

# QUESITI

---

**GIANLUCA GENTILE**

## **Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)**

Questo lavoro si propone di analizzare criticamente le questioni di legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) sollevate dalla Corte di Assise di Milano. Dopo essersi soffermato sui rapporti tra autodeterminazione e diritto a morire, lo scritto si sofferma su alcuni profili del caso Cappato, tra i quali quello della distinzione tra suicidio assistito e rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale nei casi di persone gravemente e irrimediabilmente malate.

*This paper aims to provide a critical analysis of the issues concerning the constitutional compliance of aiding and abetting suicide (art. 580 c.p.) raised by the Court of Assizes of Milan. After focusing on relationships between personal autonomy and right to die, the paper discusses some issues of the Cappato case, such as distinction between assisted suicide and withdrawal of life-sustaining treatment in cases of grievously and irremediably ill people.*

**SOMMARIO:** 1. La vicenda giudiziaria. - 2. L'art. 580 c.p. tra diritto vivente e interpretazioni adeguatrici. - 3. Fondamento e limiti del principio di autodeterminazione. - 4. La questione del trattamento sanzionatorio. - 5. Alcune possibili soluzioni al caso Cappato.

### **1. La vicenda giudiziaria**

La Costituzione riconosce il diritto di morire quando e come si vuole? È il quesito posto dall'ordinanza n. 1 del 14 febbraio 2018, con la quale la Corte di assise milanese ha sollevato una questione di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina le condotte di agevolazione al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario, e in subordine nella parte in cui tali condotte sono sanzionate con le stesse pene delle ipotesi di istigazione al suicidio<sup>1</sup>.

Il provvedimento si innesta nell'ambito del processo a carico di Marco Cappato per il suo coinvolgimento nella dolorosa vicenda di Fabiano Antoniani, un noto DJ morto in Svizzera a seguito di una procedura di suicidio assistito gestita dall'associazione Dignitas. Antoniani, tetraplegico e affetto da cecità permanente a seguito di un incidente stradale, si era rivolto alla Dignitas per il tramite della sua compagna dopo aver provato in tutti i modi a curare la sua patologia<sup>2</sup>, che oltre a essere totalmente invalidante comportava sofferenze così atroci da richiedere l'uso di potenti farmaci lenitivi, a costo però di per-

---

<sup>1</sup> Ass. Milano, 14 febbraio 2018, n. 1, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com). Su questo sito sono disponibili anche gli altri atti processuali che si citeranno in seguito.

<sup>2</sup> Un toccante resoconto autobiografico in IMBROGNO, VOGLINO LEVY, *Prometto di perderti. Io DJ Fabo e la vita più bella del mondo*, Milano, 2018, 85 ss., 145 ss.

dere la lucidità e le residue occasioni di interazione con i suoi cari<sup>3</sup>. Contemporaneamente veniva contattato Marco Cappato, noto per la sua attività di assistenza alle persone che desiderano porre fine alla loro vita e per il suo impegno politico a favore della legalizzazione dell'eutanasia<sup>4</sup>.

Nel corso dei colloqui avuti con Cappato, Antoniani rifiutava con estrema lucidità e convinzione la «strada italiana»<sup>5</sup>, e cioè l'interruzione della respirazione e della nutrizione artificiale accompagnata dalla sedazione profonda<sup>6</sup>, perché tale opzione non avrebbe assicurato una morte rapida e dignitosa<sup>7</sup>, e chiedeva invece di essere accompagnato in Svizzera per porre termine alla sua vita. Cappato acconsentiva, trasportava Fabiano presso la sede della Dignitas dandogli fino all'ultimo la facoltà di recedere dal suo proposito, assisteva alla procedura di suicidio assistito fin dove acconsentito, e infine si recava dai Carabinieri a denunciarsi<sup>8</sup>.

Dopo aver astrattamente qualificato la vicenda in termini di agevolazione al suicidio *ex art. 580 c.p.* in quanto era stato lo stesso Antoniani ad azionare con la bocca il meccanismo di iniezione del farmaco letale, e dopo aver risolto positivamente la questione della competenza territoriale osservando che l'accompagnamento della vittima iniziato in territorio italiano consente l'applicazione della regola dell'ubiquità sancita dall'art. 6, co. 2, c.p., la Procura milanese ha avanzato una richiesta di archiviazione basata su tre ordini di

<sup>3</sup> Maggiori dettagli sulle condizioni di salute di Antoniani in Proc. Rep. Milano, Richiesta di archiviazione, proc. n. 9609/17, 2 maggio 2017, 2. Nella sua deposizione resa in udienza il 13 dicembre 2017, e visionabile nel già citato sito [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), la consulente del p.m., medico anestesista, ha parlato di dolori «incoercibili», ossia talmente intensi che per placarli si sarebbe dovuto mandare Antoniani «non dico in coma farmacologico, ma quasi».

<sup>4</sup> Una testimonianza in prima persona in CAPPATO, *Crede disobbedire combattere. Come liberarci dalle proibizioni per migliorare la nostra vita*, Milano, 2017, 31 ss.

<sup>5</sup> Cfr. G.i.p. Milano, ord. 10 luglio 2017, 3.

<sup>6</sup> Un'esposizione approfondita del percorso giurisprudenziale che ha portato all'elaborazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica in CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 67 ss. Sulla l. 22 dicembre 2017, n. 219, che ha regolato la materia, cfr. da prospettive interpretative differenti CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *St. iur.*, 2018, 689 ss.; CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 78 ss.; EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 417 ss.

<sup>7</sup> Nella già citata deposizione del 13 dicembre 2017, la consulente del P.m. milanese ha spiegato che Fabiano non dipendeva del tutto dal respiratore, e quindi la sospensione della nutrizione e la mancata connessione al respiratore artificiale avrebbe provocato un'agonia che sarebbe potuto durare minuti, ore o anche giorni. Cfr. anche Proc. Rep. Milano, Richiesta di archiviazione, cit., 13.

<sup>8</sup> CAPPATO, *Crede disobbedire combattere*, cit., p. 39 ss.; IMBROGNO, VOGLINO LEVY, *Prometto di perderti*, cit., 185 ss.; G.i.p. Milano, ord. 10 luglio 2017, 4.

motivi<sup>9</sup>.

In primo luogo, il principio di offensività e il criterio del *favor rei* imporrebbero di interpretare restrittivamente la condotta di agevolazione, limitandola ai casi di aiuto materiale prestati nella fase esecutiva del suicidio; nel caso di specie, tale fase avrebbe avuto inizio nel momento della presa in carico di Antoniani da parte degli addetti della Dignitas, e quindi il comportamento di Cappato sarebbe atipico, salvo ipotizzarsi un concorso *ex art. 110 c.p.* in un aiuto al suicidio prestato da altri: ma in questo modo la soglia della punibilità sarebbe troppo arretrata, ancora una volta in violazione del principio di offensività.

La seconda strategia argomentativa evidenzia l'incompatibilità del principio dell'indisponibilità della vita sotteso all'art. 580 c.p. con l'orizzonte dei diritti garantiti dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e in particolare con il limite del rispetto della dignità umana che l'art. 32, co. 2, Cost. oppone agli obblighi di curarsi previsti dalla legge<sup>10</sup>; espressioni di tale limite sarebbero non solo il diritto di rinunciare ai trattamenti di sostegno vitale (la «strada italiana»), ma anche il diritto al suicidio assistito, a condizione che sussistano situazioni «oggettivamente valutabili di malattia terminale o gravida di sofferenze o ritenuta “intollerabile e indegna” dal malato stesso»<sup>11</sup>; tale diritto farebbe «venir meno» il bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p. e la condotta di Cappato diverrebbe «radicalmente inoffensiva»<sup>12</sup>.

In alternativa alla soluzione sistematica dell'assenza di offensività, la Procura ipotizza infine che il diritto al suicidio assistito potrebbe dar vita a una «causa di giustificazione impropria», con rilievo oggettivo, in grado di rendere il suicidio di Fabiano da «fatto illecito non punito» a oggetto di un vero e proprio diritto, con effetti scriminanti anche per i concorrenti, tra i quali Cappato<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> CHIASSONI, *Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi argomentativa*, in *Dir. quest. Pubbl.*, 2018, 415 ss.

<sup>10</sup> L'equiparazione tra il «rispetto della persona umana» di cui parla l'art. 32, co. 2, Cost., e la dignità umana ricorre talvolta nella giurisprudenza costituzionale (ad es., Corte cost., n. 471 del 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 20, con nota di ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto “attivo” ed in quello “passivo”*). Nel senso che le due formule non siano perfettamente coincidenti, anche sulla scorta dei lavori preparatori, MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015, 52 ss.; CIOLLI, *I trattamenti sanitari obbligatori per i malati psichici. Vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 627 ss., con altri riferimenti bibliografici. Cfr. anche DRIGO, *La dignità umana*, in *Diritti e doveri*, a cura di Mezzetti, Torino, 2014, 192 ss., che traccia una ricca rassegna del ruolo che la dignità svolge nella giurisprudenza costituzionale, a volte impiegata quale valore che genera nuovi diritti, a volte come criterio di bilanciamento, a volte come limite alla discrezionalità legislativa.

<sup>11</sup> Proc. Rep. Milano, Richiesta di archiviazione, cit., 14.

<sup>12</sup> Proc. Rep. Milano, Richiesta di archiviazione, cit., 14.

<sup>13</sup> Proc. Rep. Milano, Richiesta di archiviazione, cit., 15.

La richiesta di archiviazione non è stata accolta dal G.i.p., il quale ha ordinato di formulare l'imputazione a carico di Cappato non solo per agevolazione al suicidio, ma anche per aver rafforzato il proposito suicidario di Antoniani.

Ad avviso del G.i.p., il dato testuale («agevola *in qualsiasi modo* l'esecuzione») e lo schema della *condicio sine qua non* imporrebbero di incriminare tutte le condotte che abbiano fornito un apporto causalmente apprezzabile alla realizzazione del suicidio, anche quelle estranee alla fase esecutiva, con il solo limite costituito dalla sussistenza dell'elemento psicologico del reato<sup>14</sup>.

Inoltre, mentre il diritto a rinunciare ai trattamenti di sostegno vitale troverebbe espresso riconoscimento nell'art. 32, co. 2, Cost., il preteso diritto a morire con dignità non troverebbe fondamento né in Costituzione né nel diritto convenzionale, il quale lascerebbe al margine di apprezzamento degli Stati la decisione di ammettere a certe condizioni le pratiche di suicidio assistito o al contrario di vietarle con sanzioni penali<sup>15</sup>.

Infine, il G.i.p. ha ritenuto manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. avanzati sia dalla Procura sia dalla difesa per l'impossibilità di ottenere dalla Consulta una pronuncia additiva «a rime obbligate»<sup>16</sup>, richiedendo l'individuazione dei casi penalmente irrilevanti di suicidio assistito una scelta tra più opzioni possibili (solo i malati terminali o irreversibili, come chiedeva la pubblica accusa? Oppure chiunque si trovi in condizioni di vita ritenute non dignitose, come opinava la difesa?) che non spetta alla Corte costituzionale, bensì al legislatore. Nel merito, l'art. 580 c.p. sarebbe coerente con la «pervasiva e penetrante tutela accordata dall'ordinamento nazionale al bene vita» e non contrasterebbe né con il principio della dignità umana, dal quale non potrebbe trarsi il corollario del diritto al suicidio assistito, né con l'art. 32 Cost., che riguarderebbe la diversa situazione della rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale, e neppure con l'art. 3 Cost., perché l'invocata discriminazione tra il malato che può chiedere l'interruzione delle terapie salvavita e quello che invece si trova in condizioni analoghe a quelle di Fabiano presuppone il riconoscimento del diritto di potersi togliere la vita

<sup>14</sup> G.i.p. Milano, ord. 10 luglio 2017, cit., 8 ss. Risolvono il problema del regresso all'infinito sul piano dell'elemento psicologico, DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 452; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, 236 ss.

<sup>15</sup> G.i.p. Milano, ord. 10 luglio 2017, cit., 24 ss. Sul punto, *infra*, § 3.

<sup>16</sup> G.i.p. Milano, ord. 10 luglio 2017, cit., 27. La metafora delle rime obbligate quale descrizione dei limiti alle pronunce manipolative si deve notoriamente a CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano (la Corte costituzionale)*, Padova, 1984, 408. Sul tema, per tutti ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 229 ss., con ampie esemplificazioni giurisprudenziali.

con l'intervento di un terzo<sup>17</sup>. Si giunge così all'ordinanza dell'Assise milanese, che ha assolto Cappato dall'accusa di rafforzamento del proposito suicidario, essendosi provato in dibattimento che l'incontro con Antoniani era stato successivo al momento in cui quest'ultimo aveva deciso di rivolgersi alla Dignitas. Invece, la Corte ha ritenuto che l'accompagnamento in Svizzera integri, alla luce del diritto vivente, l'ipotesi dell'agevolazione, e ha deciso di sollevare due questioni di legittimità costituzionale per i motivi che si andranno ora ad analizzare.

