Stati membri'», con la precisazione che il giudice «è tenuto ad uniformarsi alla 'giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente' [...], 'in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza' [...], fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro [...] È, pertanto, solo un 'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo». In particolare, tra gli indici chiamati ad orientare l'interpretazione del giudice interno, vi è, in negativo, «il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati altrove nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano». Per un commento a tale pronuncia cfr. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto Cedu "consolidato". Una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Riv. AIC*, 2015, 3.

⁶⁸ Corte EDU, *Gross c. Svizzera*, 67810/2010 del 30 settembre 2014, annotata da C. PARODI, *Una corte divisa su una materia divisiva. Una pronuncia di Strasburgo in tema di suicidio assistito*, in *Dir. pen. cont.*. Si deve precisare, però, che la Corte europea non accolse il ricorso in contrapposizione al preventivo orientamento. Infatti, nella motivazione si rilevava: «Any interference under first paragraph of Article 8 must be justified in terms of the second paragraph, namely as being 'in accordance with the law'». Si ritenne, cioè, inadeguato il riferimento a linee-guida non emanate da un'autorità pubblica e caratterizzate da un elevato grado di ambiguità ai sensi dell'art. 8, comma 2 Cedu, per cui le limitazioni all'autodeterminazione devono essere previste dalla legge (*ivi*, §61 e §67 ove si affermava che «Swiss law, while providing the possibility of obtaining a lethal dose [...] on medical prescription, does not provide sufficient guidelines ensuring clarity»).

⁶⁹ Sulla dottrina del *margin of appreciation* cfr., tra i tanti, GREER, *La marge d'appréciation. Interpretation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasburgo, 2000; KASTANAS, *Unité et diversité. Notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996; MACDONALD, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in CLAPHAM, EMMERT (a cura di), *The Protection of Human Rights in Europe*, vol. 2/2, Dordrecht-Boston-Londra, 1990, 95-161; MCGOLDRICK, *A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee*, in *Int. and Comp. Law Quarterly*, 2016, 1, 21-60.

⁷⁰ In base a questo principio, infatti, è stata ritenuta legittima la disciplina francese della *Loi Leonetti* (che trasferisce un potere molto ampio a delle commissioni mediche nel definire il perimetro della vita)

Tra le righe della sentenza della Corte costituzionale, tuttavia, si può scorgere un innovativo tentativo di ridefinizione del bene protetto dalla norma penale che potrebbe trasformarne in profondità l'originaria fisionomia, certamente influenzato dalla giurisprudenza europea.

Il bene giuridico⁷² è chiamato a svolgere una funzione critico-garantista⁷³: solo l'offesa concreta di un valore compatibile con la Costituzione può giustificare il sacrificio alla libertà imposto dalla pena⁷⁴ e non può esservi spazio per un diritto penale che si scagli contro la mera disobbedienza a un comando⁷⁵.

nel noto e dibattuto caso Lambert c. Francia del 2015 (Corte EDU, 46043/2014, del 5 giugno 2015). Nello stesso senso anche Corte EDU, Afiri e Biddarri c. Francia, 1828/2018, del 23 gennaio 2018 e Corte EDU, Gard c. Regno Unito, 39793/2017, del 27 giugno 2017). D'altra parte, è stata ritenuta legittima anche la disciplina inglese del Suicide Act del 1961, affermata nel leading case *Pretty c. Regno Unito* del 2002 (Corte EDU, n. 2346/2002, del 29 aprile 2002) e confermata nel recente caso *Nicklinson e Lamb c. Regno Unito* del 2015, in cui si afferma: «Parliament is best placed to take a decision on the issue in question in light of the sensitive issues, notably ethical, philosophical and social, which arise.» (Corte EDU, 1787/2015 e 2478/15, del 23 giugno 2015).

⁷¹ Per ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio*, cit., 3 «In questi come in altri casi la c.d. dottrina del margine di apprezzamento nazionale mostra una certa incoerenza interna. Da un lato la Corte riconosce un ampio margine quando il caso richiama temi etici, e dall'altro ammette un margine solo ristretto quando è in gioco la identità personale. Spesso però, come nella materia di cui ora trattiamo, aspetti etici e identità personale sono contemporaneamente presenti»

⁷² Qui inteso come «elemento costitutivo della fattispecie esplicito o implicito», distinto tanto dall'oggetto materiale, entità fisica sulla quale la condotta criminosa ricade, quanto dalla *ratio legis*, frutto di una scelta di politica criminale oggettivizzata nella disposizione; MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2009, 206. Come puntualizza DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. pen.*, 1999, 221 ss. «la tutela è di beni e non di "doveri" perché il reato non si riduce all'antiprecettività di una condotta, alla violazione di regole di obbedienza; la tutela è di beni e non della "morale" perché il reato non è necessariamente un fatto immorale (salvo che per le concezioni giuspositivistiche della morale), e anche se lo è assai spesso, nondimeno al suo nucleo strutturale non appartiene il solo disvalore di intenzione, ma altresì il disvalore di azione e di evento; la tutela è di beni (e valori) perché il diritto penale riguarda i fatti offensivi dei predetti beni (e valori), e non la "pericolosità degli autori" o la loro carente educazione civile e morale disgiunta dalla realizzazione dei fatti lesivi, né la loro fedeltà ideologica (es. al credo democratico, alla tolleranza, al rispetto per gli altri) in quanto tale.»

