

Università degli Studi di Napoli Federico II
Dipartimento di Giurisprudenza



Tesi di dottorato in
“Diritti umani. Teoria, storia e prassi”
XXXII ciclo

Eutanasia, suicidio assistito e diritto penale.

Tutor:

Ch.mo Prof. Antonio Cavaliere

Candidata:

Dott.ssa Giulia Beguinot

Coordinatore

Ch.mo Prof. Cosimo Cascione

Anno accademico 2018/2019

*« Ho imparato a rispettare le idee altrui,
ad arrestarmi di fronte al segreto di ogni coscienza,
a capire prima di discutere,
a discutere prima di condannare.
E poiché sono in vena di confessioni ne faccio una,
forse superflua:
detesto i fanatici, con tutta l'anima ».*

N. Bobbio.

INDICE

CAPITOLO PRIMO

TUTELA DELLA PERSONA, LIBERTÀ INDIVIDUALE E IL DIRITTO ALLA 'SALUTE AUTODETERMINATA'

1. Dall'utilitarismo collettivista alla tutela della *persona*. 5
2. La Costituzione come 'felice sintesi di componenti liberali e solidaristiche'...9
3. L'incompatibilità del paternalismo con la Costituzione.13
4. L'utilitarismo giuridico e la tutela della persona16
5. La tutela della vita della *persona*.21
6. Sacralità della vita '*and death shall have no dominion*'.26
7. L'antropologia dell'*homo dignus*.32
8. La filosofia della libertà: il sapere rende liberi, l'ignoranza, la superstizione vittime.37
9. Il diritto alla salute 'autodeterminata' e il diritto alla 'coscienza autodeterminata'.43

CAPITOLO SECONDO

IL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA E L'EUTANASIA. PROFILI PENALISTICI.

1. Il diritto di avere 'diritti infelici' e il diritto al rifiuto delle cure salva-vita.....49
2. I naufragati tentativi di riforma e gli abomini del vuoto di tutela.....58
3. Disposizioni (e non dichiarazioni) anticipate di trattamento nella legge n. 219/2017: il consenso informato come *cornerstone* della disciplina.67

4. Eutanasia e suicidio; <i>l'insostenibile leggerezza</i> dei tabù.	76
5. Il diritto alla terapia del dolore e il divieto di accanimento terapeutico: gli spazi residui di liceità per 'l'eutanasia attiva indiretta'.	84
6. Dubbi laici fra criticità contingenti e assenti illustri. In particolare la mancanza di una clausola di coscienza.	94
7. L'area del penalmente rilevante: l'eutanasia attiva e gli omicidi pietosi.	106

CAPITOLO TERZO

IL REATO DI AIUTO AL SUICIDIO DELL'AMMALATO: PROBLEMI E PROSPETTIVE

1. Brevi premesse metodologiche.	114
2. Fabiano Antoniani, l'ultimo eretico.	117
3. Suicidio e diritto penale: una storia di incompatibilità.	120
4. Dubbi di legittimità costituzionale del reato di istigazione e aiuto al suicidio.	127
5. Il sindacato della Corte Costituzionale dalle sentenze 'a rime obbligate' alle declaratorie 'di incostituzionalità prospettata'.	140
6. Il suicidio dell'ammalato nella sua dimensione di <i>species</i> autonoma.	157
7. Il diritto di morire dell'ammalato irreversibile.	168

CAPITOLO PRIMO

TUTELA DELLA PERSONA, LIBERTÀ INDIVIDUALE E DIRITTO ALLA SALUTE ‘AUTODETERMINATA’

SOMMARIO: 1. Dall'utilitarismo collettivista alla tutela della *persona*. 2. La Costituzione come 'felice sintesi di componenti liberali e solidaristiche'. 3. L'incompatibilità del paternalismo con la Costituzione. 4. L'utilitarismo giuridico e la tutela della persona. 5. La tutela della vita della *persona*. 6. Sacralità della vita '*and death shall have no dominion*'; 7. L' antropologia dell'*homo dignus*. 8. La filosofia della libertà: il sapere rende liberi, l'ignoranza schiavi, la superstizione vittime. 9. Il diritto alla 'salute autodeterminata' e il diritto alla 'coscienza autodeterminata'.

1. Dall'utilitarismo collettivista alla tutela della *persona*

La difficoltà di trovare una soluzione univoca e condivisa sul tema del diritto al rifiuto delle cure – come più in generale accade nel delicato ambito delle scelte eticamente sensibili – si radica non solo nel fatto che esso coinvolge diritti fondamentali della persona umana, ma soprattutto nel dato per cui qualsiasi soluzione – in un senso o in un altro - sottende un *modus* che ciascuno ha di concepire questi diritti.

Per affrontare questo argomento, in altre parole, si rende necessario - al fine di tenere lontane suggestioni soggettivistiche - ricostruire, seppur a grandi linee, il retroterra filosofico alla base delle divergenti opzioni, vagliando la compatibilità delle une e delle altre con i principi fondamentali del moderno Stato di diritto.

In questa ricerca non devono essere ammessi dogmi: i punti di vista devono essere difesi esponendosi in considerazioni che hanno la plausibilità della coerenza, anche

qualora non le si voglia condividere, e che costituiscono comunque un contributo di parte alla comprensione laica della legittimazione dello *ius puniendi* dello Stato¹.

In primo luogo, invero, bisogna individuare il limite alla interferenza della potestà statale sulla autonomia del singolo. In una chiave storica, ciò pone una questione di fondo: concepire lo Stato in funzione dell'individuo o, viceversa, l'individuo in funzione dello Stato.

Entrambe queste due forme di organizzazione collettiva hanno trovato, nel rincorrersi dei secoli, illustri sostenitori e la perenne tensione dialettica fra le due ha impegnato i dibattiti della più autorevole dottrina nei campi di indagine più differenti.

Il punto di vista che la presente ricerca prediligerà – senza alcuna pretesa di esaustività – è solamente quello giuridico, ed in particolare quello del diritto penale italiano.

Il potere punitivo consente allo Stato di incidere sull'individuo fino a privarlo del diritto fondamentale alla libertà personale; questa considerazione, anche da sola, dovrebbe bastare per comprendere quanto necessario sia elaborare una concezione di tale strumento di controllo sociale coerente con i principi della Costituzione del 1948.

Le diverse posizioni in merito al diritto di rifiutare le cure vanno, dunque, sottoposte al vaglio della compatibilità con i principi fondamentali di un diritto penale moderno e costituzionalmente orientato.

A tale fine risulta indefettibile ricostruire il retroterra concettuale che si pone alla base della legittimazione dello Stato alla coartazione della libertà individuale.

L'equilibrio, infatti, fra l'autonomia del singolo e il controllo sociale vede spostarsi sensibilmente il suo baricentro a seconda che si prendano le mosse da una concezione politica collettivista o individualista e a seconda, naturalmente, che si condivida una impostazione filosofica paternalista o liberale.

Ebbene, se è soprattutto la protezione da parte dello Stato ciò che originariamente l'uomo, come 'animale sociale'², chiede alla collettività in cambio della cessione di

¹ Così, limpidamente, sulla ricerca della giustificazione del diritto penale, G. FORNASARI, *Un ritorno al futuro? Il « sapere » penalistico fra storia e attualità*, in J. L. G. D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, G. FORNASARI, A. MACILLO (a cura di), Napoli, 2015, p. 3.

² È già ARISTOTELE, come è noto, nella sua *Politica*, Libro I, che, nel definire l'uomo come 'animale sociale' (o animale politico), evidenzia come questa innata attitudine alla aggregazione non derivi esclusivamente dalla necessità di protezione e di difesa sociale. A ben vedere, coerentemente con gli ideali della πόλις, l'essere umano abbisogna della collettività non soltanto per difendersi e nutrirsi, ma anche e soprattutto poiché senza non sarebbe in grado di realizzare il suo fine ultimo: lo sviluppo della

parte della propria autonomia individuale naturale - accettando di assoggettarsi alle leggi dell'ordinamento -, il nodo gordiano più spinoso da sciogliere nella materia della tutela della persona sta nel definire il limite entro il quale questa protezione può o deve essere apprestata.

Prendendo le mosse da quella impostazione ideologica che concepisce la persona quale funzionale allo Stato è fuor di dubbio che tale protezione debba essere assoluta.

L'individuo, nella sua integrità fisica e psicologica, deve essere protetto da qualunque genere di pericolo e a prescindere dalla sua volontà. Il sistema ordinamentale, dunque, avrà l'onere di tutelare il singolo da qualunque offesa o molestia alla sua persona, cagionatagli da un terzo o autoprodotta.

Ciò che si propugna è la necessità di proteggere l'uomo, anche da se stesso, in funzione della collettività. Tale impostazione, che potrebbe, in termini definitivi,

ragione. Cfr. ARISTOTELE, *Tà πολιτικά*, (IV sec. a. C.), trad. it, *Politica*, ed. XIV, Roma-Bari, 2007, *passim*. La tesi della necessità di associarsi fondamentalmente per necessità di protezione si ritrova nel pensiero di J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social: ou principes du droit politique* (1762), trad. it. *Il Contratto sociale*, libro I, capitolo IV, in www.liberliber.it, in cui l'Autore individua il 'problema fondamentale a cui il contratto sociale dà lo scioglimento' nel "trovare una forma di associazione che difenda e protegga, mediante tutta la forza comune, la persona e i beni di ciascun associato e per mezzo della quale ognuno, unendosi a tutti, non obbedisca tuttavia che a sé stesso e rimanga libero come prima". HOBBS rielabora l'idea di contrattualismo fondandola sulla necessità per gli uomini di associarsi e assoggettarsi completamente al potere dello Stato. Questa rinuncia ai diritti e alle libertà naturali in favore della potestà statale è necessaria, secondo l'Autore, per garantire pace e ordine fra gli uomini, che, altrimenti, si annienterebbero a vicenda poiché 'homo homini lupus'. T. HOBBS, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil* (1651), trad. it., *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*; ried. di A. PACCHI, A. LUPOLI (a cura di), Roma-Bari, 2018, *passim*. In argomento, WELZEL che, lucidamente, osserva come nell'idea di Hobbes, "lo Stato e il diritto hanno adempiuto i loro compiti essenziali, quando sono in grado di opporre al 'bellum omnium contra omnes' un ordinamento che garantisca l'esistenza dei consociati". Così, H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, G. DE STEFANO (a cura di), 1965, Milano, p. 177. Diversamente, J. LOCKE intende il contratto sociale come la maniera per passare dallo 'stato di natura' allo 'stato civile'. Con tale transizione gli individui non rinunciano ai loro diritti naturali, ma li consolidano attraverso le leggi dello Stato. Queste ultime tutelano la *persona* garantendo il diritto alla libertà e alla proprietà privata. J. LOCKE, *The Second Treatise of Civil Government; essay concerning the true original extent and end of government*, in *Two Treatises of Government* (1690), trad. it., *Secondo trattato sul governo, Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, in *Due trattati sul governo*, Torino, 2010, *passim*. Tra le libertà fondamentali, secondo l'Autore, c'è la libertà di religione. Non solo non può imporsi una morale, ma deve coltivarsi la tolleranza come via per garantire pace e ordine fra gli uomini. J. LOCKE, *Epistole de tolerantia* (1689), trad. it., C. A. VIANO (a cura di) *Lettera sulla tolleranza*, Roma-Bari, 2005, *passim*. Per una critica all'ipotesi contrattualista J. S. MILL, *On liberty* (1859) trad. it. a cura di E. MISTRETTA, *La libertà*, Milano, 2018, p. 186. L'Autore rifiuta l'idea del contratto sociale 'da cui dedurre obbligazioni sociali'; riconosce, tuttavia, che la protezione prestata dalla società a ciascun individuo si traduca in 'un beneficio di cui tutti coloro che ne usufruiscono restano debitori'. In tale ottica, però, non è tanto la società a limitare la libertà individuale, quanto la stessa autonomia di ciascun cittadino ad autolimitarsi al fine di salvaguardare l'esistenza della collettività di cui l'individuo abbisogna.

qualificarsi come utilitarismo collettivista, è coerente con uno Stato autoritario, come era quello in cui il codice penale attualmente vigente è stato promulgato, in cui l'individuo è proprietà dello Stato *sovrano* e in funzione di esso esiste e finanche si riproduce³.

Precipitato naturale di siffatta costruzione ideologica pan-pubblicistica è la assoluta indisponibilità della vita umana, che diventa requisito necessario affinché il cittadino possa compiere il proprio dovere nei confronti della collettività; un'opposta posizione, invero, risulterebbe incompatibile con il dovere del singolo di preservare sé stesso, vivo e in salute, per servire lo Stato.

In chiave di coerenza sistematica con tale retroterra ideologico e paradigma del sistema valoriale di riferimento per il legislatore del 1930 si pongono, invero, le fattispecie di reato dell'omicidio del consenziente e dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio previste nel codice Rocco, rispettivamente agli articoli 579 e 580 c.p., che scorporano il diritto alla vita del singolo come un interesse collettivo, prima ancora che individuale⁴ e, per questo, irrinunciabile.

Successivamente, l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 – con la sua adesione al principio personalistico e il suo rifiuto di quello utilitaristico di marca collettivista - ha stravolto i principi ordinatori su cui poggiava il codice Rocco e la tutela della persona ha trovato un nuovo fondamento in termini di principi.

³ L'adesione del legislatore del 1930 alla primazia dello Stato sull'individuo viene espressamente richiamata nella *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco* come *ratio* del mutato ordine sistematico dei Titoli del nuovo Codice penale, rispetto 'al modello a progressione ascendente' della previgente codificazione del 1889. Sebbene il neonato *corpus iuris*, invero, mutuasse dal precedente la distinzione dei diversi Titoli in base al bene giuridico tutelato dalle incriminazioni contenute nei medesimi, la loro collocazione topografica venne completamente stravolta in base ad un 'modello a progressione discendente', sul presupposto che «dar prevalenza, nella successione dei Titoli, ai delitti contro la persona, relegando nei Titoli finali l'ordinamento dei delitti contro lo Stato muoveva essenzialmente da un equivoco, per cui erano scambiati i soggetti veri del rapporto punitivo e si rivelavano come il riverbero di una valutazione antropocentrica di ogni forma di attività sociale, compresa la attività giuridica. Senonché di tale concezione individualistica del diritto penale, fu merito delle dottrine criminali, fiorite nel principio del secolo, denunciare la fallacia. Esse giustamente asserivano che l'attuazione della tutela penale riguarda non l'individuo, ma costantemente e primariamente lo Stato». Così, A. ROCCO, nella *Relazione al r.d. 19 ottobre 1930, n.1398, di approvazione del testo definitivo del codice penale in Lavori Preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, parte III, Roma, 1931, p. 16.

⁴ Sull'evoluzione della concezione del diritto alla vita, *ex plurimis*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, XXIV ed, C.F. GROSSO (a cura di), Milano 2016, p.43 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, II, tomo I, *Delitti contro la persona*, IV ed., Bologna, 2013, p 2 ss.; inoltre F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2016, p.121 ss; F. PALAZZO, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc.dir.* XXXIII, Milano, 1983, p 289.

La necessità di approntare una tutela assoluta alla vita umana, in ogni caso, ha continuato a costituire un'esigenza imprescindibile, ma è stata declinata in una differente prospettiva: non si trattava più di difendere l'uomo – anche da sé stesso – in funzione della collettività, bensì di difenderlo – anche da sé stesso - per preservarne la dignità di essere umano.

2. La Costituzione come ‘felice sintesi di componenti liberali e solidaristiche’.

Il nuovo modello costituzionale segna un netto distacco con le ideologie del passato. Esso pone le solide fondamenta per un sistema di coesione sociale - perseguendo la composizione dei conflitti individuali e sociali mediante la promozione dei diritti e l'inclusione dei soggetti più deboli - fondato su valori irrinunciabili per ogni ordinamento democratico: personalismo, solidarismo, pluralismo, libertà individuale, giustizia sociale.

La nuova prospettiva delineata dalla Costituzione è il frutto dello sforzo profuso dai diversi partiti politici, all'alba della nuova Repubblica, per trovare un'espressione unanime e un punto di equilibrio tra culture politiche diverse che, pur rimanendo distinte, si sono riconosciute nei principi di quell'ordinamento che avevano responsabilmente contribuito a realizzare. È, dunque, questo ‘grande compromesso’ raggiunto in seno all'Assemblea Costituente, che ha consentito, dopo più di vent'anni di dittatura, l'avvio del processo di rinnovamento, in chiave democratica e solidaristica, della società italiana.

Libertà e solidarietà divengono i punti cardine dello Stato di diritto.

In questi termini, la cifra caratterizzante l'intero disegno costituzionale è il dilatarsi della nozione di responsabilità. A quella concezione di responsabilità unicamente verso sé stessi, che è il fondamento dei diritti di libertà, si aggiunge quella più vasta di responsabilità verso i propri simili, che è il fondamento dei diritti sociali⁵.

Si assiste al ribaltamento di una visione sociale in cui il principio individualistico trovava la sua massima espressione nel diritto all'iniziativa economica e nel diritto

⁵ In tal senso, G. SARAGAT, *Discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, seduta pomeridiana di giovedì 6 marzo 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, p. 1844, consultabili in <http://legislature.camera.it>, p. 1845.

assoluto di proprietà, per concepire la tutela di quest'ultima in funzione della persona e coerentemente con il principio di solidarietà.

Di quella visione originaria, fondata sulle logiche di mercato, tuttavia, non dobbiamo perdere memoria, se non altro per comprendere come il concetto di persona nella Costituzione si fondi su una antropologia innovativa e come il diritto dell'uomo all'autodeterminazione si basi su logiche profondamente differenti da quelle che sostengono l'autonomia privata nel codice civile⁶.

Ricordare ciò è necessario per evitare fraintendimenti e percepire l'inadeguatezza dei tentativi di fondare l'autonomia individuale in materia di scelte esistenziali sulle tradizionali categorie ordinamentali.

Con l'avvento della Costituzione si abbandona, dunque, quella prospettiva in cui i diritti di libertà si identificavano pienamente con i diritti economici di proprietà, di impresa e di commercio, che assurgevano a simbolo delle libertà individuali come massima espressione dell'autonomia del soggetto.

La Costituzione, insomma, segna una rinnovata concezione della individualità ispirata alla solidarietà sociale, in cui l'esercizio della libertà individuale non deve porsi in antitesi al dovere di solidarietà che il singolo ha nei confronti della collettività.

In ordine alla relazione fra libertà individuale e solidarietà ci preme, qui, evidenziare in particolare che fra i due non esiste antinomia concettuale.

La critica che più comunemente viene mossa alle ideologie liberali, invero, si compendia nell'idea che una eccessiva esaltazione della libertà dell'individuo debba, fisiologicamente, incidere negativamente sulla capacità di quest'ultimo di contribuire alla coesione sociale.

In questa logica, la prima e patologica conseguenza dell'individualismo sarebbe la frammentazione della società e l'abbandono, progressivo ma ineluttabile, della natura di 'animale sociale' che caratterizza l'uomo dall'alba dei tempi.

Ci si domanda, insomma, "in qual misura i popoli riuniti in uno Stato possono vivere soltanto della garanzia e della libertà del singolo, senza un vincolo unificatore preesistente a tale libertà?"⁷.

⁶ In questo senso, P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, pp.85 ss.

⁷ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, trad. it. di M. CARPITELLA; G. PRETEROSSO (a cura di), Roma-Bari, 2007, p.52.

Una simile concezione, tuttavia, sembra ignorare una componente essenziale del concetto di solidarietà: la spontaneità.

Beninteso, non si vuole negare la natura normativa della solidarietà – che emerge dall’art. 2 Cost- - né suggerire che essa abbia ‘a che fare con i buoni sentimenti’; essa, resta un concetto razionale della pratica sociale⁸, ma banalmente si vuole evidenziare come bisogna avere grande cautela nell’imporgli, per non correre il rischio di snaturarla del tutto.

In sé essa conserva e racchiude, invero, quell’ideale di *fraternité* tanto caro alla rivoluzione francese che contribuisce, insieme all’eguaglianza e alla libertà, a fondare la dignità della persona nella democrazia. Tale dignità non è solo individuale, ma ha natura sociale “in una Costituzione che parlando di persona non intende l’astratto individuo ma la ‘persona sociale’⁹”.

La solidarietà incondizionatamente imposta, in altri termini, si tramuta in collettivismo e in quel concetto di ‘solidarietà nazionale’ propugnato dal sistema corporativo fascista¹⁰ che si compendia nel noto brocardo: “tutto nello Stato, niente contro lo Stato, nulla al di fuori dello Stato”¹¹.

All’opposto, nella Costituzione non esiste antinomia concettuale tra libertà e solidarietà, poiché entrambi i principi sono finalizzati alla realizzazione dei valori esistenziali e tendono, incessantemente, alla creazione di forme di protezione e promozione della persona.

⁸ S. RODOTÀ, definiva la solidarietà come sintesi della ‘triade concettuale rivoluzionaria’: libertà, eguaglianza e fraternità, in un’intervista per *Le idee di Repubblica*, Napoli, 23.6.2013.

⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, ed. Laterza, Roma-Bari, 2018, p. 55. Cfr. anche S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p.254; l’Autore evidenzia come l’accento intensamente volto sulla volontà dell’interessato non debba considerarsi, come spesso accade, un incentivo alla frammentazione, alla cancellazione di ogni legame sociale che conduce ad una ‘società dei diritti e dell’individualismo autocentrato’. Il tema, invece, deve essere analizzato dalla prospettiva della distribuzione dei poteri e dunque come costruzione di uno spazio giuridico tale da assicurare alla persona il potere di governo di sé nonché il suo pieno sviluppo in un contesto socialmente definito, in ossequio all’art. 3 della Costituzione.

¹⁰ In argomento, per tutti, v. F.L. FERRARI, *Il regime fascista italiano*, G. IGNESTI, (a cura di), Roma, 1983, pp. 542 e ss.

¹¹ Tale espressione, emblema dell’ideologia totalitaria, fu pronunciata il 26 maggio del 1927, in quello che divenne celebre come il discorso dell’ “ascensione” nel quale il Duce proclamò che il fascismo aveva dato vita allo Stato corporativo. Si veda, B. MUSSOLINI, *La dottrina del fascismo*, Collana dell’Enciclopedia Italiana, XX, Roma, 1933, p. 35. In argomento, cfr. F. CORDOVA, *Verso lo Stato totalitario. Sindacato Società e Fascismo*, Catanzaro, 2005, *passim*.

In questo profondo senso la Costituzione è “felice sintesi tra liberalismo e solidarietà”¹² e rappresenta il risorgimento di una società libera sulle ceneri di uno Stato autoritario.

A questa ideologia si ispirano le tecniche di composizione degli interessi contenute nell’insieme dei precetti costituzionali, che delineano un nuovo modello di solidarietà e di tutela della dignità della persona.

In altre parole, il percorso, ispirato ai valori fondamentali del personalismo e del solidarismo¹³, si snoda, dunque, lungo una direttrice che, partendo dalla garanzia della pari dignità sociale, riconosce al singolo individuo il diritto a realizzare sé stesso, seguendo le proprie personali inclinazioni.

Questi, sono, dunque, i parametri di riferimento irrinunciabili che il legislatore è vincolato a seguire per fondare le scelte di politica criminale, tanto in termini di ispirazione valoriale, quanto in termini di tecnicismo giuridico, essendo la Carta fondamentale una fonte sovraordinata di tipo rigido¹⁴.

In altre parole, proprio questa connotazione personalistico-solidaristica impone opzioni normative idonee a conciliare le istanze di difesa sociale e le garanzie dell’individuo, rifuggendo pregiudizievoli sbilanciamenti nell’una e nell’altra direzione, tali da realizzare un sacrificio ingiustificato della persona o la vanificazione delle condizioni sociali funzionali ad una libera e pacifica convivenza della collettività¹⁵.

Tale premessa si rende indispensabile per affrontare la tematica della tutela della vita, orientandoci correttamente nel panorama ideologico in cui essa affonda le sue radici e si è, nel corso del tempo, evoluta.

A partire da Tommaso d’Aquino, tutti coloro che hanno studiato e difeso i diritti umani e fondamentali, pur muovendo da retroterra culturali ed ideologici difformi, sono stati accomunati dalla considerazione del diritto alla vita come il primo tra i diritti

¹² Cfr. S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1006 ss.; ID. *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi* in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 3, 2018, p. 1720, nonché, ampiamente, ID., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, pp. 23, 29 ss.

¹³ Sul necessario collegamento tra personalismo e solidarismo e sulla loro rilevanza nell’ambito del sistema costituzionale italiano, approfonditamente, G. NICOLETTI, *Solidarismo e personalismo*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 835; nonché G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 365 ss.

¹⁴ Cfr. S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit. pp. 1006 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 28 ss.

¹⁵ *Ibidem*

fondamentali, salvo poi dividersi sul modo di intendere la realizzazione di quel diritto e sulla ammissibilità o meno della sua disponibilità.

3. L'incompatibilità del paternalismo con la Costituzione.

La tutela del diritto alla vita, dunque, rifuggendo la marca utilitarista-collettivista del tramontato Stato autoritario, viene restituita al suo titolare: la persona.

Non solo. In ossequio al panorama costituzionale appena delineato, infatti, il diritto alla vita abbandona anche il crisma tipico del diritto per assurgere a qualcosa di più: a valore fondativo dell'ordinamento giuridico.

Quest'ultimo, infatti, nasce ed esiste in funzione della persona; in questi termini, la vita di quest'ultima - si suol dire efficacemente - diventa il principio primo per godere di tutti gli altri diritti fondamentali.

Ciò che non muta, nell'orientamento di una parte della dottrina, è, peraltro, la concezione di questo diritto come assolutamente indisponibile¹⁶.

Postulato della concezione più diffusa nell'epoca post-costituzionale – ancora profondamente radicata nell'ideologia conservatrice – è, invero, il concetto per cui l'essere umano senza la vita *non esiste* e il massimo rispetto della sua dignità si manifesta nella sua protezione ad ogni costo e condizione.

Corollario tradizionale di tale impostazione, che sposta il baricentro della tutela giuridica dalla collettività all'individuo, oltre all'indisponibilità assoluta della vita, è la subordinazione della disponibilità della integrità fisica da parte del suo titolare ad alcuni limiti essenziali di liceità oggettivi – come la salvaguardia della salute, della dignità umana, dell'uguaglianza – e soggettivi, delineati dal consenso informato del soggetto¹⁷.

Accade, insomma, che quel fisiologico nesso teleologico fra retroterra ideale e principio si spezzi, interrompendone la naturale interdipendenza sul piano logico e concettuale.

¹⁶ Questa concezione che si inquadra in una visione *personalistica* e si costruisce sull'idea di "uomo-fine, uomo come valore e punto di incontro dell'antropologia e dell'umanesimo sia delle concezioni religiose monoteiste sia delle concezioni autenticamente laiche che riconoscano kantianamente all'essere umano una dignità che ne fa un soggetto fine in sé e non un mezzo"; si veda in tal senso F. MANTOVANI, "Biodiritto e problematiche di fine della vita" in *Criminalia* 2006, p. 57 ss.; v. pure ID., *Delitti contro la persona*, Padova 2005.

¹⁷ Sull'argomento v., *infra*, par. 9, nt. 85, nonché, diffusamente, Cap II, par 3.

In altri termini, il principio dell'indisponibilità della vita, che affondava le radici nel retroterra ideologico collettivista, resiste al superamento concettuale di quest'ultimo e si reinventa per spostare le sue basi nell'ideale personalistico, di matrice paternalista.

La compatibilità fra i due è, tuttavia, solo apparente e non riesce ad affrancarsi, completamente, dalle ombre del passato.

Ad uno "Stato – padrone" che 'impone' diritti, in altri termini, si sostituisce uno "Stato – padre" che si comporta non diversamente da un genitore con un figlio eternamente minorenne e mai davvero libero di scegliere, consapevolmente e volontariamente, per sé stesso¹⁸.

Ancora una volta le fattispecie di reato dell'omicidio del consenziente e dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio si fanno esempio paradigmatico di un sistema valoriale ed ideologico, non più però scolpendo la vita del singolo come un interesse collettivo e per ciò irrinunciabile, ma proteggendo la vita del singolo come interesse individuale irrinunciabile perché è *meglio per lui*.

Solo nell'accettazione dell'indisponibilità della vita l'individuo, in altri termini, l'uomo vedrà riconosciuta la sua piena dignità da parte dell'ordinamento, perché questa è l'unica via che l'ordinamento comprende e riconosce come *giusta*.

Le incriminazioni contenute negli artt. 579 e 580 c.p., dunque, abbandonano il loro fondamento collettivista per divenire espressione di quello che, sul cammino tracciato dalla monumentale tetralogia di Feinberg, la più avveduta dottrina oggi suole chiamare efficacemente 'paternalismo indiretto'¹⁹.

¹⁸ Per una compiuta definizione di paternalismo giuridico ed una sua approfondita critica si veda, per tutti, J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal law*, New York – Oxford, 1984, *passim*.

¹⁹ FEINBERG propone una efficace distinzione in seno alla stessa impostazione paternalistica fra il cd. 'paternalismo diretto' - che fonda la legittimità del potere punitivo statale nei confronti dell'individuo che cagiona un'offesa a sé stesso - e il cd. 'paternalismo indiretto' - che invece la fonda nei confronti del terzo che offende un bene altrui con il consenso del titolare di quel bene. In particolare, "i casi con due parti rientrano nelle ipotesi di paternalismo allorché il consenso di una parte all'azione dannosa di un terzo non attribuisce a quest'ultima il permesso di fare ciò che la prima parte vuole o acconsente che le si faccia. Se la seconda parte, tuttavia, esegue l'accordo, sarà punita perché avrà violato la legge. La legge mira ad impedire che la prima parte abbia ciò che desidera sia fatto ed in tal modo interferisce con la sua libertà, ritenendo di sapere meglio cosa è bene per lei. Perciò, la legge è paternalistica verso la prima parte, anche se il reato che la legge stessa prevede è commesso dalla seconda parte": cfr. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal law*, Vol. III, *Harm to Self*, cit., p. 9; sul punto si veda ampiamente A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*; in *Arch. Pen.* 2017, n. 3 pp. 6 ss, nonché G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale* in *Il Foro It.*, n. 6/2009, pp. 227 ss.. Per una nomenclatura differente si veda inoltre G. DWORKIN, *Paternalism*, in *Morality and the Law*, ed. R.A. Wasserstrom, Belmont, 1971; l'Autore, in

Non si vede, invero, come una impostazione ideologica di matrice paternalista – diretta o indiretta - possa essere compatibile con quel primato della persona che la Costituzione ‘riconosce e garantisce’ nei termini sin qui ricostruiti.

Tra i diritti inviolabili dell’individuo c’è, senza dubbio, la libertà morale, ovvero il diritto di autodeterminarsi nelle proprie scelte di vita, la libertà personale, la salute – quale diritto e non quale dovere –; vanno inoltre tenuti presenti i principi del pluralismo²⁰ e della laicità²¹ dello Stato²².

Dalla combinazione di questi assiomi essenziali risulta che ciascun individuo – quale essere senziente e capace di autodeterminarsi – ha il diritto, nell’esercizio della propria libertà individuale, di “comportarsi in modo conforme alla sue convinzioni morali fintanto che la sua condotta non leda o ponga in pericolo i diritti e le libertà altrui, compresa la libertà di agire secondo altre convinzioni morali²³”.

Non è compito dello Stato di diritto, in altre parole, imporre – direttamente o surrettiziamente – un sistema morale ai cittadini. Allo stesso modo, le scelte di politica criminale del legislatore non possono orientarsi alla repressione dell’immoralità per l’imposizione del ‘vero bene’²⁴.

base al numero di centri di interessi coinvolti, preferisce parlare di ‘*single party case*’ per le ipotesi in cui vi sia un solo soggetto coinvolto e ‘*two-party case*’ per i casi in cui i centri di interesse sono due.

²⁰ Sull’importanza di garantire, in ambiti al confine tra l’etica e il diritto, una disciplina normativa che risulti condivisibile da parte di tutti i consociati S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell’uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello Stato sociale di diritto*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 1990, pp. 863 ss. In particolare, l’Autore evidenzia come l’unica via per garantire una regolamentazione condivisa indipendentemente dalle personali convinzioni morali o religiose sia rimanere orientati ai principi della Legge giuridica fondamentale. Solo ove le soluzioni normative siano accettabili sul piano della legalità, al di là dell’intima adesione del cittadino ai precetti della legge e al di là del piano della moralità, invero, esse garantiranno una tutela effettiva alla persona.

²¹ L’accoglimento del principio di laicità dello Stato è la cifra caratterizzante della modernità giuridica poiché comporta l’abbandono, da parte di quest’ultimo, di quella ‘antica sacralità e investitura divina’ che fondava il potere dei re sui sudditi. In luogo di quella, la laicità è l’architrave su cui poggia la limitazione della potestà pubblica sull’individuo. Nella sentenza n. 203 dell’11 aprile 1989 la Corte costituzionale accoglieva il principio di laicità affermando che il diritto alla libertà religiosa si declina sotto il duplice profilo del divieto che i cittadini siano discriminati per motivi di religione e che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione. Secondo la Consulta, invero, i valori sanciti dagli artt. 3 e 19 della Carta fondamentale del 1948 insieme agli artt. 7, 8 e 20 della medesima Carta, concorrono a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che rappresenta anche uno dei profili della forma di Stato delineata nella Costituzione. Sull’argomento delle derive paternalistiche dovute al mancato ossequio del principio di laicità L. RISICATO, *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico.*, in *Riv. Tel. “Stato, Chiese e pluralismo confessionale”* marzo 2009, pp. 2-3. Sull’argomento, poi, diffusamente, S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma, 2010, *passim*.

²² Cfr. A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, cit., p. 3.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

Che l'autorità civile, insomma, non debba prescrivere con le leggi 'articoli di fede o dogmi o forme di culto divino', dipende da opzioni normative costituzionalmente sancite. Quegli argomenti, invero, riguardano le scelte dell'anima e le suggestioni dalle quali essa è persuasa.

Una imposizione della morale, non può, per natura, esistere senza perdere il senso di sé stessa, poiché l'unica forma di coercizione che lo Stato ha a disposizione è quella del corpo.

Ebbene, come si può pensare che l'imposizione del giusto, sul corpo, con 'il ferro e con il fuoco' possa vincolare le convinzioni profonde dell'anima²⁵?

4. L'utilitarismo e la tutela della persona.

L'argomentazione secondo cui il rispetto della dignità umana deve necessariamente postulare la tutela della vita – ad ogni costo e condizione – viene, tradizionalmente, accompagnata al deciso rifiuto della concezione utilitarista, in alcune delle sue declinazioni.

Viene così, in primo luogo, respinto l'utilitarismo pubblico-collettivo e quello maggioritario, i quali concepiscono il sacrificio individuale in nome, rispettivamente, dell'utile comune e della maggiore felicità di pochi.

In secundis, viene rifiutato anche l'utilitarismo individualistico – egoistico, poiché esso fonderebbe un soggettivismo senza limiti, volto ad elevare la *libera volontà* individuale ad assioma "per legittimare una incontenibile politica di liberalizzazione" finalizzata a consentire l'esercizio di ogni scelta legata esclusivamente alla volontà del singolo: "aborto libero, droga, alcolismo, sterilizzazione irreversibile, transessualismo, locazione del grembo materno, eutanasia e suicidio²⁶".