## 2. L'art. 580 c.p. tra diritto vivente e interpretazioni adeguatrici

La Corte milanese individua il diritto vivente da sottoporre a scrutinio di costituzionalità in una sentenza della Cassazione avente a oggetto una vicenda di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei due partecipi<sup>18</sup>. Il giudice di merito aveva assolto l'aspirante suicida argomentando che, a dispetto del dato letterale, anche l'agevolazione al suicidio andrebbe «ricondata al fenomeno istigativo, poiché un'interpretazione della norma conforme a Costituzione impone di circoscrivere le condotte punibili a quelle nelle quali l'aiuto al suicidio abbia esercitato un'apprezzabile influenza nel processo formativo della volontà della vittima, che ha trovato nella collaborazione dell'estraneo incentivo e stimolo a togliersi la vita»<sup>19</sup>. La Cassazione osservava invece che l'agevolazione al suicidio «prescinde totalmente dalla esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui», bastando «che l'agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio»<sup>20</sup>.

Dopo aver dato conto di quell'orientamento giurisprudenziale di merito evocato anche dalla Procura, secondo il quale i comportamenti che non contribuiscono alla fase esecutiva del suicidio andrebbero esclusi dal novero delle condotte agevolative tipiche<sup>21</sup>, i Giudici milanesi passano a illustrare i ritenuti

<sup>17</sup> G.i.p. Milano, ord. 10 luglio 2017, cit., 28 ss.

<sup>18</sup> Cass., Sez. I, 6 febbraio 1998, Munaò, in *Cass. pen.*, 1999, 872 ss., con nota di BISACCI, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*. Il caso del doppio suicidio è stato da sempre all'attenzione della dottrina: cfr. ad es. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1951, 102 ss.; VANNINI, *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale*, Milano, 1954, 252 ss.; MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, 1996, 108 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2016, 44.

<sup>19</sup> Ass. Messina, 10 giugno 1997, in *Giur. mer.*, 1998, 734, con nota di FELICI, *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*

<sup>20</sup> Cass., Sez. I, 6 febbraio 1998, Munaò, cit., 875.

<sup>21</sup> Trib. Vicenza, 14 ottobre 2015, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 306 ss., con nota adesiva di SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*,

profili di illegittimità costituzionale.

Nell'orizzonte del legislatore del 1930 la *ratio* dell'art. 580 c.p. fondava sul principio di indisponibilità della vita<sup>22</sup>, bene da tutelare in funzione degli interessi individuali ma soprattutto «del supremo interesse dello Stato allo sviluppo progressivo della razza»<sup>23</sup>, e il suicidio era considerato un comportamento antiggiuridico esente da pena per ragioni di opportunità politica<sup>24</sup>.

Tale visione contrasterebbe con il principio personalistico enunciato dall'art. 2 Cost. e con il principio dell'inviolabilità della libertà personale posto dall'art. 13 Cost., dai quali discenderebbero il «potere della persona di disporre del proprio corpo»<sup>25</sup>, il divieto di disporre trattamenti sanitari non voluti in assenza di una specifica norma autorizzativa<sup>26</sup> e soprattutto «la libertà per l'individuo di decidere sulla propria vita ancorché da ciò dipenda la propria

nonché in *Giust. pen.*, 2017, II, 20 ss., con nota contraria di MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio o omicidio del consenziente?* L'ordinanza in commento informa che la sentenza è stata confermata da App. Vicenza, 10 maggio 2017, inedita.

<sup>22</sup> Cfr. la Relazione al Progetto definitivo del Ministro Alfredo Rocco in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V-II, Roma, 1929, 375.

<sup>23</sup> Così, riferendosi all'impianto generale dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale, ancora la Relazione di Rocco, in *Lavori preparatori*, V-II, cit., 365. In dottrina, cfr. MANZINI, *Trattato*, VIII, cit., 7 ss., il quale dopo l'entrata in vigore della Costituzione afferma ancora che il bene della vita avrebbe «natura pubblicistica» in considerazione del fatto che «l'essenza, la forza e l'attività dello Stato» risiederebbero «nella popolazione, cioè nell'unione di tutti i cittadini (ci sono, invero, individui del tutto inutili o anche dannosi per la collettività)»; cfr. anche VANNINI, *Quid iuris?*, cit., 238 ss.; tutt'oggi, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 11. Una critica di queste posizioni proveniente dal contesto culturale del tecnicismo giuridico in PANNAIN, *I delitti contro la vita e la incolumità individuale*, Torino, 1965, 7 ss.; sull'attuale concezione personalistica dei delitti contro la vita, per tutti FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II tomo primo, Bologna, 2013, 2 ss.; CANESTRARI e altri, *Lineamenti di diritto penale*, Bologna, 2016, 476 ss.

<sup>24</sup> MANZINI, *Trattato*, VIII, cit., 94 ss.; VANNINI, *Quid iuris?*, cit., 239; NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica giuridica del suicidio*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, Padova, 1969, 1005; MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 91 ss. (prima di elaborare la tesi del suicidio come disvalore giuridicamente tollerato: cfr. da ultimo MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2016, 127 ss.). Una disamina critica di questi orientamenti in GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 83 ss.; SCLAFANI, GIRAUD, BALBI, *Istigazione o aiuto al suicidio. Profili giuridici criminologici psicopatologici*, Napoli, 1997, 32 ss. in nota; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 187 ss.; MANNA, *Art. 579-580 - Omicidio del consenziente ed istigazione e aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, a cura di Manna, Torino, 2007, 47 ss.

<sup>25</sup> Ass. Milano, 14 febbraio 2018, n. 1, cit., 6, citando Corte cost., n. 471 del 1990, cit., 19 ss., che ha dichiarato incostituzionale l'art. 696, co. 1, c.p.c. nella parte in cui non consentiva di disporre accertamenti tecnici o ispezioni giudiziali sulla persona dell'istante.

<sup>26</sup> Ass. Milano, 14 febbraio 2018, n. 1, cit., 6, che cita Corte cost., n. 236 del 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1091 ss., con nota di KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, relativa all'incostituzionalità dell'art. 224, co. 2, c.p.p.

morte»<sup>27</sup>.

Il diritto all'autodeterminazione nelle scelte di fine vita, che troverebbe espressione nella nota giurisprudenza italiana sulla rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale e nella recente legge sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento (l. 22 dicembre 2017, n. 219), si ricaverebbe anche dagli articoli 2 e 8 della Cedu nella lettura offerta dalla Corte di Strasburgo: da qui il terzo parametro di costituzionalità che sarebbe violato dall'art. 580 c.p., e cioè l'art. 117, co. 1, Cost., da leggersi in relazione alle citate disposizioni convenzionali.

A questo punto, il bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p. non andrebbe più ravvisato nella vita, ma piuttosto nell'autodeterminazione, con la conseguenza che non dovrebbero essere punite perché inoffensive le condotte agevolative strumentali a una decisione di uccidersi libera e ponderata, come quella di Fabiano.

Prima di confrontarsi con il merito di questa linea argomentativa occorre porsi una questione preliminare che attiene all'ammissibilità dell'ordinanza, e cioè se quest'ultima sia venuta meno all'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione che grava sul giudice *a quo*<sup>28</sup>.

Com'è noto, la Corte costituzionale si è sempre riservata il potere di interpretare liberamente le disposizioni normative impugnate, anche svincolandosi dalla lettura proposta dall'ordinanza di rimessione. Ciò ha portato a una tipologia di pronuncia, quella interpretativa, che ha consentito l'adeguamento della legislazione ordinaria al dettato costituzionale in modo più flessibile rispetto all'alternativa secca tra sentenza di accoglimento e sentenza di rigetto<sup>29</sup>. Ebbene, dopo una prima fase in cui la Corte tendeva ad accentrare a sé l'interpretazione conforme a Costituzione<sup>30</sup>, nel senso che il giudice *a quo* era invitato a sollevare la questione in presenza di un qualunque dubbio sulla le-

<sup>27</sup> Ass. Milano, 14 febbraio 2018, n. 1, cit., 6.

<sup>28</sup> In una bibliografia sterminata, basti per ora il riferimento a ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Jovene, 2009, 677 ss.; LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2016, 391 ss.; MODUGNO, *Al fondo dell'interpretazione conforme alla Costituzione*, in MENGONI, MODUGNO, RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, 47 ss.

<sup>29</sup> Per tutti, CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., II<sup>o</sup>, cit., 396 ss. Sul tema merita di essere ricordato PORZIO, *Norme penali incostituzionali e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Roma, 1966, 13 ss.

<sup>30</sup> Sulle ragioni politico-istituzionali di questo atteggiamento, legate all'esigenza di aprire un canale diretto tra la neonata Corte e i giudici di merito, più sensibili dei giudici di legittimità al nuovo assetto costituzionale, LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Biscotti, Borsellino, Pocar, Pulitanò, Milano, 2012, 49 ss.; MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, 337 ss.

gittimità della disposizione rilevante nel caso di specie, si è formato un diverso orientamento secondo il quale «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»<sup>31</sup>.

In altri termini, la Consulta ha introdotto un ulteriore requisito di proponibilità del ricorso incidentale<sup>32</sup>, l'assenza del quale è sanzionato a volte con sentenze di inammissibilità, a volte di manifesta infondatezza<sup>33</sup>, e cioè l'aver esperito ogni possibile tentativo di interpretazione adeguatrice: la «questione di costituzionalità deve essere sollevata non (più) ogni qual volta vi sia un mero dubbio sulla legittimità di una legge, ma ogniqualvolta, dopo aver fatto prova di tutti i tentativi di armonizzazione della legge alla Costituzione, resti ancora solo un dubbio»<sup>34</sup>.

Tornando all'ordinanza in commento, un primo quesito attiene alla qualifica di diritto vivente attribuita all'unica sentenza di legittimità richiamata<sup>35</sup>. Secondo la giurisprudenza costituzionale, il dovere di interpretazione conforme sussiste quando non si è ancora consolidato un determinato orientamento interpretativo (il diritto vivente, appunto); nel caso contrario, il dovere si trasforma in facoltà, potendo il giudice *a quo* sia adottare l'interpretazione conforme che ritiene corretta benché contraria al diritto vivente, sia impugnare quest'ultimo dinanzi alla Corte costituzionale<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Corte cost., n. 356 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 3107 ss., con nota di LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?.*

<sup>32</sup> Non compete a questo scritto stabilire se l'obbligo di interpretazione conforme consista in una terza condizione che si aggiunge alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità (LAMARQUE, *La fabbrica*, cit., 54; MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, 107), oppure in un requisito che precede logicamente quest'ultima valutazione (PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018, 597). Sul tema, LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, a cura di Caravita, Napoli, 2012, 21 ss.

<sup>33</sup> Riferimenti in RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 208.

<sup>34</sup> ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 124. Osserva MODUGNO, *Al fondo*, cit., 83, che l'affermazione della Corte secondo cui le leggi si dichiarano illegittime «perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» andrebbe corretta dicendo che «è difficile (improbabile) darne interpretazioni costituzionali»: ciò in quanto il giudice *a quo* non deve essere convinto dell'incostituzionalità della legge, ma più limitatamente della «difficoltà di esperire con successo l'interpretazione conforme della disposizione legislativa» e della «probabilità che la Corte abbia a sancire l'incostituzionalità della norma».

<sup>35</sup> Benché più lontana nel tempo, cfr. anche Cass., Sez. I, 30 aprile 1974, Andreucci, in *Giust. pen.*, 1975, II, 358, secondo la quale l'agevolazione può «essere commessa anche anteriormente all'inizio di esecuzione del proposito suicida».

<sup>36</sup> Citazioni giurisprudenziali in RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti*, cit., 157 ss.; ROMBOLI, *Il giudizio di*

Ebbene, anche se si dubitasse dell'esistenza di un diritto vivente in materia di agevolazione al suicidio<sup>37</sup>, una pronuncia di inammissibilità dell'ordinanza milanese potrebbe essere scongiurata sulla scorta di quella giurisprudenza costituzionale secondo cui il rimettente può adire la Corte anche quando l'orientamento giurisprudenziale costituzionalmente dubbio è espresso da un'unica sentenza di legittimità; diversamente, il giudice *a quo* sarebbe costretto a seguire una linea esegetica ritenuta incostituzionale oppure a emettere una decisione che pur rispecchiando il suo convincimento rischia di essere riformata; in ipotesi del genere, «la via della proposizione della questione di legittimità costituzionale costituisce l'unica idonea ad impedire che continui a trovare applicazione una disposizione ritenuta costituzionalmente illegittima»<sup>38</sup>.