⁷³ Fondamentale il richiamo a BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, XIX, 1973, ora in ID., *Scritti di diritto penale. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Milano, 1997, 542-807 e, *ivi*, 741-742 e 757. V. in argomento ANGIOINI, *Contenuto e Funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e criterio di politica criminale*, in A. M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

⁷⁴ BRICOLA, *Teoria del reato*, cit., 565 e 567 ove specificava «Rilevanza costituzionale di un bene non significa semplicemente non antitetività del bene rispetto alla Costituzione, bensì assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carte costituzionale» e ciò in quanto «malgrado il carattere ampio della Costituzione italiana, sussistono valori che, pur non essendo in contrasto con la Costituzione stessa, non assumono il rango di valori costituzionali». Tra le critiche mosse alla tesi del *numerus clausus* v. DONINI, *Teoria del reato*, cit., secondo cui «non pare ravvisabile una «concezione» del bene (liberale, critica, costituzionale, ecc.) che sia capace da sola di precostituire vincoli definitivi ed esaustivi. La ragione è molto semplice: le scelte di criminalizzazione sono scelte politi-

Coerentemente a questa prospettiva, nella rilettura proposta dalla Corte, seppur non sia reciso il rapporto tra il reato di aiuto al suicidio e il bene giuridico della vita⁷⁶, la sua offesa è strutturata come contestuale al pericolo di un'offesa anche all'autodeterminazione della vittima. Si tratta peraltro di un pericolo astratto, in funzione della particolare vulnerabilità della persona di fronte al fine-vita. Sulla validità di tale presunzione si regge, *in extremis*, la legittimità della norma penale.

Ci si avvicina così alle istanze⁷⁷ rappresentate dal principio di auto-responsabilità, allontanandosi dal puro dogma dell'indisponibilità del bene della vita⁷⁸. L'ordinanza pone l'accento, infatti, sulla necessità di «scongiurare

che, anche se mediate da valori e principi di livello costituzionale, e la provincia dei giuristi non può - sovrapponendosi alla democrazia concertata di un sistema complesso e costituito da poteri «divisi» - pensare di «mettere il bavaglio» al legislatore attraverso un qualche lavoro di esegesi sui testi della Carta fondamentale come se si trattasse di una operazione 'tecnica' di logica formale, il prodotto aristocratico-illuminato di interpreti-legislatori essi stessi.». Anch'egli, tuttavia, ritiene che «Non è vero affatto, tuttavia, che l'abbandono del progetto di un «*numerus clausus*» dei beni e di una preclusione rigida della tecnica del pericolo astratto, implichi che di vincoli non ne esistano più. Ne esistono invece moltissimi».

⁷⁵ Così già GALLO, *I reati di pericolo*, in *For. Pen.*, 1969, con riferimento ai reati di pericolo presunto, ove al giudice è precluso di accertare la sussistenza di un evento di pericolo, per generalizzata e anteriore valutazione compiuta dal legislatore. Infatti, in tale ipotesi, «la ragione determinante la pena non sarebbe il comportamento realizzato, bensì un atteggiamento personale che violando una regola di obbedienza lascerebbe desumere un certo grado di pericolosità sociale. In altre parole, non si punirebbe il fatto bensì l'autore».

⁷⁶ Corte Cost. 207/2018, *cons. in diritto* 6 afferma in modo esplicito: «L'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio - rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei - è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita».

⁷⁷ Cfr. in tal senso MANNA, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale*, cit., 69-70 che rimarca il passaggio «da una concezione spiccatamente «clerico-fascista», imperniata su di un'immutabile dimensione di sacralità ed indisponibilità della vita umana in relazione ai preminenti obblighi di ciascuno individuo, verso una dimensione «costituzionalmente orientata» del medesimo diritto alla vita, principalmente dal combinato disposto degli artt. 2 e 13 della Carta Costituzionale [...] poste tali solide fondamenta, diviene impellente un mutamento prospettico nella ricostruzione del bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p., che possa incentrare il fuoco protettivo sulla libertà di autodeterminazione del singolo». V. pure FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., secondo cui «si tratterebbe di fattispecie di pericolo astratto in rapporto al rischio che la scelta di non continuare a vivere sia assunta quale effetto di una volontà viziata o immatura, ovvero manifestata in circostanze che non consentano adeguate opportunità di ripensamento».

⁷⁸ BARTOLI, *L'ordinanza della consulta sull'aiuto al suicidio*, cit., 4-5 coglie in senso critico tale passaggio: «Se infatti consente di individuare nel rischio di strumentalizzazione del soggetto le ragioni di un'incriminazione, tuttavia apre anche a nuovi scenari del tutto inediti e che risultano interamente da pensare [...] se si ritiene che soggetti vulnerabili, là dove protetti, possano comunque assumere decisioni contro la propria vita, a maggior ragione tali decisioni potrebbero essere assunte da soggetti che vulnerabili non sono. Con la conseguenza che lungo questo percorso si potrebbe arrivare ad affermare che è legittimo anche il suicidio di chi non si trova in condizioni di malattia irreversibile, nel momento in cui, pur non essendo vulnerabile, la sua scelta si forma senza condizionamenti strumentali».

il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»⁷⁹.

Di qui, (in modo denso di significato politico⁸⁰) la Corte finisce col delineare una nuova causa di liceità, che copre alcune ipotesi, ben delimitate, di suicidio assistito, nelle quali la presunzione di vulnerabilità cede il passo all'autonomia individuale. Tale risultato è dedotto in via logica dal diritto all'interruzione dei trattamenti salva-vita già previsti dalla legge n. 219/2017⁸¹: l'incostituzionalità è affermata nella mancata esclusione dall'art. 580 c.p. di possibili interventi di terzi in eccezionali e assai circoscritti casi-limite⁸².