Orbene, deve mettersi in luce che, mentre l'idea di abbandonare la concezione che fonda il dovere di proteggere l'individuo – anche da sé stesso – in una chiave collettivista per concepire, invece, l'uomo come entità individuale meritevole *ex se* di

²⁵ In questo senso, J. LOCKE, *Epistole de tolerantia*, 1689, Londra, ed. it. in www.archiviomarini.sp.unipi.it, p. 19 . Inoltre, secondo l'Autore la cura delle anime non è affidata al 'magistrato civile' più che ad altri uomini perché "non lo è stata da Dio, poiché non risulta in alcun luogo che Dio abbia attribuito agli uomini una tale autorità sugli uomini".

²⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, cit., p. 58.

tutela è, senza dubbio compatibile con il dettato costituzionale, sul rifiuto di quello che parte della dottrina definisce ‘utilitarismo individualistico – egoistico’, il discorso merita di essere approfondito.

Premettendo che la contrapposizione dialettica fra queste argomentazioni e ancor più la delicatezza dei corollari che ne derivano non rendono agevole un accordo neanche sulle questioni definitorie, un modo differente di intendere le concezioni utilitariste – e più in generale il concetto di individualità – è senz’altro possibile.

In primo luogo, è l’idea stessa di libertà da cui partiamo che può essere intesa in modo differente. Quella libertà che viene in rilievo nel rapporto con la potestà statale – e che appare l’unica compatibile con i principi fondamentali della persona protetti dalla Costituzione repubblicana e dalle fonti sovranazionali, comunitarie e pattizie – è la libertà civile e sociale e non invece la *libertà della volontà*²⁷, pura e semplice.

Quando si tratta di fondare il diritto alla non interferenza da parte dello Stato nella libertà esistenziale dell’individuo – che il tema sia di scegliere di appartenere ad un genere sessuale piuttosto che ad un altro o di fare uso di sostanze capaci di alterare la propria percezione della realtà ovvero ancora di individuare la possibilità e i limiti del sacrificio della propria vita - non è di una libertà intesa in senso *absolutus* che si tratta; ciò di cui qui si indaga la natura non è, infatti, una libertà avulsa dal contesto ma anzi è una condizione di natura sociale e dunque necessariamente relazionale.

In secondo luogo, l’adesione al principio personalistico a cui la Costituzione è ispirata - che si traduce nel primato della persona, titolare di diritti fondamentali che le spettano a titolo originario, a prescindere dal riconoscimento statale e che non sono condizionabili da finalità collettive²⁸ -, se si pone in una prospettiva di netta cesura rispetto all’utilitarismo collettivista che aveva animato la stesura del codice Rocco del 1930, può trovare, invece, un punto di conciliazione con una diversa maniera di intendere l’utilitarismo, in chiave proprio personalistica.

²⁷ Così, magistralmente, scriveva J. S. MILL, per la prima volta, nel 1859: “L’argomento di questo saggio non è la cosiddetta “libertà della volontà”, tanto infelicemente contrapposta a quella che è impropriamente chiamata dottrina della necessità filosofica, ma la libertà civile, o sociale: la natura e i limiti del potere che la società può legittimamente esercitare sull’individuo”. J. S. MILL, *On liberty*, cit. p. 63.

²⁸ Così V. ONIDA, voce *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. IV, Torino, 1989, p.329.

L'interesse primario riconosciuto e protetto dallo Stato di diritto, dunque, è la persona ma secondo quello che la persona pensa di sé e non secondo ciò che la collettività ritiene sia *meglio* per lui²⁹.

In questi termini, il solo scopo per cui si può legittimamente coartare la libertà individuale di un qualsiasi individuo facente parte di una comunità civilizzata, in possesso delle sue piene facoltà, è esclusivamente quello di evitare danno al prossimo. Così la libertà del singolo trova un limite unico: non offendere gli altri³⁰.

Letti in questo senso, gli insegnamenti di *Mill* e, successivamente, di *Feinberg* sembrano sfuggire alle critiche di quelle autorevoli dottrine che denunciano il rischio di derive egoistico-edoniste.

Da un lato è lo stesso *Mill* che, nell'affermare la necessità di ancorare il diritto dello Stato di sanzionare legalmente la condotta di un individuo al principio del danno *agli altri*, avverte la necessità di allontanare 'il grave malinteso' di supporre che la non punibilità di una condotta che coinvolge solo gli interessi di chi la pone in essere – o di soggetti consenzienti – sia ispirata ad una 'egoistica indifferenza'.

Al contrario, lo sforzo dell'Autore è proteso ad incoraggiare la reciproca solidarietà nel confrontarsi al fine di appropriarsi di una opinione consapevole capace di distinguere il bene dal male. Questa operazione, però, resta limitata nei confini dell'educazione sociale e non li travalica per fondare la potestà punitiva.

É compito dei consociati sostenersi solidalmente gli uni con gli altri, ma ad alcuno – e meno che mai al legislatore – deve essere consentito di imporre ad un individuo cosciente e consapevole una concezione di giusto difforme da quella che egli intimamente percepisce.

Nell'opinare diversamente – ossia nell'imporre ad un adulto consapevole ciò che per costui deve essere giusto perché così concepito da un altro – si finisce inesorabilmente per cedere – anche, forse, senza volerlo – alle lusinghe di quel paternalismo giuridico per cui "*there is always a good reason in support of a legal*

²⁹ In tal senso, A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir, pen e proc.* 2014, 5, p 594. L'Autore, nell'evidenziare la fallacia delle politiche proibizioniste in materia di stupefacenti osserva come la legittimazione dell'intervento penale in siffatti ambiti dipende "dalla legittimità di una tutela della persona da sé stessa, ovvero dalla disponibilità dei beni salute e vita".

³⁰ Così J. S. MILL, *On liberty*, cit. p. 168

prohibition or requirement that it is a necessary and effective mean for preventing harm (physical, psychological or economic) to agent himself³¹”.

Come abbiamo visto però, nemmeno la migliore intenzione fondata nella più ferma convinzione di un personale ideale di giustizia può giustificare – alla luce dei dettami della Carta fondamentale del 1948 – una penetrazione della sfera esistenziale di un altro ‘sì profonda da incatenare l’anima.

Sebbene sia chiaro che, anche prendendo le mosse dall’individualismo più estremo, a ben vedere, è impossibile negare l’idoneità, anche solo potenziale, di ciascuna delle nostre scelte – e soprattutto di quelle intime e personali – ad infliggere danno o molestia a chi c’è intorno, la soluzione non può che trovarsi in un oculato bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco.

È necessario, in primo luogo, operare le opportune distinzioni fra concetti che troppo spesso vengono raggruppati nell’unico insieme delle ‘degenerazioni della incontenibile politica di liberalizzazione’, ma che, a ben vedere, hanno in comune solo la capacità di disturbare il senso morale di chi non le condivide.

Necessariamente premessa la difficoltà di catalogare in rigide categorie concetti umani così complessi da poter essere diversi gli uni dagli altri pur appartenendo al medesimo *genus*, è importante, dal punto di vista del diritto penale, diversificare – almeno in base alla quantità di centri di interessi che sono idonei ad *offendere* – quelle scelte che incidono unicamente sull’esistenza di colui che le assume – come il transessualismo, la sterilizzazione, l’assunzione di sostanze stupefacenti e alcoliche e il suicidio – da quelle determinazioni che, per forza di cose, coinvolgono altri – quali l’aborto, il praticare l’eutanasia o il portare avanti una gravidanza per altri.

Confondere le scelte che attengono al modo in cui ciascuno di noi ritiene più opportuno condurre la *propria* esistenza – come la volontà di modificare il proprio genere biologico, di avere o meno un figlio, di bere sostanze alcoliche – con quelle che incidono necessariamente sull’esistenza e sui diritti altrui rischia di travalicare anche i

³¹ Così J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. III, *Harm to Self*, cit.; si veda sul punto, ampiamente, A. CAVALIÈRE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, cit., pp. 2 ss. Inoltre, M. B. MAGRO, *Diritto penale ed eutanasia*, Torino, 2001, p. 38, la quale sottolinea che “alla base della legittimazione all’intervento penale sembra porsi una concezione ormai radicata negli ordinamenti giuridici moderni, che individua nel rispetto dell’autonomia individuale nella determinazione dei propri interessi un obiettivo elevatissimo della società civile e che vieta solo quelle condotte che cagionano ad altri offese: ne segue che le norme limitative della libertà personale si giustificano solo in relazione alla loro dannosità sociale e all’esigenza di impedire offese altrui”.

crismi del paternalismo giuridico per abbandonarsi a quel moralismo che deve essere sempre allontanato dal giurista e, in particolare, dal penalista³².

Tale distinzione diventa fondamentale poiché un diritto penale di marca liberale, scevro dalle suggestioni paternaliste ed eticizzanti, nel momento in cui il centro di interessi è uno solo, non trova – e non dovrebbe trovare - alcuno spazio di operatività.

Al contrario, quando i centri di interesse diventano due o più, occorrerà provvedere ad un oculato bilanciamento fra i medesimi diretto ad individuare il punto di equilibrio fra la pluralità di diritti in gioco, fondato nei principi fondamentali ricavabili dalle norme costituzionali, nonché dalle fonti sovranazionali

Ebbene, per le scelte esistenziali (*rectius*: quelle scelte che incidono solamente sui diritti di chi le pone in essere) è meno difficoltoso argomentare la loro incidenza lesiva, rilevante dal punto di vista giuridico, su un unico soggetto: così come una donna che si sottopone ad un intervento di isterectomia o una persona che intraprende una terapia ormonale funzionale a cambiare il proprio genere sessuale *offende* la propria integrità fisica, permanentemente, ma in alcun modo può arrecare danno ad un terzo, il suicida³³, che si toglie la vita perché non ne sopporta più il peso, *offende* solo se stesso.

Per le scelte che coinvolgono i diritti di terzi, invece, i confini già labili delle categorie si fanno ancora più laschi perché – anche se solo tendenzialmente - può dirsi che esse hanno la capacità di coinvolgere una pluralità di centri di interessi.

Nell'interruzione volontaria di gravidanza, ad esempio, si pongono in bilanciamento la vita e la salute psico-fisica della gestante e quella del feto; in questo delicato equilibrio, ove ne ricorrano le condizioni *ex lege* previste, viene data preminenza, dall'ordinamento giuridico, alle prime.

Molto più delicato è invece definire se, in relazione alla scelta di rifiutare le cure da parte del paziente, venga in gioco solo il suo diritto alla vita - qualificando l'ottemperanza a quella richiesta come un dovere di natura solidaristica da parte del medico - ovvero se debba essere valutato anche il diritto del medico ad agire secondo la propria coscienza in ossequio al suo diritto di autodeterminazione.

³² Osserva J. S. MILL, *On liberty*, cit., p. 169 che “molti considerano lesiva dei propri interessi qualsiasi condotta che loro dispiaccia e se ne risentono come di un oltraggio ai loro sentimenti (...). Ma non sono sullo stesso piano ciò che uno pensa della propria opinione e ciò che ne pensa un altro che la considera una offesa, come non lo sono il desiderio del ladro di rubare una borsa e il desiderio del legittimo proprietario di tenercela. E i gusti di un individuo sono una questione personale, quanto la sua opinione e la sua borsa”.

³³ Sull'argomento v., *infra*, Cap. III.

Premettendo che la delicatezza di queste ultime questioni, in particolare, richiede un ragionamento più approfondito che cercheremo di proporre nelle pagine che seguiranno, quello che per ora interessa è, in primo luogo, appropriarsi di un retroterra ideologico *liberal* dal quale prendere le mosse, coerente con il nostro attuale contesto costituzionale, che è “certamente la risultante di una felice sintesi di componenti liberali e solidaristiche³⁴” nonché, in secondo luogo, recuperare il pensiero utilitarista, ripensato in chiave - naturalmente - personalistica e ispirato alla educazione, alla tolleranza e alla solidarietà.

In questi termini, potremo indagare il significato del primato della persona, sancito dalla Costituzione, all'interno di un equilibrato sistema triadico in cui la libertà individuale si pone, necessariamente, al centro fra la consapevolezza e la responsabilità personale e, specificamente, dopo la prima e prima della seconda.

Infine, potremo così riuscire ad intendere una tutela del diritto alla vita coerente con il principio personalistico e prendere le distanze dall'astrattezza del diritto alla vita, per concentrarci, concretamente, sulla tutela della vita della persona.

5. La tutela della vita della *persona*

La ricostruzione di un argomento come la tutela della vita, primo tra i valori fondamentali del nostro ordinamento giuridico, richiede una premessa semantica che – oltre a risultare necessaria per circoscrivere un tema dai confini imperscrutabili – lascia trasparire l'angolo prospettico, squisitamente giuspenalistico, da cui si intende avviare la nostra riflessione: ciò che qui vuole indagarsi è la tutela del *bene* vita e non la tutela del *diritto* alla vita.

Orbene, in un'ottica costituzionalmente orientata, e coerentemente con i principi fondamentali di un diritto penale funzionale alla tutela dei diritti umani, inviolabili, affinché la punibilità di una condotta sia valutata come legittima, risulta indefettibile prendere le mosse da quelle tre entità concettuali che, correttamente coordinate fra loro,

³⁴ Cfr. S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., pp. 1006 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore.*, cit., pp. 28 ss.

rientrano tra le irrinunciabili fondamenta del diritto penale moderno: bene giuridico³⁵, offensività³⁶ nonché funzione rieducativa e di risocializzazione della pena.

Invero, affinché una qualsiasi limitazione della libertà personale - protetta dall'art. 13 della Carta fondamentale del 1948 – attraverso la sanzione penale risulti legittima, è necessario che essa sia indirizzata all'autore di una condotta offensiva di un bene giuridico tutelato dall'ordinamento.

Concepire il bene giuridico come punto di riferimento per le scelte di politica criminale, come limite alla discrezionalità del legislatore, e individuare la sua offesa come essenza del disvalore dell'illecito penale, risulta di gran lunga più coerente con una tutela penale della *persona* più che dei diritti della persona e, conseguentemente, del *bene vita*, più che del diritto a quel bene – nonché, allo stesso modo, del bene salute più che del diritto alla salute.

In questi termini, al fine di fondare l'intervento repressivo dello Stato è meglio partire dalla tutela dei bisogni delle persone piuttosto che della tutela dei beni intesi come diritti. Una tale impostazione metodologica sembra risultare naturale sviluppo della concezione utilitaristico-personalistica che pone l'*essere* umano al centro del sistema ordinamentale nel rispetto della autonomia individuale e limita quest'ultima solamente in considerazione del *danno agli altri*.

Così può dirsi un concetto di diritto acquisito dal moderno sistema penale che “ la sanzione penale possa essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, se pur non di pari grado rispetto al valore sacrificato della libertà personale sia almeno dotato di rilievo costituzionale³⁷”. Solo in casi siffatti la presenza di una ‘significativa’ lesione di un bene costituzionalmente rilevante garantisce la legittimità della pena e la sua conformità ai principi fondamentali dell'ordinamento democratico.

Nell'elaborazione di autorevole dottrina, si è posto in evidenza come il concetto di rilevanza costituzionale del bene offeso non esaurisca il suo significato, semplicemente, nella non antitetività del bene rispetto alla Carta fondamentale: è necessario altresì che

³⁵ Per le funzioni del bene giuridico – la cui prima elaborazione concettuale si deve a J. M. F. BIRNBAUM -, per tutti, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, *passim*. Inoltre, G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 49 ss.

³⁶ Sul punto A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. GIOSTRA – G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano 1998, pp. 133 ss.

³⁷ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, vol. XIX, Torino 1973, p. 15.

quel bene assurga a valore esplicitamente o implicitamente garantito dalla medesima³⁸.

Siffatta considerazione è particolarmente rilevante nella materia della tutela della vita, poiché quest'ultima non trova – a differenza che in altre Costituzioni europee³⁹ - un espresso riconoscimento nell'intelaiatura della Costituzione italiana.

Invero, l'art. 2 Cost. è la patria dei 'diritti di seconda generazione'⁴⁰, ossia di quei diritti della personalità, introdotti con le Costituzioni del dopoguerra, che sono caratterizzati da una natura ancipite: essi presentano una connotazione negativa e una positiva. Lo Stato deve, da un lato, impegnarsi per apprestare ai medesimi una efficace tutela dall'ingerenza di terzi – nel novero dei quali è compreso lo Stato stesso – e, dall'altro, deve attivarsi per la realizzazione piena di tali diritti nonché per garantire lo sviluppo della personalità individuale.

Orbene, che nel decalogo dei diritti inviolabili della persona umana rientri il diritto alla vita è un principio di diritto incontestabile⁴¹.

Questo assunto trova conforto tanto nella *littera legis* delle altre norme di rango primario che tutelano l'integrità fisica e psichica della persona – artt. 13 e 32 Cost. – e vietano la pena di morte – art. 27; quanto nella, ormai pacifica, esegesi che la scienza

³⁸ *Ibidem*

³⁹ L'art.15 della Costituzione spagnola, per esempio, sancisce che “Tutti hanno diritto alla vita e alla integrità fisica e morale, senza poter essere in alcun caso sottoposti a torture, né pene o trattamenti inumani o degradanti”.

⁴⁰ Tale definizione classificatoria di origine dottrinale parte dal postulato che “i diritti siano prodotti storici, nascono da bisogni quando storicamente emergono” e suole contrapporre, in un'ottica cronologica, i diritti della personalità – intesi appunto come i cd. *diritti di seconda generazione* – ai cd. *diritti di prima generazione* ossia ai diritti politici e civili, come, ad esempio, la proprietà, riconosciuti già dagli statuti ottocenteschi e che originariamente si caratterizzavano per una connotazione precipuamente difensiva, costituendo il nucleo invalicabile della tutela della persona avverso il potere della mano pubblica. Vi si contrappongono, poi, i cd. *diritti di terza generazione* i quali si configurano come interessi collettivi come, ad esempio, l'ambiente. Essi si ricollegano ad aspetti della personalità che non hanno una dimensione prettamente individuale, ma la loro attuazione si comprende solo in relazione ad una collettività complessivamente considerata. Infine, i cd. *diritti di quarta generazione* sono legati allo sviluppo tecnologico ed informatico – come la privacy - e possono concepirsi e riconoscersi effettivamente solo considerando l'uomo nella sua dimensione di cittadino del mondo. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 258 e ss.

⁴¹ Secondo BRICOLA la definizione accolta del reato da un punto di vista sostanziale - ‘come fatto lesivo di un valore costituzionalmente rilevante la cui significatività è elemento condizionante la misura astratta della pena’ - vincola il legislatore, da un lato, a non incriminare condotte espressive di un diritto costituzionalmente tutelato e, dall'altro, a non adottare sanzioni penali per fatti lesivi di valori costituzionali che non trovano nella Carta fondamentale riconoscimento implicito o esplicito, come ad esempio la vita. La ‘significatività’ della medesima come valore costituzionale – secondo l'Autore – pur non essendo esplicitamente consacrata, emerge dal rango primario attribuito alla *persona* nel contesto costituzionale. Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17 ss. Nello stesso senso, Corte cost. sent. n. 223 del 1996; secondo il Supremo Collegio, “il bene fondamentale della vita è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2”.

costituzionalistica offre dell'art. 2 come 'catalogo aperto'. In questi termini, la norma *de qua* è funzionale a consentire la continua evoluzione della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da parte della Costituzione, affinché sia sempre coerente con il progredire della coscienza sociale dei cittadini e sfugga a quella che sarebbe una sua fisiologica obsolescenza⁴².

La condivisione di siffatta concezione è derivata dal prevalere della cd. '*teoria monista*' in materia di diritti della personalità sulla cd. '*teoria pluralista*'.

Quest'ultima postulava la necessità di riconoscere rango costituzionale solo a quei diritti oggetto di una specifica previsione normativa e, dunque, solo ai diritti della persona previsti da specifiche norme o, in ogni caso, desumibili attraverso una interpretazione estensiva delle medesime ovvero con un ragionamento analogico.

La cd. *teoria monista* individuava invece nell'art. 2 Cost. il riconoscimento di un unico diritto della persona che, a prescindere da una specifica espressione normativa, deve essere oggetto di tutela ordinamentale in tutte le sue manifestazioni.

L'adesione alla teoria del 'catalogo aperto' postula dunque la possibilità di ampliare il novero delle libertà fondamentali dell'individuo, ma sempre nel rispetto del godimento di quelle già esistenti. Il fatto che si prenda in considerazione la coscienza dell'individuo e il suo modo di percepire il giusto ci sembra un esempio di come la lettura del principio utilitaristico in chiave personalistica che si è cercato, a grandi linee, di ricostruire nei paragrafi precedenti, risulti compatibile con l'ispirazione del Testo costituzionale. Il diritto *serve* all'individuo per realizzare sé stesso e sviluppare *liberamente* la propria personalità – seguendo le sue naturali inclinazioni – nel rispetto del prossimo.

Per questo motivo la Carta fondamentale *riconosce* i diritti fondamentali. Questa scelta lessicale è, senza dubbio, foriera di significato in rapporto a come l'Assemblea costituente ha concepito i diritti personali: essi non possono essere concessi ai

⁴² Si veda sul punto R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2007, p.470, in termini critici rispetto alla tesi che sosteneva la natura di 'clausola di chiusura' dell'art. 2 Cost., per la quale, cioè, potevano ritenersi costituzionalmente rilevanti solamente i diritti espressamente sanciti negli artt. successivi. Si veda inoltre, a suffragio della esegesi della norma *de qua* come 'catalogo aperto' A. BARBERA, sub *art 2*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali artt. 1-12*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1975, pp. 90 ss. Secondo l'Autore, in particolare, "vi è bisogno di una rivalutazione delle clausole generali e delle norme di principio" al fine di "creare un diritto più aderente ad una realtà in rapida trasformazione".

consociati, perché appartengono agli esseri umani in quanto tali e, dunque, preesistono allo Stato, che può solo ‘riconoscerli e garantirli’.

Prendere in considerazione l’evoluzione della coscienza individuale, inevitabilmente influenzata dal contesto storico in cui si colloca, è anche fondamentale per la piena realizzazione delle funzioni precipue della pena.

È infatti necessario, affinché la sanzione penale possa effettivamente tendere a reintrodurre efficacemente il reo nelle maglie del tessuto sociale, che colui che la subisca comprenda il disvalore del fatto commesso. Diversamente questi non potrà che percepire la restrizione della libertà personale come una *ingiusta* imposizione autoritaria.

Vale dunque la pena evidenziare, sin da ora, che già i Costituenti consideravano l’importanza della percezione sociale del diritto valutato nella sua coerenza con la coscienza dei consociati, che trova la sua massima importanza applicativa nel diritto penale.

Evidentemente, per intendere correttamente la equivalenza tra il disvalore giuridico e il disvalore percepito dagli individui bisogna prendere le distanze da tutte quelle degenerazioni relativiste che, per il tramite del percorso argomentativo della *reductio ad absurdum*, trascinando questi concetti alle loro estreme conseguenze, porterebbero ogni sistema di diritto positivo ad evolversi sino a distruggere completamente sé stesso.

È importante perciò – soprattutto dal punto di vista giuspenalistico – ancorare saldamente il concetto di disvalore giuridico a quello di offesa al bene giuridico tutelato.

Contemporaneamente, tanto nelle scelte di politica criminale, quanto nella esegesi applicativa del diritto – nei limiti del tenore letterale delle norme - bisogna considerare il mutare della coscienza sociale.

Con ciò non si intende relativizzare i concetti di *giusto* e di *sbagliato* - i quali, comunque, appartengono più al campo della filosofia e della religione di quanto non appartengano a quello della legge – ma solo garantire un respiro umano al diritto, evitando la sua contaminazione con l’etica e la morale.

L’emersione di ‘nuovi diritti’ nella ‘clausola aperta’ dell’art. 2 Cost. comporta la necessità di contemperarli con quelli già tutelati, senza obliterarli. Sebbene, in astratto, alla base di questa necessità di bilanciamento sembri porsi un contrasto, la natura di

principi dei medesimi, espressi in formule generali, consente che, in concreto, essi non collidano mai⁴³.

Preferiamo perciò parlare di bilanciamento di diritti teleologicamente orientato all'armonizzazione dei bisogni della persona piuttosto che di contemperamento funzionale alla soluzione di contrasti tra diritti.

In questi termini, l'autodeterminazione non collide con il diritto alla vita, anche quando l'autonomia dell'individuo è – sul piano fenomenico – diretta alla morte.

Entrambi questi diritti – vita e autodeterminazione – sono espressione della persona umana e, perciò, assurgono a diritti fondamentali della medesima.

Devono così solamente essere ricondotti all'armonia.

Ciò, beninteso, significa abbandonare la radicata concezione che postula la assoluta indisponibilità della vita.

6. Sacralità della vita *'and death shall have no dominion'*

Come si è detto, un grande merito della nostra Costituzione si ritrova nel pluralismo ideologico⁴⁴ di cui riesce ad essere felice sintesi e nell'equilibrato contemperamento delle divergenti posizioni rappresentate nell'Assemblea Costituente.

Tra i più delicati temi che hanno animato i dibattiti del Consesso, vi erano i diritti della personalità ed in particolare la natura del diritto alla vita.

Tradizionalmente, la concezione trascendente di matrice religiosa dell'esistenza umana si contrappone a quella laica, che ne rifiuta la consistenza metafisica.

⁴³ In questo senso R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 403.

⁴⁴ Si veda *Relazione della prima sottocommissione. Problemi costituzionali* p.1 e ss. in *Relazione alla Assemblea Costituente*, vol. 1, Roma, 1946, p. 33 e ss. Per un efficace compendio delle divergenze ideologiche in Assemblea Costituente, si pongano a confronto la relazione dell'On. LA PIRA – che chiudeva il suo intervento durante i lavori preparatori dell'Assemblea Costituente con 'una parabola dell'Evangelo' - *Intervento all'Assemblea Costituente*, 11 marzo 1947, in *Seminari 2 – 9 – 14 giugno 2014*, Circolo del Partito democratico, Bologna, p. 16, con il discorso dell' ON. CALAMANDREI, *Intervento all'Assemblea Costituente*, 11 marzo 1947, in *Seminari 2 – 9 – 14 giugno 2014*, Circolo del Partito democratico, Bologna, p. 1 e ss. Sul punto, si veda, inoltre, A. DI GIOVINE, *La laicità di Piero Calamandrei alla prova dell'art. 7 della Costituzione: una battaglia persa*, in *Pol. dir.*, 2013, vol. 3, p. 219 ss.

In questi termini la visione religiosa fonda il suo sistema morale sulla sacralità della vita come dono del Signore all'uomo, il quale – come suo custode - deve conservarla e preservarla ad ogni costo, nonché condurla secondo le leggi di Dio.

Dall'altro lato si pone, invece, la posizione laica che rivendica l'autonomia dell'esistenza da una dimensione divina, argomentando che la medesima non appartenga che all'uomo.

Postulato immediato della prima impostazione, come si accennava, è la assoluta indisponibilità della vita e il conseguente rifiuto di qualunque forma di suo contemperamento con altri diritti della personalità, come l'autodeterminazione, poiché non spetta all'uomo dar via ciò che non è *suo*.

Un' eventuale possibilità di bilanciamento, in altri termini, viene concepita unicamente come un 'attentato alla vita umana'.

Siffatta visione contiene tre concetti essenziali: *in primis*, si riconosce come "titolare di diritti solo chi si presenta con piena o almeno incipiente autonomia"; in secondo luogo, ci si oppone ad "una esaltazione assoluta del singolo individuo che non lo dispone alla solidarietà, alla piena accoglienza e al servizio dell'altro" e, infine, si intende contrastare "una cultura della morte che si fonda in una concezione di libertà che non riconosce e non rispetta il suo costitutivo legame con la verità⁴⁵".

Secondo questa impostazione, l'individualismo sotteso alla 'cultura della morte' si traduce in una autonomia assoluta, incompatibile con il sentimento di solidarietà, poiché porta, inevitabilmente, alla negazione dell'altro che viene percepito non come un fratello, ma come un nemico dal quale guardarsi.

In tal modo, "la società diventa un insieme di individui posti l'uno accanto all'altro, ma senza legami reciproci: ciascuno vuole affermarsi indipendentemente dall'altro, anzi vuol far prevalere i suoi interessi⁴⁶".

Questa visione è coerente con il quinto dei dieci comandamenti, che nell'ordinare all'uomo di '*Non uccidere*', fonda il principio della sacralità della vita umana e impone, oltre all'obbligo di non cagionare la morte di altri, anche il divieto di suicidio.

Tale dogma sarebbe, inoltre, perfettamente coerente con la funzione primaria dello Stato di diritto - ossia proteggere l'individuo da qualsiasi forma di violenza, altrui

⁴⁵ K. J. WOJTYLA, *Enciclica, 'Evangelium Vitae' sul valore e l'inviolabilità della vita umana*, n. 65, 1995.

⁴⁶ K. J. WOJTYLA, *Enciclica*, op. ult. cit.

o autoprodotta – nonché con le finalità naturali della scienza medica – ossia salvaguardare la vita.

Quest'ultima deve essere accolta e apprezzata 'nella buona e nella cattiva sorte', rappresentando l'una e l'altra espressioni della volontà di Dio.

Ciò diviene impossibile se, culturalmente, si propugna il prevalere di una "tendenza ad apprezzare la vita solo nella misura in cui porta piacere e benessere" poiché in una siffatta concezione "la sofferenza appare come uno scacco insopportabile, di cui occorre liberarsi ad ogni costo".

Anche a costo di rinunciare alla vita.

In questo modo "la morte, considerata 'assurda' se interrompe improvvisamente una vita ancora aperta a un futuro ricco di possibili esperienze interessanti, diventa invece una 'liberazione rivendicata' quando l'esistenza è ormai ritenuta priva di senso perché immersa nel dolore e inesorabilmente votata ad un'ulteriore più acuta sofferenza⁴⁷".

A questa impostazione, tradizionalmente, si oppone una visione di impronta laica che propugna una concezione di vita intesa quale attributo umano ed evidenzia le contraddizioni contenute nell'idea religiosa della indisponibilità della vita.

In particolare, si mette in luce come, a bene vedere, il concetto della disponibilità della vita non sia affatto estraneo anche alla religione cristiana.

In effetti, il martirio è, nella morale cristiana, la più alta forma di manifestazione di fede. Il sacrificio della vita viene, invero, concepito come il sacrificio massimo per colui che vuole difendere il proprio credo. Nel Vangelo di Luca, per esempio, si legge:

⁴⁷ K. J. WOJTYLA, *Enciclica*, op. ult. cit. Per una diversa prospettiva, P. WELBY, *Lettera al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano*, in *Lasciatemi morire*, Milano, 2006. L'Autore, costretto, da quasi dieci anni, alla paralisi completa per l'inarrestabile avanzare della distrofia muscolare che lo affliggeva, si rivolgeva all'allora Presidente della Repubblica con queste parole: "Sua Santità, Benedetto XVI, ha detto che 'di fronte alla pretesa, che spesso affiora, di eliminare la sofferenza, ricorrendo perfino all'eutanasia, occorre ribadire la dignità inviolabile della vita umana, dal concepimento al suo termine naturale. Ma che cosa c'è di naturale in una sala di rianimazione? Che cosa c'è di naturale in un buco nella pancia e in una pompa che la riempie di grassi e proteine? Che cosa c'è di naturale in uno squarcio nella trachea e in una pompa che soffia l'aria nei polmoni? Che cosa c'è di naturale in un corpo tenuto biologicamente in funzione con l'ausilio di respiratori artificiali, alimentazione artificiale, idratazione artificiale, svuotamento intestinale artificiale, morte – artificialmente - rimandata? Io credo che si possa, per ragione di fede e di potere, giocare con le parole, ma non credo che, per le stesse ragioni, si possa 'giocare' con la vita e il dolore altrui".

“E Gesù disse: chi vuole salvare la propria vita, la perderà, ma chi perderà la propria vita per causa mia, la salverà⁴⁸”.

La scelta di perdere la propria vita non solo è accettata, ma anzi, esaltata come atto di sommo coraggio, integrità e fedeltà; è il ‘massimo sacrificio’ in nome della Verità.

Il nome che si dà a questa Verità è, chiaramente, nel contempo, l’origine e la soluzione dell’una o dell’altra tesi.

Ciò che qui si è voluto, così sommariamente, ricostruire non è funzionale a dimostrare la fallacia di una delle due tesi o il prevalere dell’una sull’altra, poiché né di verità assoluta né di giustizia divina deve occuparsi il diritto.

Il confronto fra le due posizioni serve, al nostro studio, per evidenziare che la loro ontologica antitesi non è poi così lontana dalla possibilità di trovare un compromesso. Da un lato, infatti, l’impostazione liberale della Costituzione repubblicana consente ad entrambe una possibile coesistenza – imponendo una reciproca tolleranza⁴⁹ -, dall’altro è lo stesso concetto del carattere fondamentale del bene della vita ad essere il nucleo comune di tutte e due le impostazioni.

Come si accennava, invero, il miracoloso equilibrio frutto del lavoro dell’Assemblea Costituente che si estrinseca nel pluralismo liberale, a cui si ispira la Carta fondamentale del 1948, consente a ciascun individuo di manifestare liberamente il proprio pensiero, scegliere e coltivare il proprio credo e orientare, secondo la sua percezione di giusto, le proprie scelte esistenziali.

In questi termini, il principio di laicità - che permea ogni moderno Stato di diritto – garantisce tanto i diritti dei credenti quanto quelli dei non credenti.

Il concetto stesso di laicità giuridica, infine, non è rigidamente alternativo a quello di fede, ben potendo ciascuno di noi essere profondamente persuaso del primo pur credendo nell’esistenza di Dio.

Ciò che mostra la passione di un individuo per la democrazia, in fondo, non è la potenza con cui difende le proprie convinzioni, ma lo sforzo che è in grado di approfondire per pretendere da sé stesso la comprensione delle ragioni dell’altro.

⁴⁸ *Vangelo* secondo LUCA, C. 9; 18-24.

⁴⁹ “La tolleranza è il prezzo che dobbiamo pagare per la nostra avventura nella libertà”; così R. DWORKIN, *Life's Dominion: an Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, trad. it. di C. Bagnoli, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, S. Maffettone (a cura di), Milano, 1994 p.128.

Quanto al carattere fondamentale del bene vita, poi, esso viene condiviso – in particolar modo – nell’ambito delle scelte eticamente sensibili – anche dai laici.

Da un lato, chi sposa una visione religiosa di vita la intende esclusivamente come ‘investimento naturale’, ossia processo biologico, identico a sé stesso, dal momento del suo concepimento a quello della morte; dall’altro, chi intende la vita come ‘investimento umano’ tende a concepirla, invece, come processo creativo, *in fieri*⁵⁰.

Questa idea della vita in costante divenire giustifica finanche la distruzione della vita stessa allo scopo di evitare la frustrazione del contributo umano della persona alla medesima nonché alla vita di altre persone. L’imposizione della vita a colui che più non la sopporta – e più in generale di un modo di intenderla che questi non concepisce - costituirebbe un genere differente di distruzione.

Ciò che intendiamo sostenere è che alla base della contrapposizione fra le due impostazioni ideologiche in materia di scelte eticamente sensibili - come l’aborto o l’eutanasia - e, dunque, più in generale in rapporto alla disponibilità della vita umana, si pone una diversa concezione della medesima.

In altri termini, dunque, liberali e conservatori divergono non perché gli uni rifiutano un valore che gli altri considerano cardinale, ma perché adottano differenti posizioni, circa l’importanza relativa di questi valori che entrambi riconoscono come fondamentali e profondi⁵¹. Anzi, deve dirsi che è proprio la preminenza che viene riconosciuta alla vita umana che muove gli uni quanto gli altri al dibattito e al dialogo sull’argomento del fine della vita.