Un secondo profilo di inammissibilità potrebbe consistere nell'omessa spiegazione delle ragioni che rendono l'interpretazione conforme prospettata dai Giudici milanesi inapplicabile in assenza di un intervento della Consulta<sup>39</sup>. A tal proposito è opportuno valorizzare quel passo dell'ordinanza in cui si spiega che l'interpretazione secondo cui le condotte agevolative sono punite a prescindere dalla loro valenza istigatrice è sostenuta dal diritto vivente, dal principio di indisponibilità della vita e dal «dato letterale dell'art. 580» c.p.<sup>40</sup>. In effetti, la disposizione distingue chiaramente le ipotesi di istigazione (determinazione al suicidio e rafforzamento del proposito suicidario) da quelle di agevolazione per mezzo della disgiuntiva «ovvero». Al co. 2, poi, le tre modalità di condotta sono nuovamente distinte nel momento in cui si parla di «per-

---

*costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, a cura di Romboli, Torino, 2017, 106; ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 216, i quali però offrono un quadro più complesso della questione.

<sup>37</sup> Propendono per una risposta negativa, ALBERTI, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire*, 4 nota 15, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); PALOMBI, *Dall'indisponibilità della vita all'autodeterminazione della persona*, in *Riv. pen.*, 2018, 548. Sottolinea l'incertezza che connota la fisionomia del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale, LANEVE, *L'interpretazione conforme*, cit., 20. Per quel che vale, la lettura che Cass., Sez. I, 6 febbraio 1998, Munaò, cit., 872 ss., fornisce in merito alla condotta di agevolazione riflette l'orientamento dottrinale dominante: per tutti, VALSECCHI, TRINCHEA, *Art. 580*, in *Codice penale commentato* diretto da Dolcini, Gatta, II, Assago, 2015, 2936, con altri riferimenti.

<sup>38</sup> Corte cost., n. 240 del 2016, in *Giur. cost.*, 2016, 2158, relativa al caso in cui il giudice rimettente assumeva che un'unica pronuncia del Consiglio di Stato seguita da alcuni Tribunali amministrativi regionali avesse formato un diritto vivente. La sentenza è incidentalmente citata da Ass. Milano, 14 febbraio 2018, n. 1, cit., 4, che però dà per scontata l'esistenza di un diritto vivente.

<sup>39</sup> BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in *Federalismi.it*, 10/2018, 9, ricorda che un'insufficienza interpretativa censurabile con l'inammissibilità «potrebbe essere costituita tanto dal non aver tentato l'interpretazione conforme, quanto (e più plausibilmente) dal non averle dato seguito».

<sup>40</sup> Ass. Milano, 14 febbraio 2018, n. 1, cit., 16.

sona istigata o eccitata o aiutata»<sup>41</sup>. Lo stesso co. 2 mostra che peculiari condizioni di vulnerabilità della vittima costituiscono un elemento accidentale dell'art. 580 c.p., e non un suo profilo strutturale, mentre altre impongono di applicare la disciplina dell'omicidio<sup>42</sup>.

Su queste basi, un granitico filone dottrinale distingue la partecipazione morale al suicidio da quella materiale, sottolineando che nel secondo caso la vittima ha già deciso di uccidersi<sup>43</sup>. Ne deriva che l'interpretazione adeguatrice proposta dai Giudici milanesi appare incompatibile con il tenore letterale della disposizione impugnata<sup>44</sup>, e ciò consente loro di adire il Giudice delle leg-  
gi<sup>45</sup>.

Un discorso diverso va fatto a proposito della seconda linea interpretativa prospettata dall'ordinanza in esame, quella che fa leva sulla fase esecutiva o preparatoria in cui sono poste in essere le condotte agevolative.

A sostegno di tale soluzione si osserva che l'art. 580 c.p. incrimina «l'esecuzione» del suicidio e riferisce l'ampia clausola «in qualsiasi modo» a

---

<sup>41</sup> MANZINI, *Trattato*, VIII, cit., 100, afferma che il co. 2 spiega autenticamente in cosa debba consistere l'agevolazione. Può essere utile sottolineare che nel Progetto definitivo del codice penale si parlava di persona «istigata o eccitata o agevolata» (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V-III, Roma, 1929, 214).

<sup>42</sup> Trascurando questi aspetti, Ass. Milano, 14 febbraio 2018, n. 14, cit., 14, trova nel comma 2 conferma della tesi secondo cui l'art. 580 c.p. tenderebbe alla «tutela della libertà e consapevolezza della decisione del soggetto passivo».

<sup>43</sup> Tra i tanti, ALTAVILLA, *Delitti contro la persona. Delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*, Milano, 1934, 164; VANNINI, *Quid iuris?*, cit., 244; PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984, 220; FERRARI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale, I reati contro le persone*, a cura di Cocco, Ambrosetti, Padova, 2010, 81; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 132.

<sup>44</sup> Nel suggerire più di venti anni fa una proposta ricostruttiva analoga a quella dell'ordinanza in esame, SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 726, concludeva che la «punibilità delle condotte di agevolazione anche laddove si accerti che il soggetto passivo aveva già liberamente e in piena consapevolezza preso una compiuta decisione» non consente di rileggere l'art. 580 c.p. in funzione della «tutela dell'assoluta libertà di autodeterminazione e in particolare degli individui deboli e suggestionabili contro il pericolo di sopraffazioni della volontà». Osserva più recentemente FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, 230, che l'aiuto al suicidio potrebbe essere riletto in chiave di pericolo astratto rispetto al bene giuridico dell'autodeterminazione. Mi chiedo se a questo punto sarebbe possibile escludere in via ermeneutica la rilevanza delle condotte di aiuto che sicuramente non hanno leso il suddetto bene.

<sup>45</sup> Sul limite che il dato testale oppone all'obbligo di interpretazione conforme, si veda la giurisprudenza commentata in ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 125 ss.; ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità*, cit., 103 ss. In dottrina, per tutti LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 426 ss.; cfr. però MODUGNO, *Al fondo*, cit., 53 ss. Tra i penalisti, con maggiore o minore apertura alle teorie ermeneutiche dell'interpretazione, ma tutti orientati a difendere il limite della lettera della legge, cfr. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 3, 2016, 17 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2017, 130 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 88 ss.

questa fase<sup>46</sup>. Ma sul piano strettamente lessicale si potrebbe osservare che l'esecuzione riguarda il proposito suicidario («rafforza l'altrui proposito al suicidio, ovvero *ne* agevola l'esecuzione»), e che la formula potrebbe essere intesa alla stregua del linguaggio comune, quale «realizzazione» o «attuazione» della volontà di uccidersi<sup>47</sup>, piuttosto che nell'accezione tecnico-giuridica di inizio dell'esecuzione ripudiata dal legislatore fascista nella disciplina del tentativo<sup>48</sup>.

Posto che il dato testuale ammette più interpretazioni<sup>49</sup>, probabilmente la soluzione degli atti esecutivi non è stata coltivata dal Giudice rimettente in ragione del rischio di annullamento da parte della Suprema corte per contrasto con la nozione ampia di agevolazione accolta dal (preteso) diritto vivente. Anche in questo caso, «la via della proposizione della questione di legittimità costituzionale costituisce l'unica idonea ad impedire che continui a trovare applicazione una disposizione ritenuta costituzionalmente illegittima»<sup>50</sup>.

### 3. Fondamento e limiti del principio di autodeterminazione

A differenza della Procura, che aveva impostato la questione di incostituzionalità sul diritto del malato irreversibile o terminale di chiedere aiuto a terzi per porre fine alla propria esistenza<sup>51</sup>, l'ordinanza di rimessione è incentrata sul principio di autodeterminazione *tout court*, che si vorrebbe declinare nei termini del diritto di ognuno di decidere quando e come morire.

Si tratta di un assunto coraggioso ma allo stesso tempo discutibile, perché l'autodeterminazione «è un principio generale la cui pertinenza al problema specifico del suicidio è uno dei punti» della controversia sulla configurabilità di un diritto a morire<sup>52</sup>.

La prima difficoltà è rappresentata dalla vaghezza delle disposizioni costituzionali assunte a fondamento dell'asserito diritto a morire, e cioè gli articoli 2 e 13 Cost., perché clausole aperte di questo tipo possono essere invocate per

<sup>46</sup> MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, 21, in *www.penalecontemporaneo.it*; Trib. Vicenza, 14 ottobre 2015, cit., 307.

<sup>47</sup> Nella Relazione del Guardasigilli Rocco, in *Lavori preparatori*, V-II, cit., 376, si parla appunto di «esecuzione della volontà suicida».

<sup>48</sup> Basti il rinvio alla monumentale opera di SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 316 ss., 552 ss., 855 ss.

<sup>49</sup> Diversamente, ALBERTI, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio*, cit., 5 ss., che reputa la tesi dell'inizio di esecuzione incompatibile con la formula «in qualsiasi modo».

<sup>50</sup> Così la già citata Corte cost. n. 240 del 2016.

<sup>51</sup> Proc. Rep. Milano, Memoria di udienza del PM, 17 gennaio 2018, nel già citato sito *www.giurisprudenzapenale.com*.

<sup>52</sup> PULITANÒ, *L'omicidio*, in *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, a cura di Pulitanò, Torino, 2014, 74.

«confortare una tesi, ma anche la tesi esattamente opposta»: basta «saper scegliere il principio che meglio si confà alla conclusione cui si vuol giungere»<sup>53</sup>. Non a caso, il dibattito dottrinale invoca i medesimi parametri costituzionali (soprattutto gli artt. 2 e 32 Cost.) per sostenere sia la tesi tradizionale dell'illiceità del suicidio<sup>54</sup>, sia quella opposta del fondamento costituzionale del diritto a morire<sup>55</sup>, sia infine quella intermedia che parla di facoltà o di libertà negativa inidonea a fondare una pretesa verso terze persone<sup>56</sup>. Anche i precedenti giurisprudenziali che dovrebbero fondare il diritto a morire sembrano essere stati impiegati dall'ordinanza in esame più in chiave argomentativa che per la loro reale attinenza al caso di specie<sup>57</sup>, considerando che la Corte costituzionale ha parlato di «potere della persona di disporre del proprio corpo» a proposito di un caso in cui l'autodeterminazione andava di pari passo con il diritto di difesa<sup>58</sup>, e che il divieto ai trattamenti sanitari coattivi è stato desunto da una pronuncia in tema di prelievi ematici coattivi, ossia provvedimenti che chiamano in causa la garanzia dell'*habeas corpus*<sup>59</sup>; anche

<sup>53</sup> ROMBOLI, *Il consenso del non avente diritto*, in *Foro it.*, 1988, I, 2115, riferendosi alla giurisprudenza costituzionale in materia di interruzione volontaria della gravidanza (e nello stesso senso già BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giur. cost.*, 1975, 2109 ss.); con specifico riguardo alla tematica in esame, ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionale*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di Stortoni, Trento, 1992, 15 ss.

<sup>54</sup> Da ultimo RONCO, *Istigazione o aiuto al suicidio (Art. 580 c.p.)*, in RONCO, *Scritti patavini*, I, Torino, 2017, 614 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 9 maggio 2013, Sicuro, in *Mass. Uff.*, n. 256989, la quale non ha ravvisato nel proposito di suicidarsi un «giustificato motivo» per portare un'arma fuori dalla propria abitazione (art. 4, l. 18 aprile 1975, n. 110) in quanto il suicidio «costituisce pur sempre una scelta moralmente non condivisibile, non giustificabile ed avversata dalla stragrande maggioranza dei consociati, a prescindere dalle loro convinzioni religiose e politiche, siccome contraria al comune modo di sentire, in quanto negatrice del principio fondamentale, su cui si fonda ogni comunità organizzata e costituito dal rispetto e dalla promozione della vita in ogni sua manifestazione».

<sup>55</sup> Cfr. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Il diritto e la differenza. Studi in onore di Alessandro Baratta*, a cura di De Giorgi, Lecce, 2002, 563; MANNA, *Art. 579-580*, cit., 54; sui rapporti tra autodeterminazione e scelte di fine vita cfr. anche TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 94 ss.

<sup>56</sup> In tal senso, MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 187 ss.; SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti, I, Milano, 2011, 195 ss.; CORNACCHIA, *Placing Care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, 270; CANESTRARI, *Principi di biodiritto*, cit., 63 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.*, 10, 2017, 154 ss.

<sup>57</sup> Un rilievo analogo in G.i.p. Milano, ord. 10 luglio 2017, 28.