⁷⁹ Corte Cost. 207/2018, *cons. in diritto* 6, conclude che «Il divieto in parola conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto. Al legislatore penale non può ritenersi inibito, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite.». Evidente qui è l'influenza della Corte di Strasburgo, dove afferma: «Doubtless the condition of terminally ill individuals will vary. But many will be vulnerable and it is the vulnerability of the class which provides the rationale for the law in question. [...] Clear risks of abuse do exist, notwithstanding arguments as to the possibility of safeguards and protective procedures.» (Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, cit., §§37 ss e, in part., §39 e §74).

⁸⁰ Così, in senso fortemente critico, EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato*, cit., 6 che ritiene l'equiparazione tra rifiuto delle cure salva-vita e suicidio assistito una «oggettiva forzatura di ciò che prevede la legge n. 219/2017» e che in tal modo «si presenta, in altre parole, come già compiuto un passo che il legislatore non ha affatto inteso compiere, e che – si lascia intendere – richiederebbe, soltanto, degli adeguamenti» e BARTOLI, *L'ordinanza della consulta sull'aiuto al suicidio*, cit., 7-8, secondo cui «Se, da un lato, dalla prospettiva del soggetto che presta il proprio consenso, le due situazioni presentano indubbe somiglianze, dall'altro lato, però, nel momento in cui si passa a considerare le condotte di interruzione delle cure e di aiuto al suicidio l'assimilazione risulta in realtà problematica. A ben vedere, infatti, mentre nell'ipotesi dell'interruzione di cure il comportamento richiesto è mutuato dalla cura in essere e consiste nella sua interruzione (non necessariamente consistente in una condotta attiva) nell'ipotesi dell'aiuto al suicidio occorre un *facere* ben più significativo, in quanto occorre mettere a disposizione del malato trattamenti diretti a determinare la morte e che immescano un decorso causale del tutto diverso e autonomo rispetto a quello che contraddistingue il decorso della patologia».

⁸¹ Cfr. COCCO, *È lecito evitare l'agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita*, cit., 396, che parla di «scelta tecnica discutibile di dichiarare incostituzionale la previsione dell'art. 580 c.p., poiché ad essere incostituzionale per violazione del principio di eguaglianza semmai è la l. n. 219/2017».

⁸² In argomento cfr. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont.*, 17, che aveva già in precedenza rilevato, anche se con cautela, che «Se è dato rinvenire nell'ambito dell'ordinamento un "diritto di rifiutare le cure", è giocoforza concludere che l'indisponibilità della vita umana esca quanto meno temperata nella sua portata di principio generale». V. pure CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, cit., 6 e 16, il quale, in senso critico, rileva, da una parte, che «Il diritto inviolabile di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà – derivazione logica del diritto all'intangibilità della sfera corporea di ogni essere umano – costituisce principio indiscutibile e fondamentale degli ordinamenti di una moderna democrazia liberale ribadito in modo inequivoco dalla legge n. 219 del

I profili di criticità evidenziati dalla Corte emergono, infatti, nel caso in cui una persona si trovi (i) nella condizione di non poter attuare da sé la scelta di abbandonare la vita - in un contesto di malattia o decadimento fisico grave e non reversibile- e (ii) neppure possa ottenere un tale esito chiedendo l'interruzione del trattamento, se non al prezzo di una fine più lenta e dolorosa rispetto a un suicidio assistito⁸³.

La Consulta fa rilevare qui un'essenziale contraddizione (produttiva di disparità di trattamento): «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»⁸⁴. La conclusione, allora, è che il divieto penale limita impropriamente «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze»⁸⁵.

In questo modo, la Corte preserva l'operatività della norma penale; ma al contempo stempera le logiche più marcatamente paternalistiche dell'indisponibilità *assoluta* della vita per mano d'altri; garantisce inoltre coerenza con la L. 219/2017, in cui già è riconosciuto un diritto (in negativo) di

2017» ma, dall'altra, constata che «non appare agevole innestare il diritto del malato terminale a richiedere l'aiuto a morire nell'ambito della legge n. 219 del 2017, il cui obiettivo - faticosamente perseguito - è stato quello di valorizzare l'"incontro" tra l'autonomia decisionale del paziente e l'autonomia professionale del medico».

⁸³ L'obiezione secondo cui sarebbe sufficiente il ricorso alle cure palliative o alla sedazione palliativa profonda coglie in parte nel segno: la principale ragione per cui una tale scelta non può essere intrapresa, infatti, deriva dal fatto che la morte sarebbe accompagnata da indicibili sofferenze fisiche. Ma anche affidare la morte alla sedazione profonda lascia lo spazio a legittime riserve nella prospettiva del morente, che può ritenerla non conforme alla sua concezione di morte dignitosa.

⁸⁴ Corte Cost. n. 207/2018, cit., *cons. in diritto* 9. Si veda, però, quanto sostenuto da CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, cit., 12, che pone l'accento su una generale situazione di difficoltà nel discernere e definire la scelta libera e autonoma in materia di vero e proprio suicidio (fuori dal presupposto della malattia, in senso fisico ed oggettivabile): «Se il suicidio - letteralmente "uccisione di sé stesso" - è un attacco alla vita del proprio corpo, l'unicità della tragedia non può essere sottoposta a verifica. Anche la psicoanalisi non può - né peraltro intende - elaborare regole per stabilire quando il suicidio, o "quel suicidio", sia una "chiamata" di un Sé libero e autonomo. Insomma, ritengo non solo difficilmente ipotizzabile un accertamento di una volontà suicida libera ed autonoma, ma neppure che esista la figura di un "valutatore", di un "perito", di un "esperto" che sappia valutare l'intensità e la "curabilità" delle ferite della nostra anima. Questa riflessione mi porta a ritenere che nessuno - giudici, psichiatri, psicoanalisti, religiosi, amici, parenti - abbia la facoltà di autorizzare, proibire e nemmeno di facilitare la condotta suicidaria.».