In modo particolare, in tema di eutanasia, non solo la visione che propugna la vita umana come valore fondamentale è comune tanto alla concezione laica quanto a quella religiosa, ma, anche, può dirsi che tale carattere fondamentale della vita umana può rivelarsi un argomento cruciale a favore, anziché contro, l’eutanasia⁵².

Il punto su cui bisogna correttamente intendersi è cosa si intenda per vita in rapporto alla coscienza di ciascun individuo, coerentemente con il modo che questi ha di intendere la propria dignità.

⁵⁰ Cfr. R. DWORKIN, *Life's Dominion*, cit., p.128.

⁵¹ Cfr. R. DWORKIN, *Life's Dominion*, op. ult. cit., p. 129 e ss.

⁵² Cfr. R. DWORKIN, *Life's Dominion*, op. ult., cit., p. 270. Secondo l’Autore “Il problema non è se rispettare o meno la sacralità della vita ma come la sacralità della vita debba essere intesa e rispettata” .

Premesso, dunque, il valore indiscusso della vita e considerato che il progresso tecnologico della scienza medica consente, oggi, di conservarla, anche in condizione vegetativa - tramite pratiche di respirazione, idratazione e alimentazione artificiale - per periodi di tempo lunghissimi, deve comprendersi che può non essere coerente con la percezione di giusto di tutti gli individui la necessità del prolungamento della vita biologica a tutti i costi e a qualsiasi condizione.

Se l'applicazione di tali trattamenti sanitari non è coerente con la coscienza di chi li subisce, questa attività non tutela i pazienti, ma ne viola i diritti.

Bisogna prendere coscienza, invero, del fatto che – a prescindere dalla bontà indiscussa dei propositi che animano chi sostiene la necessità di prolungare la vita biologica a tutti i costi – “costringere a vivere persone che vogliono realmente morire causa loro grave danno”⁵³.

In questa misura, sostenere la natura di diritto disponibile della vita e quindi contemperabile con altri diritti della personalità significa difenderne il valore.

Determinare il limite tra autonomia individuale e potestà statale nelle questioni eticamente sensibili è un nodo giuridico comune a tutti Paesi e nessuno lo ha mai risolto in modo univoco.

I tempi sono, tuttavia, indubitabilmente maturi per prendere coscienza del fatto che non tutti abbiano le stesse convinzioni su ciò che rende una vita *degn*a di essere vissuta e del fatto che lo Stato, pertanto, non possa imporre una obbligata scelta *giusta* per ognuno mediante lo strumento della autorità della legge. A quest'ultima – in ossequio al dettato costituzionale - viene consentito di invadere l'autonomia personale, invero, solo nei limiti di un meccanismo giuridico ispirato al pluralismo liberale.

È viceversa compito dello Stato incoraggiare le persone a dare esse stesse disposizioni inequivoche per la loro assistenza futura oppure lasciare che costoro affidino tale decisione ‘nelle mani dei loro familiari o di altre persone intime’⁵⁴.

Non può ignorarsi, invero, la necessità di comprendere le ragioni di chi pretende di morire in un modo che percepisce coerente con ideali verso i quali ha orientato la sua vita e le sue azioni affinché, di fronte all'inquietudine che impone l'imperscrutabilità

⁵³ Cfr. R. DWORKIN, *Life's Dominion*, op. ult. cit., p. 277.

⁵⁴ Cfr. R. DWORKIN, *Life's Dominion*, op. ult. cit. pp. 294 e ss.

della morte, colui che le sta andando incontro possa rasserenarsi al pensiero della propria integrità nel ricordo di sé stesso che lascia ai posteri.

Tale argomentazione e tale desiderio di pace può di certo essere compresa a fondo dall'animo del religioso, il quale, comunque, conserva il suo diritto di comportarsi altrimenti.

Ancora più, crediamo possa essere compresa, da chi ha fede, la necessità di attribuire preminenza alla accezione spirituale di *essere* umano su quella biologica, e che possa essere condiviso il rispetto, profondo, per la coscienza di ciascuno.

La condivisione del valore fondamentale della vita, tra i liberali e i conservatori è, in conclusione, il cuore della necessità di sostenere la natura disponibile della vita stessa, nel contemperamento con interessi parimenti costituzionalmente tutelati.

È, invero, dall'importanza di questo valore che si deve partire per comprendere quanto inumano sia imporre ad una persona di prendere ordini da un'altra relativamente al modo in cui deve morire.

Una morte serena e consapevole, in fondo, è l'unica via concessa all'essere umano per opporsi al dominio della morte stessa.

7. L' antropologia dell'*homo dignus*

Come l'idea del carattere fondamentale del bene vita è un concetto comune tanto alle posizioni dei conservatori, quanto a quelle dei liberali, in materia di scelte eticamente sensibili, anche sul valore fondamentale della dignità umana nonché sulla necessità di difenderla, queste due impostazioni ideologiche possono trovare accordo.

Ancor più del concetto di sacralità della vita, tuttavia, quello di dignità si presta ad una lettura ancipite. Entrambe le posizioni, invero, posseggono un modo di intenderla differente e che conduce a ragionamenti con conclusioni opposte.

Per i primi, la più alta difesa della dignità si ritrova nella difesa della vita ad ogni costo e condizione; per i secondi, nella rivendicazione del diritto di scegliere una maniera di morire coerente con le proprie convinzioni.

Da un lato, si pone, invero chi sostiene l'intangibilità della vita e del corpo umano come massima espressione della dignità dell'individuo, come conquista di civiltà dei

moderni Stati di diritto in rapporto alla pratica della schiavitù ed a quella dell'utilizzo di esseri umani nella sperimentazione da parte dei totalitarismi del secolo scorso.

Si evidenzia, in questi termini, che il nesso strettissimo fra l'affermarsi della inviolabilità della persona e il riconoscimento della dignità umana si comprende plasticamente riportando alla memoria il concetto che più di ogni altro, nella storia, è stato l'opposto della libertà: la schiavitù.

Essa, in particolare, come istituzione giuridica è sopravvissuta al cristianesimo, mutando volto, ha attraversato i secoli come strumento per la ricchezza di intere nazioni e, nonostante il suo ripudio da parte dell'art. 4 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, non può considerarsi del tutto estirpata.

Il passaggio dalla inciviltà alla civiltà è stato segnato, in questo senso, dal rifiuto di qualsiasi forma di proprietà⁵⁵ altrui sulla vita e sul corpo dell'altro.

Ciò non significa però, secondo questa impostazione, riconoscere all'individuo il diritto di disporne liberamente. La dignità dell'uomo, come si diceva, nella concezione religiosa deve declinarsi con i dogmi della fede.

Coerentemente con ciò, "l'uomo ha in realtà una legge scritta da Dio dentro al suo cuore: obbedire ad essa è la dignità stessa dell'uomo, e secondo questa egli sarà giudicato⁵⁶".

Nell'orizzonte religioso, inoltre, il riconoscimento della dignità si fonda "nell'essere fatto ad immagine e somiglianza di Dio⁵⁷"; tale *forma* perciò lo rende superiore a tutte le altre creature viventi⁵⁸.

Espressione massima della dignità umana, infine, è la libertà⁵⁹ di determinare sé stessi a vivere secondo la morale e le leggi della religione. Secondo la prima e le seconde, la vita umana e il corpo, come si diceva, sono un dono di Dio all'uomo, ma questi, come mero custode, non può disporne.

⁵⁵ Ci appare significativa, in questo senso, l'affermazione del principio dell'*habeas corpus* nella *Magna Carta*, con cui si segna l'intangibilità del corpo come presidio del rispetto della libertà della persona umana, alla quale in nessun caso può mancare di rispetto, come promessa da parte dello Stato democratico di non 'mettere le mani' sui cittadini, 'se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo le leggi del Paese'.

⁵⁶ CONCILIO VATICANO II, *Costituzione Pastorale 'Gaudium et spes'*, p.16.

⁵⁷ *Genesi*, 1, 26 e 27.

⁵⁸ Sull'argomento si rinvia a G. PICO DEI CONTI DELLA MIRANDOLA E DELLA CONCORDIA, *De hominis dignitate*, E. GARIN (a cura di), Torino, 2004.

⁵⁹ Si veda, su questo concetto di libertà, ampiamente, S. SCATENA, *La fatica della libertà: l'elaborazione della dichiarazione 'Dignitatis humanae' sulla libertà religiosa del Vaticano II*, Bologna, 2003, *passim*.

In conclusione quindi, nella visione religiosa, il massimo rispetto della dignità della persona si ottiene sostenendo l'assoluta indisponibilità della sua vita.

Preme qui evidenziare che la concezione laica di dignità condivide un postulato con quella religiosa, ossia quello secondo cui la massima espressione di dignità umana si estrinsechi nel diritto dell'uomo ad autodeterminarsi secondo una sua visione morale ,arrivando, però, ad una conclusione diametralmente opposta.

L'argomento della dignità come fondamento dell'autodeterminazione, invero, è l'argomento cardine che viene utilizzato dai sostenitori della disponibilità della vita. Questa deve essere armonizzata alla tutela della persona, complessivamente intesa, e coerentemente con la maniera che la persona ha di intenderla.

Non a caso, una delle più note associazioni che, a poca distanza dal confine italiano, consente l'accompagnamento delle persone in fin di vita alla morte volontaria prende il nome di '*Dignitas. Vivere degnamente, Morire degnamente*'⁶⁰.

Sugli scopi e sul modo di operare di questa associazione e di altre simili, si avrà modo di approfondire lo studio nelle pagine che seguiranno. Ciò che per ora preme è mettere in luce come lo stesso concetto di dignità possa fondare opzioni tanto diverse e come esse siano incompatibili solo in linea di principio.

La ricerca di una composizione equilibrata fra le due posizioni ci riporta, ancora una volta, ai principi fondamentali dell'ordinamento, accolti dalla Costituzione.

In particolare, la dignità non ha natura di diritto fondamentale, né di meta-principio.

Ciò che si ricava dall'evoluzione storica del riconoscimento giuridico che le si attribuisce nello Stato di diritto è, invece, la sua natura di principio integratore di diritti fondamentali già riconosciuti, ed in particolare della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà.

“Dall'intrecciarsi di questi principi, tutti fondativi, dal loro reciproco illuminarsi” l'uomo riceve “maggiore pienezza di vita e, quindi, più intensa dignità umana”⁶¹.

La necessità di assumere la dignità a valore fondante da tutelare e difendere da parte della Costituzione del 1948 – al pari di quella tedesca che significativamente si apre, all'art.1, con l'affermazione: “La dignità dell'uomo è intangibile”- e di elevarlo a

⁶⁰ Su questa Associazione, fondata a Forch (Cantone Zurigo) nel 1998, v. *infra*. Cap. III, par. 7, nt. 347.

⁶¹ Cfr. S. RODOTÀ, Il diritto di avere *diritti*, cit., p.198.

parametro di indirizzo per l'esegesi e l'applicazione del diritto trova fondamento nella volontà dei Costituenti di prendere le distanze dagli orrori perpetrati dai regimi nazionalsocialista e fascista.

Questo stesso spirito, d'altronde, è stato alla base della Dichiarazione universale dei diritti umani⁶², infatti, nel suo primo articolo dispone che “tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza”.

Non si tratta, dunque, solo di una riaffermazione in termini generali del principio della dignità umana, ma del suo assurgere a limite e vincolo per la politica e per le istituzioni: “Dal rispetto alla tutela, dal monito proveniente dal passato all'indicazione per il futuro⁶³”.

Considerando che l'architettura costituzionale è costruita sulla tutela della persona, quale valore che permea ed illumina tutti gli altri precetti, in un disegno armonico e coordinato, e avendo acquisito l'esistenza di un binomio indissolubile fra la dignità e la persona, è facile comprendere come siano diverse le norme che, nell'intelaiatura della Carta fondamentale, sono volte, espressamente o implicitamente, alla tutela della dignità.

In primo luogo, essa fa parte – nei termini appena chiariti – del novero dei diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2, nella misura in cui tutela la persona come essere umano capace – e che ha diritto - di autodeterminarsi.

L'art. 3, poi, scolpendo l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ne sancisce la pari dignità sociale. L'esplicita associazione fra dignità e libertà può essere interrotta – con una compressione della libertà personale – solo dallo Stato, nei casi in cui la legge lo consente, compatibilmente con le garanzie tipiche del diritto penale, come il principio della responsabilità personale.

A ben vedere, in questa coerente ragnatela di principi, anche l'art. 27 – nella esegesi evolutiva offerta dalla Corte Costituzionale nelle note pronunce del 1988 – nel delineare la sanzione penale come teleologicamente orientata alla funzione rieducativa e

⁶² Nel Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti umani adottata dall'Assemblea dell'ONU nel 1948 si legge, inoltre, che “il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo”.

⁶³ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, op.cit. p. 186.

di risocializzazione della pena, nonché nel vietare ogni trattamento sanzionatorio che si manifesti in pratiche contrarie al senso di umanità, tutela *l'homo dignus*.

Nondimeno nella differenza tra gli artt. 36 e 41 Cost. – dai quali si traggono, rispettivamente, il diritto di ciascun lavoratore ad un'occupazione che consenta a costui un'esistenza libera e dignitosa e la presenza di limiti alla libertà di iniziativa economica privata, costituiti dalla libertà, sicurezza e dignità umana – si individua una indicazione preziosa per impostare il rapporto fra dignità e libertà. La prima norma fonda le basi affinché l'essere umano possa costruire la propria dignità; la seconda, invece, fissa un limite istituzionale entro il quale tale dignità non dev'essere mai lesa.

L'endiadi inscindibile fra libertà e dignità, che si evince dal dettato costituzionale, fonda, in definitiva, l'esclusione di una visione "autoritaria o impositiva di quest'ultima"⁶⁴. La dignità, in altri termini, "trova il suo fondamento *in interiore homine*"⁶⁵.

La sua percezione appartiene alla persona e non può esserle imposta dall'esterno.

In una siffatta chiave di lettura, la dignità umana, dunque, non può che estrinsecarsi e fondare il diritto di ciascuno "a determinare liberamente il proprio progetto di vita"⁶⁶.

Di quella lettura ancipite della dignità a cui accennavamo in precedenza – favorita dalla polisemia concettuale del principio in esame - non sembra esservi traccia nella Costituzione.

Il senso che si trae dalle norme ci appare univoco e trova la sua consacrazione nella tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali, fra cui la vita, la salute e l'autodeterminazione.

Una diversa impostazione, di matrice religiosa, d'altra parte, è perfettamente legittima, trovando il suo spazio nell'art.19 Cost. che sancisce la libertà di professare la propria fede religiosa; a condizione, però, che abbandoni la pretesa di imporsi alla collettività complessivamente intesa.

⁶⁴ Cfr. S.RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, op.cit. p.194

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ *Ibidem*

8. La filosofia della libertà: il sapere rende liberi, l'ignoranza schiavi, la superstizione vittime.

Tra i precetti fondamentali che presidiano la dignità dell'uomo merita una riflessione particolare il diritto all'istruzione.

Il riconoscimento del diritto ad autodeterminarsi e a scegliere secondo la propria coscienza, invero, diventa mera asserzione formale vuota di significato ove si neghi – espressamente o surrettiziamente – ai cittadini la possibilità di costruire la propria personalità e di sviluppare la propria individualità secondo le personali inclinazioni di ciascuno.

Si è detto che lo Stato di diritto riconosce e garantisce la dignità dell'uomo laddove protegge il suo diritto ad agire in conformità con le ragioni della propria coscienza.

La formazione di questa coscienza è, dunque, indiscutibilmente il cuore della libertà civile e il 'brodo primordiale' della democrazia⁶⁷.

In questi termini, ci appare innegabile che il momento più delicato per garantire le scelte di libertà non sia tanto quello in cui queste scelte vengono poste in essere, ma il percorso che ha portato alla formazione dei motivi che ne rappresentano l'architave.

È innegabile che ciascuno sia irrimediabilmente condizionato - dall'esterno - dai costumi del proprio tempo e - dall'interno - dal proprio personale vissuto; l'accettazione di ciò non deve però portarci alla conclusione che nessuna scelta possa essere mai consapevole frutto di un corretto esercizio di autodeterminazione.

È l'uomo, nel suo pensare e agire, un essere spiritualmente libero o sta sotto la costrizione di una ferrea necessità determinata da leggi puramente naturali? "Chiunque non abbia per tratto distintivo del suo carattere la leggerezza, sente che

⁶⁷ In argomento, S MOCCIA, *Gaetano Filangieri ovvero la luce della Ragione*, in *Critica del diritto*, 2011, 3-4, pp. 189 ss. Invero, il diritto all'istruzione oltre a rappresentare l'asse portante dell'antropologia dell'*homo dignus*, assume un ruolo fondamentale anche in una dimensione superindividuale, come educazione dell'opinione pubblica. Una società evoluta ha estrema necessità di una istruzione pubblica, necessaria sia a fare elaborare buone leggi, sia a farle apprezzare dai consociati. (...) Ed in questo contesto Filangieri esalta, in senso autenticamente democratico e moderno, il ruolo della pubblica opinione: a suo avviso, una diffusa cultura serve da deterrente per ogni forma di arbitrio autoritario.

qui si sta di fronte ad uno dei più grandi problemi della vita, della religione, della prassi e della scienza”⁶⁸.

Alcune fra le autorevoli dottrine che sostengono l’idea che una scelta libera non possa mai - e in nessun caso - essere assunta, partono dall’idea che la libera volontà umana non esista poiché gli uomini sono coscienti dei propri desideri ma non conoscono le cause da cui essi vengono determinati.

Ci sembra assai suggestiva, in proposito, la riflessione di Steiner, laddove afferma che “l’errore fondamentale di questo ragionamento sta nel considerare unitariamente l’agire umano misconoscendo la distinzione fra azione cosciente e azione incosciente”⁶⁹.

L’Autore spiega il suo pensiero con un esempio che richiama quello di coscienza e volontà - *suitas* - che l’art. 43 del codice penale riconosce come elemento fondamentale dell’imputazione soggettiva del reato: è giusto equiparare su piano ontologico la volontà del neonato che piange perché desidera il latte alla volontà dello studioso che realizza un esperimento scientifico nel suo laboratorio? Nel primo caso, la necessità di latte si configurerà come il tirannico imperio che spinge i desideri del neonato che non è cosciente dei motivi che lo inducono ad agire – piangere - per il latte, nel secondo invece l’uomo adulto valuta e riconosce i motivi che lo sospingono nel suo lavoro⁷⁰.

Sarebbe più corretto, secondo l’Autore, sostenere, dunque, che gli uomini non sempre conoscono le cause che li determinano a desiderare; talvolta invece riescono a riconoscere, valutare e penetrare i motivi che li spingono a scegliere in che modo agire.

Affermare, tuttavia, che un uomo è libero quando determina secondo scopi e propositi la propria vita e le proprie affermazioni non appare appagante, quando si

⁶⁸ Cfr. R. STEINER, *La filosofia della libertà. Trattati fondamentali di una concezione moderna di mondo*, 1894, trad it. a cura di U. TOMMASINI, ed. III, Milano, 1997, p.8. L’Autore osserva: “l’idea di libertà ha trovato numerose falangi e di caldi sostenitori e di orstinati oppositori. Ciò che agli uni appare come il più prezioso bene dell’umanità appare agli altri come la peggiore illusione- Infinito acume è stato applicato allo scopo di spiegare come la libertà umana si possa conciliare col procedere della natura, alla quale pur l’uomo appartiene; non con minor fatica è stato dall’altra parte tentato di spiegare come l’illusione della libertà sia potuta sorgere”.

⁶⁹ In tal senso, R. STEINER, *La filosofia della libertà*, cit., p. 10.

⁷⁰ *Ibidem*.

tratta di comprendere se tali scopi e propositi non rappresentino la coercizione che gli impone di agire; in questi termini la libertà, infatti, diventa facilmente un'illusione.

Ed ecco che Steiner arriva ad affrontare il cuore del problema: la libertà della volontà.

“Si dice che essere liberi significhi poter fare ciò che si vuole, ma non volere ciò che si vuole poiché la volontà, è ineliminabilmente determinata da dei motivi”⁷¹.

“Non si può volere ciò che si vuole? Si guardi da vicino a queste parole. Hanno forse un senso ragionevole? La libertà del volere dovrebbe consistere nel poter volere qualcosa senza motivo?”⁷²

Ma che altro significa volere se non *avere una ragione per desiderare*?⁷³

Anche in questo caso, invero, secondo questa impostazione filosofica, l'errore fondamentale di un tale ragionamento si ritroverebbe nell'aver affasciato i motivi coscienti a quelli incoscienti.

Quel che distingue l'uomo da tutti gli altri esseri organici è la sua capacità di pensare razionalmente. L'agire incosciente così come l'agire per motivi incoscienti, invece, è comune a tutti gli animali.

Che un'azione quindi possa non essere libera se il suo autore non sa perché la compie o perché non ha penetrato le ragioni che lo spingono a *volarla* compiere, è evidente. Ciò tuttavia non basterebbe “a negare l'esistenza di azioni che, sollevandosi al di sopra del soddisfacimento di desideri di pura necessità, trovino fondamento in motivi scandagliati dal pensiero razionale e che siano, quindi, idonee ad assurgere ad atti frutto di consapevole volontà *libera*”.

L'origine della libertà, dunque, dovrebbe ricercarsi – poiché non può prescindere – nell'origine del pensiero che penetrando i motivi dell'umano desiderare distingue l'agire coatto dalla necessità – o l'agire imposto da motivi inconsci – dall'agire libero poiché basato sulle ragioni della cosciente volontà libera.

La complessità del tema meriterebbe riflessioni più approfondite di quelle che ci sono possibili in questa sede. Tuttavia quanto ricostruito è funzionale alla nostra ricerca proprio nella misura in cui evidenzia le difficoltà del questione.

⁷¹ STEINER richiama le tesi di R. HAMERLING, *Anatomistica della volontà*, pp. 213 ss, secondo cui: “L'uomo può fare ciò che vuole ma non volere ciò che vuole, perché la sua volontà è determinata dai motivi”. Cfr. *ibidem*

⁷² Cfr. R. STEINER, *La filosofia della libertà*, cit., p. 11.

⁷³ *Ibidem*.

Già essere convinti, in altri termini, della necessità di usare cautela nell'approcciarsi al tema della libertà è importante nel dibattito sul fine vita, poiché in questa materia, sovente, ritorna il tema della necessità di vagliare la libertà della volontà di un paziente affetto da una patologia irreversibile, terminale o meno, che scelga, per esempio, di rifiutare un determinato trattamento sanitario salva-vita.

Proprio accettando allora le difficoltà di individuare una soluzione univoca al tema dell'esistenza o meno del libero arbitrio, è possibile spostare l'attenzione dell'interprete del diritto dall'indagine sulla libertà della volontà a quella sulla validità della volontà, in rapporto agli atti dispositivi di diritti fondamentali, come la vita.

In questo modo, l'impossibilità di dimostrare l'esistenza del libero arbitrio non varrebbe come argomento incontrovertibile a sostegno di coloro che ritengono invalida, a prescindere, la volontà di un ammalato al rifiuto di un trattamento sanitario salva-vita sul presupposto che l'esistenza della malattia la condizioni rendendola coatta e quindi sempre invalida ai fini dell'esercizio di una scelta che li conduca alla morte.

Ciò premesso, va soggiunto che l'impossibilità di superare completamente i dubbi circa l'esistenza di una volontà autenticamente libera, non può nemmeno fondare la rinuncia a pretendere dall'ordinamento tutto ciò che è possibile per garantire lo sviluppo di coscienze capaci di autodeterminarsi.

In questo frangente riveste un ruolo centrale il diritto all'istruzione⁷⁴ affidato dai Costituenti allo Stato mediante la previsione degli articoli 33 e 34 della Carta Fondamentale.

Siffatto diritto non solo è “fondamentale per la libera costruzione della personalità dell'uomo⁷⁵” ma è anche “condizione indefettibile per appartenere alla πόλις⁷⁶”.

⁷⁴Si veda *Relazione della prima sottocommissione. Problemi costituzionali, organizzazione dello Stato*, in *Relazione alla Assemblea Costituente*, vol. 1, Roma, 1946, p. 18 e ss. ove si legge « Anche il problema dell'istruzione, specialmente per quanto riguarda la scuola elementare e quella professionale, rientra nel gruppo dei diritti sociali che riguardano direttamente la persona umana. Tra i compiti dello Stato deve esservi quello di assicurare a tutti i cittadini una sufficiente istruzione gratuita e, inoltre, di predisporre i mezzi per consentire il compimento degli studi superiori ai giovani non abbienti, forniti di particolari attitudini ».

A ben vedere, è la stessa etimologia del verbo istruire che, richiamando il concetto di ‘costruzione’, ci guida nel ragionamento. Compito dello Stato di diritto è garantire ai cittadini è la possibilità di *costruire* se stessi offrendo loro gli strumenti per compiere scelte – per quanto possibile - autenticamente libere e dunque, irrinunciabilmente fondate sull’educazione al pluralismo ideologico e alla diversità.

La centralità del diritto allo studio nella formazione della ‘persona – cittadino’ rende chiaro perché sia necessario, invero, tenere lontana anche dall’ambito dell’istruzione la sistematica paternalista.

A ben vedere, ancora una volta siffatta impostazione ideologica trova ostacolo nella disciplina costituzionale. Se la *ratio* del riconoscimento del diritto all’istruzione si ritrova, infatti, nella necessità di garantire il libero sviluppo della personalità di ciascun cittadino – affinché questi possa razionalmente orientare il suo pensiero e compiere scelte consapevoli - è evidente che tale sviluppo non possa essere condizionato dall’educazione al ‘vero bene’.

Consentire attraverso la formazione accademica, infatti, l’infiltrazione surrettizia di un concezione morale unica significherebbe ‘far rientrare dalla finestra’ quei principi che abbiamo ‘fatto uscire dalla porta’ affermando che l’autorità statale sulla libertà individuale deve limitarsi ad evitare e reprimere le condotte dannose per l’altrui sfera giuridica.

In questo senso, nel rispetto dei principi ordinatori di ogni ramo del diritto, le attitudini di ciascuno - in uno Stato autenticamente democratico - devono essere rispettate e limitate – sia mediante l’irrogazione di sanzioni da parte dell’Autorità sia mediante la coazione morale da parte dell’opinione pubblica - unicamente, dal principio secondo cui ‘la libertà di ognuno finisce dove comincia la libertà dell’altro⁷⁷’.

⁷⁵ Così S. RODOTÀ, *lectio magistralis*, ‘Diritti affermati, diritti negati: esercizi di democrazia’ del 7.6.2013 tenuta in occasione del Convegno: ‘Volti della dignità. Riflessioni interdisciplinari’, nel ciclo di seminari ‘Etica, Bioetica, Cittadinanza’, presso l’Università degli studi di Napoli Federico II.

⁷⁶ *Ibidem*

⁷⁷ Questo noto aforisma viene generalmente attribuito a M. LUTHER KING nella forma “*my freedom ends where yours begins*”. Tuttavia non vi è accordo su quale sia il discorso in cui il pastore e attivista politico per i diritti civili l’avrebbe pronunciato. La stessa mancanza di accordo si registra sulla fonte originaria del medesimo pensiero. In realtà, esso è parte integrante della cultura giuridica anglosassone e si compendia – declinato in formule differenti – nel concetto di “*The right to swing my arms in any direction ends where your nose begins. My right to swing my fist ends where your nose begins*”. Nello stesso senso, MILL scriveva che “la sola libertà che meriti questo nome è quella di

Così “principio supremo di tutto ciò che è diritto richiede solo che la libertà di ognuno coesista con la libertà degli altri⁷⁸”.

In questi termini, il rispetto del prossimo è l'unico dogma che la morale collettiva deve presidiare e che, ciascun cittadino, deve pretendere che venga diffuso con l'istruzione.

Garantire questo significa rendere le persone capaci di confrontarsi reciprocamente e scambiarsi opinioni traendo dalla discordia una continua occasione di arricchimento e crescita personale.

In fondo, non c'è bisogno di condividere la verità per essere d'accordo. Basta avere in comune l'antipatia per le imposizioni non necessarie, ossia quelle indebite invasioni dell'altrui sfera personale che non siano funzionali a garantire un diritto.

Muovendo da queste semplici ma fondamentali premesse, appare evidente come tra due opzioni ideologiche difformi andrà sempre preferita quella che non opprime l'altra.

Esiste, in altri termini, uno spazio costituzionale per una ampia tutela della libertà di autodeterminazione, recuperando sul piano della politica legislativa finanche il feinkerghiano principio *volenti non fit iniuria*⁷⁹ come idea guida di un antipaternalismo radicale poiché un antipaternalismo di principio fa parte dell'ἤθος liberale. Nell'orizzonte del liberalismo politico, infatti, il liberalismo radicale è una fra le concezioni comprensive che hanno titolo a confrontarsi in una sfera pubblica aperta. “Norme penali paternalistiche, invece, ‘fanno problema’⁸⁰” poiché nell'orizzonte del diritto penale ciò che “fa problema” è la moralità dei precetti: la coercizione giuridica, il suo senso, i suoi limiti⁸¹.

Appropriarsi di queste fondamenta culturali diventa essenziale per ragionare di scelte eticamente sensibili. In questo campo del diritto, più che in ogni altro,

perseguire il nostro bene a nostro modo, purchè non cerchiamo di privare gli altri del loro o li ostacoliamo nella loro ricerca”. J. S. MILL, *On liberty*, cit. p. 170.

⁷⁸ Cfr. A. v. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, parte I, Erfurt 1799, r.a. Aalen 1973, pp. 39 ss. In argomento, ampiamente, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit. p. 49.

⁸⁰ In tal senso, D. PULITANÒ, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in AA.VV., F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di) *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, Napoli, 2019, p. 281.

⁸¹ Ult. op. cit. p. 287.

ciascuno potrà, servendosi della forza suggestiva della parola, condurre al ragionamento chi concepisce idee difformi dalle sue, ma in nessun caso dovrà invocare la sovranità della legge per imporre ciò che la propria opera di persuasione ha fallito⁸².

9. Il diritto alla salute ‘autodeterminata’ e ‘il diritto alla coscienza autodeterminata’.

Come si è detto, sulla personale concezione che ciascuno ha della dignità umana e, conseguentemente, della vita – come ‘investimento naturale’ o ‘investimento umano’ - è fondato il rifiuto o l’ammissibilità del suo sacrificio in vista dell’armonizzazione con gli altri diritti della personalità.

Evidenziato, poi, come la Costituzione tuteli e protegga l’essere umano in quanto entità dotata di una unicità di diritti, affasciati dall’*essere persona*, possiamo affermare che il dettato costituzionale sia compatibile con l’attribuzione della preminenza alla dimensione interiore e dinamica dell’individuo rispetto alla concezione biologica di quest’ultimo.

Una concezione biologica di vita, invero, ci appare in grado di spingere verso ‘un pericoloso riduzionismo’ del valore della medesima⁸³ che può, invece, essere allontanato riconoscendo spazio alla volontà della persona.

Si tratta di una vera e propria agnizione, nel significato etimologico di questo termine. L’individuazione, invero, dell’autodeterminazione – espressione della libertà

⁸² Non si può costringere un ‘membro di una comunità civilizzata’ in pieno possesso delle sue facoltà mentali – osserva MILL - “a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, nell’altrui opinione, è opportuno o perfino più giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo e supplicarlo, ma non per costringerlo o per punirlo nel caso si comporti diversamente” J. S. MILL, *On liberty*, cit. p. 168.

⁸³ RODOTÀ alla ricerca del significato più profondo della vita richiama l’etimologia della parola medesima. L’Autore evidenzia come i greci avessero due differenti modi di riferirsi alla vita: ζῶν – il semplice fatto di vivere comune a tutti gli esseri viventi - e βίος, la forma o la maniera di vivere propria o di un singolo gruppo. Tenere presente la distinzione fra le due non sarebbe ‘mero scrupolo filosofico’, bensì un segnale fondamentale per non cadere in un ‘pericoloso riduzionismo’ dovuto ad ‘un’enfasi della biologia che cancella la biografia’. Richiama, inoltre, a sostegno della supremazia della concezione ‘umana’ del vivere le parole di W. BENJAMIN, per il quale « l’uomo non coincide infatti in nessun modo con la nuda vita dell’uomo (...) e nemmeno con l’unicità della sua persona fisica». S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 252.

sociale – come cuore della tutela riconosciuta all’individuo rappresenta la chiave di volta per il definitivo ribaltamento della tradizionale visione della vita dell’uomo, nonché la più alta forma di rispetto per la persona.

Così inteso, il principio di autodeterminazione, non può che trovare patria nel ‘catalogo aperto’ di diritti inviolabili che l’art. 2 della Costituzione ‘riconosce e garantisce’ e, in questi termini, esso è espressione della dignità umana, a cui assicura effettività di tutela.

Autodeterminazione e dignità, però, hanno in comune anche più di questo.

Il concetto di dignità, prima di evolversi nella sua accezione individuale, trova origine in una dimensione collettiva, come testimoniato dalle fonti storiografiche in cui essa si ricollega alla *dignitas* del popolo romano, nel suo significato di posizione gerarchica che merita rispetto.

Allo stesso modo, anche l’autodeterminazione nasce con un’accezione collettiva. Tradizionalmente, questo principio, invero, appartiene al diritto internazionale, come diritto dei popoli all’autodeterminazione politica⁸⁴.

Solo successivamente, con il diffondersi e l’affermarsi del principio personalistico, esso ha trovato la sua naturale *sedes* nel presidio della dignità personale.

Ciò si coglie plasticamente dalla fisiologica connessione che la migliore tradizione giuridica, trasfusa nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, ha ricostruito fra il diritto all’autodeterminazione e il diritto alla salute.

Sull’armonica fusione di questi due principi si fonda, nella storica sentenza della Consulta n. 438/2008⁸⁵, il principio del consenso informato.

⁸⁴ Il principio di autodeterminazione dei popoli è uno dei principi essenziali del diritto internazionale contemporaneo, ma non è facile indicarne l’esatto contenuto *in quanto principio giuridico*. Se si guarda alla prassi applicativa degli Stati, infatti, si percepisce come il suo ambito applicativo sia limitato alla sua dimensione *esterna* (ossia di rapporti fra gli Stati), potendo, in questa chiave di lettura, essere definito come il diritto dei popoli di sottoporsi al dominio straniero, di divenire indipendenti, di associarsi o integrarsi con un altro Stato indipendente, di scegliere comunque liberamente il proprio regime politico. Così B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2015, p.27. F. LATTANZI, *Autodeterminazione dei popoli*, in, *Dig. pubbl.*, Torino, 1987, p 4 ss. ne evidenzia anche la dimensione *interna* – oltre che quella *esterna* – definendo il principio di autodeterminazione come il diritto del popolo di vivere libero da qualsiasi tipo di oppressione, ‘tanto interna che esterna’, condizione, questa, prioritaria per il raggiungimento di condizioni amichevoli tra gli Stati e per un progresso economico dei popoli fondato su una equa distribuzione delle risorse a livello sia internazionale che interno. In argomento v. pure G. ARANGIO – RUIZ, voce *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enc. giur.* IV, Roma, 1988.

Sulla natura e disciplina di quest'ultimo avremo tempo di soffermarci nelle pagine che seguiranno; ciò che qui preme è evidenziare come in tale pronuncia, per la prima volta, il Giudice delle leggi abbia affermato l'esistenza di un autonomo diritto all'autodeterminazione, in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso.