<sup>58</sup> In Corte cost., n. 471 del 1990, cit., 14 ss., si discuteva della possibilità di disporre un accertamento tecnico sul corpo di una persona consenziente in funzione della tutela giudiziale dei suoi diritti.

<sup>59</sup> Corte cost., n. 236 del 1996, cit., 1091 ss. Sul tema, da ultimo ALESCI, *Corpo dell'imputato (fonte di prova nel processo penale)*, in *Dig. Pen.*, Agg., X, Torino, 2018, 76 ss. È anche vero che i trattamenti sanitari si collocano a seconda dei casi nell'alveo dell'art. 13 o dell'art. 32 Cost.: sul punto, MORANA, *La*

la più congruente giurisprudenza sui casi Welby ed Englaro, che ha aperto la strada al principio di autodeterminazione in ambito terapeutico<sup>60</sup>, presenta alcune affermazioni che smentiscono la tesi avanzata dall'Assise milanese nel momento in cui si afferma che il rifiuto di cure salvavita «non può voler significare l'implicito riconoscimento di un diritto al suicidio»<sup>61</sup> oppure essere «scambiato per un'ipotesi di eutanasia»<sup>62</sup>.

Un discorso analogo può farsi anche a proposito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sulla quale occorre soffermarsi con maggiore attenzione perché è chiamata a dar corpo al terzo parametro di costituzionalità che si assume violato, l'art. 117, co. 1, Cost.<sup>63</sup>.

Secondo la Corte edu non si è ancora formato un consenso europeo sul diritto di decidere come e quando morire, tant'è che la Svizzera incrimina l'aiuto al suicidio solo quando è determinato da motivi egoistici, il Belgio, l'Olanda e il Lussemburgo ammettono il suicidio assistito in determinate circostanze e la maggioranza degli altri Paesi fa prevalere le esigenze di tutela della vita su quelle del diritto a terminarla: ne consegue che gli Stati godono di un margine di apprezzamento «considerevole» nel contemperare gli interessi che le problematiche di fine vita chiamano in causa<sup>64</sup>.

Tali interessi vanno individuati da un lato nel diritto alla vita sancito dall'art. 2

*salute*, cit., 54 ss.; CIOLLI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 623 ss.; distingue tra rifiuto e interruzione delle cure, riconducendo la prima situazione alla sfera di tutela dell'art. 13 Cost., la seconda a quella dell'art. 32 Cost., BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2018, 100 ss.

<sup>60</sup> Da ultimo, RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di Panella, Napoli, 2018, 292 ss., con altri richiami.

<sup>61</sup> G.u.p. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, in *Cass. pen.*, 2008, 1797, con nota di CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*; un ampio commento anche in VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità penale del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 68 ss.

<sup>62</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, Englaro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 387, con nota di BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome 'in cerca di un nome' e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez. I civile sul caso di Eluana Englaro*. Entrambe le citazioni sono riportate nell'ordinanza in commento.

<sup>63</sup> Per approfondimenti, RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 54 ss.; ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Riv. AIC*, 2, 2016, 7 ss.; RISICATO, *La dignità del morire*, cit., 302 ss.

<sup>64</sup> Corte EDU, Haas v. Switzerland, 20 gennaio 2011, § 55; Corte EDU, Koch v. Germany, 17 dicembre 2012, § 70; in relazione all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, Corte EDU, Lambert and others v. France, 5 giugno 2015, § 144 ss.; Corte EDU, Gard v. United Kingdom, 27 giugno 2017, § 83 ss. La giurisprudenza della Corte EDU può reperirsi in *hudoc.echr.coe.int*.

Cedu, il quale non riguarda «le questioni attinenti alla qualità della vita o ciò che una persona decide di fare nella sua vita» né può essere ribaltato nello speculare diritto a morire<sup>65</sup>, dall'altro nel diritto alla vita privata e familiare garantito dall'art. 8 Cedu, che va letto alla luce dell'autonomia personale<sup>66</sup>, riempie di significato la nozione di qualità della vita<sup>67</sup> e comprende al suo interno il diritto di rifiutare le cure<sup>68</sup>, nonché quello di «decidere quando e in che modo porre fine alla propria vita, a condizione che si sia in condizione di raggiungere una decisione in merito e di agire di conseguenza»<sup>69</sup>.

Sulla scorta di questi principi, la Corte edu non ha ravvisato violazioni convenzionali né quando ha avuto occasione di confrontarsi con il *Suicide Act (1961)* inglese, che proibisce l'aiuto al suicidio in ogni caso, né quando si è occupata della Svizzera, caratterizzata da un quadro normativo molto più permissivo<sup>70</sup>: nel primo caso affermando che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio tutela le persone vulnerabili dalle loro decisioni avventate e che spetta allo Stato membro, in virtù del margine di apprezzamento, valutare le conseguenze dannose di un eventuale attenuazione del divieto<sup>71</sup>; nel secondo osservando che il diritto alla vita garantito dall'art. 2 Cedu obbliga gli Stati membri, specie quelli che hanno un approccio «liberale», a predisporre una procedura volta ad appurare che la decisione di morire sia libera e consapevole<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, § 39.

<sup>66</sup> Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, § 61.

<sup>67</sup> Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, § 65, e qui un riferimento alla «crescente sofisticazione medica combinata con l'aumento delle aspettative di vita»; Corte EDU, *Koch v. Germany*, 17 dicembre 2012, § 51.

<sup>68</sup> Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, § 63.

<sup>69</sup> Corte EDU, *Haas v. Switzerland*, 20 gennaio 2011, § 51 («*an individual's right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided he or she is capable of freely reaching a decision on this question and acting in consequence*»); Corte EDU, *Koch v. Germany*, 17 dicembre 2012, § 51, dove si legge che la sentenza *Haas* costituisce un'evoluzione della giurisprudenza *Pretty*; Corte EDU, *Lambert and others v. France*, 5 giugno 2015, § 143, che usa una formula più sintetica, e cioè «il diritto di un individuo di decidere in che modo e in che momento dovrebbe terminare la propria vita» («*an individual's right to decide in which way and at which time his or her life should end*»). L'ordinanza in commento richiama anche Corte EDU, *Gross v. Switzerland*, 14 maggio 2013, § 58 ss., senza però considerare che tale decisione deve ritenersi sostituita dalla decisione della Grande Camera che ha dichiarato il ricorso irricevibile perché abusivo (*Gross v. Switzerland*, 30 settembre 2014, § 35; cfr. POLIPO, *Gard c. Regno Unito: un'altra occasione persa della Corte edu in materia di end-of-life decisions*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, 150 ss. RISICATO, *La dignità del morire*, cit., 306 ss.; sul valore delle sentenze in caso di rinvio alla Grande Camera, CHENAL, *Art. 43*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelky, Padova, 2012, 732 ss.).

<sup>70</sup> Lo sottolinea anche Corte EDU, *Lambert and others v. France*, 5 giugno 2015, § 139.

<sup>71</sup> Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, § 74. Reputa questa decisione troppo astratta, perché ha dato per scontata la vulnerabilità della ricorrente, ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 202.

<sup>72</sup> Corte EDU, *Haas v. Switzerland*, 20 gennaio 2011, § 57 ss.

Tirando le fila, è vero che il diritto di morire quando e come si vuole trova riscontro nella Cedu, ma è anche vero che tale diritto deve essere bilanciato con le esigenze di tutela della vita<sup>73</sup>, e spetta allo Stato stabilire se tale tutela è meglio garantita da un divieto assoluto penalmente sanzionato<sup>74</sup>, oppure per mezzo di un modello procedurale in grado di evitare i possibili abusi<sup>75</sup>. Considerando i numerosi paletti che la Consulta ha posto alle sentenze europee affinché possano integrare il parametro dell'art. 117, co. 1, Cost.<sup>76</sup>, c'è da dubitare che una giurisprudenza così cauta possa fondare da sola una pronuncia di illegittimità dell'art. 580 c.p.

Un terzo ostacolo alla strategia dell'Assise è costituito dal fatto che il principio di autodeterminazione è aperto per sua natura a concretizzazioni applicative differenziate che potranno essere più o meno convincenti, ma mai matematicamente esatte, dovendosi in questi casi accontentare «di attingere un buon livello di plausibilità»<sup>77</sup>. Lo mostra bene l'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema canadese, che nel 2015 ha dichiarato incostituzionale l'incriminazione dell'aiuto al suicidio ribaltando il precedente orientamento di segno contrario<sup>78</sup>.

La prima sentenza, *Rodriguez v. British Columbia*<sup>79</sup>, risale al 1993 e riguarda Sue Rodriguez, una donna affetta da sclerosi laterale amiotrofica che, desiderando porre fine alla propria vita prima che la malattia la costringesse a ricor-

<sup>73</sup> Insiste sulla necessità di una lettura congiunta degli articoli 2 e 8 Cedu, Corte EDU, *Lambert and others v. France*, 5 giugno 2015, § 142.

<sup>74</sup> Senza però dimenticare che Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, § 76, evidenzia quei meccanismi della normativa inglese in grado di venire incontro alle peculiarità del caso concreto. Sul punto, *infra*, § 4.

<sup>75</sup> MASSARO, *Il "caso Cappato"*, cit., 12 ss.; POLIPO, *Gard c. Regno Unito*, cit., 135 ss., 142 ss. Cfr. però MANNA, GUERCIO, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantino*, in *La parola alla difesa*, 3-4/2018, 225, i quali ritengono non «controvertibile il rilievo in base al quale possiamo ormai classificare come pregnante il riconoscimento, operato dalla Corte di Strasburgo, di un diritto a morire».

<sup>76</sup> Sui quali vedi criticamente, DEL TUFO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale tra interpretazione conforme e rinvio alla Corte costituzionale*, in *Foro nap.*, 2018, 91 ss.

<sup>77</sup> FIANDACA, *Il diritto di morire*, cit., 231.

<sup>78</sup> Esigenze di sintesi non consentiranno di dar conto di tutti gli aspetti giuridico-istituzionali trattati nelle decisioni in esame: chi volesse approfondire potrà rivolgersi a DI MARTINO, *La Corte Suprema canadese fa un overruling e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio*, in *Rivista AIC*, 2/2015, 3 ss.; CHAN, SOMMERVILLE, *Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': an Analysis of Carter v. Canada (Attorney General), Supreme Court of Canada*, in *Med. L. Rev.*, 2016, 143 ss.; CASONATO, TOMASI, *Constitutional Dialogues in Canada. Corte Suprema e Parlamento nelle questioni di fine vita*, in *Scritti in onore di Sara Volterra*, a cura di Murgia, Torino, 2017, 192 ss.; una concisa illustrazione del sistema costituzionale canadese in FROSINI, *Le principali «derivazioni» dirette del sistema inglese: Australia, Canada e Nuova Zelanda*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di Carozza, Di Giovine, Ferrari, Bari-Roma, 2017, 62 ss.

<sup>79</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 519 ss.

rere alla respirazione e all'idratazione artificiale, impugnava la *section* 241 (b) del codice penale canadese laddove incriminava chiunque avesse aiutato altri a suicidarsi («*aids a person to die by suicide*») ravvisandone l'incostituzionalità: innanzitutto per violazione della *section* 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>80</sup>, ai sensi della quale ognuno ha il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza, nonché il diritto a non esserne privato se non conformemente ai principi di *fundamental justice* («*Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice*»); poi per contrasto con la *section* 12 che pone il divieto di pene o trattamenti crudeli o inusuali e con la *section* 15, che sancisce il divieto di discriminazione per ragioni legate (tra l'altro) alla disabilità fisica.

La questione fu respinta con una decisione presa a stretta maggioranza. In sintesi, la Corte riconobbe che il diritto alla sicurezza, comprendente anche le nozioni di autodeterminazione (*personal autonomy*) e di dignità umana, era compresso dall'incriminazione dell'aiuto al suicidio perché privava Sue del potere di disporre del proprio corpo provocandole sofferenze fisiche e psicologiche<sup>81</sup>; tuttavia, tale diritto doveva confrontarsi con i principi della *fundamental justice*, all'interno della quale non figurava il rispetto della dignità umana<sup>82</sup>, bensì il principio della sacralità della vita accolto dalle democrazie occidentali che tendenzialmente ammettevano la rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale e incriminavano l'aiuto al suicidio<sup>83</sup>; la decriminalizzazione del tentato suicidio era dovuta all'inefficacia del diritto penale in quest'ambito, e non a considerazioni di ordine assiologico<sup>84</sup>; pertanto, la *section* 214(b) non violava la *section* 7 della Carta perché strumentale ad attuare un principio di *fundamental justice*, quello della sacralità della vita, e il legislatore era il soggetto più qualificato a disciplinare una materia controversa e intrisa di profili morali<sup>85</sup>, anche in considerazione del rischio di strumentalizzazione dei soggetti più vulnerabili<sup>86</sup>; quanto agli altri profili di incostituzionalità, si escludeva che la condizione della ricorrente fosse dovuta a un trattamento imputabile

<sup>80</sup> Su tale documento, VAGLIASINDI, *introduzione allo studio del diritto penale canadese. I principi*, Padova, 2012, 28 ss.