⁸⁵ *Ibidem*.

morire e in cui è previsto un meccanismo di neutralizzazione del rischio d'improprie interferenze esterne sulla decisione del paziente.

4.3.1. *L'autodeterminazione «nella scelta delle terapie» e l'autodeterminazione nella morte. Il suicidio come libertà negativa e come pretesa giuridica.* In molti hanno sollevato critiche contro l'accostamento del suicidio assistito all'interruzione delle cure necessarie *quoad vitam*, mettendo in evidenza una sostanziale diversità sia delle vicende umane sottostanti, sia del fondamento giuridico della scriminante già recepita dal legislatore con la ricordata l. n. 219/2017⁸⁶.

Una tale diversità, che almeno in parte sembra effettivamente sussistere, non pare invalidare le conclusioni della Corte costituzionale, ma, al contrario, ne mette in evidenza l'eccessivo *self-restraint*, che conduce peraltro a significative incoerenze già sul piano della costruzione dogmatica. Si tratta, infatti, di due distinte manifestazioni esistenziali del medesimo principio di autodeterminazione nella morte⁸⁷.

Anche la scelta di rinunciare ai trattamenti di sostegno vitale ha per oggetto un'abdicazione alla vita, che non ne rappresenta un contenuto casuale od occasionale. La rinuncia alla vita è, per definizione, sempre presente, nella fattispecie scriminante delineata dalla legge del 2017, altrimenti non si tratterebbe neanche, è ovvio, di cure "salva-vita".

L'equiparazione con il suicidio assistito appare allora più che legittima, trattandosi di una espressione di autonomia che ricade sul medesimo oggetto.

Alla dichiarazione di incostituzionalità si sarebbe dovuta, piuttosto, affiancare una presa d'atto ulteriore, e cioè che il suicidio stesso, a monte, costituisce una libertà inviolabile e non un fatto meramente tollerato dall'ordinamento. D'altra parte, le conclusioni della sentenza, non possono - per ragioni di ordine logico - essere intese come se fossero prive di un contenuto sostanziale che ne costituisce essenziale premessa giuridica⁸⁸.

⁸⁶ Così, come già evidenziato nelle note precedenti, BARTOLI, *L'ordinanza della consulta sull'aiuto al suicidio*, cit., 4-5; CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, cit., 6, 16; EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato*, cit., 6.

⁸⁷ Come si è cercato di evidenziare *supra* par. 3.

⁸⁸ In senso parzialmente conforme cfr. VALLINI, *Morire è non essere visto*, cit., 815-816 secondo cui «Per la prima volta la nostra giurisprudenza attribuisce invece un valore giuridico specifico, distinto e unitario a esercizi di autonomia sanitaria nel fine vita in quanto tali, da parte di alcuni pazienti almeno, a prescindere dalla circostanza che essi si risolvano in un abbandono al morire, o nell'eutanasia». *Contra* v. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., 2165 secondo cui «Le peculiarità del "caso Antoniani-Cappato" consentono però ai giudici della Consulta di intravedere e percorrere un sentiero

La Consulta, tuttavia, si trincerava dietro una formula davvero poco perspicua e ambigua, che le consente di eludere questo nodo controverso. Si parla nelle motivazioni di «autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie» e, tra le terapie, rientrerebbero quelle «finalizzate a liberarlo dalle sofferenze»⁸⁹. Tale sottile distinzione, però, si scontra con la sostanza: (i) nel suicidio assistito non si tratta di somministrazione di una terapia e (ii) l'autodeterminazione in questo caso non riguarda la scelta di una cura, bensì la scelta di morire, che all'uomo può essere rimessa tanto rifiutando una terapia, quanto attivando fattori causali estranei a una malattia preesistente.

Ciò che cambia è che, stante la diversità delle situazioni, diverso è l'aiuto di cui ha bisogno chi non è capace di dare attuazione a quel medesimo intento.

Tanto nell'interruzione di cure necessarie *quoad vitam*, quanto nel suicidio medicalmente assistito, l'intervento estraneo si giustifica a monte nell'imprescindibile riconoscimento di un diritto di autodeterminarsi su come e quando morire. Corollario di questa libertà, poi, in entrambi i casi, è il diritto di avvalersi dell'aiuto altrui, quantomeno laddove serva a superare un ostacolo di ordine pratico a quella medesima libertà di autodeterminarsi: una situazione concreta che rende la persona incapace di realizzare la propria decisione autonomamente.

La criminalizzazione del terzo, allora, è illegittima in quanto la sua condotta, lungi dal produrre un concreto disvalore, rende possibile l'esercizio di una libertà della persona altrimenti del tutto irrealizzabile.

4.3.2. *Le "condizioni" imposte dalla Consulta.* La Corte costituzionale, invece, da una parte, ritiene generalmente legittima la presunzione legislativa di pericolo per le persone più vulnerabili⁹⁰; dall'altra, ritiene che essa possa cedere solo in ipotesi che costituiscono una sorta di "proiezione" del rifiuto di cure salva-vita, in quanto ad esso assimilabili sulla base di stringenti condizioni.

Queste, però, per la loro portata, appaiono comprensibili solo nell'ottica di una decisione di "compromesso" tra istanze ideologiche contrapposte⁹¹.

che non si conclude con una "rivendicazione" per via giurisprudenziale di nuovi diritti di fine vita di discusso fondamento costituzionale».

⁸⁹ Corte Cost. n. 207/2018, *cons. in diritto* 9.

⁹⁰ In questo senso si può condividere il giudizio di chi afferma esservi un «approccio ancora fortemente paternalistico»; cfr. MANNA, *Esiste un diritto a morire?*, cit., 11 e, ancora, 16-17.