La pronuncia invero, riconosce un significato che era già intimamente contenuto nell'art 32 Cost. Quest'ultima norma, *in primis*, protegge l'inviolabile diritto alla salute della persona, nonché dispone il divieto di sottoporla a qualunque trattamento sanitario contrario alla sua volontà. I trattamenti obbligatori, dunque, possono essere imposti soltanto nei casi *ex lege* previsti e 'sempre nel rispetto della persona umana'.

In questa disposizione, in altri termini, "è contenuta una delle dichiarazioni più forti della nostra Costituzione, poiché pone al legislatore un limite invalicabile più incisivo ancora di quello posto dall'art. 13. Quando si giunge al nucleo duro dell'esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all'indecidibile⁸⁶" e nessuna voce esterna, nemmeno quella del popolo rappresentata da un Parlamento democraticamente eletto, può sostituirsi alla – intangibile – volontà dell'interessato.

Opinare diversamente, significherebbe imporre a quest'ultimo '*ciò che è meglio per lui*' in nome del '*vero bene*' e recuperare, quindi, quell'ottica di marca paternalista che abbiamo visto essere incompatibile con i principi della Costituzione.

Di siffatta incompatibilità, l'art. 32 Cost. è un'ennesima prova. L'aver limitato espressamente la discrezionalità del legislatore da parte dei Costituenti palesa, inequivocabilmente, la volontà della Carta fondamentale di assurgere a presidio della salute della persona, al di là di ogni dogma⁸⁷ o credo politico⁸⁸.

⁸⁵ In *Giur. cost.*, vol. n. 6, 2008, p. 4953 ss. con nota di R. BALDUZZI – D. PARIS, *Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*. ID. in www.personedanno.it.

⁸⁶ Cfr. S.RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p.257.

⁸⁷ Sulla ontologica incompatibilità fra il dogma e la democrazia, la cui sopravvivenza dipende, necessariamente, dal dubbio e dalla discussione, si veda, diffusamente, G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma, 2009, *passim*. Inoltre, per una appassionata difesa della libertà di opinione, J. S. MILL, *On liberty*, cit., pp. 83 ss.

⁸⁸ Ciò emerge con nettezza dalle ragioni che l'On. A. MORO poneva a sostegno di quella che sarebbe poi stata approvata come l'attuale formulazione dell'art 32 Cost.. "Si tratta di un problema di libertà individuale che non può non essere garantito dalla Costituzione, quello cioè di affermare che non possono essere imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie, se non vi sia una disposizione legislativa, impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dalle autorità

Tale limite, in ogni caso, non è assoluto. Il diritto alla salute, invero, accanto alla sua dimensione individuale, conserva una necessaria dimensione collettiva.

Dalla *littera legis* della norma si trae, dunque, la possibilità riconosciuta al legislatore di imporre un trattamento sanitario, coerentemente con i principi ricostruiti, se tale vincolo è necessario alla salvaguardia di diritti di pari rango della collettività⁸⁹.

Può dirsi dunque che, a differenza della vita, la salute conservi una natura ancipite di diritto tutelato tanto nella sua dimensione individuale, quanto in quella collettiva.

Ciò si evince, plasticamente, dal combinato disposto dei due commi dell'art. 32 Cost. Il diritto di rifiutare trattamenti sanitari per l'individuo, infatti, fondandosi sul diritto all'autodeterminazione, non può obliterare il diritto alla salute di un altro, né tantomeno il diritto di quest'ultimo ad autodeterminarsi a sua volta.

Non può dimenticarsi che il riconoscimento alla salute del rango di diritto fondamentale fonda - più che un 'mero interesse negativo' all'intangibilità dell'integrità fisica dell'individuo - un 'interesse positivo' del medesimo ad una protezione attiva della propria intera vita psico-fisica da parte dello Stato⁹⁰.

Tale dimensione non è affatto inconciliabile con il concetto di 'salute autodeterminata', ma anzi ne è conseguenza.

Ancora una volta, l'equilibrio tra le istanze di autonomia dell'individuo e quelle di difesa sociale funzionali a garantire una pacifica convivenza si ritrova nella 'felice sintesi fra componenti liberali e solidaristiche' accolte dalla Costituzione e nel concetto di 'libertà sociale'.

Il diritto di non essere sottoposti ad un trattamento sanitario contro la propria volontà, invero, è un diritto di libertà sociale e, come tale, è soggetto per natura al limite – unico – della pari libertà altrui.

Affinché l'esercizio del diritto di rifiutare le cure, dunque, sia legittimo⁹¹ è indefettibile che dal medesimo rifiuto non possa derivare un'offesa altrui.

senza l'intervento della legge (...) e si pone anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità umana". Cfr. F. CALZARETTI (a cura di), *Le discussioni in Assemblea Costituente, a commento degli articoli della Costituzione. La nascita della costituzione, sub art 32 Cost.*

⁸⁹ Si veda, in argomento, D. VINCENZI AMATO, *Il secondo comma dell'art.32*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti etico sociali. sub artt. 29-34*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1976, p. 178.

⁹⁰ In tal senso, M. LUCIANI, voce "Salute", in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVII, Roma, 1991.

⁹¹ Sulla legittimità dell'obbligo vaccinale, R. BURIONI, *La congiura dei somari. Perché la scienza non può essere democratica*, Milano, 2017, *passim*.

Il medesimo ragionamento deve farsi per quanto concerne il bilanciamento fra il diritto del paziente all'autodeterminazione, e dunque a non essere assoggettato a trattamenti sanitari – anche salva-vita – contro la sua volontà, e il diritto all'autodeterminazione del medico nelle sue scelte di coscienza.

Premessa la necessità di rimandare l'approfondimento della questione alle pagine che seguiranno⁹² poiché la sua corretta impostazione postula, indefettibilmente, una ricostruzione della delicata questione del diritto all'obiezione di coscienza nel raffronto fra l'attuale disciplina in materia di disposizioni anticipate di trattamento e quella in tema di interruzione volontaria di gravidanza, in questa sede preme tirare le fila delle basi concettuali fin qui ricostruite per poter, poi, procedere ad una analisi imparziale delle due discipline, orientata a valutare la coerenza delle medesime con principi della Costituzione.

Autodeterminarsi, si è detto, è espressione di quella libertà di coscienza che presidia la dignità umana. Questo principio sancisce il diritto di ciascuno di noi di formarci liberamente delle opinioni, esprimerle senza riserve e agire di conseguenza.

In termini definitivi, “la libertà di coscienza può delinarsi come quel diritto individuale di comportarsi in coerenza con le proprie convinzioni di coscienza⁹³”.

Ragionando per sillogismi, dunque, la dignità umana è garantita dalla libertà per ciascuno individuo di orientare il suo agire in base alla propria coscienza.

Questa libertà nasce, storicamente, come rivendicazione laica nei confronti dell'imposizione della morale di quella che è stata, prima dell'avvento della Costituzione, la religione di Stato.

Invero, il suo primo riconoscimento si ritrova in una pronuncia della Corte Costituzionale, n. 117/1979⁹⁴, con cui furono censurate le norme in materia di giuramento nei codici di rito, nella parte in cui contenevano riferimenti religiosi. Tali discipline furono dichiarate incompatibili con il diritto alla libertà di culto, riconosciuta e garantita dall'art. 19 Cost., e con la conseguente rivendicazione della libertà di scelte esistenziali e di coscienza.

⁹² V. *infra*, Cap II, par. 6.

⁹³ Cfr. G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in G. DI COSIMO – A.PUGIOTTO – S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, Napoli, 2015, p. 19.

⁹⁴ La Consulta, nello specifico, dichiarava costituzionalmente illegittimo l'art. 329, comma primo, c.p.p. nella parte in cui dopo le parole “consapevole della responsabilità che col giuramento assumete davanti a Dio” non contiene l'inciso “se credente”.

In questo modo la Consulta declinava il diritto alla libertà di religione, non più solo nella sua accezione positiva di professare una fede ed esercitarne il culto, ma anche in quella negativa di non professarla, né esercitarne il culto.

Si è delineato, così, quello che oggi rappresenta un principio di diritto - espressione dell'intrecciarsi degli artt. 2, 13, 19 e 21 della Costituzione - acquisito dal moderno Stato di diritto laico, democratico e pluralista.

Coerentemente con ciò, tale intelaiatura normativa è stata l'architrave della disciplina in materia di obiezione di coscienza, che consente, nella macro-area delle scelte eticamente sensibili, di non obbligare alcun individuo a porre in essere condotte intimamente contrarie al senso in cui la propria coscienza percepisce il giusto.

Se, da un lato, si fonda il diritto del singolo ad autodeterminarsi e scegliere, liberamente, ciò che egli ritiene più conforme alla *propria* morale - senza imporgli in maniera paternalista ciò che è 'il suo *vero bene*' - l'opzione che ci appare obbligata per rimanere coerenti e fedeli al presupposto ideologico liberale da cui abbiamo preso le mosse è quella di sostenere la doverosità del riconoscimento dell'obiezione di coscienza, come espressione, irrinunciabile, del diritto di autodeterminazione⁹⁵.

⁹⁵ V. *infra*, Cap II, par. 6.

CAPITOLO SECONDO

IL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA E L'EUTANASIA. PROFILI PENALISTICI.

SOMMARIO: 1. Il diritto di avere 'diritti infelici' e il diritto al rifiuto delle cure salva-vita; 2. I naufragati tentativi di riforma e gli abomini del vuoto di tutela. 3. Le disposizioni (e non dichiarazioni) anticipate di trattamento nella legge n. 219/2017: il consenso informato come *cornerstone* della disciplina. 4. Eutanasia e suicidio; l'*insostenibile leggerezza* dei tabù. 5. Il diritto alla terapia del dolore e il divieto di accanimento terapeutico: gli spazi residui di liceità per 'l'eutanasia attiva indiretta'. 6. Dubbi laici fra criticità contingenti e assenti illustri. In particolare, la mancanza di una clausola di coscienza. 7. L'area del penalmente rilevante: l'eutanasia attiva e gli omicidi pietosi.

1. Il diritto di avere 'diritti infelici' e il diritto al rifiuto delle cure salva-vita.

Il diritto fondamentale all'autodeterminazione ha trovato nell'ambito dell'attività sanitaria uno spazio di elezione nel quale evolversi e affermarsi, nella forma di diritto inviolabile all'autodeterminazione terapeutica.

Si tratta del principio per cui ciascuno è "l'unico autentico guardiano della propria salute, sia fisica, sia mentale che spirituale⁹⁶", poiché sulla propria mente e sul proprio corpo l'individuo è sovrano.

In questi termini, la scelta consapevole del paziente rappresenta la cartina di tornasole per valutare la liceità di ogni trattamento sanitario: pertanto, chi si sottopone ad esso deve prestare il proprio consenso (informato).

⁹⁶ Così J. S. MILL, *On liberty*, cit., p. 170.

Tale assunto, recentemente confermato dalla l. n. 219/2017 in tema di D.A.T., trova fondamento normativo nella *littera legis* del secondo comma dell'art. 32 Cost., laddove si prevede che nessuno possa essere obbligato a sottoporsi ad un trattamento sanitario “se non per disposizione di legge”; e quest'ultima – in nessun caso – “può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Come si è detto, dunque, l'imposizione di un trattamento sanitario, mediante lo strumento della sovranità della legge, può essere fondata unicamente sulla necessità di tutelare il diritto alla salute nella sua dimensione collettiva e non può, in alcun modo, obliterare la libera *voluntas* del paziente relativamente a scelte che riguardano esclusivamente la sua sfera individuale.

L'esegesi che la più avveduta dottrina offre di questa norma, dunque, la pone come fondamento, esplicito e inequivocabile, dell'inviolabile diritto all'autodeterminazione terapeutica che, in armonica combinazione con gli articoli 2 e 13 della stessa Carta costituzionale, fonda il diritto al rifiuto di *qualsiasi* trattamento terapeutico⁹⁷.

Questa interpretazione, che trova riconoscimento anche a livello internazionale, viene confermata, in particolare, nella Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina la quale, espressamente, riconosce il diritto del paziente

⁹⁷ In questo senso, approfonditamente, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 marzo 2017. In argomento, v. *infra*, nt. 109. A siffatta interpretazione non è rimasta indifferente la giurisprudenza; in particolare, nella motivazione della nota sentenza n. 2049/2007 del Tribunale di Roma si legge: “Il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e si collega strumentalmente al principio della libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.”. Conformemente, la Corte costituzionale, con sent. n. 471/1990, ha statuito che la possibilità di disporre del proprio corpo costituisce un necessario postulato della libertà personale inviolabile riconosciuta dalla Costituzione all'art. 13. Inoltre, nella sent. n. 238/1996 la Consulta ha esplicitamente riconosciuto l'illiceità di un trattamento sanitario effettuato contro la volontà del paziente interessato, affermando che il diritto a rifiutare le cure ‘costituisce un diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita e alla integrità fisica, con il quale concorre a creare la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto della persona’. Armonico con quanto ricostruito dalla giurisprudenza di legittimità e di merito appare, poi, il convincimento della Corte di Cassazione. In particolare, nella sentenza n. 26446/2002, la giurisprudenza nomofilattica afferma la “assoluta rilevanza della volontà del paziente quando si manifesti in forma inequivocabilmente negativa e si concreti in un rifiuto al trattamento terapeutico prospettatogli”; il riconoscimento di tale diritto, nelle motivazioni della Corte, trova il suo fondamento concettuale nella necessità di “dare assoluta prevalenza al valore sociale dell'individuo” come cifra caratterizzante di “una società ispirata al rispetto e alla tutela della persona umana, portatrice di un patrimonio culturale e spirituale prezioso per l'intera collettività”. Per un diverso punto di vista, F. MANTOVANI, *Tutela della vita e della persona umana (articoli 2, 31 e 32 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p.195 e ss.

all'autodeterminazione terapeutica, sancendo l'obbligatorietà della prestazione di un consenso libero ed informato per la liceità di qualsiasi trattamento sanitario e, contestualmente, il diritto al ritiro del consenso precedentemente prestato⁹⁸.

In questi termini, l'obbligo di rispettare la volontà del paziente nella scelta dei trattamenti sanitari non grava solo, in una dimensione verticale, sullo Stato, ma anche è vincolante, in un'ottica orizzontale, nei rapporti fra cittadini, ossia fra paziente e medico, il quale, per regola generale, dovrà attenersi alla volontà del malato⁹⁹.

Deve evidenziarsi, inoltre, che dalla disciplina costituzionale e sovranazionale emerge chiaramente un altro dato fondamentale, ossia il rinnovato rapporto fra diritto all'autodeterminazione terapeutica e consenso informato, in cui il secondo si pone come sintesi concreta del primo, superando il proprio tradizionale ruolo di diritto alla scelta del *quomodo* del trattamento sanitario per comprendere anche il diritto alla scelta dell'*an* del medesimo, nonché il diritto alla scelta di interromperlo, in ogni momento e a prescindere dalle conseguenze che da quella interruzione deriveranno.

Ebbene, vi è da dire che proprio quest'ultimo punto ha costituito lo snodo fondamentale dell'evoluzione, giuridica e culturale, della disciplina del fine-vita, rappresentando la sua dimensione più critica e delicata, in particolare qualora le conseguenze dell'interruzione delle cure conducano l'individuo alla morte.

Invero, se sul riconoscimento del diritto all'autodeterminazione *in vita* come diritto fondamentale dell'individuo si registra, ormai, una generale concordia fra gli interpreti del diritto, i più spinosi e multiformi dubbi sono state invece sollevati proprio in rapporto al diritto all'autodeterminazione *nella morte*.

Infatti, nell'ipotesi in cui dal rifiuto di un trattamento sanitario – o dall'interruzione dello stesso – derivi la morte del paziente, nel contemperamento fra il diritto alla salute, all'autodeterminazione terapeutica e alla libertà personale irrompe il diritto alla vita, nella sua dimensione di valore meta-giuridico nonché principio fondamentale e assoluto poiché condizione indispensabile per godere di tutti gli altri diritti fondamentali.

⁹⁸ In questo senso, l'art. 5 della *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina*, n. 164, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata in Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145, in Gazz.Uff., 24 aprile 2001, n. 95.

⁹⁹ Cfr. Tribunale di Roma, sent. n. 2049 del 23 luglio 2007, c.d. 'Welby', in www.biodiritto.org. In argomento, v. *infra*, nt. 101.

La tradizionale concezione del diritto alla vita come assolutamente indisponibile ha condotto parte della dottrina a sostenere l'impossibilità di una sua compressione, anche se in funzione dell'esercizio legittimo di altri diritti fondamentali, di pari rango, come il diritto all'autodeterminazione terapeutica¹⁰⁰.

A bene vedere, tuttavia, tale ricostruzione desta perplessità, a fronte della pari dignità formale e sostanziale del diritto al rifiuto delle cure - riconosciuta dal comma 2 dell'art. 32 Cost. - e del diritto alla vita e all'integrità fisica. Entrambi, infatti, rappresentano 'valori supremi destinati a costituire la matrice comune di ogni altro diritto della persona', e ciò trova conferma non solo nella collocazione che essi trovano nell'intelaiatura della Carta costituzionale, ma anche – e soprattutto - nella funzione che condividono, essendo entrambi finalizzati a concretizzare quel ristrettissimo nucleo di valori supremi facenti capo alla persona, la tutela dei quali non può mai venire meno senza che ciò costituisca violazione dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁰¹.

¹⁰⁰ In tal senso, L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. Pen.* 1985, n. 4, p. 520, secondo cui la tutela della dignità della persona umana non può prescindere dalla tutela della vita; così, l'unica strada per garantire tale dignità è profondere ogni sforzo possibile affinché 'la vita residua' del paziente morente possa essere condotta in condizioni 'relativamente valide' e non anticipare, invece, il momento del suo decesso.

¹⁰¹ Cfr. Tribunale di Roma, sent. n. 2049 del 2007, c.d. 'Welby', in www.biodiritto.org. In particolare, questa vicenda specifica riveste, dal punto di vista giuridico, un'importanza particolare per il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica, anche nella forma di diritto al rifiuto delle cure salva-vita poiché rappresenta l'ultimo approdo giurisprudenziale della nota vicenda relativa alla battaglia di Piergiorgio Welby a sostegno della decriminalizzazione dell'eutanasia. I momenti fondamentali, dal punto di vista giuridico, di questo percorso, si ritrovano: a) nel suo primo contatto con un medico per ottenere - nell'esercizio del suo diritto a rifiutare le cure, sancito dall'art 32 comma 2 della Cost. - il distacco del ventilatore polmonare che lo teneva in vita, rifiutato sulla base della assenza di indicazioni legislative che consentissero la somministrazione, da parte di un anestesista, di una terapia di sedazione profonda che avrebbe, indefettibilmente, dovuto precedere l'interruzione della terapia salva-vita, per evitare al paziente le sofferenze la morte per soffocamento. b) nella richiesta di intervento ad un'anestesista, anch'essa rifiutata sulla base della considerazione che, in assenza di una legge che univocamente disciplinasse la materia, il sanitario avrebbe potuto ottemperare alle richieste del Welby fino al momento in cui questi avesse perso conoscenza; a quel punto, sarebbe scattato in capo al medico, in ragione della sua posizione di garanzia, l'obbligo giuridico di attivarsi per evitare il decesso del paziente e quindi questi avrebbe dovuto riattivare il ventilatore polmonare. Diversamente l'anestesista avrebbe realizzato una condotta potenzialmente riconducibile a quella di omicidio del consenziente ex art. 579 c.p. c) nel ricorso d'urgenza al tribunale civile di Roma ex art. 700 c.p.c. volto ad ottenere – in ottemperanza degli artt. 32 comma 2 e 13 Cost. – un provvedimento che ordinasse il distacco dall'apparecchio di ventilazione polmonare, sotto sedazione. d) nell'ordinanza di inammissibilità di tale ricorso perché il Tribunale, nonostante avesse riconosciuto l'esistenza di un diritto soggettivo ex art. 32 co. 2 Cost a richiedere l'interruzione della terapie, non aveva ritenuto di essere autorizzato a giustiziare siffatto diritto poiché – all'epoca dei fatti - "risultava privo di una tutela specifica" mancando una definizione in sede normativa delle sue modalità attuative. e) nel ricorso a tale ordinanza con cui i legali di Welby denunciano l'evidente aporia contenuta in un provvedimento che contemporaneamente riconosceva l'esistenza di un diritto e gli negava tutela. In particolare, si evidenzia che ai sensi dell'art. 2 Cost. 'tutti possono agire in giudizio per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi' (...) 'Peraltro,

sovente, è lo stesso legislatore a lasciare alla giurisprudenza la specificazione del diritto, soprattutto per la capacità della medesima di adattare le situazioni concrete ai principi di base rinvenibili nella Costituzione o nei principi fondamentali, ovvero nei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario o dagli obblighi internazionali". f) In un contatto con secondo anestesista, Mario Riccio, membro dell'associazione Luca Coscioni – il cui segretario già allora era Marco Cappato, il quale accettava di ottemperare alla richiesta del Welby di sottoporsi a sedazione profonda ed essere liberato dal respiratore automatico. g) nella sentenza del GUP di Roma n. 2049 del 23 luglio 2007 che dichiarava il non luogo a procedersi nei confronti di M. Riccio poiché non punibile, in quanto la condotta di omicidio del consenziente che gli veniva contestata risultava scriminata dall'adempimento esercizio di un dovere ex art 51 c.p. Nella sentenza, si riconosceva, da un lato, il diritto di Welby a chiedere l'interruzione delle cure – ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 co. 2 Cost – e, dall'altro lato, il dovere del medico di ottemperare a tale richiesta. Il referto medico effettuato su Welby evidenziava come causa del decesso la crisi respiratoria dovuta al fatto che senza 'supporto medico' il paziente non era in grado di respirare. Conseguentemente, le ipotesi che potevano essere considerate per accertare la sussistenza della realizzazione della fattispecie tipica del reato di omicidio del consenziente ai sensi dell'art 579 c.p. erano essenzialmente due: 1) l'aver posto in essere una condotta attiva di distacco del respiratore. In questo caso la morte sarebbe stata etiologicamente connessa all'interruzione di cura; 2) il non avere impedito l'evento (morte) che, ai sensi della clausola di estensione della punibilità di cui all'ex art. 40 co 2 del c.p., avrebbe avuto l'obbligo di impedire. In questo caso la morte di Welby sarebbe stata etiologicamente connessa all'omissione del Riccio che – nonostante fosse gravato da una posizione di garanzia – non aveva provveduto a riattaccare il ventilatore polmonare. Nella ricostruzione della Corte, il fatto tipico poteva ritenersi realizzato sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo. La morte era seguita alla condotta di distacco del ventilatore; cosa di cui il reo era perfettamente conscio al *tempus commissi delicti*. L'omicidio, tuttavia, appariva non punibile perché scriminato dall'operatività della causa di esclusione dell'antigiuridicità ex art 51, *sub specie*, adempimento di un dovere. Deve ricordarsi che la tesi più diffusa in dottrina sulla natura della non punibilità del medico, in ipotesi siffatte, si fonda sulla combinata operatività della scriminante del consenso dell'avente diritto, ai sensi dell'art 50 c.p., e di quella dell'adempimento di un dovere, ai sensi dell'art 51 c.p. Invero, il consenso del paziente è riconosciuto come indefettibile causa di liceità del trattamento sanitario o del rifiuto dello stesso, ma non è sufficiente, da solo, a scriminare la condotta del medico poiché essa esorbita i limiti imposti dall'art 5 c.c.; conseguentemente, tale condotta potrà ritenersi scriminata sulla considerazione che l'attività medica è giuridicamente autorizzata e dunque, ex art. 51 c.p. L'articolata motivazione del provvedimento n. 2049/2007 segnerà un momento di svolta nel riconoscimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica, delineandolo nelle forme in cui è oggi recepito dalla l. n. 219/2017. Il Tribunale di Roma, invero, chiariva come il principio di autodeterminazione terapeutica che si fonda negli art 2, 13 e 32 comma 2 della Cost. e assurgendo a principio inviolabile dell'essere umano, non sia sempre recessivo nel suo bilanciamento con il diritto alla vita. Nello specifico, si legge nel provvedimento che: "Parlando di diritto alla vita, nessuno è mai stato in grado di non ritenerlo alla base di qualsiasi disposizione costituzionale in materia di diritti della persona poiché esso, unitamente all'art 32 Cost, costituisce il nucleo fondamentale cui si richiama ogni altro diritto riconosciuto alla persona. È vero altresì che i caratteri di inviolabilità e indisponibilità del medesimo trovano comunque un limite invalicabile nell'autonomo ed equipollente diritto di autodeterminarsi in materia di trattamento sanitario; se la disposizione del proprio corpo, finanche a determinare la propria morte, viene effettuata nell'ambito dell'esercizio di diritto di cui all'art 32 comma 2, allora questa è consentita". Per approfondimenti sulla vicenda Welby, P. WELBY, *Lasciatemi morire*, cit. Per una ricostruzione giuridica della questione Welby, F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, cit. p. 5 e ss. In particolare, secondo questo Autore, 'i medici curanti di welby avrebbero dovuto senz'altro rispettare la sua volontà e interrompere quindi il trattamento di sostegno respiratorio in atto; trattamento che - in presenza di un esplicito dissenso da parte di un paziente pienamente capace di formare ed esprimere la propria decisione – comportava ormai una continua ed ingiustificata lesione del suo diritto fondamentale ex artt. 13 e 32 comma 2 Cost'. Inoltre,; C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il 'dovere' del medico 'di non perseverare'*, in *Cass. Pen.*, 2008, 48 (5), p 1807 ss. L'Autore, pur condividendo l'esito assolutorio della sentenza del Tribunale di Roma, propone una differente ricostruzione della questione giuridica su cui, *infra*, par. 7, nt. 213.

A ciò si giungerebbe, invece, se si consentisse un depotenziamento sistematico del diritto all'autodeterminazione terapeutica nel suo bilanciamento con il diritto alla vita.

La pretesa ineluttabilità della ricostruzione interpretativa sostenuta dalle dottrine tradizionali che attribuiscono prevalenza al diritto alla vita - considerando la vita stessa un limite invalicabile anche a costo di negare possibilità di autodeterminazione all'individuo - non sembra, tuttavia, supportata da alcun referente normativo, non essendo contenuta in disposizioni espresse dell'ordinamento; né pare trovare sufficiente fondamento nel principio personalistico.

Invero, se sia il diritto alla vita che il diritto all'autodeterminazione concorrono a riconoscere e garantire la dignità dell'individuo, appare indiscutibile che solo il rispetto di entrambi questi diritti - e il loro bilanciamento oculato - possa realizzare la consacrazione dell'invulnerabilità della persona umana¹⁰².

In questa prospettiva, l'unica stella cometa che può guidare il percorso a garanzia della correttezza di un così delicato bilanciamento, per rimanere fedeli al dettato costituzionale, è quell'unica voce che, in uno Stato laico, liberale e pluralista - lontano da derive paternalistiche ed eticizzanti nonché da concezioni della persona di marca utilitaristica e collettivistica - conta davvero: la voce del titolare dei diritti in gioco¹⁰³.

Questa interpretazione evolutiva, tuttavia, non è sufficiente a risolvere ogni conflitto nel delicato dibattito sulla disciplina del rifiuto delle cure salva-vita.

A ben vedere, la complessità del tema si radica già in questioni terminologiche: alla base della corretta comprensione di cosa debba intendersi per riconoscimento della capacità di disporre della propria vita, invero, si pone, necessariamente, una corretta comprensione del concetto di morte.

¹⁰² In tal senso, si rinvia spec. alla sent. n. 2049/2007, c.d. 'Welby', in www.biodiritto.org, in cui l'Autorità giudiziaria ricorda come 'entrambi questi diritti' - diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione terapeutica - 'concorrono alla tutela della persona umana' e come la necessità di depotenziare sistematicamente l'autodeterminazione del paziente nel suo bilanciamento con la vita non troverebbe fondamento normativo in alcuna disposizione dell'ordinamento.

¹⁰³ Riprendendo le parole di F. STELLA, G. MARINUCCI osserva: "Se il medico - anziché prolungare la vita - lascia morire il paziente perché quest'ultimo non vuole altro, allora l'eutanasia passiva si manifesta non solo 'conforme al diritto', ma altresì 'conforme al dovere'; al venir meno del presupposto dell'obbligo di cura corrisponde il sorgere dell'obbligo di omettere le cure". Cfr. G. MARINUCCI, *Ricordo di Federico Stella*, in *Riv.it. dir.proc.pen.*, 2007, 1, p. 13.

Sebbene, infatti, in termini definitivi, la morte, tradizionalmente, si identifichi nella “cessazione delle funzioni vitali di un organismo”¹⁰⁴, oggi all’interprete del diritto è richiesto uno sforzo ulteriore poiché soltanto l’abbandono della considerazione fenomenologica della morte come evento, necessariamente istantaneo, e l’accettazione del concetto di morte anche come processo – che può essere lungo e doloroso – consentono di porsi nella giusta prospettiva per ragionare sulla disciplina giuridica del fine vita¹⁰⁵.

Invero, è indiscutibile che il progredire della scienza medica consenta oggi di guarire, curare o almeno controllare lo stadio di un numero sempre maggiore di patologie, ottenendo risultati straordinari in termini sia di miglioramento delle condizioni di vita dei pazienti che di longevità dei medesimi.

Non sempre tuttavia gli interventi medici possono essere risolutivi e ottenere la scomparsa della patologia; talvolta l’*ars medica* si deve accontentare di curarne i sintomi, rallentarne le degenerazioni, neutralizzare o ridurre le sofferenze che ne derivano ed allontanare il tragico momento conclusivo del suo decorso.

Gli effetti indesiderati delle più moderne tecniche di cura, a fronte di un allungamento della vita umana, invero, sono molteplici e possono giungere fino a contemplare non solo la comparsa di differenti situazioni di incoscienza – come ‘lo stato vegetativo’¹⁰⁶ – nelle quali permane la vita biologica ‘ma si volatilizza quella

¹⁰⁴ Cfr., voce *Morte*, in *Enc. giur.*, 2008, in www.treccani.it; altresì, in argomento G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p.6, dove si evidenzia come il concetto di morte, rappresentando l’elemento costitutivo determinante per la sussistenza dei delitti di omicidio previsti dal c.p., sia stato al centro di un acceso dibattito. In particolare, la definizione di morte penalmente rilevante ha dovuto armonizzarsi con le nuove tecniche ‘della grande rianimazione’ nonché con l’evoluzione della tanatologia. Ne è conseguito un affermarsi del concetto di morte come ‘morte cerebrale’ in conformità con l’art. 1 l. n. 578/1993 - in materia di accertamento e certificazione della morte – laddove stabilisce che: “La morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo”. Tale definizione, si osserva, appare in linea con il principio personalistico che ispira il nostro ordinamento, dal momento che nelle facoltà intellettive si rispecchia la qualità più elevata dell’essere vivente.

¹⁰⁵ In questo senso, S. RODOTÀ, *Il paradosso dell’uguaglianza davanti alla morte*, in AA.VV., S. SEMPLICI (a cura di) *Il diritto di morire bene*, Bologna 2002, p. 39. Inoltre, F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. Dir.*, 2003, n. 4, p. 552 ss., pone l’accento sulla pratica di «medicalizzazione dell’agonia, che ha trasformato il trapasso da “momento” a “processo” (dove la dimensione tecnologica prevale sovente su quella psicologica)».

¹⁰⁶ Lo stato vegetativo si definisce in termini clinici come una condizione caratterizzata dalla presenza della veglia, senza contenuto di coscienza e consapevolezza di sé e dell’ambiente circostante, che può durare alcune settimane. Il paziente in questa condizione può aprire e muovere gli occhi, deglutire, respirare autonomamente e mantenere l’alternanza del ciclo sonno-veglia, così come viene osservato con registrazioni elettroencefalografiche (EEG). È inoltre in grado di compiere alcuni automatismi motori come sorridere, sbadigliare, masticare, urlare, rispondere a stimoli dolorosi ed

biografica¹⁰⁷ - ma di ancor più tragiche condizioni di ‘vita sospesa’, in pazienti nei quali a permanere è la vita cognitiva e a volatilizzarsi completamente è quella fisica.

In tutti e due i casi, il paziente - con i propri cari - è relegato in una sorta di anticamera della morte, nella quale non può fare null’altro se non attenderla immobile.

La tragica sofferenza che il concetto di morte porta con sé determina una naturale e istintiva ritrosia ad affrontare questo tema; ciò costituisce una ulteriore,

effettuare movimenti spontanei afinalistici. Non è tuttavia capace di seguire con lo sguardo uno stimolo visivo, eseguire ordini verbali, emettere parole o compiere movimenti finalizzati. In particolare, siffatta condizione, se permane per più di 30 giorni, prende il nome di ‘stato vegetativo persistente’ (SVP). In tale stato le capacità funzionali del cervello sono gravemente e permanentemente alterate, le possibilità di recupero di coscienza molto limitate e accompagnate da gravi sequele funzionali. Tutto ciò deriva dal fatto che il danno celebrale del paziente è circoscritto all’area più esterna (corticale) del cervello, che controlla la coscienza. Al contrario, ciò che generalmente resta attivo, nel paziente in SVP, è la zona più profonda dell’organo celebrale, deputata al controllo, appunto, delle funzioni istintive (ad es., sbadiglio). Per tale motivo lo SVP è definito anche ‘morte corticale’. Tale condizione clinica va distinta dallo stato minimamente cosciente, una condizione anch’essa caratterizzata da una grave alterazione dello stato di coscienza, in cui però il soggetto può talora presentare un comportamento volontario, consapevole, che può far presagire un parziale recupero della funzionalità cerebrale. In tal senso, F. FERRARELLI, voce in *Enc. della Scienza e della tecnica* TRECCANI-online, 2008. Nei pazienti in cui lo SVP non muta per un periodo di tempo molto prolungato può dichiararsi ‘lo stato vegetativo permanente’, ossia irreversibile, che può durare anni. A differenza di quello persistente, che presuppone una diagnosi attuale sulle condizioni del paziente basata sull’osservazione delle sue condizioni cliniche presenti e passate, lo stato vegetativo persistente permanente è, più propriamente, una prognosi che postula una insignificante possibilità di ripresa delle funzioni cognitive in futuro. Per approfondimenti sul tema si veda *Multisociety task force on pvs*, in *New England Journal of Medicine*, vol. 330, n. 21 e 22 nonché *www.alc.com* nella sezione ‘Rassegna stampa’. Lo stato vegetativo, comunque qualificato, si distingue dal coma. Esso è invero un profondo stato di incoscienza provocato da intossicazioni, alterazioni del metabolismo, ovvero da danni e malattie del sistema nervoso centrale. La sua gravità è misurata in base alla c.d. scala di Glasgow, la quale stabilisce un grado di coma che va da ‘tre’ - coma profondo – a ‘quindici’ – paziente sveglio e cosciente. Il coma, in altre parole, differisce dallo stato vegetativo, che a volte può seguire ad esso. Per approfondimenti, F. PLUM – J.B. POSNER, *Stupor e coma*, ed. it. S. MAZZA (a cura di), Roma, 1987, *passim*. Il paziente in stato vegetativo non è un vegetale, ma una persona umana. La Corte di Cassazione (Sezione I Civile, sent. n. 21748 del 16.10.2007) riconosce che “chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente”. Proprio per questo, afferma la Cassazione, la persona in stato vegetativo ha in campo sanitario gli stessi diritti degli altri cittadini e “la tragicità estrema di tale stato patologico - ... che nulla toglie alla sua dignità di essere umano – non giustifica in alcun modo un affievolimento delle cure e del sostegno solidale, ... a prescindere da quanto la vita sia precaria e da quanta speranza vi sia di recuperare le funzioni cognitive”.