<sup>81</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 588 ss.

<sup>82</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 592.

<sup>83</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 598 ss., 601 ss., che nell'ambito di un'ampia rassegna di diritto comparato ha modo di osservare che l'art. 580 c.p. punisce l'aiuto al suicidio in termini più ampi («in qualsiasi modo») del suo omologo canadese.

<sup>84</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 597 ss.

<sup>85</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 614 ss.

<sup>86</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 613 ss.

allo Stato<sup>87</sup> e si riteneva che la presunta discriminazione subita fosse comunque giustificata dalla necessità di tutelare il bene della vita ai sensi della *section 1* della Carta, che consente di sottoporre i diritti in essa sanciti ai limiti stabiliti dalla legge e giustificati in una società libera e democratica<sup>88</sup>.

Nella loro opinione dissenziente i giudici Heureux-Dubé e McLachlin criticarono l'interpretazione della *section 7* operata dalla maggioranza, osservando che la legislazione canadese impediva il suicidio a chi non era nelle condizioni fisiche di porre fine alla sua vita senza l'aiuto di terzi, vietandogli così il potere sul proprio corpo; ma ciò costituiva una violazione arbitraria dei principi della *fundamental justice*, perché la *ratio* dell'incriminazione del tentato suicidio andava ricercata nel timore di abusi ai danni di persone che, diversamente dalla ricorrente, non erano pienamente consapevoli della loro scelta di morire; in questo modo, si chiedeva a Sue Rodriguez di fare da «capro espiatorio», ossia di subire la limitazione di un proprio diritto affinché altri non ne abusassero<sup>89</sup>.

Nel contempo, il Giudice Cory osservò che la morte è «l'atto finale del dramma della vita», e quindi ricadeva nel diritto alla vita sancito dalla *section 7* della Carta, da rileggersi nell'ottica del valore della dignità umana; né vi sarebbero state differenze tra l'aiuto al suicidio e la rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale, perché in entrambi i casi veniva in gioco il diritto a morire con dignità garantito dalla Carta<sup>90</sup>.

Infine, il Giudice Lamer si soffermò sul problema della disparità di trattamento introdotta dalla decriminalizzazione del tentato suicidio a sfavore di chi, per ragioni di disabilità fisica, non fosse in grado di uccidersi da sé, privandolo del potere sul proprio corpo; tale discriminazione era a suo avviso arbitraria, perché il divieto di aiuto al suicidio privava una specifica categoria di soggetti del potere sul proprio corpo con il pretesto di tutelare la loro presunta vulnerabilità<sup>91</sup>.

Nel 2015, con la sentenza *Carter v. Canada*, una Corte presieduta dalla Giudice McLachlin dichiara all'unanimità che l'incriminazione dell'aiuto a morire contrasta con la *section 7* della Carta nel momento in cui vieta l'accesso alla morte medicalmente assistita (*physician-assisted dying*) a persone che ne

<sup>87</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 608 ss.

<sup>88</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 613 ss.

<sup>89</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 613 ss. L'argomento del capro espiatorio ricorre fin dal titolo nello studio di FEINBERG, *Trascurare deliberatamente il merito del singolo caso: un approccio sbagliato al diritto a morire*, in *Vivere: diritto o dovere*, cit., 151 ss.

<sup>90</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 629 ss.

<sup>91</sup> Corte supr. Canada, *Rodriguez v. British Columbia* [1993] 3 RCS, 544 ss.

abbiano fatto consapevolmente richiesta perché affette da patologie gravi, irreversibili e portatrici di sofferenze durature e intollerabili<sup>92</sup>. Più precisamente, tale divieto avrebbe l'effetto di spingere alcune categorie di persone a uccidersi prima del tempo per il timore di non poterlo più fare in seguito, e quindi infrangerebbe il loro diritto alla vita<sup>93</sup>; sarebbero parimenti violati anche il diritto alla libertà e alla sicurezza, interferendo così sulla loro libertà di prendere decisioni in merito al proprio corpo e costringendoli a sopportare gravi sofferenze<sup>94</sup>: la legge consentirebbe ai malati terminali o irreversibili di richiedere la sedazione palliativa, di rifiutare la nutrizione e l'idratazione artificiale, di sospendere i trattamenti salvavita, ma non di accedere alla morte medicalmente assistita, pur trattandosi di pratiche presidiate dal medesimo principio, e cioè l'autodeterminazione terapeutica<sup>95</sup>; la compressione del diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza violerebbe i principi della *fundamental justice* perché la genericità del divieto di aiuto al suicidio non sarebbe coerente con la *ratio* dell'incriminazione, e cioè la tutela dei soggetti vulnerabili<sup>96</sup>; né tale compressione sarebbe giustificata in una società libera e democratica ai sensi della *section 1* della Carta, perché alcune esperienze di diritto comparato avrebbero dimostrato che la rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale e la morte medicalmente assistita sono espressione di un medesimo principio, che la parziale liberalizzazione non ha comportato gli abusi paventati e che l'accertamento in concreto delle condizioni di vulnerabilità limita i diritti dei consociati in modo meno invasivo rispetto al divieto totale di aiuto al suicidio<sup>97</sup>.

L'evoluzione della giurisprudenza canadese e la dinamica processuale del caso Cappato ci consentono di trarre due brevi considerazioni finali.

Sul piano metodologico, deve riconoscersi che le Costituzioni contemporanee non offrono argomenti di stretto diritto positivo in grado di far stabilire in maniera assiomatica quale sia l'esatta portata di principi intrinseci di componenti valutative quali autodeterminazione, dignità, diritto alla vita, e così via. La risposta è inevitabilmente influenzata dall'orizzonte assiologico dell'interprete<sup>98</sup>, dal suo valorizzare la componente liberale - individualistica dello Stato sociale

<sup>92</sup> Corte supr. Canada, *Carter v. Canada* [2015] 1 RCS, 331 ss.

<sup>93</sup> Corte supr. Canada, *Carter v. Canada* [2015] 1 RCS, 366 ss.

<sup>94</sup> Corte supr. Canada, *Carter v. Canada* [2015] 1 RCS, 369.

<sup>95</sup> Corte supr. Canada, *Carter v. Canada* [2015] 1 RCS, 370.

<sup>96</sup> Corte supr. Canada, *Carter v. Canada* [2015] 1 RCS, 376.

<sup>97</sup> Corte supr. Canada, *Carter v. Canada* [2015] 1 RCS, 381 ss. Su questo passaggio, criticamente CHAN, SOMMERVILLE, *Converting the 'Right to Life'*, cit., 168 ss.

<sup>98</sup> FIANDACA, *Il diritto di morire*, cit., 232.

di diritto o viceversa quella solidaristica<sup>99</sup>, dall'ordine di priorità valoriale che egli istituisce tra la vita e l'autodeterminazione<sup>100</sup>. Occorre pertanto esplicitare il proprio orizzonte culturale di riferimento, evitando di «far passare per soluzioni costituzionalmente orientate quelle che risultano essere in realtà pregiudiziali opzioni dell'interprete»<sup>101</sup>, e offrire alla comunità degli interpreti soluzioni controllabili non solo sul piano della correttezza logico-formale, ma anche su quello della plausibilità materiale delle premesse<sup>102</sup>.

La seconda considerazione, stavolta di merito, riguarda l'impronta spiccata (ma anche consapevolmente?) antipaternalista dell'ordinanza milanese<sup>103</sup>, nel senso che il principio di autodeterminazione è stato declinato in maniera così radicale da portare all'affermazione di un diritto a morire *tout court*, con la conseguenza che dovrebbero essere dichiarate illegittime tutte le forme di aiuto al suicidio prive di influenza sulla formazione del proposito suicidario.

Si tratta di un esito che suscita qualche perplessità, perché andando molto al di là delle peculiarità del caso Cappato renderebbe lecita anche la condotta di chi, senza influire su una volontà di uccidersi che pure sa essersi formata in modo non pienamente meditato e consapevole, agevola volontariamente l'altrui suicidio: ad esempio dando una boccetta di barbiturici all'impulsivo amico intenzionato a uccidersi subito dopo l'improvvisa fine di una storia d'amore.

È chiaro che in una prospettiva fortemente individualista non sta a noi sindacare la bontà delle ragioni che spingono qualcuno a uccidersi<sup>104</sup>, e neppure impedire comportamenti che non comportano un danno ad altri. Ma è anche vero che un ordinamento giuridico che si faccia carico del compito di tutelare la vita deve prendere provvedimenti affinché l'uomo non venga «cacciato fuori da questo mondo quando ancora non si è fatta sufficiente attenzione alla

<sup>99</sup> SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 677 ss.; SCLAFANI, GIRAUD, BALBI, *Istigazione e aiuto al suicidio*, cit., 30 ss., in nota; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 114 ss.; CARLIZZI, *Forma e valore nella decisione giuridica. Spunti di riflessione a partire dal "caso Welby/Riccio"*, in *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di Pomarici, Napoli, 2010, 126 ss.

<sup>100</sup> Con riferimento al caso Cappato, CHIASSONI, *Suicidio terapeutico*, cit., 419; PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio* in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2018, 57 ss.; D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2018, 740.

<sup>101</sup> Ancora FIANDACA, *Il diritto di morire*, cit., 232.

<sup>102</sup> Su questi concetti, ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München, 1963, 12 ss.; HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), Napoli, 2007, 200 ss.; da noi DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, 56.

<sup>103</sup> PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 59.

<sup>104</sup> Lo osserva criticamente CORNACCHIA, *Placing Care*, cit., 269.

sua effettiva volontà di lasciarlo»<sup>105</sup>, soprattutto quando si tratta di uno Stato costituzionale di matrice (anche) solidaristica<sup>106</sup>.

Quest'ultimo rilievo consente di evidenziare un importante profilo differenziale tra la tematica qui affrontata e quella della legittimità costituzionale dell'agevolazione all'esercizio della prostituzione<sup>107</sup>. In effetti, il principio di autodeterminazione mette in discussione l'incriminazione di condotte che, come l'aiuto al suicidio o il favoreggiamento alla prostituzione, non influenzano il libero formarsi della volontà di morire o di prostituirsi, ma consentono solamente di metterla in pratica<sup>108</sup>. Tuttavia, mentre l'agevolazione alla prostituzione favorisce una scelta reversibile e non implica incontestabili offese a beni giuridici costituzionalmente rilevanti<sup>109</sup>, l'aiuto al suicidio si relaziona a una rinuncia definitiva al bene apicale della vita<sup>110</sup>. A questo punto, si com-

<sup>105</sup> ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., 72.

<sup>106</sup> Su questo profilo, per tutti CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *questa Rivista-Web*, 3, 2017, 13 ss.

<sup>107</sup> Il parallelismo tra le due tematiche è approfondito da MASSARO, *Il "caso Cappato"*, cit., 23 ss.; MANNA, GUERCIO, *L'autoresponsabilità*, cit., 220 ss.; osserva che l'autodeterminazione sessuale e quella terapeutica sono entrambe strumentali alla tutela della dignità, App. Bari, Sez. 6 febbraio 2018, 20, in *www.penalecontemporaneo.it*, che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale delle condotte di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione (art. 3, n. 4 e 8, l. 20 febbraio 1958, n. 75, c.d. l. Merlin: sul tema, ampiamente PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018, 235 ss.; CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, 155 ss.). Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte edu in tema di autodeterminazione sessuale, che è più specifica e articolata rispetto a quella sul diritto a morire, sia consentito rinviare a GENTILE, *La tutela penale dell'identità sessuale nelle «Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia»* in *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, a cura di Ferraro, Dicè, Valerio, Postigliola, Milano - Udine, 2016, 192 ss.

<sup>108</sup> Insistono sul ruolo di «argine» che il principio di autodeterminazione riveste rispetto alle forme di paternalismo penale fisico (aiuto al suicidio) e morale (reclutamento e favoreggiamento della prostituzione), MANNA, GUERCIO, *L'autoresponsabilità*, cit., 220 ss.

<sup>109</sup> Ampie rassegne critiche dei discutibili beni giuridici funzionali a legittimare le condotte di agevolazione alla prostituzione che non comprimono l'autodeterminazione sessuale in MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *questa Rivista-Web*, 3, 2013, 5 ss.; PARISI, *Prostituzione*, cit., 175 ss.; CADOPPI, *L'incostituzionalità*, cit., 181 ss. Una lettura più cauta dei rapporti tra autodeterminazione sessuale e legge Merlin in PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, Pisa, 2015, 373 ss., 399 ss.