⁹¹ Condividono il giudizio di eccessiva rigidità delle condizioni richieste dalla Corte costituzionale, tra gli altri, RISICATO, *La consulta e il suicidio assistito*, cit., 8, che giunge alla conclusione che «la Consulta non abbia dato affatto piena attuazione al principio di autodeterminazione responsabile, condizionan-

Invero, anche le posizioni espresse da una parte della dottrina (nell'ottica, però, di una richiesta di intervento legislativo) pare andassero nella direzione di una decriminalizzazione circoscritta a casi-limite e con procedure di garanzia⁹².

La Corte, in questo senso, precisa che la decisione attiene ad un «aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari»⁹³, come emerge dal requisi-

done al contrario il riconoscimento a presupposti rigorosissimi e a procedure che il legislatore dovrà comunque ridefinire, pena il rischio di un'intollerabile aleatorietà della procedura di aiuto al suicidio»; ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio*, cit., 7, che sottolinea come «la totale mancanza di motivazione, da parte della Corte, della ragione giustificatrice di ciascuna delle condizioni da essa considerate e del loro insieme, conferma che essa si trova nel solo rinvio al caso che ha originato l'eccezione di incostituzionalità e non altrove, in una sua necessità o razionalità intrinseca.»

⁹² In particolare, anche chi riconosce la necessità di difendere la posizione di coloro che «non accettano più di proseguire nei tormenti, e dunque il diritto fondamentale dei (medesimi) malati che non intendono (più) limitarsi ad allontanare, limitare o preparare la prospettiva della morte, ma chiedono di morire come liberazione dal male», pur senza «sostenere nessun diritto pieno al suicidio», sottolinea, dall'altra parte, che «l'accoglimento di questa prospettiva [...] pare possibile soltanto nel quadro di una più condivisa legislazione»; così DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit.. Secondo ADAMO, *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità vs libertà?*, in *Giur. Cost.*, 2016, 3, 1252 ss. a trovare un più congruo bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco deve essere, in prima battuta, il legislatore, per la «mancanza di 'rime obbligate'». L'autore ha anche rilevato che: «Per assicurare che l'autonomia del richiedente nell'eutanasia si esprima nel modo più pieno e libero (*id est*, per assicurare che il consenso sia realmente informato e libero) ed affinché lo Stato possa adempiere al compito di tutelare il soggetto anche contro sé stesso (nel senso costituzionale della specificazione, oltretutto per la tutela piena della sua autodeterminazione), è necessario che l'eutanasia sia limitata e rigidamente circoscritta. Dunque, alla discrezionalità del legislatore – pur sempre ragionevole – bisogna riservare i casi, i presupposti e le modalità di accertamento della validità della domanda di eutanasia [...] solo così facendo, del resto, la legge sull'eutanasia sarà costituzionalmente conforme (perché ragionevole), essendo a disposizione solo dei malati incurabili – condannati a sofferenze atroci tali, per chi le subisce, da far eventualmente considerare il prolungamento della vita come vita non degna d'essere ancora vissuta – e che possano dimostrare che la decisione estrema è stata presa spontaneamente e in assenza di qualsiasi coercizione». V. anche SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 ss. e, *ivi*, 719 ove, in relazione però alla fattispecie di omicidio del consenziente, ritiene che «bisognerebbe pensare ad una causa di giustificazione talmente rigorosa e determinata da escludere il pericolo che la legalizzazione dell'eutanasia consensuale pregiudichi la funzione general-preventiva c.d. positiva del diritto penale [...] non si tratterebbe di una mera uccisione su richiesta bensì di una speciale autorizzazione rilasciata in casi-limite». Anche CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 5, 751 ss. sembra privilegiare la soluzione dell'intervento legislativo e in particolare ritenere che «la qualificazione del suicidio come libertà sancisce il diritto del paziente di rifiutare terapie di sostegno vitale, lasciando impregiudicata la questione delle disponibilità della vita per mano altrui, cioè dell'eutanasia attiva consensuale» sul presupposto che «non tutto ciò che è lecito penalmente costituisce esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, in quanto la nostra Carta fondamentale non è improntata a un radicalismo individualistico». Pertanto l'A. sostiene che «occorre predisporre una disciplina *ad hoc* che dovrà andare o nella direzione di una autonoma norma incriminatrice attenuata o nella previsione di una causa di giustificazione c.d. procedurale.

⁹³ Corte Cost. sent. 242/2019, *cons. in diritto* 5.

to, già richiesto dall'ordinanza, per cui deve trattarsi di persona comunque «tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale»⁹⁴.

Si tratta sicuramente del requisito più controverso, dal sapore più marcatamente politico e che più di tutti restringe l'area applicativa della fattispecie scriminante delineata, che appare così quasi “cucita” sul caso concreto⁹⁵.

Inoltre, la Corte prevede non solo un rimando ai requisiti procedurali previsti dalla L. 219/2017, ma anche il parere obbligatorio dei “Comitati etici”⁹⁶. Trattasi, anche per quest'ultima, di una condizione sostanzialmente arbitraria, di

⁹⁴ Corte Cost. ord. 207/2018, *cons. in diritto* 8.