¹⁰⁷ Cfr. M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2009, p. 439; nonché, in argomento, diffusamente, R. TUFANO, E. DE ROBERTIS, *Il differimento tecnologico della morte*, in C. BUCCELLI (a cura di). *Le criticità nella medicina difensiva di fine vita: riflessioni etico-deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2006. Inoltre, S. MAFFETTONE, *Bioetica e valori comuni*, in C. VIAFORA (a cura di), *Centri di bioetica in Italia*, Noventa Padovana, 1993, p. 111 ss., ove si definisce la ‘vita biografica’ come ‘la capacità dell’uomo di essere soggetto della propria stessa vita’, in contrapposizione al concetto di ‘vita biologica’ che si riferisce al funzionamento biologico del corpo. Per la contrapposizione fra vita come ‘investimento naturale’ e ‘vita come investimento umano’ elaborata da R. DWORKIN in *Il dominio della vita*, cit., si rinvia, *supra*, Cap I, par. 6.

fondamentale, difficoltà a ragionare del diritto all'autodeterminazione terapeutica come diritto al rifiuto delle cure salva-vita.

L'essere umano, come tutti i viventi, è, infatti, biologicamente programmato per sopravvivere ed è, dunque, comune a tutti il desiderio di non voler pensare a quello che rappresenta, da sempre, il più doloroso e misterioso momento dell'esistenza umana, sia in rapporto alla perdita della propria vita, sia – e soprattutto – in rapporto alla perdita di quella dei propri cari.

Sebbene, dunque, l'angoscia suscitata da temi siffatti sia comprensibile è altresì vero che “è inaccettabile la paura che agisce senza il filtro della ragione”¹⁰⁸, in particolare per il legislatore di uno Stato di diritto.

È proprio la ragione ad imporci, dunque, di considerare che l'aumento della longevità umana, ottenuta grazie al progresso scientifico, porta con sé un proporzionale incremento di anziani e sofferenti, che non possono essere abbandonati.

Sulla incompatibilità dell'abbandono sociale della sofferenza con i principi fondamentali della Costituzione si fonda, innanzitutto, l'esigenza di riconoscere i ‘diritti infelici’¹⁰⁹ e dunque la necessità di una normativa – meno equivoca di quella oggi vigente – che riconosca e disciplini il diritto del paziente al rifiuto o alla sospensione delle cure anche se da ciò consegua la sua morte¹¹⁰.

¹⁰⁸ EURIPIDE, *Τρώαδες*, trad. it, *Le Troiane* (415 a. C.), Milano, 1998.

¹⁰⁹ L'endiadi “diritti infelici” si deve a M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit. L'Autore li ricostruisce come diritti fondamentali del malato ed evidenzia come la situazione del paziente in condizioni irreversibili e di sofferenza intollerabile per malattie incurabili, resa possibile dalla stessa medicina che oggi consente un prolungamento artificiale della vita, sia differente da quella di qualsiasi altro soggetto che viene protetto dalle norme a tutela della vita. Nel diritto al rifiuto delle cure – riconosciuto a livello internazionale come diritto pieno anche quando il suo esercizio conduca alla morte – è contenuto, perciò, il riconoscimento del diritto di morire. Dopo aver offerto una disamina dei profili problematici del tema e degli spunti di diritto comparato, lo studio si conclude con un invito alla riflessione: “Non so se un diritto possa davvero risultare infelice, per il fatto che appare così avanzato da consentire al malato di beneficiare di un aiuto tecnico per definire temporalmente il tempo della propria morte, evitando un'infelicità maggiore, e dato che chi esercita tale diritto non è più soggetto passivo di una eutanasia (attiva). A tale interrogativo noi non possiamo rispondere veramente, perché non siamo autorizzati a preferire al posto di un altro il prolungamento terribile di una vita ad una morte pietosa. Che alcuni diritti siano infelici è dunque più discutibile del fatto che siano, comunque, diritti”.

¹¹⁰ In tal senso, F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?* *Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1, p. 7. In particolare, secondo l'autore “il diritto a non subire trattamenti sanitari contro la propria volontà comporta l'illiceità di qualsiasi coazione terapeutica, anche quella necessaria per assicurare la sopravvivenza del paziente. Il diritto fondamentale in parola è il diritto ad essere lasciati morire in pace, se ed in quanto il paziente lo desidera”. Per una riflessione critica su ciò che manca in termini di determinatezza nella vigente disciplina in materia di disposizioni anticipate di trattamento - l. 219/2017 - v. *infra*, in particolare, par. 4, 5, 6.

In altri termini, non si può abbandonare chi soffre “sol perché c’è una norma che vieta il suicidio assistito in quanto, come è stato autorevolmente sottolineato, si tratterebbe solo di un modo per girare la testa dall’altra parte, lasciando i più deboli al loro destino”¹¹¹.

Queste argomentazioni sembrano essere state, finalmente, accolte nella recente l. n. 219/2017, dettata in materia di disposizioni anticipate di trattamento.

Prima di affrontare la disamina del testo normativo appare, tuttavia, necessario ripercorrere il contrastato *iter* che ne ha preceduto l'introduzione, per comprendere appieno le ragioni che hanno condotto all'approvazione della nuova legge, frutto di coraggiose ed appassionante battaglie che, data la delicatezza del temi e dei valori in gioco, hanno coinvolto e segnato profondamente anche l'opinione pubblica.

Non può dimenticarsi, infatti, che come molti diritti di libertà, il diritto all'autodeterminazione terapeutica affonda nella carne e nel sangue di streghe ed eretici¹¹².

2. I naufragati tentativi di riforma e gli abomini del vuoto di tutela

Non può dimenticarsi, quindi, la storia che ha condotto il legislatore ad introdurre la recente disciplina in materia di disposizioni anticipate di trattamento, l. n. 219/2017.

A ben vedere, il primo disegno di legge in materia di fine-vita avrebbe dovuto vedere la luce in una scena politica democratica, realmente polifonica e condivisa¹¹³,

¹¹¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, cit., p.43.

¹¹² Si richiama qui il termine ‘eretico’ nel suo significato più profondo e nella sua accezione originale. A ben vedere infatti, l’etimologia greca del termine lo riconduce alla parola αἵρεσις (haíresis), derivata a sua volta dal verbo αἰρέω (hairèō) "afferrare", "prendere" ma anche "scegliere" o "eleggere". Così, αἰρετικός (*aireticos*) significa propriamente ‘colui che sceglie’. Così, L. ROCCI, *Vocabolario greco-italiano*, ed II, 1943, p.43. Il termine, dunque, nasce in una accezione neutrale e viene utilizzato per indicare un individuo che compie scelte che non sono in linea con l’ideologia del gruppo sociale di cui fa parte. Nel suo significato dunque di ‘colui che sceglie’ ed in particolare, in quella di ‘colui che assume una determinazione difforme dall’ideologia dominante nel suo tempo’ dunque, definiamo eretici Piergiorgio Welby, Bepino Englaro, Luca Coscioni, Giovanni Nuvoli, Dominique Velati, Paolo Ravasin, Max Fanelli, Walter Piludu, Fabiano Antoniani. Ognuno di loro, invero, ha speso la propria vita per affermare il proprio diritto all’autodeterminazione terapeutica compiendo scelte difformi dall’ideologia, ancora oggi largamente diffusa, dell’indisponibilità assoluta della vita.

¹¹³ Si veda in proposito il volume *Ragione e fede in dialogo*, Roma - Bari 2006, frutto dell’incontro tra il filosofo J. HABERMAS e l’allora Cardinale J. A. RATZINGER avvenuto nel 2004,

rispettosa dei valori fondamentali riconosciuti e protetti dalla Carta fondamentale del 1948.

Al contrario, è stato in un clima di coscienze sconvolte che il legislatore ha mosso i suoi primi e malfermi passi verso questo *novum* normativo.

Si era appena conclusa, infatti, la nota ‘vicenda Englaro’¹¹⁴. La mancanza di una disciplina legislativa applicabile a quel caso concreto aveva consentito ai rappresentanti

nelle aule della *Katholische Akademie* di Monaco di Baviera, sul tema del ruolo della religione nella politica. “Sarebbe facile pensare ad uno scontro verbale ed invece nessun tono polemico ha inquinato gli interventi dei pensatori”, si legge nell’introduzione al volume; “il laico vuole comprendere il religioso e così il religioso vuole comprendere il laico in vista della possibilità di animare una scena politica democratica realmente polifonica e condivisa che assicuri il mantenimento delle rispettive identità creando una zona di sovrapposizione di interessi il più possibile universalmente condivisi”. Cfr. HABERMAS Jürgen, RATZINGER Joseph Aloisius, *Politica e Religione*, Monaco di Baviera, 2004. p.7.

¹¹⁴ Per una approfondita ricostruzione della vicenda umana e giudiziaria, B. ENGLARO, A. PANNITTERI, *La vita senza limiti. La morte di Eluana in uno stato di diritto*, Milano, 2009. “Ho abbandonato il mio lavoro” – scrive Englaro – “sono andato in pensione, mi sono immerso nelle carte, nei codici, in disquisizioni a volte astratte, lontane dalla realtà concreta che vivevamo tutti i giorni. Ho partecipato a convegni, incontrato giuristi, teologi. Volevo capire e soprattutto desideravo che Eluana fosse compresa. Ogni tanto qualche vecchio amico mi suggeriva di smettere perché diversamente mi sarei distrutto. Ma io continuavo a pensare che non avevo scelta, che non c’erano alternative e che qualunque altra soluzione sarebbe stata un tradimento nei riguardi di mia figlia”. Questa determinazione ha condotto a cinque provvedimenti giudiziari che rappresentano i momenti più rilevanti – dal punto di vista strettamente giuridico – della vicenda Englaro. *In primis*, Cass. civ., sent. n. 21748/2007: la Corte di Cassazione, per la prima volta, stabiliva dei criteri per rendere ammissibile la sospensione dell’idratazione e della nutrizione artificiale per un paziente in stato vegetativo permanente, qualora la richiesta corrispondesse alla sua volontà pregressa. Secondo la Corte, il giudice tutelare, su istanza del tutore e della curatrice speciale, poteva autorizzare l’interruzione delle predette terapie salva-vita in presenza di due circostanze: che la condizione del paziente fosse valutata clinicamente irreversibile e senza la minima possibilità – secondo gli standard scientifici internazionalmente riconosciuti - di recupero della coscienza e delle capacità di percezione; che si accertasse - sulla base di elementi tratti anche dal vissuto del paziente, dalla sua personalità, dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni - che questi, se cosciente, non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento. Deve evidenziarsi che lo stato di Eluana Englaro non era riconducibile all’accanimento terapeutico, poiché la ragazza non si trovava nell’imminenza della morte. Ciò che la Corte dichiarava era che la condizione di stato vegetativo permanente a causa dell’alimentazione e dell’idratazione artificiale poteva risultare inaccettabile per il paziente, per la sua dignità e per il suo stile di vita. Sulla base di questo provvedimento, la Corte d’Appello di Milano, a cui era stata rinviata la decisione, con decreto del 9.11.2008, dispose l’accoglimento dell’istanza di autorizzazione all’interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale, così come proposta dal tutore di Eluana Englaro e condivisa dalla curatrice speciale, riscontrando sia la straordinaria durata dello stato vegetativo permanente (e quindi irreversibile) della paziente, sia la altrettanto straordinaria tensione del suo carattere verso la libertà, nonché la inconciliabilità della sua concezione di dignità della vita con la perdita totale ed irrecuperabile delle proprie facoltà motorie e psichiche e con la sopravvivenza solo biologica del suo corpo in uno stato di assoluta soggezione all’altrui volere; tutti fattori che appaiono e che è ragionevole considerare nella specie prevalenti su una necessità di tutela della vita biologica in sé e per sé considerata. Mentre, sulla base del provvedimento, Beppino Englaro cominciava la ricerca della struttura sanitaria nella quale poterlo rendere esecutivo, la Procura di Milano presentava ricorso avverso il decreto della Corte d’Appello, sul presupposto che l’irreversibilità dello SVP non era accertata, nonché la richiesta di sospensiva per la sua efficacia. Contemporaneamente, la Camera dei deputati proponeva dinanzi alla Corte cost. un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, per bloccare il provvedimento.

della maggioranza politica dell'epoca e a buona parte del quarto potere, per ideologia o per opportunismo, di trasformare una tragedia privata in una guerra di etica pubblica.

L'episodio, che aveva visto protagonisti una giovane donna, vittima di un incidente che l'aveva ridotta in stato vegetativo permanente¹¹⁵, e la sua famiglia, aveva scosso profondamente l'opinione pubblica¹¹⁶ e palesato la distanza dell'Italia dalla prospettiva secolarista¹¹⁷.

La Corte costituzionale rigettò la questione, dichiarandola inammissibile con l'ordinanza n. 334/2008 e anche la Corte d'Appello di Milano rigettò la richiesta di sospensiva. La questione fu demandata alle S.U. della Corte di Cassazione che, con sent. n. 27145/2008, ritennero inammissibile per difetto di legittimazione il ricorso presentato dalla Procura di Milano avverso il decreto del 9.11.2008. Anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, chiamata a pronunciarsi da alcune associazioni *pro life*, respinse la richiesta per difetto di legittimazione. Nonostante questo faticoso *iter* giurisprudenziale, il distacco della idratazione e alimentazione artificiale consentito dalle Corti non veniva reso effettivo: le strutture sanitarie – private e pubbliche – rifiutavano di dare esecuzione al dispositivo. Da tale rifiuto scaturì la sent. del T.A.R. Lomb. che condannò la Regione Lombardia ad indicare una struttura che eseguisse il decreto del 9.11.2008. La ricerca della struttura condusse i coniugi Englaro alla casa di cura 'Città di Udine', che si era dichiarata disponibile a dare esecuzione al decreto. Nel frattempo però l'allora ministro del *Welfare* – M. Sacconi – diffuse una circolare rivolta ai Presidenti delle Regioni in cui dichiarava che il servizio sanitario nazionale aveva l'obbligo di 'garantire a qualunque persona l'idratazione e l'alimentazione forzata'. Per sbloccare la nuova situazione di stallo fu allora necessario fornire alla struttura sanitaria di Udine un provvedimento inequivocabile che li autorizzasse a procedere; tale documento si sostanziò in un certificato della cancelleria della Corte d'Appello di Milano attestante l'esecutività del provvedimento giurisdizionale, che non trovava ostacolo in un atto di indirizzo ministeriale. Nonostante ciò, la casa di Cura 'Citta di Udine' dichiarò di trovarsi costretta a ritirare la propria disponibilità ad ospitare Eluana Englaro. La paziente fu allora trasferita nella 'residenza per i servizi della persona' La Quiete, ad Udine, dove, dopo l'interruzione dell'idratazione e l'alimentazione artificiale, Eluana morì il 9.2.2009.

Con sent. n. 04460/2014 il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso presentato dalla Regione Lombardia avverso la sentenza n.214/2009 del T.A.R. Lomb. di annullamento del provvedimento della Regione, con il quale la Direzione Generale Sanità aveva negato la possibilità di accesso a una struttura regionale per ottenere il distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente Eluana Englaro. Inoltre, il T.A.R. Lomb., con sent. n. 650/2016, ha condannato la Regione a risarcire i danni patrimoniali e non patrimoniali ai coniugi Englaro per la decisione di impedire l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, contrariamente a quanto stabilito dalla Corte d'Appello di Milano nel 2008. Siffatto provvedimento ha trovato una recentissima conferma nella sent. n. 3058/2017 del Cons. di Stato con cui si è disposto che "in presenza di una pronuncia passata in giudicato che riconosceva il diritto alla sospensione del trattamento di alimentazione ed idratazione, il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione (nella specie, Regione Lombardia quale apparato istituzionalmente deputato allo svolgimento del servizio sanitario nazionale) è riconducibile alla mera scelta organizzativa della struttura più idonea ove eseguire la prestazione sanitaria. Il rifiuto assoluto ad una siffatta prestazione costituisce lesione del diritto assoluto all'autodeterminazione terapeutica costituzionalmente garantito, la cui violazione è risarcibile in presenza degli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale".

¹¹⁵ Per una ricostruzione delle condizioni di un paziente in stato vegetativo si rinvia alla nota n. 106.

¹¹⁶ Raccontando gli ultimi momenti di Eluana Englaro, dopo il distacco delle terapie di idratazione e alimentazione artificiale che la tenevano sospesa tra la vita e la morte, Cinzia Moreale, una delle infermiere volontarie che l'assisteva racconta: "Ero inquieta. Mi domandavo quanti altri controlli fossero necessari e se non fosse ormai giunto il tempo della pace e della riservatezza per consentire a Eluana di lasciarci in modo dignitoso. Quando il medico curante fu chiamato, per constatare l'assenza quasi totale di pulsazioni cardiache, si scatenò il finimondo. Pareva che la notizia fosse rimbalzata in

Nonostante la Corte Costituzionale¹¹⁸ avesse qualificato la laicità¹¹⁹ come “principio supremo”, nonché cifra caratterizzante la nostra forma di Stato, *l'affaire*

tempo reale direttamente in strada, tra la gente accalcata ormai da ore sotto la finestra di Eluana. Sentivo le grida, i fischi. Ero sconvolta da tutta quella confusione. Mi ripetevo: abbiamo fatto la cosa giusta, non si poteva lasciarla in quelle condizioni. Come fate a non capire? E invece molti là fuori sembravano in preda ad una sorta di esaltazione collettiva come allo stadio”. Prosegue, Beppino Englaro, il padre di Eluana: “Da quando mia figlia era stata trasferita nell'*hospice* ‘la Quiete’, avevano persino trasformato il muretto sotto la clinica nello squallido scaffale di un supermercato, con le bottigliette d’acqua in fila, “per dissetare Eluana”, avevano detto. A Lecco era andata anche peggio, con i pacchetti di cracker lasciati sotto la sua finestra. Poi era comparso un inquietante personaggio mascherato da “Cristo in croce” che annunciava con la morte di Eluana la fine del mondo. Infine, i *sit-in* al grido di “assassino”. Proprio io, un padre “assassino”, io che avevo dialogato fino all’ultimo, alla luce del sole, chiedendo solo giustizia, e che non avevo più fiato in corpo”. Cfr. B. ENGLARO, A. PANNITTERI, *La vita senza limiti*, cit., p. 123. Inoltre, F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p.1040. L’Autore, in particolare, nelle sue conclusioni, invitava ad una riflessione sui confini fra i poteri dello Stato e sul delicato ruolo di supplenza a cui la magistratura veniva costretta dall’inerzia del legislatore. Siffatte riflessioni appaiono, più di dieci anni dopo, ancora attuali poiché si ripropongono nell’ *affaire Cappato*, in cui è stata la Corte Costituzionale – invece della Corte di Cassazione - ad essere chiamata a supplire alle mancanze del legislatore.

¹¹⁷ In argomento, L. RISICATO, *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009, p. 2, in www.statoechiese.it. L’Autrice, in particolare, evidenzia come il drammatico epilogo del caso Englaro abbia lasciato sgomenti non solo per la soverchiante esposizione istituzionale e mediatica della vicenda, ma soprattutto perché palesa una crisi del principio di laicità; v. pure M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 2, p.477 ss.; S. SEMINARA, in *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. It. dir. proc. pen.* 1995, 2, p. 670, ove l’Autore osserva come la riflessione condotta sul piano giuridico in materia di eutanasia e suicidio ‘non può prescindere dal riferimento ad uno stato secolarizzato, cioè ad un ordinamento che esclude per sé stesso – e nei confronti dei consociati - scelte coscienziali e giudizi fondati su valori metafisici’. Per una limpida definizione di secolarismo si richiamano, poi, le parole di DURKHEIM: “Se dunque esiste una verità che la storia ha reso indubbia, questa è proprio l’estensione sempre minore della porzione di vita sociale che la religione ricopre. In origine essa si estendeva su tutto; tutto ciò che era sociale era religioso; i due termini erano sinonimi. In seguito, a poco a poco, le funzioni politiche, economiche, scientifiche si sono rese indipendenti dalla funzione religiosa, costituendosi a parte e assumendo un carattere temporale sempre più accentuato”, cfr. É. DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), trad. it. a cura di F. AIROLDI NAMER, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2016.

pp.180-181, richiamato da G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste, Stato e Chiesa al governo dell’uomo*, Roma-Bari, 2010, p. 129. L’Autore, in particolare, evidenzia che la “non c’è laicità né quando la religione, al singolare o al plurale, si ingerisce nelle cose dello Stato, facendo dello Stato un affare di religione, né quando lo Stato si ingerisce nelle cose della religione, facendo della religione un affare di Stato. Laicità significa divieto di intromissioni. Quello che conta è la non ingerenza”. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste*, cit., p.11.

¹¹⁸ Nella sentenza n. 203 dell’11 Aprile 1989 la Consulta affermava che il diritto alla libertà religiosa si declina sotto il duplice profilo del divieto che i cittadini siano discriminati per motivi di religione e che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione. Secondo la Corte costituzionale, i valori sanciti dagli artt. 3 e 19 della Carta fondamentale del 1948 insieme agli artt. 7, 8 e 20 della medesima Carta, concorrono a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che rappresenta anche uno dei profili della forma di Stato delineata nella Costituzione.

¹¹⁹ “Dal punto di vista concettuale, la laicità può considerarsi una nozione a due facce, che affratella o contrappone le due parti – Stato e Chiesa – nell’identica e simmetrica pretesa d’essere rispettate dall’altra, entro il campo che compete a ciascuna di loro”. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste*, cit., p 10; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di eutanasia*, cit., p. 670, evidenzia

Englaro aveva dimostrato quanto, in realtà, nel nostro Paese si fosse lontani dal progressivo esaurirsi degli spazi di rivendicazione politica di quella che, una volta, era la religione di Stato.

Ben lungi dall'essersi ridotta ad una dimensione privata, infatti, la morale religiosa aveva giocato un ruolo determinante nella vicenda giudiziaria in parola e, soprattutto, aveva imposto una non indifferente pressione sulle scelte legislative che ne sono state conseguenza.

Tale risultato presentava tratti paradossali poiché non conforme proprio a quella prospettiva "post-secolarista"¹²⁰ delineata dalla Corte Costituzionale¹²¹, che presuppone un riconquistato ruolo pubblico del concetto di religione in una dimensione, tuttavia, pluralista e rispettosa di ciascuna confessione presente sul territorio.

La necessità di affrontare la questione in maniera conforme a tali principi era, nella vicenda in parola, ancor più importante poiché, nel caso di specie, non si ragionava solo dell'ambito di operatività del diritto all'autodeterminazione terapeutica esercitato da un paziente cosciente, quanto invece della possibilità di 'lasciar morire' un

come l'approccio laico al tema dell'eutanasia e del suicidio da parte del giurista debba essere imprescindibile. Per laicità, in questi termini, deve intendersi "il ripudio di ogni pregiudizio etico, emotivo, religioso e la sostituzione di valori trascendenti con beni giuridici gerarchicamente ordinati e in ogni caso ulteriormente soggetti a reciproci bilanciamenti". Ancora, per una definizione del principio di laicità in rapporto alla sua incidenza sul diritto penale, L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008. In particolare, sul rapporto tra fede e diritto penale G. MARINUCCI, *In ricordo di Federico Stella*, cit., p. 8, evidenzia come STELLA ricordasse che "i valori religiosi possono senz'altro plasmare e convergere coi valori diffusi nella collettività e trovarsi rispecchiati nel diritto penale, ma possono anche divergere: il ruolo di arbitro, nel conflitto compete non all'autorità religiosa o alla fede individuale, ma sempre e solo ai valori affermati dalla Costituzione"; v. inoltre F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., a cura di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 309. Nello stesso senso, F. BRICOLA, *Vita Diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?* In L.STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, p.2808. Secondo l'Autore, nel dibattito sul fine vita si avverte profonda l'esigenza di tenere lontane suggestioni e presupposti ideologici, in una chiave 'secolarizzata'. Inoltre, in argomento, D. PULITANÒ, *Laicità e Diritto Penale*, in *Riv. it., dir. proc. pen.* 2007, 2, p. 493 ss.; E. DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p. 1017 ss. Infine, in argomento delle funzioni 'fondative' e 'limitative' del principio di laicità come 'meta-Grundnorm', E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F.SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, ESI, Napoli, 2017, p. 180.

¹²⁰ Per una riflessione sul ruolo dell'uguaglianza nel diritto alla libertà di religione, si veda, K. EDER, *Lo stato secolare in una società non-secolare. Riflessioni sulla modernità post-secolare*, in G.E. RUSCONI, *Lo Stato Secolarizzato nell'età post - secolare*, E. RUSCONI (a cura di), Bologna, 2008, in particolare p.173.

¹²¹ Nella sentenza n. 203 dell'11 aprile 1989, la Corte Costituzionale statuiva che "il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale".

paziente incosciente che non aveva dato disposizioni espresse in merito, dunque sulla base di un consenso presunto.

L'*affaire* Englaro poneva un particolare problema nella disciplina del diritto al rifiuto delle cure: la possibilità di esprimere un consenso informato al rifiuto di un trattamento sanitario salva-vita - 'ora per allora' – in un "testamento biologico"¹²².

Nelle posizioni che animavano il dibattito su questa forma di manifestazione del consenso, di pluralismo confessionale e culturale non c'è stata traccia, così come della stessa pretesa laicità dello Stato, che ha visto così significativamente eroso il suo ruolo di principio fondamentale.

Così, come si accennava nelle pagine precedenti, la controversia sulla ammissibilità di una disciplina del fine-vita aveva abbandonato il terreno della ragione per spostarsi su quello insidioso dello scontro ideologico tra due falangi opliti, decise a non ascoltarsi e incapaci di capirsi essendo ciascuna troppo impegnata ad imputare all'altra ora la colpa di perpetrare "un'anti-storica superstizione", ora quella di violare il più sacro dei doni della Provvidenza¹²³.

Questo il clima politico. A distanza di poco meno di un mese e mezzo dalla contrastata morte di Eluana Englaro, il 23 marzo 2009 veniva approvato dal Senato il primo disegno di legge sul "testamento biologico": il d.d.l. c.d. Calabrò.

Il testo conteneva un'affermazione decisa della incompatibilità di ogni forma di eutanasia con il sistema ordinamentale italiano ed era diretta a limitare la discrezionalità della giurisprudenza – 'evolutiva con derive eutanasiche' – che, attraverso esegesi costituzionalmente orientate delle norme vigenti, aveva cercato di supplire alla colposa inerzia del legislatore.

Il cuore della disciplina era contenuto nell'art. 3 del disegno di legge, ove si prevedeva la facoltà di porre in essere delle dichiarazioni anticipate di trattamento in previsione di una futura perdita della capacità di intendere e di volere.

In siffatte dichiarazioni il soggetto, sulla base di una completa informazione medico-clinica - espressione del rapporto di alleanza terapeutica fra paziente e medico –

¹²² Per una efficace distinzione fra il testamento biologico e il testamento civilistico, P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di grandi giuristi*. Società e diritto, 2006 p. 15.

¹²³ "E la cosa più dolorosa è che, come in tutte le battaglie ideologiche, si difende un principio incuranti delle sofferenze che questa difesa causa". Così, P.WELBY, *Lasciatemi morire*, cit. p. 105.

poteva accettare o rifiutare i trattamenti sanitari a cui avrebbe potuto essere sottoposto in un eventuale, futuro, stato di incoscienza o incapacità.

Tali trattamenti, tuttavia - veniva specificato - non potevano essere difformi dalle disposizioni del codice di deontologia medica¹²⁴.

Nella *littera legis* dell'articolo, infine, si prevedeva espressamente che il consentito rifiuto delle cure trovava un limite invalicabile nella disciplina in materia di omicidio prevista dagli articoli 575, 579, 580 del codice penale e che restavano esclusi dal medesimo consentito rifiuto la nutrizione e l'idratazione artificiale, intese non come trattamenti sanitari ma come forme di sostegno vitale¹²⁵, fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine "naturale" della vita.

La disciplina, in altri termini, compendia le posizioni che avevano sostenuto l'opposizione alle pronunce giurisprudenziali che avevano autorizzato la sospensione dell'artificiale mantenimento in vita di Eluana Englaro, rendendo il testo normativo - coerentemente con il suo art. 1 rubricato "Tutela della vita e della salute" - più che una legge *sulle* dichiarazioni anticipate di trattamento, una legge *contro* le dichiarazioni anticipate di trattamento.

¹²⁴ L'art. 17 del Codice di deontologia medica, rubricato "*Eutanasia*", sancisce che "il medico, anche su richiesta del malato, non deve effettuare né favorire trattamenti finalizzati a provocarne la morte".

¹²⁵ In tal senso, L. 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. dir. med. leg.*, 2018, n.2, p. 424 ss. L'Autore, in particolare, evidenzia come non possano rientrare nel novero dei trattamenti sanitari tutti gli atti posti in essere da un medico. Tale argomentazione risulterebbe fuorviante, poiché, sebbene sia evidente che, in senso meramente descrittivo, la nutrizione e l'idratazione artificiale siano atti medici perché correlati all'agire del sanitario, essi sul piano funzionale possono avere una natura differente. In questi termini, la qualificazione di un trattamento come sanitario dovrebbe effettuarsi utilizzando i parametri tecnico-scientifici tipici della medicina. Se ne deduce, dunque, che spetterebbe alla medicina rimanere impegnata a valutare - secondo criteriologie o linee-guida proprie - in quali casi la nutrizione e l'idratazione artificiali si configurino effettivamente come trattamenti terapeutici e in quali casi invece siano qualificabili come strumenti irrinunciabili di sostegno vitale. In argomento, inoltre, P. WELBY, che osservava come le tecniche come la tracheotomia, il lavaggio dei reni, le dialisi, il sondino, la Peg, le nutrizioni parenterale ed enterale, in cui il malato riceve trattamenti farmacologici, non rappresentano solo un sostegno vitale, ma sono un vero e proprio atto medico. 'Nonostante ciò che si dica ora nella legge Calabrò, quello che passa nei macchinari non è solo cibo. Non passa mica il succo di frutta o il brodino, passano medicine! Come nessun cuoco userebbe un sondino per servire i propri piatti, così nessun'altro può posizionare la Peg se non un chirurgo in anestesia...altrimenti si chiamerebbe Vissani!'. Cfr. M. WELBY, P. GIANNINI, *L'ultimo gesto d'amore*, Marotta e Cafiero ed., Napoli, 2010, p. 31.

Se già l'asprezza del dibattito intorno alla legge e la volontà di "non comprendere più l'uno la lingua dell'altro"¹²⁶ avevano rallentato l'*iter* legislativo, il diminuire dell'interesse dell'opinione pubblica per la vicenda di cronaca oramai conclusa, diluì anche quello del legislatore all'emanazione della disciplina.

Così, con la conclusione della XVI legislatura, il disegno di legge c.d. "Calabrò" fece la fine della Torre di Babele, probabilmente, per le stesse ragioni.

Restavano le macerie e il vuoto di tutela.

Lo spettro della "giurisprudenza evolutiva con derive eutanasiche" che il naufragato disegno di legge intendeva combattere era rappresentato da una serie di pronunce con le quali la giurisprudenza aveva sopperito alla mancanza di una compiuta previsione della disciplina sul "testamento biologico": prima, attraverso la lunga battaglia legale sostenuta dai coniugi Englaro finalizzata ad ottenere la cessazione delle terapie di alimentazione ed idratazione forzata per la loro figlia Eluana, in stato vegetativo permanente e, poi, con una puntuale applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto con la l. n. 6/2004 e disciplinato nel capo I del titolo XII del libro I del codice civile.

A ben vedere, il decreto di nomina, del 5 novembre 2008, da parte del Tribunale di Modena, di una donna modenese come amministratore di sostegno del marito ammalato di SLA, con il contestuale riconoscimento per la medesima del potere di compiere, in favore dell'amministrato, atti personalissimi, tra cui il rifiuto delle cure, ha segnato una svolta dirompente nel dibattito in ordine al fine vita.

Nel decreto si legge che, secondo il giudice di prime cure, con l'introduzione di un istituto così duttile come l'amministrazione di sostegno fra le fattispecie civilistiche di tutela degli incapaci, il legislatore ha radicalmente modificato il modo di intendere le

¹²⁶ "Tutta la terra aveva una sola lingua e le stesse parole. Emigrando dall'oriente gli uomini capitarono in una pianura nel paese di *Sennaar* e vi si stabilirono. Si dissero l'un l'altro: "Venite, facciamoci mattoni e cociamoli al fuoco". Il mattone servì loro da pietra e il bitume da cemento. Poi dissero: "Venite, costruiamoci una città e una torre, la cui cima tocchi il cielo e facciamoci un nome, per non disperderci su tutta la terra". Ma il Signore scese a vedere la città e la torre che gli uomini stavano costruendo. Il Signore disse: "Ecco, essi sono un solo popolo e hanno tutti una lingua sola; questo è l'inizio della loro opera e ora quanto avranno in progetto di fare non sarà loro impossibile. Scendiamo dunque e confondiamo la loro lingua, perché non comprendano più l'uno la lingua dell'altro". Il Signore li disperse di là su tutta la terra ed essi cessarono di costruire la città. Per questo la si chiamò Babele, perché là il Signore confuse la lingua di tutta la terra e di là il Signore li disperse su tutta la terra. "Genesi"; 11, 1 - 9.

medesime tutele¹²⁷. Si sarebbe, in altri termini, abbandonata la tradizionale concezione della tutela dell'incapace intesa come tutela patrimoniale del medesimo, per delineare un istituto in grado di porre al centro della protezione normativa la persona incapace e le sue esigenze esistenziali, in una più "generalizzata logica garantista dell'essere umano e delle sue esigenze di vita, salute, rapporti familiari e sociali".

Una tale esegesi trova suffragio – si legge nel provvedimento – nella previsione normativa secondo cui è lo stesso interessato a poter nominare l'amministratore di sostegno in previsione di una propria futura incapacità.

Queste considerazioni fondarono un'interpretazione teleologicamente orientata della disciplina novellata nel 2006, in base alla quale l'amministrazione di sostegno assurgeva al ruolo di "istituto appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per l'ipotesi di incapacità che vanno usualmente sotto il nome di 'testamento biologico'".

I due filoni giurisprudenziali, sebbene intrecciati ed accomunati dallo stesso delicato tema del fine vita, si distinguono profondamente.

A ben guardare, invero, mentre l'interpretazione teleologica relativa all'amministrazione di sostegno ha rappresentato una strada per consentire ad un soggetto cosciente e nel pieno delle proprie capacità intellettive di scegliere l'interruzione di un trattamento sanitario – seppure per il tramite del proprio amministratore – la giurisprudenza sul caso Englaro aveva avuto ad oggetto l'ipotesi molto più complessa di una paziente in condizione di stato vegetativo irreversibile – incapace di decidere se interrompere il trattamento sanitario salva-vita – la quale non aveva lasciato alcuna espressa volontà relativa alla prosecuzione o meno delle proprie cure.

Dal decreto del tribunale di Modena emergeva un *input* al legislatore affinché, in una prospettiva *de iure condendo*, si riconoscesse in maniera inequivoca il diritto all'autodeterminazione terapeutica declinato nella sua dimensione di diritto di un paziente, in fin di vita, a rifiutare delle cure essenziali per la sua sopravvivenza.

¹²⁷ Si legge nel punto "D" del decreto n. del 5 novembre 2008 del Tribunale di Modena: "Più che di una riforma, si è trattato di una vera e propria rivoluzione istituzionale come tale riconosciuta, nella sostanza, dalle Corti superiori (Corte Cost., 9 dicembre 2005, n. 440; Cass., 12 giugno 2006, n. 13584; Cass., 29 novembre 2006, n. 25366 e, da ultimo, Cass. 22 aprile 2009 n. 9628), che ha confinato in uno spazio residuale gli ormai desueti istituti della interdizione e dell'inabilitazione".