<sup>110</sup> Cfr. PARISI, *Prostituzione*, cit., 221-222, che nel tracciare una distinzione tra l'agevolazione alla prostituzione e quella al suicidio afferma che nell'art. 580 c.p. il comportamento agevolato è lecito, mentre la condotta agevolatrice è offensiva rispetto al bene della vita. Non va poi trascurata la prospettiva del soggetto agevolatore, essendo ben diverso aiutare qualcuno a prostituirsi o a morire: osserva PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 65 che «in condizioni normali, nessuno è tenuto a farsi carico di richieste di morte. E nessuno ha il diritto di scaricare su altri un tale problema morale». Cfr. anche CARLIZZI, *Forma e valore*, cit., 123 ss.; SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1241 ss.

prende perché gli studiosi più propensi a valorizzare il ruolo dell'autonomia personale quale limite all'intervento del legislatore penale insistono sulla necessità di controllare la volontà del soggetto intenzionato a danneggiarsi tanto più attentamente, quanto più sia importante l'importanza del bene in gioco<sup>111</sup>: controllo che dovrebbe essere particolarmente scrupoloso nel caso delle decisioni di fine vita<sup>112</sup>, e che invece l'ordinanza milanese non prevede affatto<sup>113</sup>, forse perché troppo rivolta a una vicenda concreta in cui la consapevolezza della volontà di uccidersi è stata effettivamente riscontrata, e meno attenta invece alle conseguenze di sistema della soluzione proposta.

In definitiva, anche muovendo da premesse culturali che valorizzano il profilo dell'autodeterminazione<sup>114</sup>, la Corte costituzionale avrebbe buone ragioni per dichiarare infondata la questione<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> FEINBERG, *Harm to Self*, Oxford-New York, 118 ss., 344 ss.; sviluppi in CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo - americana a confronto*, a cura di Fiandaca, Francolini, Torino, 2008, 96, 105 ss., 113 ss.; FIAN-DACA, *Il diritto di morire*, cit., 230 ss.; SERRAINO, *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita nel diritto penale. Una riflessione a partire dal liberalismo penale di Joel Feinberg*, Torino, 2010, 57 ss., 92 ss., che dà conto dettagliatamente sia del pensiero di Feinberg, sia delle prospettive teoriche alternative.

<sup>112</sup> Ci informa CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2018, 6 ss. e nota 17, che in nessun ordinamento contemporaneo l'individuo è «riconosciuto quale padrone assoluto e incondizionato della propria esistenza e del proprio destino biologico», e che anche i sistemi più permissivi richiedono comunque una volontà pienamente di morire informata e consapevole, la presenza di una malattia terminale o comunque gravissima accompagnata da sofferenze estreme, una serie di controlli di carattere formale e procedurale.

<sup>113</sup> BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività*, cit., 106.

<sup>114</sup> Altre prospettive teoriche che consentirebbero di arrivare al medesimo esito in ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, Milano, 2010, 165 ss., che ravvisa nell'art. 32, co. 1, Cost. l'oggettivizzazione di un «interesse di principio alla vita di ciascuno»; PULTANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 512 ss., che muove dal principio dell'eguale rispetto; EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 958 ss., sul presupposto che non «è la mera riconducibilità all'autodeterminazione di una data scelta che la rende apprezzabile, o se si vuole realizzante, dal punto di vista umano, sia con riguardo alla sfera individuale, sia con riguardo ai rapporti intersoggettivi»; RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in RONCO, *Scritti patavini*, II, Torino, 2017, 1570 ss., secondo cui il principio dell'indisponibilità della vita apparterebbe alle verità di ragione vincolanti per la legge penale.

<sup>115</sup> A meno che non ritenga di restringere il *petitum* e forse integrare il novero dei parametri costituzionali di riferimento per approdare a un esito interpretativo analogo a quello della Corte suprema canadese. Lo ritiene possibile D'AMICO, *Scegliere di morire*, cit., 742 ss., secondo la quale la Consulta potrebbe circoscrivere la questione e argomentare sulla base dell'art. 32 Cost., che non compare tra i parametri espressi di costituzionalità ma è comunque citato nella motivazione dell'ordinanza di rimessione. Cfr. anche PULTANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71 ss.

#### 4. La questione del trattamento sanzionatorio

La rilettura dell'art. 580 c.p. nella prospettiva di tutela dell'autodeterminazione ha portato l'Assise milanese a formulare una seconda eccezione di illegittimità in merito alla cornice edittale prevista dall'art. 580 c.p., la quale accomunerebbe le condotte che influenzano il percorso deliberativo dell'aspirante suicida a quelle che non lo fanno: tutto ciò in violazione del principio di «proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra»<sup>116</sup>.

A sostegno dell'assunto il rimettente menziona la sentenza *Pretty v. United Kingdom* nel punto in cui si sottolinea che il *Suicide Act (1961)* prevede sì un divieto di aiuto al suicidio senza eccezioni, ma allo stesso tempo presenta degli elementi di flessibilità che consentono «di valutare in ciascun caso concreto tanto l'interesse pubblico ad avviare un'azione giudiziaria quanto le esigenze giuste e adeguate del castigo e della dissuasione»<sup>117</sup>. L'irragionevolezza del livellamento sanzionatorio operato dall'art. 580 c.p. emergerebbe infine dal raffronto con la l. 22 maggio 1978, n. 194, che valorizzerebbe il profilo dell'autodeterminazione della madre prevedendo sanzioni più severe per l'interruzione della gravidanza non consensuale rispetto a quella consensuale praticata senza l'osservanza delle modalità procedurali<sup>118</sup>.

Va subito osservato che il rimettente non ha fornito alla Corte elementi che consentano di fissare con precisione la pena ritenuta congrua per le ipotesi di agevolazione prive di valenza istigatrice, e non ha neppure proposto esplicitamente di dichiarare illegittimo in relazione a questi casi il minimo edittale di cinque anni previsto dall'art. 580 c.p., con conseguente applicazione del minimo di quindici giorni previsto in linea generale dall'art. 23 c.p.<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> Si tratta di un'espressione che risale a Corte cost., n. 313 del 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 2401, con note di FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, e di TRANCHINA, *"Patteggiamento" e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile*, e poi ripresa in molte sentenze successive. L'irrazionalità dell'equiparazione sanzionatoria tra istigazione e aiuto è stata segnalata dalla dottrina: cfr. ad es. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, II, Milano, 1991, 213 e 227; SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 725; SCLAFANI, GIRAUD, BALBI, *Istigazione e aiuto al suicidio*, cit., 23.

<sup>117</sup> Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, 29 aprile 2002, § 76, dove si sottolinea che l'apertura del procedimento è subordinata al consenso del *Director of Public Prosecutions* e che la normativa prevede solamente i massimi edittali, consentendo al giudice di infliggere pene meno severe.

<sup>118</sup> Ass. Milano, 14 febbraio 2018, cit., 15.

<sup>119</sup> Propone questa soluzione, PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 72, sulla scorta di Corte cost., n. 341 del 1994, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 783 ss., con nota di VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale della pena*, che per l'appunto dichiarò illegittimo il minimo edittale di sei mesi previsto per l'oltraggio a pubblico ufficiale portandolo a quindici giorni e parificandolo in questo modo all'ingiuria. Tuttavia, in altre occasioni la Corte ha ritenuto di non far valere questo precedente enfatizzandone le peculiarità (Corte cost., n. 22 del 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1048 ss., dove si

Ciò espone la questione a una pronuncia di inammissibilità, avendo la Consulta costantemente affermato che, in linea di principio, le valutazioni di dosimetria sanzionatoria spettano al Parlamento in virtù della riserva di legge posta dall'art. 25, co. 2, Cost., potendo la Corte intervenire solo su «scelte palesemente arbitrarie o radicalmente ingiustificate», tali da evidenziare un uso distorto della discrezionalità legislativa<sup>120</sup>; di conseguenza, l'intervento della Corte è subordinato all'indicazione di una soluzione costituzionalmente obbligata, in mancanza della quale non sarà possibile intervenire nemmeno in presenza di assetti normativi che presentano «squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa»<sup>121</sup>; quando la questione di irragionevolezza della misura della pena è impostata secondo il modello triadico, occorre indicare un convincente *tertium comparationis* che consenta alla Corte di sostituire la cornice edittale censurata con quella di una fattispecie incriminatrice analoga per modalità di condotta e coefficiente di disvalore<sup>122</sup>; se invece si confronta direttamente la disposizione impugnata con il principio di proporzione secondo il modello diadico, occorre comunque individuare «soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata»<sup>123</sup>. Non pare che il rimettente abbia assolto questo compito. La l. n. 194/1978 è citata a fini retorici, senza indicare lo specifico reato che dovrebbe fornire quella soluzione costituzionalmente obbligata pretesa dalla Corte costituzionale, e in ogni caso non rappresenta un valido *tertium comparationis* né sul piano delle modalità di condotta né su quello dei beni tutelati. Quanto alla giurisprudenza europea, la Corte non sarebbe tenuta a prenderla in considerazione perché l'Assise ha ommesso di menzionare l'art. 117, co. 1, Cost. nella questione inerente alla pena<sup>124</sup>.

---

osserva che la sentenza del 1994 fu presa in ragione dell'anacronismo della disciplina dell'oltraggio dopo diversi moniti al legislatore), e in ogni caso si andrebbe a creare una cornice edittale che, spaziando da quindici giorni a dodici anni, si esporrebbe a forti dubbi di legittimità costituzionale sul piano del principio di legalità delle pene (cfr. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2017, 66).

<sup>120</sup> Corte cost., n. 236 del 2010, in *Giur. cost.*, 2016, 2103, con nota di MANES, *Proporzione senza geometrie*. Contestualizza questa sentenza nella giurisprudenza costituzionale in materia, SEMERARO, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 176 ss. In precedenza, CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 134 ss.

<sup>121</sup> Corte cost., n. 22 del 2007, cit., 1047.

<sup>122</sup> Si sofferma sulla difficoltà di reperire il *tertium comparationis*, MANES, *Proporzione*, cit., 2107.

<sup>123</sup> Corte cost., n. 236 del 2016, cit., 2103.

<sup>124</sup> Ancora Corte cost., n. 236 del 2016, cit., 2099.

### 5. Alcune possibili soluzioni al caso Cappato

Se le osservazioni che precedono sono fondate, le questioni di costituzionalità saranno respinte e il processo Cappato riprenderà. Può essere utile riflettere sui possibili sviluppi della vicenda.

Seguendo una prima linea interpretativa, Cappato potrebbe essere condannato per concorso *ex art.* 110 c.p. nell'omicidio del consenziente materialmente compiuto dal personale della Dignitas, sull'assunto che gli estremi di tipicità dell'art. 580 c.p. sarebbero esclusi ogni qual volta il soggetto attivo ha partecipato alla fase esecutiva del suicidio, come nei noti casi di scuola di chi tira la corda dell'impiccato, tiene ferma la spada contro la quale si getta il suicida, aiuta a legare il sasso al collo di chi intende annegarsi, e nel nostro caso predispone il dispositivo di iniezione letale<sup>125</sup>. In dottrina si afferma tuttavia che la differenza sostanziale tra l'art. 579 c.p. e l'art. 580 c.p., segnalata anche dalla più severa risposta punitiva che accompagna la prima fattispecie, sta nel fatto che l'omicidio del consenziente è pur sempre un omicidio, mentre nell'istigazione o aiuto al suicidio la vittima mantiene il dominio sulla condotta che cagiona la propria morte<sup>126</sup>. Se ciò che conta è la possibilità dell'aspirante suicida di tirarsi indietro fino all'ultimo restando padrone del decorso causale che lo condurrà alla morte, allora appare preferibile inquadrare il caso in esame all'interno dell'art. 580 c.p.

Esaminiamo ora la tesi consistente nell'estromettere dalla sfera operativa dell'art. 580 c.p. tutti i comportamenti agevolatori che precedono la fase esecutiva del suicidio, nello specifico l'inserimento della sostanza letale nella siringa collegata al sondino applicato a Fabiano; tale lettura sarebbe in linea con

<sup>125</sup> Non esclude questa opzione, MANTOVANI, *Suicidio assistito*, cit., 38, rifacendosi a una tesi che trova appiglio nella Relazione al Progetto (*Lavori preparatori*, V-II, cit., 376, dove si dice che l'atto esecutivo del suicidio deve essere compiuto dalla vittima) e fu sostenuta da ALTAVILLA, *Delitti*, cit., 164; MANZINI, *Trattato*, VIII, cit., 102; VANNINI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, cit., 244.