⁹⁵ In tal senso CASONATO, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit., 100-101 ove precisa che «imporre tale condizione potrebbe portare a risultati paradossali. Alcuni malati, ad esempio, non vogliono essere ventilati meccanicamente o idratati artificialmente, e richiedono l'aiuto nel porre fine alla propria vita proprio per evitare tali interventi. Costringerli a subire questi trattamenti al solo scopo di essere assistiti nel suicidio potrebbe rivelarsi incostituzionale in quanto lesivo del “rispetto della persona umana” che rinforza la riserva di legge dell'art. 32, secondo comma, della Costituzione. Le condizioni cliniche di altri, inoltre, potrebbero non essere compatibili con una tracheotomia, ad esempio, privandoli dell'assistenza richiesta per motivi del tutto casuali. Pare evidente come, in questi casi, si potrebbe porre una questione di legittimità costituzionale basata propria sulla irragionevolezza della loro esclusione»; DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, cit., 4 e 15-18 che ritiene che «Questa delimitazione “tecnica” è sicuramente la più arbitraria tra quelle poste dalla Corte: perché mentre le altre suddette sono patrimonio culturale comunemente accettato, la condizione dei trattamenti di sostegno vitale ha una chiara funzione delimitativa e costituisce dunque un'opzione politica. In potenza, è una condizione capace di delimitare così tanto la casistica, da ridurla alle ipotesi giudicate fin qui.»; FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, cit., 9, secondo il quale «che un malato grave in modo irreversibile e gravemente sofferente possa o meno contingentemente necessitare di mezzi artificiali di sostentamento (come ad esempio la ventilazione e la nutrizione artificiale) è un dato che dipende da fattori fortuiti commessi alla oggettiva diversità empirica dei quadri patologici. Una evenienza, quindi, estrinseca ed occasionale, come tale - a ben vedere - inidonea a fungere da *ratio distinguendi* di situazioni esistenziali che, in termini di comparazione valoriale, appaiono più simili che dissimili»; MANNA, *Convinzioni etico-religiose e principio di laicità. Riflessioni conclusive*, cit., 3 per cui «ci sembra francamente dar luogo ad un requisito che restringe irragionevolmente la non punibilità dell'aiuto al suicidio, perché fa rientrare nel penalmente rilevante l'aiuto fornito ad un paziente comunque affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psichiche che reputa intollerabili»; VALLINI, *Morire è non essere visto*, cit., 816-818, fa riferimento ai casi di Ramon Sampedro e Davide Trentini, e spec. 816, dove specifica «Se, poi, si può convenire sull'opportunità di intendere il diritto di rifiutare le cure quale espressione *particolare* di un *più generale* principio che valorizza l'autonomia e la dignità della persona in ambito sanitario, ovvero il diritto di non soffrire, o ancora una nozione soggettivizzata di salute, non è allora logicamente corretto trattenere gli spazi *ulteriori* di operatività di quel principio (inerenti anche alla facoltà di ricevere un aiuto a morire) entro quelli attribuiti alla fattispecie speciale (paziente tenuto in vita da trattamenti rifiutabili)».

⁹⁶ Corte Cost. sent. 242/2019, *cons. in diritto* 5 precisa che «La delicatezza del valore in gioco richiede, inoltre, l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità. Nelle more dell'intervento del legislatore, tale compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti»

natura puramente politica, nonché estranea al concetto limite delle “rime obbligate”⁹⁷.

4.3.3. *L'efficacia temporale differenziata della decisione.* Viene precisato, infine, dalla Consulta che le garanzie procedurali enunciate «valgono per i fatti successivi alla pubblicazione della presente sentenza». Per il passato, invece, si ritiene che bastino «garanzie sostanzialmente equivalenti»⁹⁸.

Tale scomposizione temporale costituisce un dato molto interessante. Si profila un parallelismo con la scriminante prevista dalla L. 219/2017. Si è detto⁹⁹ che essa non può essere estesa a vantaggio di soggetti diversi dal medico, e che tali soggetti diversi non possono neppure beneficiare del soccorso di necessità, in quanto il pericolo per il diritto altrui alla sospensione delle cure sarebbe, in ogni caso, evitabile ricorrendo alle procedure medicalizzate previste dalla legge.

Ci pare che anche il differente atteggiarsi temporale dei limiti scriminanti indicati dalla Corte sia motivato dall'esistenza di una “disciplina”. Proprio questo rigoroso percorso ‘disciplinare’, infatti, consente di evitare il pericolo di un danno grave alla persona, offrendo una ben precisa “via d’uscita”.

Tale procedura ‘disciplinare’, però, può valere, va da sé, solo per fatti successivi alla pubblicazione della sentenza. Per il passato, invece, l'esito liberatorio dalla responsabilità penale andrebbe ricondotto proprio al soccorso di necessità, di cui – premesso il diritto fondamentale all'autodeterminazione nel finevita – sussistono tutti i requisiti¹⁰⁰.

4.4. *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sui “servizi” di suicidio assistito.* Ben più lineare e coerente, invece, è la pronuncia del *Bundesverfassungsgeri-*

⁹⁷ Fortemente critici RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., *passim*; RISICATO, *La consulta e il suicidio assistito*, cit., 4 secondo cui la scriminante disegnata dalla Corte «potrebbe essere neutralizzata proprio dal coinvolgimento di comitati etici che valutino, caso per caso, la legittimità del suicidio assistito» e D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., 14.

⁹⁸ Corte Cost. sent. 242/2019, *cons. in diritto* 7. Così anche Corte Cost. ord. 207/2018, *cons. in diritto* 10 per cui «l'eventuale collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata procedura potrebbe far sorgere l'esigenza di introdurre una disciplina ad hoc per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio a quo), che di tale non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare».

⁹⁹ V. *supra* par. 2.1.

¹⁰⁰ Cfr. MANNA, *Convinzioni etico-religiose e principio di laicità. Riflessioni conclusive*, cit., 2 il quale, benché in termini più generali, si riferisce allo stato di necessità, inteso come scusante, precisando che «sembra appropriato il riferimento allo stato di necessità, in quanto colui che aiuta al suicidio non appare punibile proprio perché ha come obiettivo quello di salvare altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona».

cht del 26 febbraio 2020, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del §217 StGB, che puniva i “servizi” di suicidio assistito (*geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*).