Al contrario, dalla lunga serie di sentenze relative al caso Englaro emergeva l'urgenza assoluta di un intervento legislativo in materia di "fine vita" – coerente con le norme già vigenti – che consentisse ai cittadini di poter predisporre un "testamento biologico" *pro futuro*, affinché non fosse mai più lasciato a soggetti terzi il drammatico compito di assumere scelte esistenziali per colui che, ormai, non può più.

Tale intervento risultava indefettibile per garantire il rispetto del principio di certezza del diritto e funzionale a mettere al riparo i cittadini dal pericolo della disuguaglianza, intrinseco in tutti i casi in cui l'applicazione della legge è rimessa alla coscienza del singolo giudice.

In siffatti casi, la predisposizione puntuale di una disciplina compiuta e coerente con il dettato costituzionale avrebbe consentito, infine, anche la corretta operatività del fondamentale principio "*in dubio, pro vita*".

3. Disposizioni (e non dichiarazioni) anticipate di trattamento: il consenso informato come *cornerstone* della disciplina.

Negli anni successivi agli annosi dibattiti giurisprudenziali e politici sul tema del "fine vita", sono state presentate in Parlamento differenti proposte di legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento¹²⁸, ma il legislatore è rimasto inerte, fino all'approvazione, il 22 dicembre 2017, della legge n. 219, recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"¹²⁹.

Il *novum normativo* – noto alle cronache come legge sul 'testamento biologico' - si compone di otto articoli che trovano il loro baricentro nel consenso informato del paziente.

¹²⁸ Tra le numerose proposte di legge mai approvate dal legislatore la n. 13/2013, depositata in Senato da L. MANCONI, "*Norme in materia di relazione di cura, consenso, urgenza medica, rifiuto e interruzione di cure, disposizioni anticipate*" e il disegno di legge n. 1088 di iniziativa di L. MANCONI, S. LO GIUDICE e F. PALERMO depositato nel 2014 in Senato, recante "*Norme per la legalizzazione dell'eutanasia*".

¹²⁹ Per una disamina puntuale della legge, M. MAINARDI (a cura di), *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Torino, 2018; ed in particolare, per una puntuale ricostruzione dell' *iter* legislativo che ha preceduto l'approvazione della legge in parola ID, ult. op. cit. pp. 43 e ss. v., inoltre, O. DI GIOVINE, *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita*, in *Cass. Pen.*, 5, 2019, p. 1839.

Invero, l'art. 1 della l. n. 219/2017 disciplina le modalità e i limiti con cui l' esercente la professione sanitaria deve raccogliere il consenso del paziente ed è indiscutibile che la collocazione topografica di tale norma voglia essere piena di significato e lasci trasparire in filigrana il fondamento giuridico essenziale dell'intera disciplina: il principio di autodeterminazione terapeutica.

Il consenso ¹³⁰ validamente espresso, frutto di una autodeterminazione consapevole, infatti, oltre che *prius* ontologico indefettibile per la formulazione delle D.A.T., è anche condizione di liceità di qualsiasi “pianificazione condivisa delle cure¹³¹” tra medico e paziente.

¹³⁰ Per l'evoluzione del concetto di consenso informato, M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente. Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, II ed., Milano 2007, p.21 ss.

¹³¹ Si fa qui riferimento alla rubrica dell'art. 5 l. n. 219/2017 con cui il legislatore si preoccupa di disciplinare, puntualmente, 'l'alleanza terapeutica paritaria' fra medico e paziente. Tale previsione tradisce non solo il superamento della relazione di cura di stampo paternalistico, ma anche della prospettiva della “alleanza terapeutica” intesa come un rapporto non paritario fra medico e paziente. In altri termini, non è solo il vecchio modello c.d. “ippocratico”, perpetuatosi sin dall'epoca greco-romana e consolidatosi nel lungo arco temporale che giunge fino alla fine degli anni '70 del secolo scorso - in virtù del quale il medico, concepito come depositario di un sapere assoluto ed impenetrabile, godeva di un'autorità indiscussa – che ha cominciato ad incrinarsi, *mutatis mutandis*, ma anche l'alleanza terapeutica, intesa come il patto fra due soggetti in posizioni asimmetriche e nel quale il paziente, in una condizione di vulnerabilità, accetta l'opinione dell'esperto, che ha mutato volto. In una prospettiva storico-cronologica dunque, si è passati, così, da una medicina essenzialmente paternalista, il cui connotato precipuo era l'agire o l'omettere di agire per il bene di una persona - anche senza il suo consenso - ad un modello fondato su una relazione paritaria, nella quale assume rilievo centrale l'autonomia personale del paziente, riconosciuto come protagonista di un rapporto terapeutico basato sul diritto di autodeterminazione e sul rispetto delle sue decisioni, nel quale il consenso informato funge da punto di equilibrio. Affinché la scelta della terapia, infatti, sia effettivamente una scelta consapevole del paziente – coerente con le sue convinzioni – è necessario che questi abbia compreso profondamente ogni aspetto della propria terapia. Per ciò è indefettibile che ‘il tempo della comunicazione costituisca il tempo della cura’ ai sensi dell'art. 1 comma 8 l. n. 219/2017; in questo ‘tempo’ è “promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”. Tutto ciò assume particolare rilevanza nelle scelte di fine vita. La tragicità delle ragioni che fondano un rifiuto di trattamenti sanitari ‘*life-saving*’ comporta necessariamente che l'investimento emotivo e l'impegno comunicativo tra i protagonisti della relazione di cura raggiunga una massima intensità. Per questo motivo ci pare di dover accogliere con particolare favore la previsione dell'art. 5 l. 219/2017, la quale, avendo favorito un rafforzamento dell'elemento fiduciario e del carattere collaborativo, ha rafforzato la rilevanza dell'alleanza terapeutica. In tal senso, S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il Governo del corpo*, vol. II, *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 1901 ss. Inoltre, in tema di evoluzione del rapporto medico paziente, *funditus*, M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di) *Il testamento biologico. Verso una proposta di legge*, II ed., Milano 2007, p. 43 ss., nonché, A. DE SANTIS, *Riflessioni etico-giuridiche sulla medicina di fine vita. Strumenti di tutela dell'autodeterminazione*, Canterano, 2019, p. 17 e ss. V. pure A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. i nuovi paradigmi del “fine vita”*, in *Riv. It. Med. Leg. e Dir. in campo sanitario*, 3, 2016, p. 1139, nonché C.

Accogliendo le più avvedute esegesi della giurisprudenza e della dottrina, il legislatore in sostanza sancisce il principio per cui la *voluntas*, libera e consapevole, del paziente è condizione indefettibile per un trattamento sanitario, attuale o futuro.

Il riconoscimento, in particolare, del diritto ad esprimere un consenso – o un dissenso – alle cure, vincolante *pro futuro*, rappresenta uno degli aspetti più innovativi della legge.

In questa prospettiva, vengono regolate tanto le ipotesi del paziente vigile il quale, in possesso della propria capacità di intendere e di volere, decida di non sottoporsi ad un trattamento sanitario, tanto quelle del paziente in stato di incoscienza, che potrà confidare nella esecuzione delle proprie volontà, espresse prima della malattia.

Si consente, cioè, a chi lo desidera, di esprimere il proprio consenso in materia di trattamenti sanitari - ‘ora per allora’ - mediante le disposizioni anticipate di trattamento in previsione di una – eventuale – futura condizione di incapacità di autodeterminarsi.

Anche la nomenclatura utilizzata dal legislatore, lungi dall’essere casuale, è foriera di significato: si parla di *disposizioni* anticipate di trattamento e non più – come nel precedente disegno di legge c.d. Calabrò – di *dichiarazioni*.

Gli atti dispositivi, invero, costituiscono per l’esercente la professione sanitaria a cui sono diretti un vero e proprio obbligo rientrante tra quelli di cura, innanzi al quale questi – in assenza della previsione di una obiezione di coscienza¹³² – non può sottrarsi.

Tale profilo ci sembra meritare particolare attenzione, in quanto viene rimarcato, nel testo legislativo, anche dalla previsione di uno stesso obbligo all’esecuzione delle D.A.T. che grava in capo ad ogni struttura sanitaria del Paese, a prescindere dalla natura pubblica o privata della medesima e dalla origine delle sue più consistenti sovvenzioni, laiche o religiose¹³³.

CASONATO, *Taking sick rights seriously: la pianificazione delle cure come paradigma di tutela delle persone malate*, in *Riv. It. Med. Leg. Dir. in campo sanitario*, 3, 2018, p 947.

¹³² In argomento v. *supra* Cap I, par. 9 nonché *infra*, par. 6.

¹³³ Il comma 9 dell’art. 1 l. n. 217/2018 recita: “Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge”. Tale obbligo in capo ai sanitari, nonché la vincolatività *pro futuro* delle disposizioni appaiono confermati inoltre dall’art. 5 del medesimo testo normativo, dove si dispone che “nella relazione tra paziente e medico rispetto all’evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione

È altresì prevista la possibilità di provvedere alla nomina – revocabile e rinunciabile¹³⁴ - di un soggetto, capace di intendere e di volere nonché maggiorenne, che possa assumere la veste di fiduciario, con il compito di fare da intermediario fra gli esercenti la professione sanitaria ed il paziente nell’infesta ipotesi di perdita, da parte di quest’ultimo, della capacità di autodeterminazione.

Nel garantire il diritto al rifiuto del trattamento sanitario, il legislatore ha espressamente previsto anche il diritto del paziente di sospendere il medesimo già in corso¹³⁵.

delle cure condivisa tra paziente e medico, alla quale i sanitari sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non potere più esprimere validamente il proprio consenso”.

¹³⁴ Al pari delle stesse D.A.T., anche la nomina del fiduciario può essere revocata in qualsiasi momento. È altresì previsto che questi possa rinunciarvi, senza vincolo, purché tale rinuncia avvenga con le stesse formalità della nomina, coerentemente con la logica del *contrarius actus* e in ottemperanza del principio di relatività, sancito dall’art. 1173 c.c.. Nell’ipotesi in cui il fiduciario venga a mancare, perda i requisiti soggettivi necessari per tenere fede al proprio incarico - prima di colui che rilascia la sua nomina nelle D.A.T. – oppure vi abdichi, la disciplina – fermo restando la validità delle D.A.T. – prevede la nomina suppletiva di un amministratore di sostegno, da parte del giudice tutelare. Tale previsione ha dato luogo a critiche da una parte della dottrina alla l. n. 219/2017. Viene evidenziato, in particolare, che la novella legislativa, posta in rapporto proprio con l’istituto dell’amministrazione di sostegno – e soprattutto con i poteri del medesimo in materia di compimento di atti personalissimi tra cui il rifiuto delle cure, riconosciuto e consolidato nella giurisprudenza di merito – si porrebbe come una inutile superfetazione legislativa. *Ad adiuvandum*, l’inutilità della legge viene fondata anche sulla considerazione secondo cui il diritto al rifiuto delle cure salva-vita era già un principio indiscusso del nostro ordinamento poiché fondato sul dettato Costituzionale e sulle fonti sovranazionali, nonché riconosciuto da una giurisprudenza ormai consolidata. In tal senso, approfonditamente, G. AZZONI, *Una legge formalmente (semanticamente) inutile e sostanzialmente (pragmaticamente) pericolosa*, in Newsletter OLIR.it - Anno XV, n. 1/2018. Diversamente opina chi ha salutato con favore un primo tentativo – seppure incompleto - del legislatore di proporre una regolamentazione puntuale delle D.A.T. sul presupposto che tale approccio fosse più confacente con un ordinamento positivo di *civil law* come il nostro. Lasciare alla subiettiva – nonché personale – coscienza del singolo giudice la responsabilità di approntare una soluzione interpretativa in una materia così delicata, invero, non può che andare a detrimento del fondamentale principio di certezza delle situazioni giuridiche e inoltre, esporre i consociati al rischio di diseguaglianze nell’applicazione della legge contrarie al principio di cui all’art. 3 Cost.. A ciò deve naturalmente aggiungersi che la disciplina sul consenso informato deve essere conciliata con la disciplina del codice penale vigente in materia di tutela della vita. Il principio di legalità penale di cui all’art. 25 Cost., in questi termini, imponeva un intervento espresso da parte del legislatore. In tal senso, S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante ‘norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento’)*, in *Riv. It. di Med. Leg. e del Dir. in campo sanitario*, 2017, 3, p. 975. Infine, per una definizione della disciplina dei poteri dell’amministratore di sostegno nel compimento di atti personalissimi, Corte Cost., sent. n. 144/2019, con cui la Consulta ha rigettato perché non fondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., sollevata in merito all’art. 3 commi 4 e 5 l. 219/2017 nella parte in cui stabilisce che l’amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l’assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento possa rifiutare, senza l’autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell’amministrato.

¹³⁵ L’art. 5 l. 219/2017 prevede, invero, che “Il paziente (...) ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l’interruzione del trattamento”.

Come si accennava nelle pagine precedenti, il riconoscimento all'autodeterminazione terapeutica *nella vita* appare dunque un principio pacificamente acquisito dal nostro ordinamento giuridico nel novero dei diritti fondamentali; maggiori difficoltà di emersione, invece, continua a trovare il diritto all'autodeterminazione terapeutica *nella morte*.

Sebbene siamo profondamente persuasi che la novella legislativa possa, pacificamente, interpretarsi nel senso di riconoscere il diritto del paziente a rifiutare qualsiasi tipo di trattamento sanitario, anche se da tale rifiuto derivi la morte, ci appare impossibile nascondere la delusione per una scelta legislativa poco coraggiosa, che, ancora una volta, opta per una soluzione terminologica di compromesso e che non soppesce definitivamente i dibattiti.

La struttura della legge, invero, appare ambigua.

In primo luogo, l'*incipit* dell'art. 1 richiama come norme primarie di riferimento dell'intera novella legislativa il combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione nonché negli artt. 1, 2 e 3 della Carta di Nizza, equiparando nel rango i diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, e stabilisce che *nessun* trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito in assenza del consenso libero e informato della persona interessata.

L'esegesi più ovvia di questa disposizione – nel senso di avere finalmente acquisito l'orientamento della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza consolidata che sostengono l'esistenza del diritto a rifiutare *qualsiasi* trattamento sanitario, anche se ciò cagioni la morte del paziente, in base al riconoscimento del diritto alla tutela della dignità della persona ottenuto tramite un oculato bilanciamento fra tutti i suoi diritti fondamentali, tra cui autodeterminazione e vita – viene scalfita dalla clausola di salvezza che conclude lo stesso articolo 1: “Tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”.

Fra i casi espressamente previsti dalla legge, che impongono all'esercente la professione sanitaria di non cagionare, tramite condotte attive o omissive, la morte del paziente, c'è, senz'altro, la disciplina del codice penale in tema di tutela della vita ed in particolare quella dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio¹³⁶.

¹³⁶ Sull'argomento, più approfonditamente, *infra*, Cap III.

Dall'altro lato, però, l'art. 1 co. 5 sancisce che ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare un trattamento sanitario e revocare il consenso precedentemente prestato al medesimo, al fine di interromperlo, nelle forme del consenso informato, disciplinato al comma 4.

In relazione al rispetto dell'autodeterminazione del malato, la possibilità della revoca del consenso al trattamento riveste un'importanza fondamentale poiché, consentendo espressamente la possibilità di interrompere, in qualsiasi momento, un trattamento, la previsione attribuisce di fatto al paziente il diritto di provare l'efficacia del medesimo senza l'angoscia di rimanervi intrappolato.

A ben guardare, questa disposizione appare perfettamente idonea a ricomprendere tutti i casi in cui ad un paziente venga somministrato un trattamento salva-vita, senza il quale non sarebbe più in grado di sopravvivere. Se si accettasse l'idea di un divieto di interruzione dei trattamenti sanitari essenziali alla sopravvivenza – perché cagionando, di fatto, la morte del malato, la condotta del medico rientrerebbe in quelle incriminate dalla disciplina dell'omicidio del consenziente ex art. 579 c.p. – si arriverebbe all'assurdo di costringere il paziente a rifiutare in anticipo le cure per evitare il rischio di non potersene più liberare.

Inoltre, la circostanza che dal testo debba trarsi la *voluntas* del legislatore di ricomprendere il diritto al rifiuto delle cure salva-vita, pare suffragata dalla previsione dello stesso comma 5 dell'art. 1, laddove equipara espressamente la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale – la cui somministrazione è ontologicamente funzionale a garantire la sopravvivenza di un paziente in stato vegetativo - ai trattamenti sanitari.

Se i trattamenti sanitari sono rifiutabili perché nessuno di essi può essere somministrato o proseguito senza il consenso informato del paziente e se l'idratazione e nutrizione artificiale sono ricompresi nel novero dei trattamenti sanitari, dovrebbe potersi sostenere che idratazione e nutrizione artificiale possono essere rifiutati.

Ed il rifiuto dell'idratazione e della nutrizione forzata comportano la morte del paziente.

Dunque, dal testo di legge può trarsi che tutti i trattamenti sanitari possono essere oggetto di rifiuto e sospensione, compresi quelli salva-vita.

Che questa fosse la *mens legis* si evince anche da un'esegesi storicamente orientata delle norme, oltre che dal dato letterale. A ben vedere la disposizione si pone in aperta soluzione di continuità con l'art. 3 del disegno di legge c.d. Calabrò che invece – *expressis verbis* – li identificava non come trattamenti sanitari ma come forme di sostegno vitale, fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla conclusione “naturale” della vita e non ne consentiva il rifiuto¹³⁷.

Tale scelta legislativa, insomma, lungi dal rappresentare una superfetazione, comporta delle conseguenze di non poco momento in quanto pone – o dovrebbe porre – fine all'acceso dibattito in materia¹³⁸, sancendo la possibilità di rifiutare pratiche che sono idonee a preservare il corpo e le funzionalità biologiche di un paziente in stato vegetativo per lunghissimo tempo e che consentirono ad Eluana Englaro di rimanere in coma irreversibile per diciassette anni.

L'entusiasmo dei sostenitori del diritto all'autodeterminazione terapeutica come diritto al rifiuto anche delle cure salva-vita si è acceso, poi, per la parte conclusiva del comma 5 dell'art. 1. La norma prosegue, infatti, disciplinando i doveri del sanitario nel caso in cui il paziente rinunci ad un trattamento necessario alla propria sopravvivenza e, nel comma seguente, introduce una causa di non punibilità per il medico che, ‘tenuto a rispettare la volontà espressa del paziente al rifiuto del trattamento’, è per ciò esente da responsabilità civili e penali per le conseguenze che dall'omissione di cura derivano.

In altri termini, dalla l. n. 219/2017 si evince che un nocumento all'integrità fisica o alla vita del paziente, derivante da una specifica scelta terapeutica di quest'ultimo, non potrà fondare né un danno ingiusto cui connettere una pretesa

¹³⁷ Si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo 2.

¹³⁸ Da un lato, nel parere del Comitato Nazionale per la Bioetica in materia di “*Alimentazione e idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*” del 30 settembre 2005 si definivano i medesimi: “atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente), in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere”; dall'altro lato, la Società Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale (SINPE), nel gennaio 2007, sosteneva la natura medica di siffatti trattamenti, precisando che “La nutrizione artificiale (NA) è da considerarsi a tutti gli effetti un trattamento medico fornito a scopo terapeutico. Non è una misura ordinaria di assistenza - come lavare o imboccare un malato non autosufficiente -, si configura, invece, come un trattamento medico sostitutivo, al pari della ventilazione meccanica e della emodialisi; inoltre la miscela nutrizionale è da ritenere un preparato farmaceutico che deve essere richiesto con una ricetta medica e deve essere considerato una preparazione galenica magistrale, non essendo un prodotto confezionato in commercio”. I giudici della Corte Suprema di Cassazione con la nota sentenza n. 21748 del 16.10.07 hanno aderito al secondo orientamento, affermando: “Non vi è dubbio che l'alimentazione e l'idratazione artificiale con sondino nasogastrico costituiscano trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche”.

risarcitoria da responsabilità aquiliana – ai sensi dell’art. 7 l. n. 24/ 2017 (c.d. Gelli Bianco) – né, tantomeno, una offesa, penalmente rilevante, idonea a fondare la sussistenza di un reato di lesioni o di istigazione o aiuto al suicidio nonché di omicidio del consenziente di cui agli artt. 579 e 580 del codice Rocco¹³⁹.

Dalle considerazioni fin qui svolte parrebbe emergere il riconoscimento legislativo, inequivoco, di un diritto del paziente a ‘lasciarsi morire’ – e quindi la legittimazione di quella pratica che, chiamata con il suo proprio nome, è l’eutanasia passiva - se non fosse per la chiosa conclusiva della stessa disposizione, secondo la quale “il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche-clinico assistenziali; a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi professionali”.

Deve evidenziarsi, dunque, come il diritto all’autodeterminazione terapeutica *nella morte* abbia trovato un riconoscimento indubbio ma implicito e che la previsione di un diritto al rifiuto del trattamento sanitario, comprendente esplicitamente anche le cure salva-vita, non avrebbe fatto la differenza sul piano concettuale, ma sarebbe apparsa una scelta meno pavida e più coerente con quella determinatezza che l’organo legislativo deve ai cittadini nel cui nome legifera, soprattutto in materia di responsabilità penale¹⁴⁰.

¹³⁹ Deve soggiungersi che la natura giuridica della causa di non punibilità appare assai controversa. Non solo l’ipotesi introdotta dalla legge 219/2017 va ad aggiungersi ad un’area già indistinta come è quella delle ipotesi di non punibilità - in argomento, per tutti, M. GALLO, *Soglie di punibilità*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F.SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit. laddove osserva che “sotto il lemma circostanze di esclusione delle punibilità trovano allocazione fatti giuridici e situazioni esistenziali non soltanto del tutto diversi fra loro, ma tali da reagire sul dato cui aderiscono in modi e forme che hanno in comune soltanto l’effetto di escludere la responsabilità penale” – ma anche, appare caratterizzarsi per degli elementi molto particolari che ne rendono difficoltosa la riconducibilità alle ipotesi “classiche” di esclusione della punibilità. In argomento, ed in particolare, per la riconducibilità della ipotesi di non punibilità introdotta dalla legge in materia di ‘disposizioni anticipate di trattamento’ al novero delle “giustificazioni procedurali”, ampiamente, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018.

¹⁴⁰ In argomento, lucidamente, M. GALLO: “Mi vado convincendo sempre di più che un testo normativo deve enunciare tutto ciò che, ad avviso del proponente, la regola di diritto vuole esprimere. Non ci dovrebbero essere, insomma, silenzi ingiustificati e nemmeno tentativi di una scrittura scarna, quasi ermetica, che sacrifichi la chiarezza alla concisione”. Cfr. M. GALLO, *Il senso di una paroletta in Critica del diritto*, 2013, 3, p. 278. Siffatto richiamo all’onestà intellettuale, che l’Autore, formulava in rapporto alla disciplina dell’art 416-ter, appare in materia di trattamenti di fine vita ancor più fondato se si considera che i destinatari della l. 219/2017 sono degli esercenti la professione sanitaria, e dunque, professionisti – poco avvezzi al linguaggio giuridico - tenuti a conoscere della *loro* scienza ed abituati a ragionare in termini di applicazione o meno di regole certe e protocolli, non certo abituati ad interpretare le une e gli altri.

Viene, ancora una volta, lasciato all'interprete il compito di mettere in luce che il rapporto fra l'incriminazione dell'omicidio del consenziente e la causa di non punibilità introdotta dalla l. n. 219/2017 è di specialità, per cui - in applicazione del generale principio compendiato nel brocardo latino *lex specialis derogat legi generali* - l'incriminazione è destinata a soccombere rispetto al dovere del medico di ottemperare alle richieste del paziente,.

Saranno nuovamente la dottrina nello studio della disciplina e la giurisprudenza nella sua applicazione a dover fornire, inoltre, una interpretazione univoca del nuovo quadro normativo e a delineare i rapporti fra la non punibilità del medico che, in ottemperanza delle volontà del paziente, non somministri o interrompa un trattamento sanitario salva-vita, gli obblighi di deontologia medica e l'ineffabile nebulosa delle 'buone pratiche clinico assistenziali'.

L'unica interpretazione ragionevole della disciplina ci appare quella di considerare che dal novero delle violazioni di legge contrastanti con il dovere del medico di ottemperare alle volontà del paziente vadano espunte le condotte volte a cagionare lesioni o la morte del medesimo per effetto della somministrazione o interruzione di un trattamento sanitario scelto dall'ammalato, su consiglio del sanitario. Così come appare necessario interpretare la clausola conclusiva del comma 5 dell'art. 1 nel senso di un divieto di interventi contrari alla dignità umana e individuare il significato di tale disposizione nel contrasto di eventuali distorsioni del diritto all'autodeterminazione terapeutica dettate da ragioni di degrado economico e sociale.

É il caso di evidenziare, tuttavia, che una simile preoccupazione di marca solidaristica avrebbe richiesto uno sforzo esplicativo maggiore e una *sedes materiae* più opportuna.

In particolare, una siffatta tutela trova la sua collocazione più confacente nella disciplina del consenso informato e nella disciplina esplicitamente dettata dall'art. 5 l. n. 219 in materia di pianificazione condivisa delle cure.

É in un momento precedente alla scelta del piano terapeutico, infatti, che il sanitario deve accertarsi che tale scelta sia, effettivamente, libera e consapevole e, dunque, che il paziente l'abbia assunta sulla base di una spiegazione del proprio quadro clinico, parametrata al livello culturale e alla condizione economica e sociale

dell'ammalato, affinché questi sia tenuto al sicuro da discriminazioni ingiuste dovute ad una condizione di asimmetria informativa¹⁴¹.

Sebbene siamo certi che l'ambiguità terminologica del legislatore non mancherà di suscitare discussioni in dottrina e nonostante sia stata persa una preziosa occasione di deflazione del contenzioso giudiziario, non ci pare, in conclusione, possibile individuare uno spazio per continuare a negare cittadinanza, all'interno dell'ordinamento italiano, al diritto di rifiutare le cure salva-vita e dunque all'eutanasia passiva.

4. Eutanasia e suicidio; l'insostenibile leggerezza dei tabù.

Tra le più spinose difficoltà che si incontrano studiando la disciplina relativa al fine-vita c'è, senza dubbio, l'equivocità dei termini che si scelgono per descriverla, disciplinarla e perfino per dibatterne.

Tale profilo, per la verità, è comune a tutte le scelte eticamente sensibili e trova una ragione di fondo: un formale *politically correct* come viatico per aggirare la *deductio ad absurdum*¹⁴² delle argomentazioni sostanziali che, invece, dovrebbero contemperarsi¹⁴³.

¹⁴¹ Per un approfondimento sui doveri di solidarietà e i 'dubbi laici' sulla disciplina della l. 219/2017, v. *infra*, par. 2.

¹⁴² L'argomento classico che viene utilizzato in opposizione al riconoscimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica come fondamento di liceità di alcune condotte astrattamente riconducibili agli artt. 579 e 580 del c.p. è il c.d. '*slippery slope argument*', ossia quel sistema di ragionamento che partendo da una tesi ne trae conseguenze presentate come inevitabili ma, in realtà, assolutamente arbitrarie, in modo da riconnettere alla tesi iniziale una conclusione finale inaccettabile. Si evidenzia, per esempio, come il riconoscimento di una eutanasia pietosa si caratterizzi per una 'fatale incontenibilità', poiché "una volta aperta la breccia nel principio dell'intangibilità della vita, sul presupposto del "motivo pietoso" si chiude la "scivolosa china dei passi successivi" come l'esperienza insegna". "Di passaggio in passaggio a categorie affini la nozione di eutanasia si andrebbe dilatando: da quella passiva a quella attiva del moribondo, del malato incurabile non terminale e poi del mostro e perché non anche del malato di mente? Col rischio di trasformare l'eutanasia pietosa da fenomeno individuale ed isolato a fenomeno collettivo su larga scala e l'estrema difficoltà, per altro, di distinguere il comune omicidio dall'eutanasia". Cfr. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, cit. p 8. Ebbene, non può farsi a meno di notare come siffatto schema argomentativo non appaia estraneo alla c.d. dialettica eristica, ossia l'arte di disputare al fine di ottenere ragione. Nel suo decalogo dei trentotto stratagemmi per avere ragione, A. SCHOPENHAUER, recuperando l'eredità di CICERONE e MACHIAVELLI, insegna come è possibile, in uno scontro dialettico, annientare le ragioni dell'avversario, a prescindere dalla fondatezza dei propri argomenti. Connessi alla tecnica dell'argomento della 'fallacia del piano inclinato' appaiono: a) lo stratagemma 1: 'l'ampliamento'. "Condurre l'affermazione dell'avversario oltre i suoi limiti naturali, spiegarla nel modo più generico possibile ed esagerarla (...) poiché più generale diventa un'affermazione, a maggiori possibili attacchi essa è esposta". Nel caso di specie, Mantovani amplia il

Ciò emerge con nettezza già se solo ci si sofferma, nel dibattito fra i sostenitori della indisponibilità assoluta della vita e coloro che invece invocano il diritto a scegliere quando e come concluderla, sul *nomen* che si suole dare alle posizioni in conflitto.

I primi, si identificano, infatti, come ‘*pro-life*’ o ‘*pro-vita*’. Nella sola scelta terminologica, coloro che invocano l’intervento del diritto penale e sostengono la necessità di incriminare qualsiasi forma di disposizione della vita, assumono anche – sulla base dell’ovvia sistematica del ragionamento antinomico - che qualsiasi posizione difforme o contraria sia ‘*pro-morte*’, ossia favorevole alla morte¹⁴⁴.

In altri termini, chi chiede di esercitare il proprio diritto all’autodeterminazione terapeutica, al rifiuto di un trattamento sanitario salva-vita o all’interruzione della propria esistenza quando essa è divenuta unicamente fonte di sofferenza diventa un ‘sostenitore della morte’.

Questo tipo di estreme relativizzazioni viene arricchito, talvolta, anche da tentativi di suscitare, nella discussione, l’emotività e la rabbia di chi dibatte, evocando passate esperienze sofferte o nefasti scenari futuri. La tecnica argomentativa del “se in

concetto di eutanasia pietosa fino a ricondurlo all’omicidio di soggetti incapaci. b) Lo stratagemma 2: ‘l’omonimia’. “Utilizzare l’omonimia per estendere l’affermazione fatta a ciò che, eccetto la parola uguale, ha poco o nulla in comune con l’argomento in questione”. Nel nostro caso, si estende il concetto di eutanasia pietosa a quello ‘dell’omicidio del mostro’. c) Lo stratagemma 32: “possiamo rapidamente annullare o almeno rendere sospetta una affermazione a noi opposta dall’avversario, riportandolo sotto una categoria odiosa, anche se essa sia in relazione con questa solo attraverso una somiglianza o in modo non vincolante”. Mantovani lascia intendere che l’eutanasia pietosa sia riconducibile all’omicidio in generale e, in particolare, all’omicidio di soggetti fragili e vulnerabili. Così, consentire – in casi specificamente regolamentati – che il diritto all’autodeterminazione terapeutica possa fondare il diritto di rifiutare le cure comporterebbe, automaticamente, la non punibilità dell’omicidio di soggetti incapaci. Per approfondimenti sul tema della dialettica eristica, A. SCHOPENHAUER, *Eristische Dialektik - Die Kunst, Recht zu behalten* (1831), trad. it. a cura di G. G. GIANI, *L’arte di ottenere ragione*, Roma, 2013, p. 53 ss.

¹⁴³ In questo senso, le riflessioni di M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 97, che evidenzia come nonostante sia abbastanza pacifico che per eutanasia in senso tecnico debba intendersi una attività operata da un soggetto qualificato – sanitario - su un paziente che versi in condizioni patologiche particolarmente gravi e oggettivamente accertabili, “la letteratura giuridica più recente si è mostrata restia ad utilizzare questa espressione, ormai carica di significati simbolici e di spettri del passato, optando per l’adozione di soluzioni più neutrali”.

¹⁴⁴ Questa tecnica argomentativa si riconduce alle regole della dialettica eristica, per cui si rinvia alla nota n. 47. In particolare: “Se il discorso verte su un concetto generale privo di un nome proprio, ma che deve essere indicato in senso tropico con una similitudine, noi dobbiamo allora scegliere subito la similitudine in modo tale che sia favorevole alla nostra affermazione (...). Questa è una sottile *petitio principii*: ciò che si vuole all’inizio dimostrare lo si mette prima nella parola, nella denominazione da cui esso poi ha origine mediante un semplice giudizio analitico”. Cfr. ‘stratagemma 12’ in A. SCHOPENHAUER, *Eristische Dialektik - Die Kunst, Recht zu behalten*, cit., p. 85 ss.

quel letto, a chiedere di morire, ci fosse tua sorella¹⁴⁵?” è lungi dall’essere un innocuo atecnicismo colloquiale. Si tratta invece di una raffinata forma di dialettica eristica funzionale ad utilizzare la paura e la rabbia per la sofferenza e la perdita, al fine di confondere l’interlocutore¹⁴⁶.

Oltre ad avere il demerito di trascinare, all’interno di un dibattito giuridico, questioni assolutamente estranee a quest’ultimo, questa abitudine porta con sé un altro errore metodologico: rende nebulosi i confini della tematica del fine-vita per comprendere al suo interno le situazioni più diverse.

Così, come per limitare le “derivate utilitaristico-edoniste delle dottrine liberali¹⁴⁷” il transessualismo, l’aborto, l’eutanasia e il rifiuto di cure sono mescolate nel medesimo insieme – come se avessero in comune più della idoneità a disturbare la morale personale di chi non le approva -, il diritto all’autodeterminazione terapeutica viene equiparato al diritto al suicidio di minori e incapaci nonché alle più varie ed eventuali filosofie eugenetiche¹⁴⁸.

Il risultato di un simile approccio ha condotto i sostenitori della tesi ‘*pro choice*’ – ossia coloro difendono il diritto di ogni essere umano di assumere scelte esistenziali sulla propria sfera individuale in autonomia, seguendo la propria coscienza – a conservare le proprie posizioni, ma riproponendole – con sforzi argomentativi di non poco momento - in una terminologia innovativa e mutevole.

L’insostenibile leggerezza dell’abitudine al politicamente corretto, sacrificando sull’altare del compromesso formale la chiarezza concettuale del dibattito, ha contribuito a comportare una vera e propria tabuizzazione di alcuni termini – come

¹⁴⁵ Un esempio in particolare si ritrova nella recente campagna contro l’eutanasia e il suicidio assistito della *Onlus Pro Vita & Famiglia* in www.provitaefamiglia.it.

¹⁴⁶ Anche in questo caso siamo di fronte ad una tecnica argomentativa che si riconduce alle regole della dialettica eristica, per cui si rinvia alle note n. 142 e n. 144. “Per avere ragione bisogna provocare l’ira dell’avversario, poiché in preda all’ira egli non è in grado di giudicare rettamente e di percepire il suo vantaggio. Lo si fa adirare facendogli apertamente torto, vessandolo ed essendo in genere impudenti”. Cfr. Stratagemma 9, in A. SCHOPENHAUER, *Eristische Dialektik - Die Kunst, Recht zu behalten, cit.*, p. 83.

¹⁴⁷ In argomento v. *supra*, Cap I, par. 4.