<sup>126</sup> SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 723. Il criterio del dominio è accolto da PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., 221 ss.; MARINI, *Delitti contro la persona*, cit., 105; BISACCI, *Brevi considerazioni*, cit., 877 ss.; BERTOLINO, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. Pen.*, XIV, Torino, 1999, 117 nota 30; PULITANÒ, *L'omicidio*, cit., 75; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II-1, cit., 45; RONCO, *Istigazione e aiuto al suicidio*, cit., 619; BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività*, cit., 101; nonché dalla più volte citata Cass., Sez. I, 6 febbraio 1998, Munaò, cit., 874 ss. e da Proc. Rep. Milano, Richiesta di archiviazione, cit., 5, secondo cui il «discrimen tra aiuto al suicidio e omicidio del consenziente è dato dal c.d. "dominio sull'azione esecutiva", che nel primo caso rimane nelle mani del suicida laddove nel secondo si trasferisce, almeno parzialmente, in capo a soggetto diverso». Osserva però RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 79 ss. nota 239, che nel caso di determinazione «il suicida è vittima di un autentico omicidio perpetrato con la sua stessa collaborazione», mentre il rafforzamento lascia intatto un margine di autodeterminazione.

i principi di offensività e del *favor rei*<sup>127</sup>, esalterebbe «l'effettivo disvalore» dell'agevolazione e eviterebbe l'assurda criminalizzazione delle condotte più remote causalmente legate all'evento finale<sup>128</sup>; del resto, l'agevolazione al suicidio sarebbe assimilabile a un concorso di persone in un fatto lecito, e non avrebbe senso intendere la condotta negli stessi termini ampi della fattispecie concorsuale, «che invece esprime indubbio disvalore»<sup>129</sup>.

Tale tesi, che si è esposta a critiche per la notoria vaghezza del confine tra la fase preparatoria e quella esecutiva<sup>130</sup>, non riesce però a spiegare adeguatamente perché un criterio tradizionalmente pensato per i casi in cui l'azione non si compie o l'evento non si verifica (art. 56 c.p.) dovrebbe applicarsi anche a una fattispecie di evento a forma libera<sup>131</sup>. Infatti, se il disvalore dell'art. 580 c.p. va ravvisato nell'evento morte che segue al suicidio<sup>132</sup>, il limite degli atti esecutivi fatica a spiegarsi in un sistema che adotta lo schema del reato a forma libera proprio per tutelare il bene della vita da tutte le possibili aggressioni e accoglie il criterio condizionalistico<sup>133</sup>. Se al contrario il suicidio deve considerarsi un fatto lecito, e quindi tale da non esprimere alcun disvalore, e se la condotta di agevolazione non presenta profili di offensività autonomi, essendo punita perché mutua «il proprio disvalore da una presunta antiigiuri-

<sup>127</sup> Proc. Rep. Milano, Richiesta di archiviazione, cit., 7; Trib. Vicenza, 14 ottobre 2015, cit., 308. Per inciso, mi lascia perplesso l'idea che il *favor rei* sia un criterio interpretativo valido anche per le questioni ermeneutiche (per una sintesi del dibattito, cfr. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, 325 nota 24, e qui altri riferimenti; da ultimo, collega l'*in dubio pro reo* al divieto di analogia, FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 84 ss.).

<sup>128</sup> Trib. Vicenza, 14 ottobre 2015, cit., 307 ss.

<sup>129</sup> BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività*, cit., 107. Sui rapporti tra disvalore di condotta e disvalore di evento, e sull'esigenza di arricchire il primo quando il secondo si attenua, cfr. le lezioni di Paliero raccolte in *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progreddito*, a cura di Perini, Consulich, Milano, 2012, 53 ss., 82 ss., 154 ss., 162 ss.

<sup>130</sup> OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2017, 147 ss.; MASSARO, *Il "caso Cappato"*, cit., 22; MANTOVANI, *Suicidio assistito*, cit., 38, parla di «interpretazione *contra legem*: più che restrittiva abrogativa».

<sup>131</sup> Altra questione, ovviamente, è quella dell'applicabilità dell'art. 56 c.p. ai casi di suicidio fallito che non abbia comportato lesioni gravi o gravissime: ne ha escluso la configurabilità, Cass., Sez. V, 23 novembre 2017, B., in *Mass. Uff.*, n. 271859; in senso contrario, COCCA, *I delitti tentati di istigazione al suicidio. Una lettura "rinforzata" dell'art. 580 c.p. quale antidoto al fenomeno delle suicide challenges*, in *questa Rivista-Web*, 1, 2018, 1 ss.

<sup>132</sup> Osserva RAMACCI, *I delitti di omicidio*, Torino, 2016, 153, 160 ss., che l'art. 580, co. 2, c.p. laddove ritiene applicabile l'art. 575 c.p., «suggerisce la lettura dell'aiuto al suicidio nella linea dell'estensione concettuale delle fattispecie di omicidio». Cfr. anche PARISI, *Prostituzione*, cit., 221-222.

<sup>133</sup> Fa riferimento alla *condicio sine qua non*, MANTOVANI, *Suicidio assistito*, cit., 39. Certo, il nesso condizionalistico potrebbe essere temperato da criteri normativo-valutativi di imputazione oggettiva, ma allora bisognerebbe spiegare quali.

dicità dell'atto suicidiario»<sup>134</sup>, allora gli atti che agevolano in modo diretto l'esecuzione del fatto lecito-suicidio non esprimono un disvalore maggiore di quelli preparatori, e quindi dovrebbero essere entrambi esenti da pena<sup>135</sup>.

Un argomento «assiologicamente forte» a favore di Cappato è stato rinvenuto nella liceità del suicidio assistito ai sensi della *lex loci*, ossia la legislazione svizzera: un «principio generale implicito, per così dire di sistema, conforme all'*ethos* del liberalismo politico» legittimerebbe lo Stato a pretendere il rispetto delle proprie regole da parte di tutti coloro che si trovano all'interno dei confini nazionali, ma non anche da chi si trova all'estero, il quale sarebbe abilitato a fare affidamento sulle libertà riconosciute dalla *lex loci*; le scelte di coloro che vanno in Svizzera per usufruire delle pratiche di suicidio assistito disciplinate dalla *lex loci* sarebbero «*non ribelli al diritto*»; riconoscerle come legittime anche secondo la legge italiana sarebbe «soluzione rispettosa» sia dei limiti della potestà punitiva dello Stato, sia «della dignità di scelte personali che hanno comunque tenuto conto della dimensione giuridica»; da qui l'invito a «una ragionevole ermeneutica del diritto vigente: del codice Rocco inserito in un universo di democrazia liberale»<sup>136</sup>.

Proviamo a verificare se un pensiero così nobile possa essere recepito da un codice compilato da chi pensava che le eccezioni al principio di territorialità costituissero «un'affermazione di forza politica»<sup>137</sup> e considerava il reato «un'unità indivisibile» che le frontiere non potevano spezzare<sup>138</sup>. Ammettiamo quindi che l'azione di cui parla l'art. 6 c.p., e che deve realizzarsi almeno in parte nel territorio dello Stato affinché il reato si possa considerare commesso in Italia, sia l'azione tipica, e che nei reati di evento a forma libera sia tale quella che consiste nell'uso del mezzo scelto dall'agente: ad esempio, se Tizio decide di uccidere Caio con il veleno, l'azione tipica inizia nel momento in cui l'omicida versa la sostanza nel bicchiere di Caio<sup>139</sup>. Su queste basi, si potrebbe argomentare che l'azione tipica dell'agevolazione al suicidio di Fabiano consiste nella predisposizione del meccanismo di iniezione del veleno avvenuta in territorio svizzero, e non nel viaggio di accompagnamento da Milano

<sup>134</sup> SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 725, ripreso da PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 74.

<sup>135</sup> Il che imporrebbe di individuare il disvalore dell'aiuto al suicidio da qualche altra parte (pericolo astratto per il bene giuridico dell'autodeterminazione? Tutela della vita?), altrimenti l'incriminazione sarebbe afflitta da un totale *deficit* di offensività.

<sup>136</sup> PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 74 ss. Sviluppa il tema dei rapporti tra sovranità e territorio, MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.*, 1999, 150 ss.

<sup>137</sup> *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V- I, Roma, 1929, 27.

<sup>138</sup> *Lavori preparatori*, V- I, cit., 33.

<sup>139</sup> È la tesi di MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 144 ss.

alla Svizzera offerto da Cappato. Come ultimo passaggio, bisognerebbe sostenere che l'art. 9 c.p., relativo ai casi in cui sono punibili i reati commessi dal cittadino all'estero, contempla la doppia incriminazione tra i suoi requisiti non scritti<sup>140</sup>, sicché Cappato avrebbe agevolato il suicidio di Fabiano ai sensi dell'interpretazione lata dell'art. 580 c.p., ma non sarebbe punibile perché il fatto è avvenuto in Svizzera e in quel paese non costituisce reato.

Tale percorso ricostruttivo trova ovviamente il suo punto debole nella tradizionale e più comprensiva lettura dell'art. 6 c.p.<sup>141</sup>, in base alla quale è agevole ravvisare nella condotta di Cappato quella parte di azione che consente di considerare il reato commesso nel territorio italiano<sup>142</sup>. In questo caso, verrebbe meno la necessità della doppia incriminazione e la valutazione di liceità del suicidio assistito espresso dalla legge svizzera potrebbe avere accesso in Italia attraverso l'art. 51 c.p., ammesso che sia possibile<sup>143</sup>.

Se le soluzioni basate sulla competenza territoriale avrebbero l'effetto di una «mossa sdrammatizzante» rispetto al conflitto di principio<sup>144</sup>, l'ultima tesi da esaminare affronta invece di petto il dilemma morale sotteso alla dolorosa vicenda esistenziale di Fabiano, recatosi in Svizzera per sfuggire alle tragiche opzioni alternative consentite dal diritto italiano: continuare un'esistenza in vita funestata da dolori insopportabili, essere costantemente sedato fino a perdere il contatto con la realtà, o infine esercitare il suo diritto a rinunciare ai trattamenti di sostegno vitale andando incontro a un'agonia dalla durata imprevedibile.

<sup>140</sup> Così, al termine di un riesame approfondito della questione, TRINCERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1406 ss., con altri riferimenti bibliografici.

<sup>141</sup> Cfr. ad es. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 123; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 2009, 367; MASTROJENI, *I limiti spaziali di applicazione della legge penale e i rapporti con giurisdizioni straniere*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di de Vero, Torino, 2011, 102 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 142; Nel senso che «il reato si considera commesso nel territorio nazionale anche quando il frammento dell'azione ivi realizzata non corrisponda ad una parte di quella che tipizza la fattispecie legale contestata, purché, per l'appunto, sussista un collegamento funzionale tra il primo e la seconda», v. da ultimo Cass., Sez. V, 8 novembre 2016, Figliomeni, in *Mass. Uff.*, n. 268599.

<sup>142</sup> Così infatti MANTOVANI, *Suicidio assistito*, cit., 40.

<sup>143</sup> Si sostiene infatti che fonti straniere possono esercitare effetti scriminanti ai sensi dell'art. 51 c.p. solo se richiamate in qualche modo dall'ordinamento italiano: sul punto, ROMANO, *Commentario*, cit., 543; cfr. anche PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. Pen.*, IV, Torino, 1990, 323; secondo MANTOVANI, *Suicidio assistito*, cit., 39, il principio del rispetto della sovranità degli Stati esteri rilevante nel caso di reati commessi all'estero; per approfondimenti, MICHELETTI, *Delitti*, cit., 150 ss., che menziona proprio il caso dell'eutanasia commessa all'estero.

<sup>144</sup> PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 75

Ebbene, si è autorevolmente osservato che in casi di questo tipo il principio di autodeterminazione garantirebbe ai pazienti legittimati a rinunciare alle cure (non un diritto a morire, ma più ragionevolmente) un diritto a morire con dignità<sup>145</sup>; del resto, già la giurisprudenza sui casi Welby e Englaro avrebbe implicitamente elaborato il diritto di porre termine alla propria vita «attraverso la via strumentale del rifiuto»<sup>146</sup>: un diritto - fine raggiunto attraverso un diritto - mezzo<sup>147</sup>.

Sviluppando questa prospettiva, il diritto a morire con dignità andrebbe esteso anche a chi si trova in condizioni di fine vita «di estrema inumanità»<sup>148</sup>, superando quell'odiosa disparità di trattamento istituita da un sistema che, ammettendo la rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale ma non il suicidio assistito, consente o meno di morire a seconda della propria condizione fisica (oltre che delle proprie possibilità economiche...)<sup>149</sup>. Si ricordano a tal riguardo le storie di Ms. B. e di Diane Pretty, due donne inglesi entrambe tetraplegiche che negli stessi anni chiesero il riconoscimento del diritto a porre fine alla loro esistenza in maniera dignitosa: con esiti diametralmente opposti, perché

<sup>145</sup> PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71

<sup>146</sup> DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 565; analogamente, già MANNA, *Art. 579 - 580*, cit., 54 e 79; MANNA, GUERCLIA, *L'autoresponsabilità*, cit., 226-227.