La norma penale era stata introdotta nel 2015 per porre un freno al proliferare di strutture che forniscono servizi professionali di assistenza al suicidio, ferma restando la tradizionale liceità penale dell'assistenza posta in essere senza finalità commerciali e da un prossimo congiunto del malato. I giudici tedeschi, tuttavia, hanno ritenuto che essa ostacolasse in modo sproporzionato l'esercizio del diritto di autodeterminarsi nella morte «a tal punto che non c'è praticamente spazio per l'individuo di esercitare la propria libertà costituzionalmente protetta»¹⁰¹.

Lo snodo fondamentale della sentenza, infatti, sta nel riconoscimento che «il diritto generale della personalità come espressione di autonomia personale include anche un diritto alla morte autodeterminata, che include il diritto al suicidio (aa). La tutela dei diritti fondamentali si estende anche alla libertà di chiedere aiuto a terzi e, se offerto, di avvalersene (bb)»¹⁰².

Il Tribunale costituzionale federale, tuttavia, non si è posto in un'ottica di disinteresse per la contrapposta esigenza di protezione delle persone maggiormente vulnerabili, ma ha svolto, anch'esso, un giudizio di bilanciamento¹⁰³,

¹⁰¹ BVerfG, 2 BvR 2347/15 («Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in §217 Abs. 1 StGB verengt die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung in einem solchen Umfang, dass dem Einzelnen faktisch kein Raum zur Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlich geschützten Freiheit verbleibt.»). Cfr., per una dettagliata analisi MANNA, *Esiste un diritto a morire?*, cit., 12 ss.; BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il “caso Cappato”*, in *Riv. Biodir.*, n. 2/2020, 319-348; NAPPI, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in *Leg. Pen.*; FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Liber amicorum prof. Adelmo Manna*, in corso di pubblicazione, reperibile in *Sist. pen.*; RECCHIA, *Il suicidio assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2020, 2, 63-85; ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio*, cit., 8-10.

¹⁰² BVerfG, 2 BvR 2347/15, §208 («Danach umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Ausdruck persönlicher Autonomie auch ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben, welches das Recht auf Selbsttötung einschließt (aa). Der Grundrechtsschutz erstreckt sich auch auf die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und sie, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen (bb).»). Cfr. RECCHIA, *op. cit.*, n. 36 per i riferimenti alla conforme dottrina tedesca.

¹⁰³ Così MANNA, *Esiste un diritto a morire?*, cit., 16, per cui «il BVerfG. ha agito senza pregiudizi, poiché è giunto alla prevalenza del diritto all'autodeterminazione a morire sul diritto all'autodeterminazione dei più deboli, solo dopo aver esaminato accuratamente il contenuto di entrambi i principi messi a confronto. La Consulta, al contrario, tralasciando totalmente il piano della dignità e dell'autodeterminazione personale, non si è pronunciata minimamente né sulla esistenza, né tanto meno sulla natura del diritto a morire». Per RECCHIA, *op. cit.*, 72 ss., l'approccio della Corte costituzionale

che l'ha condotto ad esiti contrapposti: non la legittimazione di una presunzione generale di pericolo, accolta dai giudici italiani; bensì la possibilità di un contemperamento, rimesso al legislatore, basato su generali criteri di proporzionalità ed effettiva necessità dell'ingerenza statale. La fattispecie introdotta nel 2015, in quest'ottica, è apparsa priva di un sufficiente fondamento giustificativo in termini di ragionevolezza e proporzione della limitazione imposta al diritto ricavato dagli artt. 2 e 1 GG, pur se nella sua necessitata proiezione di diritto 'a farsi aiutare'.

Il BVerfG, peraltro, in assenza di un pur auspicato intervento legislativo, non si è spinto fino a dettare regole e limiti, sostanziali o procedurali, allo svolgimento dei servizi di suicidio assistito, liberalizzati per effetto della decisione. Ciò deriva da una inversione, rispetto alle argomentazioni dei giudici italiani, del rapporto regola-eccezione, in cui generalizzato non è il divieto, ma il diritto.

5. *Considerazioni conclusive.* Venendo a una sintesi conclusiva, il problema dell'autodeterminazione nel fine-vita è risolto solo parzialmente con la sentenza n. 242 del 2019, fin troppo mirata sulle specificità estreme del caso Antoniani.

La punizione di un qualunque intervento per mano d'altri nell'attuazione di un intento suicida determina una compressione irragionevole del diritto all'autodeterminazione personale, in particolare, quando il soggetto sia incapace di attuare la scelta suicidiaria autonomamente e non si produca alcun reale pericolo per la spontaneità e la consapevolezze della scelta stessa.

Il 'suicidio', d'altra parte, se realizzato con capacità di autodeterminazione, dovrebbe essere qualificato come esercizio di una libertà e non come un mero fatto tollerato dall'ordinamento (una tale inappropriata qualificazione si fonda su un pregiudizio culturale). Solo il riconoscimento di una libertà di autodeterminarsi nella morte fornisce una giustificazione sostanziale alla dichiaratoria di incostituzionalità, mentre il riferimento della Consulta all'autodeterminazione «nella scelta delle cure» appare contraddittorio e riduzionistico, in quanto restringe impropriamente il campo ai soggetti che «già

sarebbe più *minimal*, mentre quello del BVerfG si caratterizzerebbe per un eccessivo interventismo nel campo della discrezionalità sulle scelte di criminalizzazione. In realtà la conclusione, pur corretta (e infatti condivisa da molti autori), sembra vera anche a parti invertite, ove solo si rilevi che la pronuncia della Consulta si è mossa, nella *pars construens*, su un terreno tutt'altro che circoscritto alle 'rime obbligate'. Per BATTISTELLA, *op. cit.*, 346-347, l'approccio delle due Corti sarebbe nel senso di una radicale "soggettivizzazione" del principio di dignità ad opera del BVerfG e, al contrario, la riserva di un giudizio di valore oggettivo, fatta propria dalla Corte costituzionale, che si fonderebbe sul principio solidaristico.

potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari».