¹⁴⁸ “Anche l’eutanasia sta bussando alla porta della nostra civiltà. Ed è una delle tante forme di aggressione alla persona umana, assieme alla sperimentazione, ai prelievi di organi da soggetti di morte incerta, alla psicoturgia modificativa della personalità, alle manipolazioni genetiche non terapeutiche, all’embrionicidio e all’embrio-sperimentazione, alla espropriazione della paternità nella inseminazione artificiale extramatrimoniale, alla locazione della donna per meri fini riproduttivi e alla commercializzazione del nato, per non parlare delle future possibilità della riproduzione clonata di uomini in serie, della ibridizzazione uomo-animale, della ibernazione, del trapianto di cervello ecc.” Cfr. F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell’eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 2, p. 21 ss.

quelli di eutanasia¹⁴⁹ e di suicidio¹⁵⁰ - e ha indotto anche il legislatore all'adozione di una terminologia inutilmente ambigua¹⁵¹.

Sebbene ci appaia nobile il proposito di approfondire grande energia nella ricerca di un compromesso tra le posizioni in conflitto affinché siano sempre tenute lontane le suggestioni radicali di entrambe, ci appare parimenti importante evidenziare come tale

¹⁴⁹ L'etimologia del termine eutanasia deriva dalla parola greca εὐθανασία composta di εὖ «bene» e θάνατος «morte». Nel pensiero filosofico del mondo antico, invero, evocava l'idea di una morte bella poiché non dolorosa e ottenuta ponendo deliberatamente fine alla vita di un paziente affetto da un male incurabile per evitare di costringerlo ad una lunga agonia. Il termine aveva una connotazione positiva e richiamava il medico al suo dovere non solo di curare le malattie, ma anche di intervenire per lenire le sofferenze; in tal senso anche SVETONIO, *De vita Cesarum*, libro II, *Divus Augustus*, scrive: “*Sortitus exitum facilem et qualem semper optaverat. Nam fere quotiens audisset cito ac nullo cruciatu defunctum quempiam, sibi et suis euthanasiam similem (hoc enim et verbo uti solebat) precabatur*” ossia: “Ebbe così una morte dolce, come aveva sempre desiderato. Infatti, quasi sempre quando gli si annunciava che una persona era morta rapidamente e senza soffrire, chiedeva agli dei per sé e per i suoi una simile eutanasia (questo il termine di cui era solito servirsi)”. Deve evidenziarsi però che l'idea di eutanasia con finalità altruistiche non era comune nel mondo antico; le società greche e romane, invero, la giustificavano, in alcuni casi, nella necessità di tutelare la floridità e sicurezza della *polis*, in funzione della quale era concepita la vita dell'individuo. Così, come vuole la nota leggenda dell'esposizione degli infanti malformati sul monte Taigeto a Sparta, l'eutanasia era anche concepita come l'eliminazione di una vita non degna di essere vissuta, perché essenzialmente disfunzionale rispetto a società fondate su un ideale utilitaristico collettivista. Non è un caso, invero, che una concezione simile di eutanasia si fosse diffusa anche nella Germania nazionalsocialista. Come viene puntualmente evidenziato da MAGRO, invero, nei Paesi d'oltralpe, pur essendo noto il termine di origine greca, la tematica della disciplina del fine vita è ricondotta sotto il *nomen* di *Sterbehilfe*, la cui traduzione italiana è 'aiuto a morire' o 'aiuto nel morire'. La preferenza trova la sua *ratio* nel fatto che il termine eutanasia era stato scelto da Hitler, durante il regime nazista, per il suo programma di eliminazione dei malati di mente, ossia di vite che il regime considerava 'non degne d'essere vissute' poiché 'inutili'. M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 97. In argomento di eutanasia eugenetica nazista e per una ricostruzione della c.d. 'Aktion T4' messa in piedi da alcuni gerarchi nazisti – in particolare, K. BRANDT, G. WAGNER e L. CONTI, per realizzare lo sterminio di massa di qualsiasi tipo di essere umano affetto da patologie mentali o *deficit* psicofisici tali da poter contaminare con la propria 'degenerazione genetica' la purezza della razza ariana, per tutti, R.J. LIFTON, *I medici nazisti. Storia dei medici che divennero i torturatori di Hitler*, trad. it. L. Sosio (a cura di), BUR Rizzoli, 2016. La memoria di tali orrori è importante; ma altrettanto lo è riappropriarsi della dimensione moderna del concetto di eutanasia che si fondi sul principio solidaristico e su quello personalistico. L'affermazione di una siffatta concezione di eutanasia, in chiave moderna, si deve, nella ricostruzione di MAGRO, a L. TOLLEMACHE, che l'ha associato alla sofferenza intollerabile dovuta ad una malattia senza cura che fonda il dovere dei sanitari, con il consenso del paziente in fin di vita, di provvedere alla somministrazione di un trattamento terapeutico funzionale a provocare una morte indolore, come unica strada per ottenere la cessazione della sofferenza; cfr. M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 96. Per una definizione di eutanasia dunque G. CORBELLINI, voce *Eutanasia*, in *Enc. It. Treccani*, - VII App., 2006; F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, p. 422 ss. Per una classificazione in termini definitori dei diversi tipi di eutanasia, F. STELLA, *Eutanasia attiva ed eutanasia passiva: problematiche giuridiche*, in *Rass. giur. sanità*, 1985, p.172; inoltre, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 37 ss.

¹⁵⁰ V. *infra* Cap. III.

¹⁵¹ Sulle ambiguità della disciplina di cui alla l. n. 219/2017, in materia di disposizioni anticipate di trattamento, v., *infra*, anche par. 5 e 6.

compromesso debba avere natura sostanziale – e dunque concernere la ragionevolezza del bilanciamento dei valori costituzionali in conflitto – e non meramente formale.

Con il proposito specifico, dunque, di riportare sul piano sostanziale un dibattito che pare essersi spostato in una dimensione semantica, ci sembra necessario fare chiarezza ¹⁵² su quella sistematica terminologica nebulosa, così manifestamente incompatibile con la tutela di diritti fondamentali come l'autodeterminazione e la vita, che confonde concetti come eutanasia, rifiuto di cure e suicidio assistito.

A ben vedere, la *reductio ad unitatem* di questi tre concetti è possibile solamente se li si osserva sotto il duplice profilo della fenomenologia del risultato cui tendono, e dei soggetti attivi e passivi coinvolti.

In termini generali, può dirsi che tutte e tre le fattispecie, invero, mirano ad ottenere la morte di un soggetto affetto da una patologia che gli impone intollerabili limitazioni e atroci sofferenze, fisiche quanto psicologiche; allo stesso modo, pertanto, tali procedure, per essere lecite, devono essere eseguite tutte sotto il vigilante controllo di un operatore tecnico, esercente la professione sanitaria, che sia vincolato ad un protocollo procedimentale specifico.

Le affinità, però, fra eutanasia, rifiuto di cure e suicidio assistito, si riducono a questo poiché questi tre concetti si differenziano tra loro per una molteplicità di aspetti e, conseguentemente, per la loro disciplina.

In primo luogo, il concetto di eutanasia è quello che più di tutti è stato oggetto di distorsioni. Sebbene, infatti, la paternità di questa nozione venga attribuita al filosofo inglese Bacone ¹⁵³ - il quale la descrive, in un'accezione positiva, come espressione dell'obbligo del medico di alleviare la sofferenza del proprio paziente affetto da una

¹⁵² Sulla importanza di liberarsi dal tabù dell'eutanasia facendo chiarezza nella terminologia diffusa P. WELBY, *Lasciatemi morire*, cit., p. 20. L'Autore evidenzia come "nell'immaginario collettivo, quando si parla di eutanasia si materializzano scene 'alla *Grand-Guignol*': medici e infermieri con i camici lordi di sangue inseguono pazienti stremati che, intralciati dal catetere, tentano impossibili fughe; o tragici mattatoi dove cinici nipoti lasciano i nonni prima di partire per le vacanze; o eleganti e discreti *privé* per delusi e annoiati *viveur*... La verità è che chi vuole suicidarsi lo fa per i cavoli suoi come e quando vuole, mentre l'eutanasia è l'estremo e generoso aiuto che il medico può offrire per interrompere un percorso di morte. Io questa volontà antropoclastica negli ospedali non l'ho mai vista, Durante il mese e mezzo che ho trascorso in rianimazione ho assistito ai preliminari per espiantare una ragazza di diciannove anni colpita da aneurisma cerebrale: un via vai di medici che ripetevano l'EEG e le infermiere che piangevano. (...) Ripeto: la strage degli innocenti, nel caso venisse approvata una legge sull'eutanasia, è una macabra leggenda metropolitana. Forse nasce perché non abbiamo le idee molto chiare su cosa sia, questa cosa che ci fa tanta paura. E allora chiariamoci le idee!"

¹⁵³ Si veda M. PARISE, *La prima versione italiana del De dignitate et eugmentis scientiarum di F. BACON*, trad. a cura di A. PELLIZZARI, "L'erma" di Bretschneider, Roma, 2013, p. 34.

patologia inguaribile fino a condurlo ad una ‘morte dolce e calma’ - a questo stesso *nomen*, con il passare del tempo, sono state ricondotte ipotesi assai eterogenee: da quelle di eutanasia eugenetica¹⁵⁴, economica e sperimentale - praticate su soggetti con vite non ritenute degne di essere vissute, nei più bui periodi della storia umana¹⁵⁵ - a quelle di eutanasia pietosa, altruistica e solidaristica.

Ci appare indefettibile, dunque, per impostare correttamente la questione della individuazione dei limiti di liceità delle condotte eutanasiche operare una ‘detabuizzazione sistematica’ del concetto di eutanasia che passi per il riconoscimento del principio per cui la valenza, positiva o negativa, dell’atto eutanastico dipende dai fini e dai mezzi con cui viene compiuto.

Così invece di approfondire sforzi diretti ad abbandonare il concetto di eutanasia e sostituirlo con entità concettuali, identiche nella sostanza ma meno conturbanti nel *nomen*, l’energia degli interpreti dovrebbe essere diretta ad individuare all’interno del novero degli atti, potenzialmente, riconducibili a quelli eutanastici, quelli che – per finalità perseguite e mezzi di esecuzione – sono astrattamente compatibili con il nostro sistema ordinamentale.

Ci sembra, in altri termini, che possa essere recuperato quel concetto di eutanasia di ‘baconiana memoria’, rivendicando l’autonomia di un trattamento eutanastico concepito come atto strettamente medico e inscindibilmente legato al consenso del paziente che lo richiede.

Agganciando, così, l’eutanasia ad una serie di requisiti di ordine oggettivo oltre che psicologico può recuperarsi, in primo luogo, una eutanasia di natura medica, fondata nella volontà del paziente, sostenuta da finalità altruistiche, specificamente

¹⁵⁴ Una differenziazione delle pratiche eutanasiche che viene proposta è quella fra eutanasia collettivistica e eutanasia individualistica. Alla prima categoria vengono ricondotte quelle ipotesi in cui la morte – anche non consensuale - dell’ammalato viene giustificata per un interesse pubblico – collettivo. A questo *genus* si riconducono: a) la c.d. ‘eutanasia eugenetica’, che consiste nella eliminazione indolore di individui deformi o invalidi, psicologicamente o fisicamente, per migliorare la razza di un popolo; b) la c.d. ‘eutanasia economica’, consistente nella eliminazione indolore dei malati incurabili e dei vecchi, per alleggerire la società dal peso di tali soggetti considerati economicamente inutili; c) la c.d. ‘eutanasia criminale’, consistente nella eliminazione indolore di soggetti ritenuti socialmente pericolosi; d) la c.d. ‘eutanasia sperimentale’, consistente nel sacrificio della vita di soggetti per effettuare sperimentazioni funzionali al progresso medico e scientifico; e) la c.d. ‘eutanasia profilattica’, consistente nella eliminazione indolore di soggetti affetti da malattie epidemiche; f) la c.d. ‘eutanasia solidaristica’, consistente nel sacrificio della vita di un soggetto a favore della vita o della salute di altri. Così, F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell’eutanasia*, cit., p. 455 ss, nonché, voce *Eutanasia* cit., p. 429 ss.

¹⁵⁵ In argomento v. *supra*, nt. 149.

regolamentata, nonché operata da un soggetto qualificato – esercente la professione sanitaria - su un ammalato che versi in condizioni patologiche particolarmente gravi e oggettivamente accertabili.

Questa operazione, deve qui anticiparsi, trova il suo momento iniziale nella legge n. 219/2017, laddove, introduce spazi di liceità per determinate condotte eutanasiche.

A ben vedere, in termini classificatori, già l'attività eutanastica è stata variamente distinta, in base alle difformità del *modus* in cui viene posta in essere e in base alla volontà del soggetto passivo che la subisce o vi si sottopone.

In relazione alla natura della condotta, l'eutanasia può dirsi attiva – concretandosi nell'azione di colui che compia atti diretti a cagionare la morte di un uomo - o passiva - realizzandosi nel c.d. '*letting die*' tramite l'omissione di un trattamento salva-vita o la sua interruzione.

Entrambe, possono essere consensuali o non consensuali.

L'eutanasia attiva, in particolare, può realizzarsi nella sua forma diretta o indiretta.

Si definisce eutanasia attiva diretta quella realizzata da un terzo che pone in essere una condotta commissiva che cagiona la morte del paziente. Se preceduta da una richiesta esplicita di colui che vi si sottopone è considerata legale – in casi eccezionali – in pochissimi ordinamenti europei¹⁵⁶. In assenza di consenso valido ed esplicito del paziente è sempre vietata.

Generalmente è più accettata l'eutanasia attiva indiretta¹⁵⁷ ossia quella somministrazione di cure palliative, funzionale a lenire le sofferenze di pazienti che versano nella fase terminale di una patologia incurabile, i cui effetti collaterali possono accelerare il decesso.

Ancora differente è l'eutanasia passiva, che si realizza nella condotta omissiva del 'lasciar morire' il paziente la cui sopravvivenza sia garantita da un trattamento sanitario, tramite la sua mancata somministrazione o la sua interruzione. Se non consensuale è sempre vietata. Diversamente, se fondata sul consenso informato del

¹⁵⁶ La disciplina olandese in tema di eutanasia, per esempio, è prevista dalla l. n. 26692 approvata il 10 Aprile 2001: "Legge sul controllo dell'interruzione della vita su richiesta e dell'assistenza al suicidio". Vi si dispone l'esclusione della pena per il medico che in osservanza dei criteri di accuratezza pratici l'interruzione della vita su richiesta o assiste il suicidio.

¹⁵⁷ In argomento, v. *infra*, par. 5.

paziente che, consapevolmente ed espressamente, rifiuti o chieda la sospensione di trattamenti sanitari (fra cui sono compresi – per esplicita previsione della l. n. 217/2019 - l'idratazione e l'alimentazione artificiale), è lecita.

Da tutte queste ipotesi, che si accomunano per il fatto di vedere colui che va incontro alla morte come soggetto passivo della condotta eutanasi, si distinguono le condotte di suicidio assistito¹⁵⁸.

In casi siffatti sono ricomprese tutte quelle condotte ausiliarie e funzionali al sostegno del proposito suicidario, laddove l'azione che cagiona la morte viene posta in essere dal paziente che vi si sottopone.

A questa area concettuale vengono ricondotte quelle ipotesi di c.d. accompagnamento alla morte che - con uno sforzo esplicativo essenzialmente teso ad evitare di chiamare una condotta suicidaria con il suo nome – sono volte a garantire un sostegno medico, emotivo e umano al paziente che si sia determinato nella scelta di porre fine ad un'esistenza costretta “in un corpo ormai inospitale per chi lo abita¹⁵⁹”.

Così ricostruita la questione, l'esercizio del diritto al rifiuto delle cure, delineato come il diritto al rifiuto di qualsiasi trattamento sanitario, anche necessario alla sopravvivenza del paziente – fondato sull'art. 32 co. 2 Cost., nonché sull'art. 1 l. n. 217/2019 – poiché ci appare sovrapponibile alle ipotesi di eutanasi passiva, ci sembra che debba rispondere a questo *nomen*.

Mantenere ferma la distinzione fra le due ipotesi, in termini di nomenclatura, appare più un esercizio di diplomazia che una necessità giuridica; sarebbe anche accettabile se non fosse dannoso per la determinatezza di una disciplina tecnica rivolta a soggetti specifici – esercenti la professione sanitaria – che per le necessità del mestiere che svolgono non sono avvezzi agli esercizi di esegesi giuridica, ma abituati all'esecuzione di protocolli e regole determinate.

¹⁵⁸ V. diffusamente, *infra*, cap. III.

¹⁵⁹ Cfr. E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999, p. 110.

5. Il diritto alla terapia del dolore e il divieto di accanimento terapeutico: gli spazi residui di liceità per ‘l’eutanasia attiva indiretta’.

Per comprendere l’importanza e la portata innovativa della disciplina in materia di ‘terapia del dolore e divieto di accanimento terapeutico’ dettata dall’art. 2 l. n. 219/2017 è necessario, innanzitutto, sgombrare il campo da *misunderstandings* terminologici e concettuali legati alle terapie di fine vita.

La norma, rubricata “terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase terminale della vita”, sancisce l’obbligo per il sanitario di adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente - avvalendosi dei mezzi appropriati allo stato di quest’ultimo¹⁶⁰ - anche nel caso in cui le medesime derivino dalla scelta dell’ammalato di interrompere il trattamento sanitario indicato dal medico.

Tale opzione legislativa lascia trasparire in filigrana una evoluzione culturale di non poco momento del concetto stesso di medicina e del rapporto medico-paziente: l’*ars medica* abbandona definitivamente il suo ruolo di scienza della guarigione del corpo per accogliere in sé una nuova funzione di cura della sofferenza psichica oltre che fisica.

La tendenza ad attribuire dignità e rilevanza alla dimensione psichica della salute - ossia a quella sofferenza che prescinde dall’esistenza di una patologia organica - oltre ad essere, indiscutibilmente, una delle conquiste dell’epoca contemporanea, restituisce una nuova dimensione del diritto alla salute, inteso anche come esercizio della libertà di essere sé stessi.

¹⁶⁰ L’inciso dell’art. 2 co. 1 l. n- 219/2017 è prova di come il legislatore abbia fatto propria l’accezione di ‘medicina personalizzata’. L’origine di siffatto concetto ha radici molto antiche. Sin dai tempi di Ippocrate, infatti, la medicina ha perseguito l’aspirazione a determinare il miglior trattamento per ogni paziente, ad essere cioè capace di “individualizzare” la cura. In particolare, quel concetto è nato per indicare la possibilità, soprattutto attraverso le analisi farmacogenetica e farmacogenomica - che studiano sotto prospettive distinte e complementari le basi genetiche delle modalità di risposta ai farmaci al livello della struttura molecolare di cellule e tessuti - di mirare la strategia terapeutica e l’utilizzo dei farmaci per il paziente, basandosi non più soltanto sui principi e le prassi dell’*evidence based medicine*, e cioè sulla conoscenza della variabilità fenotipica dei tradizionali indici “salute/malattia” ben noti alla medicina clinica, ma sulla possibilità di apprezzare la variabilità della risposta terapeutica individuale, nel più complesso rapporto tra struttura genetica, fattori ambientali, storia e stili di vita dell’individuo. Recentemente, il concetto di medicina personalizzata si è arricchito anche di una dimensione psicologica – coerentemente con la rilevanza sempre maggiore che la dimensione psichica della salute ha assunto – combinandosi con la nuova concezione del rapporto medico-paziente in termini di alleanza terapeutica. Per un approfondimento di quest’ultimo concetto, v. *supra*, nt. 131.

La stessa natura della sofferenza, dunque, assume una nuova dimensione sociale e indefettibilmente subiettiva poiché compito del medico non è più, soltanto, eliminare la malattia, ma, soprattutto, alleviare la sofferenza dell'ammalato nella misura e nel *quomodo* in cui questi la percepisce.

Una siffatta evoluzione postula l'abbandono dell'idea di medicina come scienza funzionale a salvare la vita per abbracciare quella, più moderna, di attività funzionale al benessere, complessivamente inteso, dell'ammalato; inoltre espunge dall'ambito della scienza medica "la morale del dolorismo, fondata sull'esaltazione della sofferenza intesa come momento fondamentale del percorso di purificazione dell'anima che ne consente l'ascensione al Regno dei Cieli"¹⁶¹.

Ciò ci appare perfettamente armonico con gli obblighi dell'esercente la professione sanitaria, sanciti dal codice di deontologia medica¹⁶², che impone ai medici la tutela della vita e della salute del paziente; in questa prospettiva la salute, come bene giuridico, viene identificata nel benessere psico-fisico globale dell'individuo, coinvolgente gli aspetti interiori dell'esistenza nel *modus* in cui questi li percepisce¹⁶³.

Esso non si limita, in altri termini, alla dimensione fisica del soggetto, ma è così ampio da ricomprendere anche la dimensione psicologica del medesimo.

¹⁶¹ Cfr. E. D'ANTUONO, *Bioetica*, Napoli, 2007, p. 75. In materia di teologia della sofferenza, P. RATTIN, *L'esperienza della sofferenza alla luce della Bibbia*, 2016, in www.diocesitn.it.

¹⁶² Nel titolo II, capo I, del codice di deontologia medica, l'art. 3, rubricato 'doveri del medico', sancisce che "Dovere del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza discriminazioni di età, di sesso, di razza, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace come in tempo di guerra, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera. La salute è, dunque, ivi intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione cioè di benessere fisico e psichico della persona".

¹⁶³ Per una definizione di salute come "stato di benessere, fisico e morale, che proviene dall'equilibrio di tutti gli organi e le funzioni del corpo umano, tale da permettere il normale svolgimento, sotto un punto di vista bio-fisiologico, della vita umana in relazione alle diverse condizioni di ambiente nel quale l'uomo vive", B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, p. 21. Ciò appare suffragato anche dalla nozione di salute indicata dall'Organizzazione mondiale della sanità come "stato di benessere fisico, mentale e sociale; non soltanto assenza di malattia". Siffatta dimensione sociale, dunque, acquista un pregnante significato per il paziente che voglia affermare il proprio diritto di non essere obbligato a scelte sanitarie, di natura esistenziale, contrarie al proprio modo di percepire il giusto e che, invece, sia in lotta per affermare il propri concetti di dignità e di "qualità di vita a misura d'uomo"; cfr. G. D'AVANZO, *Etica sanitaria*, Milano, 1987 p.93. Nello stesso senso, inoltre, anche M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., p. 125 ss., ove viene suggerita una definizione di salute non più intesa, nella sua dimensione statica, come mero 'status' ma come una "tensione dell'uomo e della società per un benessere bio-psichico, spirituale e ambientale".

Questa interpretazione risulta, inoltre, espressione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, poiché il concetto stesso di benessere deve declinarsi, caso per caso, in base alla libera volontà del paziente.

Tutto ciò si riverbera sul rapporto medico-paziente che abbandona definitivamente, non solo i crismi paternalistici del modello ippocratico, ma anche la sistematica concettuale dell'alleanza terapeutica tra parti asimmetriche, in cui il medico è in una posizione di preminenza rispetto al paziente¹⁶⁴.

Ciò emerge chiaramente nella *littera legis* dell'art. 2 l. n. 219/2017, che sancisce l'obbligo per il medico di somministrare una terapia del dolore anche nel caso in cui il paziente non abbia seguito le sue indicazioni¹⁶⁵.

In questi termini, dunque, la legge assegna al medico il compito di consigliare – nel rispetto della sua autonomia professionale - e al paziente quello di scegliere – nel rispetto del suo diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Come si diceva nelle pagine precedenti, il legislatore sembra aver recepito il principio per cui, nel caso di contrasto fra la volontà dell'ammalato e quella del medico, la seconda è destinata a soccombere rispetto alla prima, poiché la morte, non appartiene che all'ammalato – nonché, seppur indirettamente, a coloro che lo amano¹⁶⁶.

¹⁶⁴ V. *supra* nt. 131.

¹⁶⁵ Evidentemente, l'obbligo del medico al rispetto della volontà del paziente abbraccia anche le ipotesi in cui il paziente, adeguatamente informato, abbia manifestato interesse alla prosecuzione delle cure puramente palliative: in tal caso, nonostante l'irreversibilità del decorso, il medico dovrà attenersi alla volontà del paziente, "con conseguente estensione dell'obbligo di garanzia al mancato mantenimento in vita del paziente", approfondendo tutte le sue energie al fine di consentirne il maggior benessere possibile. In tal senso, F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 1984, p. 1008.

¹⁶⁶ L'espressione si deve a V. PEDUTO, *La morte appartiene ai morenti e a coloro che li amano*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., p. 47 ss. L'Autore, in particolare, intende rivendicare l'autonomia della coscienza dell'ammalato, rispetto alle convinzioni del medico. Invero, questi osserva: "Quando verrò colpito da una malattia invalidante, che richiederà competenze specialistiche, mi rivolgerò ad un esperto, senza attendermi che comprenda i valori in cui credo, le aspettative che coltivo, la mia filosofia di vita: ciò esula dal compito per il quale è stato preparato (...) perciò non lascerò che sia uno specialista a decidere quando rinunciare [a mantenermi in vita]: sarò io a farlo". Tale rivendicazione dell'autonomia individuale dell'Autore, appare particolarmente interessante perché si accompagna ad una riflessione, contemporaneamente suggestiva e scivolosa: la malattia terminale compie la sua opera di distruzione non solo sul morente, ma anche su "coloro che lo amano". Sebbene, dunque, resti immutato il nostro convincimento relativo al fatto che l'autodeterminazione individuale sia la pietra angolare della disciplina del fine vita e dunque che nella frase "la morte appartiene ai morenti e a coloro che lo amano", il verbo appartenere dovrebbe essere riferito, esclusivamente, all'ammalato, ci sembra del pari importante valorizzare il ruolo degli affetti del morente, che, assieme a lui, subiscono la malattia e "restano" – diversamente dall'ammalato che "se ne va" – a gestire le conseguenze della morte.

Abbandonata la tradizionale concezione di attività medica¹⁶⁷ finalizzata al solo miglioramento delle condizioni del paziente – basata sulla indiscutibile opinione del sanitario - in favore di una sua concezione più completa, finalizzata alla cura della sofferenza, complessivamente intesa e soggettiva, sarà definibile come trattamento medico qualsiasi intervento finalizzato al miglioramento del benessere del paziente, anche se non orientato alla sua guarigione.

In termini siffatti, dunque, non c'è dubbio che fra i trattamenti sanitari dovuti al paziente debbano rientrare anche le cure palliative e la terapia del dolore¹⁶⁸.

Entrambe – che si pongono in un rapporto di *genus ad speciem* - sono destinate a pazienti affetti da patologie che la farmacologia moderna non è in grado di curare, ma mentre le prime sono funzionali a contenere il più possibile i sintomi invalidanti di una patologia, le seconde sono, più specificamente, dirette a contrastare una sintomatologia dolorosa ormai acuta e cronica.

Il diritto alla somministrazione di entrambe viene oggi riconosciuto dall'art. 2 l. n. 219/2017 nella parte in cui sancisce che è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore al paziente che rifiuti o revochi il consenso ad un trattamento sanitario.

In particolare, poi, la normativa prosegue specificando, nel comma 2 dello stesso art. 2, che nei casi di pazienti che patiscano sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari il medico, con il loro consenso, può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua, in associazione con la terapia del dolore.

Ci appare necessario porre l'accento sulla circostanza che la somministrazione di tali farmaci può avere come effetto collaterale quello di abbreviare la vita dell'ammalato.

Se non si intende, in altri termini, attribuire l'appartenenza della vita di Eluana Englaro a suo padre, così come quella di qualsiasi ammalato terminale a "coloro che lo amano", la valorizzazione del ruolo degli affetti del paziente nella scelta di fine-vita, in chiave solidaristica, rappresenta, in una prospettiva *de iure condendo*, un temperamento, costituzionalmente orientato, al quale dovrebbe aspirarsi dell'individualismo liberale, affinché esso non degradi in atomizzazione sociale e solitudine.

¹⁶⁷ Come evidenza M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p 100, tradizionalmente l'attività terapeutica è stata apprezzata socialmente purché finalizzata ad intervenire in presenza di uno stato patologico o di un processo morboso, al fine di realizzare un obiettivo miglioramento delle condizioni fisiche del paziente. In rapporto a ciò, ci si chiede come qualificare quegli interventi che solo eufemisticamente possono definirsi terapie, non essendo prospettabile alcuna guarigione o alcun miglioramento dello stato di salute.

¹⁶⁸ Sulla disciplina in materia di cure palliative e terapia del dolore: l. n. 38/2010 'Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore', nonché l. n. 12/2001 'Norme per agevolare l'impiego dei farmaci analgesici oppiacei nella terapia del dolore'.

Autorevole dottrina ha evidenziato, per la verità, come ciò non accada sempre.

Nello specifico, si sottolinea che “una sedazione profonda, applicata in modo appropriato – con un’adeguata verifica della mancata risposta dei sintomi alle terapie ed un uso proporzionato e monitorato dei farmaci – non produce, di regola, l’accorciamento della vita del paziente ma talora la estende¹⁶⁹”. Tale argomento è proposto da autorevoli dottrine per allontanare dal diritto del paziente ad ottenere una terapia palliativa profonda continua lo stigma dell’eutanasia. In tale prospettiva, ponendo l’accento sul fatto che non sempre siffatte terapie producano un’accelerazione del decesso del paziente, si propone di abbandonare l’equivoca espressione “eutanasia indiretta”¹⁷⁰.

Ebbene, ci appare impossibile non sollevare una sommessa obiezione in rapporto a quest’ultima affermazione. A ben vedere, sostenere che sia scientificamente provato che talvolta le terapie palliative e del dolore non abbrevino la vita del paziente, significa, contemporaneamente, dichiarare che talora la somministrazione delle medesime può condurre più celermente al decesso dell’ammalato.

In altri termini, di regola la sedazione palliativa profonda continua non produce una riduzione della vita del paziente, ma, qualche volta, può e ciò non la rende meno legittima ai sensi della legge, poiché tali terapie sono garantite, invero, in funzione del diritto dell’ammalato a non dover subire sofferenze intollerabili.

Deve evidenziarsi, inoltre, che la definizione clinica, di ‘eutanasia attiva indiretta’ che la più avveduta dottrina medica accoglie è: “la somministrazione e il dosaggio di oppioidi e altri farmaci antidolorifici funzionali ad alleviare il dolore, la dispnea, o altri sintomi che abbiano come complicità la possibilità di causare la morte del paziente per insufficienza respiratoria¹⁷¹”.

¹⁶⁹ Cfr. S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell’anima: la richiesta di assistenza a morire e l’aiuto al suicidio*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, p. 44.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Cfr. E.J. EMANUEL, L. EMANUEL, *Palliative and end-of-life care*, in, *Harrison’s, Principles of Internal Medicine* (1958), XVI ed., New York, 2005, p. 64, tabella 9-9. In particolare, la cd. ‘indirect eutanasia’ - ossia ‘eutanasia attiva indiretta’ – viene definita “*administering opioids or other medication to relieve pain, dyspnea or other symptoms with the incidental consequence of causing sufficient respiratory depression to result in the patient’s death*”.

Per comprendere appieno i termini della questione ci appare necessario chiarire il significato medico-scientifico della terminologia utilizzata dal legislatore quando sancisce il diritto del paziente a richiedere una sedazione palliativa profonda continua.

Nello specifico, per delineare i limiti di legittimità della condotta del sanitario in tali ipotesi, non può prescindere dalla preventiva ricostruzione del *modus* della somministrazione delle terapie farmacologiche a cui il legislatore fa riferimento.

Ebbene, in primo luogo, si definisce farmaco una sostanza che viene somministrata ad un paziente al fine di: a) guarire una patologia, b) curare una patologia, c) alleviare i sintomi di una patologia, d) prevenire l'insorgere di una patologia.

La sua efficacia è ontologicamente connessa al suo dosaggio. Per essere valutata, in altri termini, deve rapportarsi a due parametri: quantità di farmaco e tempo nel quale esso viene somministrato.

Il medesimo medicamento, dunque, può tanto rivelarsi inutile, quanto salvifico, quanto pericoloso per la salute del paziente a cui viene somministrato, in base alla quantità che questi ne assume. Siffatta quantità viene parametrata dai sanitari al fine di ottenere il c.d. '*desired effect*'¹⁷².

L'assunzione del farmaco può comportare tuttavia anche dei c.d. '*side effects*'¹⁷³ – ossia effetti collaterali, secondari rispetto a quello 'desiderato' – nonché dei c.d. '*adverse effects*'¹⁷⁴ - ossia delle complicanze.

La differenza fra queste ultime due categorie di effetti, deve evidenziarsi, sta nel fatto che gli effetti collaterali possono essere tanto positivi, quanto negativi per le condizioni complessive del paziente; si differenziano dal c.d. *desired effect* solo nei termini in cui sono ulteriori o secondari a quest'ultimo.

Diversamente deve dirsi per le complicanze che assorbono, invece, la categoria degli effetti collaterali sfavorevoli e quindi incidono sempre negativamente sul quadro clinico dell'ammalato.

¹⁷² In clinica farmacologica, si definisce '*desired effect*' o '*therapeutic effect*' l'effetto che si intende ottenere tramite la somministrazione di un medicamento. In argomento, per tutti, D.M. RODEN, *Principles of clinical pharmacology. Indications for drug therapy in Harrison's, Principles of Internal Medicine* cit. pp. 13 ss.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

Inoltre, l'assunzione dei farmaci, se ripetuta per periodi di tempo prolungati, può comportare uno stato di assuefazione che, a sua volta, induce la necessità di aumentarne il dosaggio per continuare ad ottenere il cd. *desired effect*. La soglia limite per siffatto aumento è naturalmente costituita dagli effetti collaterali e, soprattutto, dalle complicanze.

È oltremodo evidente che i benefici di una terapia devono superare i rischi dell'assunzione della medesima¹⁷⁵.

Tale bilanciamento, tuttavia, deve anche rapportarsi alle condizioni cliniche del paziente e alle sue possibilità di guarigione.

In un paziente sottoposto a terapia farmacologica funzionale alla scomparsa della malattia o alla sua cura, l'aumento della dose di farmaco non potrà mai superare il dosaggio massimo delimitato dall'eventualità di insorgenza complicanze senza fondare una responsabilità del sanitario, poiché obiettivo della terapia è l'allungamento della vita del paziente. Dunque, "dovrà essere somministrata la minore dose possibile per ottenere il cd. *desired effect*"¹⁷⁶.

Viceversa, in un ammalato che versa in condizioni di sofferenza acuta e prossimo alla morte, il parametro per la quantificazione del dosaggio diventa la sua sofferenza e non l'allungamento della vita. Ne consegue che il sanitario può aumentare il dosaggio del farmaco per lenire le pene intollerabili del paziente anche se ciò aumenta la possibilità dell'insorgere di complicanze.

Invero, stabilire il bilanciamento fra il rischio e il beneficio di una terapia farmacologica non è questione di poco momento: per esempio pazienti affetti da patologie particolarmente gravi possono essere sottoposti ad una terapia farmacologica che allevi i sintomi della malattia anche se abbiano come complicanza l'accelerazione il decesso. Questo tipo di decisione palesa la natura strettamente personale della relazione medico paziente¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Cfr. D. M. RODEN, *Principles of clinical pharmacology. Indications for drug therapy in Harrison's, Principles of Internal Medicine*, cit. p. 13. In particolare l'Autore osserva come "It is self-evident that the benefits of drug therapy should outweigh the risk".

¹⁷⁶ Così. D. M. RODEN, *Principles of clinical pharmacology*, cit., p.25.