<sup>147</sup> DONINI, *La necessità*, cit., 570.

<sup>148</sup> DONINI, *La necessità*, cit., 579.

<sup>149</sup> CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione*, cit., 12 ss. Nella dottrina penalistica, cfr. CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di Canestrari, Fornasari, Bologna, 2001, 112 ss.; DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, 19 ss.; RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2012, 57, che pone l'accento sul «turismo dei diritti» al quale possono accedere solamente alcuni gruppi economicamente privilegiati. Naturalmente la disparità di trattamento potrebbe anche essere superata in senso contrario, ossia ritenendo illecito non solo il suicidio assistito, ma anche la rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale: cfr. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., 421 ss., 424 ss., 434 ss., il quale osserva che la richiesta interrutiva potrebbe assumere caratteristiche tali da esigere trattamenti contrari «alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali» (art. 1, co. 6, l. 219/2017), e pertanto non essere fonte di obblighi per il medico; che l'art. 1, co. 5, l. 219/2017, laddove considera «trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici», non si riferirebbe ai casi in cui la nutrizione e l'idratazione assumono una funzione non terapeutica, ma «di mero sostegno vitale», come nel caso del «paziente che viva una condizione di cronicità patologica grave di tipo fisico o psichico, ma che non sia mantenuto in tale condizione da terapie intensive e non sia affatto terminale» (Fabiano Antoniani?); che le decisioni del paziente, rilevanti ai fini della l. 219/2017, «restano quelle che riguardano la proporzionalità e la gravosità dei trattamenti, sebbene dalla rinuncia agli stessi o dalla loro interruzione possa derivare la morte: non quelle che propongano al medico di perseguire - previa individuazione dei modi, attivi o anche omissivi, preferibili - la morte in quanto tale»; che, in definitiva, esisterebbe «un limite intrinseco del diritto, secondo cui la relazione con l'altro non può mai legittimamente estrinsecarsi (fatte salve le circostanze che escludono la pena di cui agli artt. 52 ss. c.p.) nell'elidere il suo stesso essere».

Ms. B. viveva grazie a un polmone d'acciaio, e quindi fu autorizzata al distacco, mentre a Diane Pretty, che non aveva bisogno di sostegni vitali, fu negato il suicidio assistito, prolungando così le sue sofferenze<sup>150</sup>.

La sentenza *Carter v. Canada* prende le mosse da un caso simile, quello di Gloria Taylor, una donna affetta da sclerosi laterale amiotrofica che ha impugnato il divieto di suicidio assistito dinanzi alla Corte suprema canadese perché in mancanza di risorse finanziarie che le consentissero di recarsi in Svizzera si sentiva costretta a una «scelta crudele», e cioè uccidersi prima che la malattia lo rendesse impossibile oppure rinunciare a qualunque controllo sui modi e i tempi della sua morte<sup>151</sup>: «Ciò che io temo» – diceva la donna – è una morte che nega piuttosto che concludere la mia vita. Io non voglio morire lentamente, pezzo dopo pezzo. Io non voglio deperire priva di sensi in un letto d'ospedale. Io non voglio morire torturata dal dolore»<sup>152</sup>.

È stato obiettato che rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale e suicidio assistito restano situazioni diverse sul piano degli effetti, perché nel primo caso il paziente ha il tempo di tornare sui suoi passi, e nel secondo no; sul piano dell'atteggiamento del medico, che nella rinuncia accetta il decorso letale della malattia mentre nel suicidio assistito provoca la morte; sul piano dei soggetti coinvolti, perché la rinuncia può essere opposta solo a un medico mentre una richiesta di aiuto al suicidio può essere rivolta a chiunque; sul piano, infine, del principio sottostante, perché la rinuncia non implicherebbe il diritto di morire, ma sarebbe espressione del consenso informato, a sua volta funzionale a garantire la sovranità sul proprio corpo<sup>153</sup>.

Tuttavia, tali differenze possono ridursi fino a sfumare a seconda dei casi concreti<sup>154</sup>; il principio del consenso informato potrebbe essere svincolato dal

<sup>150</sup> Su questi casi, CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 119 ss., 220 ss. Osservano che le due situazioni non ricevono lo stesso trattamento a causa della «sfortuna», RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 254; ADAMO, *Eutanasia e diritto costituzionale: autorità vs libertà*, in *Giur. cost.*, 2016, 1261 nota 31.

<sup>151</sup> Corte supr. Canada, *Carter v. Canada* [2015] 1 RCS, 349.

<sup>152</sup> Corte supr. Canada, *Carter v. Canada* [2015] 1 RCS, 348.

<sup>153</sup> Le differenze tra le due ipotesi sono ampiamente discusse in D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Dig. Pubbl.*, Agg., V, Torino, 2012, 321 ss.; cfr. anche BARTOLI, *Ragionevolezza*, cit., 101 ss.; nel senso che la rinuncia ai trattamenti di sostegno vitale non sottintenda il diritto di morire, cfr. ad es. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 8; VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1605; VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., 70; COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione, rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 487 ss.; CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *Cass. pen.*, 2017, 2170 ss.

<sup>154</sup> Lo ammette lo stesso D'ALOIA, *Eutanasia*, cit., 323.

suo originario referente politico-culturale, e cioè la sovranità sul proprio corpo, e proiettato in direzione della tutela di quelle «scelte sull'esistenza, che, in fasi particolari e delicate come quelle del fine vita, si saldano strettamente con la biografia, con l'identità e la struttura morale della persona malata»<sup>155</sup>; in ogni caso, resta l'aporia di un assetto normativo in grado di giustificare l'omicidio del (paziente) consenziente e non anche l'aiuto al (paziente) suicida, sebbene il primo delitto sia punito più gravemente del secondo<sup>156</sup>.

Tornando al caso Cappato, il Giudice di merito potrebbe interpretare evolutivamente il diritto alla rinuncia dei trattamenti di sostegno vitale sulla scia della sentenza *Carter v. Canada*, e cioè come diritto di alcune categorie di malati ad accedere alla morte medicalmente assistita, e assolvere Cappato per assenza di anti-giuridicità del fatto (art. 51 c.p.)<sup>157</sup>: tutto ciò nella consapevolezza dei nodi problematici da sciogliere, tra i quali l'individuazione dei referenti costituzionali, la selezione dei titolari di questo nuovo diritto, l'opportunità di proceduralizzarne l'esercizio, la questione dell'obiezione di coscienza del medico<sup>158</sup>. In alternativa, per non allontanarsi troppo dall'attuale stadio di ela-

<sup>155</sup> CASONATO, *I limiti*, cit., 18.

<sup>156</sup> CASONATO, *I limiti*, cit., 16; BARTOLI, *Ragionevolezza*, cit., 103. D'altro canto, quando non sussiste il diritto a rinunciare ai trattamenti di sostegno vitale (ad esempio perché la richiesta di morte non è rivolta a un medico, ma a un familiare), gli art. 579 e 580 c.p. implicano una diversità di trattamento ritenuta altrettanto irragionevole (GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., 124; RISICATO, *Dal «diritto di vivere»*, cit., 79), quella fondata sulla capacità del malato di uccidersi da sé (art. 580 c.p.) o meno (art. 579 c.p.), con alcune conseguenze significative sul piano sanzionatorio: ad esempio, chi inietta una dose di veleno a un infradiciottenne risponderà di omicidio ai sensi dell'art. 579, co. 2, c.p., chi invece si limita a consegnarla sarà punito per aiuto al suicidio aggravato ex art. 580, co. 2, c.p. (SCLAFANI, GIRAUD, BALBI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, cit., 106 nota 146).

<sup>157</sup> Più precisamente, Cappato avrebbe consentito ad Antoniani di esercitare il diritto alla morte medicalmente assistita, e quindi non sarebbe punibile in virtù dell'efficacia oggettiva delle cause di giustificazione (oppure, se si preferisce, perché si tratterebbe di un «esercizio mediato di un diritto», categoria elaborata da SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, 255 ss., 269, per i casi in cui il titolare del diritto non può esercitarlo da sé e richiede il supporto di un'altra persona): quindi non c'è bisogno di invocare una causa di giustificazione «impropria» (così, invece, Proc. Rep. Milano, Richiesta di archiviazione, cit., 15). Si osservi inoltre che Cappato non ha preso parte alla procedura di suicidio assistito, che invece è stata gestita da medici, sicché in questo caso non si pone il problema (sollevato da BARTOLI, *Ragionevolezza*, cit., 103) di applicare una causa di giustificazione che richiede l'intervento di un medico (come il diritto all'autodeterminazione terapeutica e come sarebbe anche il diritto alla morte medicalmente assistita) a un soggetto privo della qualifica. Mi pare infine che la soluzione scriminante renda conto delle questioni morali implicate in questa vicenda meglio delle strategie argomentative incentrate sull'offensività: ci fa capire che un uomo è morto e quali sono i diritti in gioco (cfr. DONINI, *La necessità*, cit., 564).

<sup>158</sup> Che la l. 219/2017 non prevede espressamente (sul punto, ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 250 ss.), ma che andrebbe ragionevolmente consentita, quanto meno nel caso del suicidio assistito: GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., 124; DONINI, *La necessità*, cit., 580 nota 62; DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 919; EUSEBI, *De-*

borazione del principio di autodeterminazione terapeutica, potrebbe affermarsi che la procedura svizzera di suicidio assistito è stata il mezzo grazie al quale Fabiano ha potuto concretamente esercitare il diritto a rinunciare ai trattamenti di sostegno vitale<sup>159</sup>: la «strada italiana» lo avrebbe sì portato allo stesso risultato, ma in un modo che un ordinamento di matrice personalista non dovrebbe nemmeno concepire, e cioè lasciandolo rantolare davanti ai suoi cari in attesa della morte.

Ma in ogni caso si tratterebbe di soluzioni provvisorie<sup>160</sup>, mentre la delicatezza della materia impone una riflessione di sistema da parte del legislatore. Non dimentichiamo che Marco Cappato si sta facendo processare proprio per questo motivo<sup>161</sup>.

---

*cisioni sui trattamenti sanitari*, cit., 422 ss., che la ritiene garantita *de iure condito* dalla Costituzione.

<sup>159</sup> E quindi questa soluzione non varrebbe per chi non è nelle condizioni di rinunciare ai trattamenti di sostegno vitale, come Diane Pretty o Gloria Taylor.

<sup>160</sup> Oppure di esiti che potrebbero sembrare eccessivi anche ai sostenitori del principio di indisponibilità della vita (cfr. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. Pen.*, IV, Torino, 1990, 430), come la condanna di Cappato a una pena non inferiore a 2 anni, 2 mesi e 20 giorni, e quindi non suscettibile di sospensione condizionale, sempre che vengano riconosciute nella loro massima estensione sia le attenuanti generiche sia l'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale (quest'ultima tradizionalmente negata in casi del genere: cfr. Cass., Sez. I, 12 dicembre 2015, Holmes, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di SANTINI, *La Cassazione in tema di omicidio pietatis causa: inquadramento giuridico e attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale*).

<sup>161</sup> Nelle more della pubblicazione è intervenuta la decisione della Corte costituzionale, la quale innanzitutto «ha rilevato che l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti», e poi ha rinviato la trattazione della questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. all'udienza del 24 settembre 2019, restando nel frattempo sospeso il processo *a quo*, per «consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina» (così il comunicato stampa pubblicato il 24 ottobre 2018 in *www.cortecostituzionale.it*). Ho ritenuto di non modificare il testo sulla scorta del senno di poi, lasciando il lettore libero di valutare se le tesi sostenute fossero o meno errate già *ex ante*. In questa sede vorrei solo evidenziare che anche la Corte suprema canadese sospese per un anno l'efficacia della sentenza *Carter v. Canada* dando modo al legislatore di disciplinare la materia, con la differenza che la nostra Corte costituzionale non ha già dichiarato illegittimo l'art. 580 c.p., ma si è riservata di tornare sulla questione dopo l'auspicato intervento legislativo. Questa soluzione, che le mie modeste conoscenze di giustizia costituzionale non mi hanno consentito di prefigurare, mi sembra equilibrata perché la disciplina delle questioni di fine vita ammette una serie di opzioni alternative che è preferibile affidare all'organo democraticamente legittimato. In ogni caso, per evitare che il giudizio *a quo* resti regolato da un quadro normativo che «lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti», la futura disciplina dovrà essere congegnata in modo da risultare applicabile anche allo specifico del caso Cappato.