Un mutamento di prospettiva, invece, sarebbe senz'altro in linea con l'evoluzione tanto degli approdi bioetici, quanto della giurisprudenza europea e, in un'ottica di comparazione, ha trovato una recente conferma nella decisione del *Bundesverfassungsgericht*, che afferma espressamente l'esistenza di un'autodeterminazione nella morte come espressione del principio del libero sviluppo della personalità.

L'intervento di un soggetto "esterno", benché miri a realizzare la volontà del malato, non può beneficiare, inoltre, di alcuna scriminante se posto in essere al di fuori di specifiche condizioni e stringenti garanzie procedurali, in quanto la Corte costituzionale ha legittimato una generale presunzione di vulnerabilità della persona alle spalle della norma incriminatrice. Proprio alla luce di tale sostrato offensivo il reato è stato ritenuto ancora legittimo e soltanto entro i limiti di tale *ratio* il principio di intangibilità della vita per mano d'altri conserva ancora una limitata validità.

Vi sono molti casi, tuttavia, non contemplati dalla Consulta, in cui l'intangibilità della vita per mano altrui può finire per "imprigionare" la persona nelle sofferenze di una vita non più ritenuta degna. Sono tutti quelli in cui il congedo dalla vita può essere raggiunto solo attivando, con l'intervento solidale di un altro soggetto, un decorso causale autonomo e indipendente dalla progressione naturale di una preesistente (e pur irreversibile) malattia.

Ma, proprio per questo, restano aperti molti interrogativi, su cui il lavoro dell'interprete può essere determinante¹⁰⁴. Di fronte al pericolo di un danno grave alla libertà della persona di congedarsi dignitosamente dalla vita, ci si chiede se il soccorso di necessità possa acquisire in realtà un ruolo decisivo anche per i casi rimasti fuori dall'apparentemente tassativo perimetro scriminante configurato dalla Consulta. Una volta valorizzati, infatti, la *ratio* e i presupposti sostanziali su cui si fonda la scriminante in esame, non si vede perché, in primo luogo, tali presupposti non debbano valere per il reato di omicidio del consenziente, laddove le condizioni del malato non consentano alternative; e, in secondo luogo, perché non debbano valere per i casi di pa-

¹⁰⁴ Cfr. ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio*, cit., 7, che ritiene immotivate le rigide precondizioni imposte, se non alla luce del caso concreto, e, pertanto, afferma che «Da ciò deriva, non solo la maggior libertà di azione del futuro legislatore, ma anche quella dell'interprete della portata della sentenza» e precisa, *ivi*, 8, che «L'apertura ad un'applicazione frutto di interpretazione estensiva o di analogia in favore del reo parrebbe necessaria per evitare le irragionevolezza derivanti dai limiti posti dalla sentenza della Corte costituzionale. Rimarrebbero, però, evidenti problemi rispetto ai caratteri che dovrebbero esser propri delle fattispecie incriminatrici».

zienti che non siano tenuti in vita da sostegni vitali, che pur tuttavia scontino le medesime sofferenze e costrizioni dovute a irreversibili condizioni di malattia. Il pensiero corre ai vari processi pendenti attualmente davanti alle Corti di Assise del nostro paese, che potrebbero condurre a condanne non giustificabili o quantomeno del tutto sproporzionate dal punto di vista sanzionatorio. Il caso di Davide Trentini segna già un punto di rottura e rende evidenti queste criticità: la Corte di Assise di Massa lo scorso 27 luglio ha assolto gli imputati, pur non ricorrendo i requisiti richiesti dalla Consulta¹⁰⁵.

L'impiego del soccorso di necessità anche in tali casi rappresenterebbe probabilmente una soluzione precaria, che non garantirebbe piena certezza circa gli esatti confini dell'illiceità penale. Appare davvero necessario, quindi, un intervento legislativo (che l'ordinanza n. 207/2018 della Corte aveva del resto già invocato), piuttosto che lasciar spazio ancora alla "creatività" della giurisprudenza, peraltro costretta, in questo caso, a risolvere "in prima persona", secondo equità e giustizia, casi così scabrosi per la coscienza umana.

Si potrebbe pensare, allora, di introdurre nell'ordinamento una fattispecie scriminante *ad hoc*, la quale dovrebbe ricomprendere ipotesi di intervento solidale a favore di una persona incapace materialmente di congedarsi da sé dalla vita, che risulti di fatto 'vittima' di una malattia irreversibile e di una correlata condizione di sofferenza fisica e morale ed esprima, in modo consapevole, la propria volontà di por fine alla vita. A tali condizioni, infatti, ogni ulteriore restringimento del diritto di autodeterminazione potrebbe apparir ormai, in larga parte della coscienza collettiva, ingiustificatamente sproporzionato e iniquo.

¹⁰⁵ Cfr. GAMBERETTI, *Eutanasia, Welby e Cappato assolti per la morte di Davide Trentini: «Il fatto non sussiste»*, in *Corriere della sera (web)*, 27.07.2020 e un primo commento di CUPELLI, *I confini di liceità dell'agevolazione al suicidio e il ruolo del legislatore. Brevi note a margine della nuova sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby*, in *Sist. pen.*