¹⁷⁷ Cfr. D.M. RODEN, *Principles of clinical pharmacology*, cit., p.13. In particolare l'Autore osserva che: "establishing the balance between risk and benefit of drugs therapy is not always simple: for example, therapies that provide symptomatic benefits but shorten life may be entertained in patients with serious and highly symptomatic diseases such as heart failure or cancer. These decisions illustrate the continuing highly personal nature of the relationship between the prescriber and the patient". Per

Tanto premesso, se ne deve concludere che, se la definizione di eutanasia attiva indiretta, come ricostruita nelle pagine precedenti, si identifica nella somministrazione di cure palliative - funzionale a lenire le sofferenze di pazienti che versano nella fase terminale di una patologia incurabile - i cui effetti collaterali possono accelerare il decesso del paziente e se l'art. 2 l. 219/2017 consente la somministrazione di terapie palliative senza distinguerle in rapporto agli effetti collaterali delle medesime, si può affermare che la legge, in sostanza, consente l'eutanasia attiva indiretta.

Una volta superata l'ambiguità di tale concetto e una volta ricostruita una sua definizione non appare più necessario "abbandonare l'equivoca espressione eutanasia indiretta", *in primis*, perché la pratica cui si riferisce può essere circoscritta attraverso l'eterointegrazione del sistema normativo con la scienza medica, *in secundis* "perché ha il merito di evidenziare la linea di confine fra un trattamento sanitario lecito" – ai sensi della l.n. 219/2017 – "e l'eutanasia attiva diretta"¹⁷⁸.

L'unico stigma da cui è necessario allontanare le ipotesi di somministrazione di cure palliative profonde è quello dell'eutanasia diretta, poiché tale tipologia di intervento medico – che postula la somministrazione *manu aliena* di un trattamento sanitario univocamente diretto a cagionare la morte del paziente, sulla base della richiesta di quest'ultimo – continua a non trovare cittadinanza nel nostro ordinamento, in quanto ricompresa nell'ambito di operatività dell'incriminazione dell'omicidio del consenziente, ai sensi dell'art. 579 c.p., e non autorizzata da altra disposizione.

approfondimenti sulla metodologia di quantificazione delle dosi nelle '*chronic therapy*', ID., *Principles of clinical pharmacology*, cit., p.16. Infine, per approfondimenti in materia di terapie palliative, E.J. EMANUEL, L. EMANUEL, *Palliative and end-of-life care*, in *Harrison's, Principles of Internal Medicine*, cit., p. 53 ss.

¹⁷⁸ Così, già nel 1995, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 702. In particolare l'Autore osserva come l'eutanasia indiretta consista "nella somministrazione a malati, prossimi alla morte ed in preda ad acute sofferenze, di mezzi analgici anche in grado di cagionare una diminuzione delle resistenze organiche". Riconosce inoltre la natura "ambigua e difficilmente definibile" della pratica, ma evidenzia anche come "abbia il merito di evidenziare la linea di confine tra il trattamento terapeutico lecito e l'eutanasia attiva". L'illustre Autore ricostruisce la non punibilità di tale condotta - mettendo da parte gli sforzi della precedente dottrina che aveva tentato di conseguire lo stesso risultato ora negando il nesso di causalità fra la condotta del sanitario e la morte, ora escludendo la colpevolezza del medico per mancanza del dolo di omicidio (c.d. teoria del doppio effetto) – in chiave oggettiva, ossia facendo leva sul contenuto dei doveri curativi e terapeutici dell'attività sanitaria che individua nel benessere del paziente. A questo punto propone di abbandonare il termine eutanasia indiretta, perché così tale trattamento può affrancarsi dallo stigma dell'eutanasia diretta e rientrare, più pacificamente, nel novero dei trattamenti sanitari. *Mutatis mutandis*, alla luce soprattutto del recente intervento normativo e della eterointegrazione del dato giuridico con la scienza farmacologica oggi possibile, le preziose considerazioni che l'Autore proponeva nel 1995 possono 'superarsi' e farsi solide fondamenta di una rafforzata teoria della non punibilità del sanitario che ponga in essere pratiche di eutanasia indiretta.

Invero, mentre l'obiettivo principale perseguito dal sanitario nell'eutanasia diretta è la morte dell'ammalato, nell'eutanasia attiva indiretta tale risultato è solo un effetto secondario – non voluto ed inevitabile - di un trattamento necessitato dalle deteriorate condizioni cliniche del paziente e dal suo stato di intollerabile sofferenza.

La circostanza che la l. n. 219/17 prenda le distanze dall'eutanasia diretta, inoltre, emerge chiaramente anche dall'ultima parte dell'art. 2, in cui si dispone, come si diceva, che nei casi di pazienti in condizioni di sofferenza refrattaria alle cure l'unica opzione consentita al sanitario è una terapia di sedazione palliativa profonda continua, unitamente alla terapia del dolore; ossia un trattamento sanitario funzionale ad alleviare il dolore del paziente, che potrebbe - *o non potrebbe* - accelerare il momento del suo decesso, ma che non può cagionarne la morte, la quale dovrà avvenire mentre il paziente è sospeso nel limbo della sedazione profonda.

In conclusione, dunque, l'art. 2 l. n. 219/2017 non intacca l'operatività dell'art 579 c.p., in rapporto alle condotte di eutanasia attiva diretta, ma autorizza, al primo comma, l'eutanasia attiva indiretta¹⁷⁹ e al secondo comma - disciplinando il divieto di accanimento terapeutico¹⁸⁰ - l'eutanasia passiva (il c.d. lasciare morire).

Si prevede, infatti, *expressis verbis*, che nei casi di pazienti con prognosi infausta il medico debba astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione di cure e dal ricorso a trattamenti irragionevoli e sproporzionati.

¹⁷⁹ S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 706, evidenzia come l'eutanasia indiretta sia stata, tra l'altro, guardata con favore anche dalla dottrina cattolica; ricorda, infatti, le parole di Papa Pio XII nel suo discorso del 24 febbraio 1957 ai partecipanti al IX Congresso della Società Italiana di Anestesiologia in *Acta Apostolicae Sedis*, 1957, 49, p.146: “Si tratta unicamente di evitare al paziente dolori insopportabili. Se tra la narcosi e l'abbreviamento della vita non esiste alcun nesso causale diretto, posto per volontà degli interessati o dalla natura delle cose (come nel caso in cui il dolore non potrebbe essere alleviato se non abbreviando la vita) e se, al contrario, la somministrazione di narcotici cagiona per sé stessa due effetti distinti, da un lato l'alleviamento dei dolori, dall'altro l'abbreviamento della vita, essa è lecita”.

¹⁸⁰ Per accanimento terapeutico si intende la somministrazione ad un paziente di terapie sproporzionate ed inadeguate che rendono l'uomo un oggetto materiale di un intervento che ne sopprime la dignità. Tale concetto si utilizza in opposizione a quello di eutanasia attiva per limitarne i confini. In tal senso, M. RONCO, *Eutanasia*, in *Leggi d'Italia*, 2010, www.leggiditalia.it, p. 3.. Diversamente, sulla necessità di abbandonare il concetto di accanimento terapeutico in quando ambiguo e strumentalizzabile, F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Leggi d'Italia*, 1990, www.leggiditalia.it, p. 7; nonché G. FRANCOLINI, *Eutanasia e tutela penale della persona: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *La Tribuna*, 2015, www.latribuna.it. Per ulteriori approfondimenti: E. D'ANTUONO, *L'accanimento terapeutico. Note per un'analisi delle questioni bioetiche di fine-vita*, in C. BUCCELLI, *Le criticità nella medicina di fine vita*. cit. V., infine, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 684 ss.

Tale ultima opzione non è stata esente dalle critiche di chi denuncia una eccessiva discrezionalità del sanitario nella scelta di somministrare la sedazione palliativa profonda, poiché il legislatore la connette al concetto indeterminato di ‘prossimità alla morte’¹⁸¹.

In particolare, si sottolinea che l’imperscrutabilità di siffatto requisito non consentirebbe al medico di essere certo che tale trattamento non si concreti in una negazione del diritto alle cure.

Ci pare, tuttavia, che tali argomentazioni possano superarsi. A ben vedere, infatti, se da un lato è innegabile che la terapia del dolore e la sedazione palliativa profonda siano tecniche sanitarie ontologicamente destinate al paziente in fin di vita, è altresì vero che la loro somministrazione non trova la sua *ratio* nell’avvicinarsi della morte, quanto piuttosto nella sofferenza intollerabile dell’ammalato.

Il sanitario che le propone, in altri termini, non sceglie una terapia funzionalmente diretta a tenere in vita il paziente il più possibile, ma ad evitare che costui patisca sofferenze intollerabili, poiché suo precipuo compito non è guarirlo, ma prendersene cura.

Per ragionare diversamente si dovrebbe essere in grado di individuare delle soglie di dolore ‘*standard*’ in base alle quali consentire o meno una terapia palliativa.

Una simile conclusione ci appare assurda perché postula la possibilità di quantificare oggettivamente il dolore, obliterando tutte le conquiste ottenute dalla medicina contemporanea in materia di personalizzazione delle terapie.

A chi spetta decidere se la misura di un dolore inevitabile sia sufficiente affinché il paziente possa chiedere che venga finalmente eliminato, anche correndo il rischio di accelerare il sopraggiungere della morte?

La risposta, univoca, è nella legge: al paziente stesso.

¹⁸¹ F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell’eutanasia*, cit., p. 463, evidenzia criticamente la relatività delle diagnosi di incurabilità del male e della prognosi della morte imminente; di tali concetti – secondo l’Autore – non si può mai avere certezza, non potendosi dimenticare “la umana possibilità di errori che si trasformano nelle c.d. “guarigioni miracolose”, quelle che, il più delle volte, stanno soltanto a dimostrare l’umana e naturale fallibilità dei giudizi medici”.

6. Dubbi laici fra criticità contingenti e assenti illustri. In particolare, la mancanza di una clausola di coscienza.

La disciplina dettata dalla l. n. 219/2017, come si è detto nelle pagine precedenti, trova fondamento giuridico nel principio personalistico, riconosciuto quale cifra caratterizzante dello Stato di diritto moderno, garantito da quella “felice sintesi di componenti liberali e solidaristiche¹⁸²” che si realizza nella Costituzione del 1948.

La legge, in altri termini, prefiggendosi, *expressis verbis*, di garantire la tutela della vita, della salute, della dignità umana e dell’autodeterminazione della persona, palesa il proposito di dare riconoscimento a quell’individualismo di impronta liberale temperato dalla solidarietà sociale che trova patria in Costituzione.

Su una siffatta sistemica concettuale, invero, ha potuto evolversi il principio di autodeterminazione terapeutica, che rappresenta l’architrave della novella legislativa in materia di disposizioni anticipate di trattamento.

Devi evidenziarsi, allora, quanto appaia irragionevole¹⁸³ l’assenza, nella normativa, di disposizioni che siano espressione del principio solidaristico e di una clausola di coscienza.

In primo luogo, appare incomprensibile come nella scarna intelaiatura della l. n. 219/2017 non siano state previste, con puntualità e nel dettaglio, delle forme di sostegno psicologico – rifiutabili e non vincolanti - tanto per il cittadino che deposita le disposizioni anticipate di trattamento, quanto per il paziente che si trova nelle condizioni di poter ottenere una terapia palliativa.

In tal senso, l’unico soggetto su cui grava il dovere di sostenere il paziente in scelte così delicate come sono quelle relative alle terapie – nonché alle terapie di fine-

¹⁸² Cfr. S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., pp. 1006 ss. In argomento, si rinvia, inoltre, alle considerazioni proposte nel cap. I, par. II. ID *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto. Relazione di sintesi*, cit. p. 1720

¹⁸³ In materia di ragionevole (adeguato, congruo, doveroso, corretto, equo) bilanciamento di valori e di interessi ad opera del legislatore nelle scelte di incriminazione nonché in materia di sindacato di ragionevolezza in materia penale, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti Europee*, 2013 in www.cortecostituzionale.it, rispettivamente, p. 95 ss. e p. 208 ss.

vita – è il medico. Si prevede, invero, che “il tempo della comunicazione sia tempo di cura”.

Ciò, se da un lato è indice della volontà del legislatore di accogliere le concezioni più moderne di medicina (personalizzata), nonché di alleanza terapeutica, - e sebbene sia espressione della centralità che viene attribuita al consenso del paziente nella pianificazione delle proprie cure e dunque una inedita riaffermazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica – pone sulle spalle del sanitario tutto il peso del sostegno psicologico del paziente.

È innegabile che, come l'affermazione del diritto ad autodeterminarsi e a scegliere secondo la propria coscienza diventa mera asserzione formale vuota di significato ove si neghi – espressamente o surrettiziamente – a taluno la possibilità di costruire la propria personalità e di sviluppare la propria individualità secondo le sue personali inclinazioni¹⁸⁴, così il riconoscimento della libertà di scelta terapeutica diventa lettera morta se non è inserito in un contesto fattuale attentissimo a non condizionare l'ammalato.

A ben vedere, la disciplina della l. n. 219/2017 deve misurarsi con alcuni dubbi non banali e assolutamente laici.

È questo il livello più interessante del confronto; invero, se particolarmente degni di attenzione sono i protocolli e le procedure di accertamento della volontà del soggetto che esprime la volontà di rifiutare le cure, ancor più importanti dovrebbero essere le modalità di accertamento delle cause che hanno condotto il medesimo ad assumere quella determinazione.

Siffatta scelta, infatti, è esposta all'azione di almeno quattro fattori antinomici rispetto alla libertà di autodeterminazione: a) l'asimmetria informativa, b) l'inattualità del consenso; c) le difficoltà economiche, d) la solitudine.

In primis, deve considerarsi che l'unico strumento che il legislatore offre al paziente per colmare la propria fisiologica asimmetria informativa nel momento della scelta è la comunicazione con l'esercente la professione sanitaria, a cui viene attribuito il ruolo, delicatissimo, di offrire la sua libera opinione professionale senza condizionare la determinazione dell'ammalato, provvedendo ad adattare siffatta comunicazione al livello culturale del medesimo.

¹⁸⁴ Si rinvia alle considerazioni proposte *supra*, cap. I, par. 8.

La corretta comprensione delle proprie condizioni, è infatti, elemento indefettibile affinché il paziente eserciti con consapevolezza la propria autodeterminazione terapeutica. Tale considerazione non appare, tuttavia, completamente appagante. A ben vedere, il consenso dell'ammalato, oltre che informato, deve essere attuale.

La vincolatività *pro futuro* riconosciuta alle disposizioni anticipate di trattamento – sebbene garantisca al paziente il diritto di esercitare il suo diritto all'autodeterminazione anche in un momento successivo alla perdita della capacità – lo espone al rischio di una inattualità psicologica¹⁸⁵ del consenso al momento effettivo dell'interruzione delle cure.

Per evitare che l'ultrattività delle disposizioni anticipate consenta utilizzi distorsivi¹⁸⁶ della disciplina, dunque, il personale sanitario dovrà ottemperare con puntualità al controllo previsto dal comma 5 dell'art. 4 l. n. 219/2017, secondo cui le disposizioni del paziente possono essere disattese dal sanitario qualora appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente, ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita¹⁸⁷.

Deve aggiungersi, poi, che il contesto sociale di provenienza del paziente rileva nella misura in cui la sua volontà potrebbe essere condizionata da considerazioni puramente economiche. La scelta del rifiuto di cure salva-vita, non può, in alcun modo, rappresentare una via per non pesare economicamente sui propri cari¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Così L. EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, in *Riv. It. dir. med. leg.*, 2016, 3, p. 1160.

¹⁸⁶ N. COMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico-clinica*, in *Bio Law Journal – Rivista di Biodiritto*, 2016, 3, p.245, evidenzia come nelle disposizioni anticipate di trattamento ci si trovi davanti non tanto ad un consenso completo, consapevole e fondato su un dato esperienziale, quanto piuttosto ad un condizionamento psicologico frutto della paura della malattia. Colui che presta il consenso nelle disposizioni anticipate, invero, non avendo cognizione della realtà della patologia, non potrebbe assumere una determinazione davvero consapevole.

¹⁸⁷ Deve evidenziarsi, inoltre, che il consenso informato disciplinato dall'art. 4 l. n. 219/2017 è sempre revocabile. Le caratteristiche di siffatto genere di consenso sono state delineate dall'evoluzione giurisprudenziale. Appare principio di diritto ormai acquisito che il consenso, come condizione di liceità di qualsiasi trattamento sanitario, a pena di invalidità, debba essere informato, completo, attuale, libero, immune da vizi. In argomento, per tutti, C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in www.costecostituzionale.it.

¹⁸⁸ In tal senso, S. SEMPLICI, *Introduzione*, in AA.VV., S. SEMPLICI (a cura di) *Il diritto di morire bene*, p.17.

In terzo luogo, non può dimenticarsi che gli ammalati sono soggetti profondamente vulnerabili e, spesso, soli. Potrebbe essere la sensazione di abbandono, allora, a guidare una determinazione di interruzione di cure.

Simili derive non sono concepibili proprio perché la *ratio iuris* della disciplina in tema di rifiuto dei trattamenti sanitari, unitamente al diritto all'autodeterminazione, è l'inconciliabilità dell'abbandono sociale della sofferenza con il principio di solidarietà che permea il nostro Stato di diritto.

Bisogna ricordare, allora, che il nostro sistema ordinamentale ha senz'altro la cultura giuridica, le risorse morali e gli strumenti di controllo necessari per evitare queste derive, senza privare tutti i cittadini di una legittima espressione della propria libertà a causa di un eventuale e potenziale cattivo uso della medesima¹⁸⁹.

Inoltre, è indiscutibile che nel compito così delicato di sostegno ai pazienti, i primi a non potere essere lasciati soli sono gli esercenti la professione sanitaria.

Più conforme ai valori fondativi del nostro Stato appare essere la previsione di un sistema di sostegno psicologico che è, viceversa, presente nella disciplina in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

Dal combinato disposto degli artt. 2 e 5 della l. n. 194/1978 emerge che i consultori e le strutture socio-sanitarie nelle quali è possibile effettuare un intervento interruttivo di una gravidanza, in aggiunta all'obbligo di provvedere ad una completa informazione della gestante in ordine al suo stato di salute e ai suoi diritti, devono anche offrire assistenza alla paziente.

Nello specifico, si dispone che le strutture – nella persona dei loro dipendenti – “oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni

¹⁸⁹ In tal senso, S. SEMPLICI, *Introduzione*, in AA.VV., S. SEMPLICI (a cura di) *Il diritto di morire bene*. Cit. p.18

opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto”.

Deve premettersi che il raffronto con la disciplina che, nel 1978, ha decriminalizzato alcuni casi di aborto volontario in Italia, non è funzionale a sovrapporre gli interventi di fine – vita a quelli di interruzione di gravidanza; essi non hanno in comune più della circostanza di riguardare esseri umani, in un momento di grande fragilità emotiva, che hanno il diritto di essere sostenuti nell’assumere scelte esistenziali¹⁹⁰.

Non ci sono ignote, inoltre, le difficoltà applicative della disciplina in materia di interruzione volontaria di gravidanza e nemmeno la sua irragionevole ineffettività sul territorio; tuttavia, le deprecabili disfunzioni prasseologiche della l. n. 194/1978 non sono in grado di obliterare la correttezza dell’impostazione in termini di dover essere.

Analogamente, in rapporto al tema del presente lavoro, un dato resta indiscutibile: una previsione di pratiche di sostegno al paziente in fin di vita – o perfettamente in salute e che rilascia disposizioni anticipate di trattamento – più puntuale di quella prevista dai commi 8, 9 e 10¹⁹¹ dell’art. 1 l. n. 219/2017 avrebbe reso il testo normativo molto più coerente con i suoi principi ispiratori.

Dal raffronto fra le due discipline si ricava, inoltre, un’altra irragionevole assenza nell’intelaiatura della l. n. 219/2017: non è prevista una clausola di coscienza.

A tale mancanza fa eco il combinato disposto degli artt. 1 co. 6, 7 e 9 nonché 4 co. 5 della novella, da cui si trae un obbligo in capo agli esercenti la professione sanitaria - nonché alla struttura pubblica o privata - di ottemperare alle disposizioni

¹⁹⁰ Sulle affinità tra le diverse discipline in rapporto causa di non punibilità che le leggi n. 194/1978 e n. 219/2017 introducono v. *infra*.

¹⁹¹ Nello specifico, le richiamate disposizioni normative si limitano a sancire che: a) il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura; b) ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l’informazione necessaria ai pazienti e l’adeguata formazione del personale; c) la formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative. Sebbene, come si diceva, l’aver riaffermato l’importanza della personalizzazione dei trattamenti rappresenti una indiscutibile conquista della medicina di questo secolo e sebbene il legislatore abbia, finalmente, dimostrato di avere recepito il ruolo fondamentale della comunicazione con il paziente – nonché della sua informazione – nell’esercizio del suo diritto all’autodeterminazione terapeutica, l’aver demandato alle linee guida delle strutture locali il *modus* di questa comunicazione e, addirittura, la formazione dei sanitari in materia di relazione con i pazienti, non appare una scelta legislativa priva di criticità.

anticipate di trattamento, con contestuale esenzione di responsabilità, civile e penale, per i medesimi.

In altri termini, il sanitario che, dopo avere raccolto il consenso informato del paziente, ottemperi alla scelta di quest'ultimo non potrà essere punito per un reato contro la vita e l'incolumità fisica contenuto nel codice penale e non sarà obbligato ad un risarcimento del danno ai sensi della l. n. 24/2017¹⁹².

Premesso ciò che abbiamo ricostruito nelle pagine precedenti in rapporto agli interventi che la disciplina in tema di disposizioni anticipate di trattamento rende leciti (rifiuto di trattamenti sanitari, eutanasia passiva, terapia del dolore e cure palliative, eutanasia attiva indiretta), e richiamato il principio per cui un'obiezione di coscienza, ove non prevista espressamente, non può essere invocata¹⁹³, la vincolatività delle disposizioni del paziente per il singolo esercente la professione sanitaria ci appare irragionevole.

In primo luogo, tale imposizione al sanitario da parte della legge tradisce i diritti fondamentali su cui la medesima si fonda e anche il proprio retroterra culturale liberale,

¹⁹² Per un approfondimento sulle novità complessivamente introdotte dalle *'Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie'*, cfr. C. CUPELLI, C. FRANCHINI (a cura di) *Le nuove responsabilità in ambito sanitario dopo la legge Gelli-Bianco*, Napoli, 2017, *passim*. Inoltre, per una trattazione più specificamente orientata sull'errore medico e sulla colpa penale del sanitario nella sua evoluzione attraverso gli interventi normativi recenti che hanno interessato la materia, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, *passim*; per una recentissima ricostruzione dell'ambito di operatività della legge n. 24/2017, delineato dagli interventi esegetici – e dalla c.d. *'interpretazione tassativizzante'* della giurisprudenza di legittimità -, C. BRUSCO, *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, Torino, 2018, *passim*.

¹⁹³ Si rinvia, in primo luogo, alle considerazioni proposte *supra*, Cap I, par. 8. In secondo luogo, sulla netta chiusura della giurisprudenza alla possibilità di applicazione analogica dell'obiezione di coscienza, Corte cost. sent. n. 467/1991, secondo cui *'la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili'* deve trovare tutela solo a seguito di un giudizio di bilanciamento operato dal legislatore *'che valuti 'la possibilità di contemperarla con contrastanti beni in rilievo costituzionale' e di "graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecare pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale"*. Inoltre, v. Corte Cost., sent. n. 43/1997, in cui la Consulta ha affermato che *"la protezione accordata alla libertà di coscienza: "[...]non può ritenersi illimitata e incondizionata. Spetta innanzitutto al legislatore stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà ch'essa reclama, da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione (art. 2) impone, dall'altro, affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi"*. Infine, v. Corte Cost. 196/1987, in cui si negava la possibilità di estendere al giudice tutelare il diritto ad esercitare l'obiezione di coscienza prevista dalla l. n. 194/1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza con specifico riguardo agli esercenti la professione sanitaria.

laico e pluralista: ignora, infatti, il diritto all'autodeterminazione dell'esercente la professione sanitaria e impone un obbligo di solidarietà.

L'introduzione, da parte della legge ordinaria, di una ipotesi di non punibilità dell'operatore sanitario che ottemperi alle richieste di un paziente affinché sia riconosciuto ad ogni cittadino il proprio fondamentale diritto di compiere scelte esistenziali coerenti con la propria coscienza rappresenta una conquista di civiltà fondata sulla riaffermazione del principio per cui uno Stato democratico contemporaneo orientato a riconoscere la sacralità della dignità umana - di tutti i cittadini - non può che essere liberale, laico e pluralista.

Negli stessi principi che sostengono la ragionevolezza della legge, dunque, sta la fallacia delle argomentazioni a favore dell'assenza della previsione dell'obiezione di coscienza del sanitario.

L'obbligo per il medico nei termini della l. n. 219/2017 si pone, in una rinnovata ottica paternalistica, come l'imposizione – alla coscienza del medico – di un *vero bene*.

Parte della dottrina penalistica ha autorevolmente sostenuto che l'assenza di una clausola di coscienza simile a quella contenuta nell'art. 9 l. n. 194/1978¹⁹⁴, trovi il suo fondamento nella considerazione che in un conflitto fra sanitario e paziente, in materia di pianificazione condivisa delle cure, non vi siano due centri di interessi da dover contemperare, bensì uno solo: quello dell'ammalato.

L'autonomia professionale del sanitario, infatti, sarebbe solo funzionale a garantire che la scelta del paziente sia frutto di una valutazione consapevole, suffragata da un rapporto di cura e fiducia con il medico.

Ciò ci appare indiscutibile, ma solo in rapporto ad alcune ipotesi di condotte non punibili descritte dalla legge e segnatamente in relazione a quelle da cui non derivi, direttamente (eutanasia passiva) o indirettamente (eutanasia attiva indiretta), la morte del paziente.

¹⁹⁴ L'art. 9 l. n. 194/1978 sancisce che il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure e agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione. Il legislatore, provvedendo ad un preventivo bilanciamento fra il diritto alla vita della gestante e il diritto all'autodeterminazione dell'esercente la professione sanitaria obiettore, prevede che l'obiezione di coscienza non possa essere invocata dal personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.

L'unico principio che deve essere applicato è quello generalissimo compendiato nel brocardo “ *my freedom ends where yours begins*¹⁹⁵ ”.

Ci appare difficile negare che ottemperare a delle disposizioni di trattamento sanitario che conducono alla morte di una persona sia annoverabile fra le scelte esistenziali di un individuo.

In quanto tale, una scelta siffatta è incoercibile, anche per un operatore sanitario.

Quanto detto, beninteso, non vuole in alcun modo mettere in discussione l'idea che il diritto inviolabile di ciascun essere umano di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà – derivazione logica dei diritti di *habeas corpus* e specificamente dell'intangibilità della sfera corporea – costituisca principio indiscutibile per una moderna democrazia liberale; significa, al contrario, riaffermarlo con maggiore determinazione, nella convinzione profonda che esso trovi fondamento nella inviolabilità della dimensione esistenziale dell'essere umano.

Allo stesso modo, anche le argomentazioni che sostengono la coerenza della mancata previsione della clausola di obiezione di coscienza nell'intelaiatura della l. n. 219/2017 sulla base della sua correlazione all'esenzione della punibilità per il medico possono essere diversamente sviluppate.

Si sostiene invero l'importanza di una causa di esenzione della responsabilità penale del sanitario sul presupposto che in assenza di una disposizione normativa così netta – e in attesa di una sua effettiva sedimentazione nella cultura e nella realtà sanitaria del nostro Paese – la paura del malato di potere essere irrevocabilmente vincolato alla prosecuzione di un trattamento sanitario possa provocare gravi distorsioni nella relazione di cura, peraltro accentuate nel contesto attuale, ove sono diffusi atteggiamenti di c.d. medicina difensiva che potrebbero condurre il medico a non rispettare la volontà del paziente per evitare il rischio di contenziosi.

Un effetto perverso e inquietante di una deriva siffatta potrebbe concretizzarsi nella attività di dissuasione del paziente, da parte del medico, rispetto all'eventualità di intraprendere una terapia salva-vita, per il timore di rimanervi intrappolato. La previsione di una clausola di coscienza, dunque, non sarebbe stata coerente con una disciplina che intende promuovere e valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra

¹⁹⁵ In argomento, v. *supra*, Cap I, par 8, ed in particolare nt. 77.

paziente e medico basata sul consenso informato – nel quale si incontrano l'autodeterminazione terapeutica del paziente e l'autonomia professionale del sanitario – senza richiedere contemperamenti fra valori confliggenti¹⁹⁶.

Appare, a questo punto, necessario evidenziare come tali argomentazioni, sebbene siano ineccepibili e fondamentali per sostenere le ragioni di quella interpretazione della l. n. 219/2017 che vi ritrova, inequivocabilmente, l'affermazione del diritto al rifiuto delle cure salva-vita, esauriscano in tale obiettivo la loro funzione.

In altri termini, una volta riconosciuto che, nonostante una terminologia troppo politicamente corretta e imprecisa utilizzata dal legislatore, l'unico significato coerente, dal punto di vista sistematico, della disciplina è il riconoscimento del diritto al rifiuto di qualsiasi tipo di trattamento sanitario, compresi quelli *life-saving*, e della conseguente non punibilità dell'esercente la professione sanitaria che ottemperi a tale disposizione, non vi è più necessità di evitare quelle tanto inquietanti derive proprie della medicina difensiva, così puntualmente descritte.

Ne emerge, dunque, che un maggiore impegno in chiave di determinatezza da parte del legislatore avrebbe tutelato più efficacemente non soltanto i diritti inviolabili del paziente, ma anche quelli del sanitario.

Infine, una argomentazione a favore dell'assenza della clausola di coscienza nella l. 219/2017 si ritrova certamente in ragioni politico criminali.

A ben vedere, la previsione dell'obiezione di coscienza “avrebbe comportato uno svuotamento del complessivo impianto di una legge che individua nella volontà del paziente l'imprescindibile presupposto per la messa in atto o la prescrizione di qualsiasi intervento sanitario¹⁹⁷”.

Un esempio di questo denunciato ‘svuotamento’, in effetti, si ritrova proprio nella richiamata disciplina in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

La clausola di coscienza di cui all'art. 9 l. n. 194/1978, prevista nell'ottica di addivenire ad un equilibrato bilanciamento dei diritti in gioco, si è presto trasformata

¹⁹⁶ Così S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, cit. p. 42, nonché *Una buona legge buona*, cit. p. 975.

¹⁹⁷ Cfr. P. BORSELLINO, *Biotestamento: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Famiglia e Diritto*, Ipsa, 2018, n. 8-9, p.799

nel ‘cavallo di Troia’ della disciplina, che oggi, può dirsi senza remore, è – in modo deprecabile – ampiamente ineffettiva¹⁹⁸ sul territorio.

La distorsione dell’obiezione di coscienza in tema di scelte di genitorialità consapevole¹⁹⁹, dunque, ha condotto, comprensibilmente, parte della dottrina favorevole alle posizioni ‘*pro choice*’ ad osteggiare l’inserimento di una clausola di coscienza all’interno della legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento, per il timore, fondatissimo, che la clausola avrebbe frustrato l’effettività anche di quest’ultima disciplina.

Nonostante siffatte preoccupazioni ci appaiano pienamente condivisibili, tuttavia, dobbiamo evidenziare che, a differenza della l. n. 194/1978, la l. n. 219/2017 contiene una novità di non poco momento: un obbligo a carico della struttura sanitaria.

¹⁹⁸ Per un approfondimento sulla effettività della l. n. 194/1978, B. LORENZIN, *Relazione del ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l’interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78)*, Roma, 2015. Se ne trae che – disattendendo gli obblighi di legge – solo il 65 % delle strutture che dovrebbero effettuare interventi di interruzione volontaria di gravidanza ottemperino tale dovere.

¹⁹⁹ Per avere contezza degli effetti di tali distorsioni si vedano le Conclusioni del Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d’Europa (ECSR) del 12.10.2015, che ha riscontrato una violazione da parte dell’Italia della Carta Sociale Europea per la non corretta applicazione della legge in materia di interruzione di gravidanza, accogliendo parzialmente l’istanza n. 91/2013 presentata dalla CGIL, la quale sosteneva che la non corretta applicazione dell’art. 9 l. n. 194/1978 comportasse una violazione a) dell’articolo 11 (il diritto alla salute) della Carta Sociale Europea modificata ("la Carta"), singolarmente o in combinato disposto con l’Articolo E (non-discriminazione), b) dell’articolo 1 (diritto al lavoro), c) dell’articolo 2 (diritto ad eque condizioni di lavoro), d) dell’articolo 3 (diritto alla sicurezza ed all’igiene sul lavoro), e) dell’articolo 26 (diritto alla dignità sul lavoro) della Carta, singolarmente o in combinato disposto con l’Articolo E (non-discriminazione). In particolare, si sosteneva che a causa dell’incapacità delle Autorità di garantire l’effettivo esercizio del diritto di lavorare senza subire discriminazione sul lavoro nell’applicazione dell’art. 9 l. n. 194/1978, lo sviluppo di carriera dei medici non-obiettori differisce da quello degli obiettori a causa dell’eccessivo carico di lavoro e del fatto che il lavoro si limita principalmente alla fornitura dei servizi di interruzione di gravidanza. Nella decisione del Consiglio si evidenzia che la fornitura dei servizi d’interruzione di gravidanza deve essere organizzata in modo tale da garantire che siano soddisfatte le necessità delle pazienti che desiderano avere accesso a questi servizi. Ciò significa che devono essere adottate misure adeguate per garantire la disponibilità di medici e di personale paramedico non-obiettori quando e ove si richiede loro di fornire servizi d’interruzione di gravidanza, considerando il fatto che il numero ed i tempi delle richieste di aborto non possono essere previsti in anticipo. Inoltre “a livello nazionale, la principale conseguenza di un numero così elevato di obiettori di coscienza è quella di rendere sempre più difficoltosa la stessa applicazione della legge n. 194/1978, con effetti gravemente negativi sulla funzionalità dei vari enti ospedalieri (e quindi del Sistema sanitario nazionale) che si riflettono sulle donne che devono ricorrere all’interruzione volontaria di gravidanza (e che spesso si traducono in aborti drammaticamente tardivi, a causa dei lunghi tempi di attesa). A fronte di questo stato "di emergenza" le donne si ritrovano spesso a dover migrare da una regione all’altra o addirittura all’estero”. Cfr. Camera dei Deputati, Mozione n. 1-00082 dell’11 giugno 2013.

L'art. 1 co. 9 l. n. 291/2017, a ben vedere, dispone che ogni struttura sanitaria, pubblica o privata, garantisca con le proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione della disciplina.

Siffatta disposizione – accompagnata, in una prospettiva *de iure condendo*, da una sanzione pecuniaria – ci appare perfettamente idonea a placare i timori di una disapplicazione in concreto della legge, poiché sarebbe la struttura a dover garantire, attraverso un controllo della turnazione fra medici obiettori di coscienza e non obiettori, che alla legge venga data piena e corretta attuazione.

In questo modo, si ricondurrebbe la disciplina alla coerenza dei principi che la ispirano e si eviterebbe la ingiusta obliterazione del diritto alla ‘coscienza autodeterminata’ del sanitario in favore della ‘salute autodeterminata’ del paziente.

Continuando a ragionare in una prospettiva *de iure condendo* ci appare, poi, di potere invertire i termini del problema valorizzando i risultati raggiunti invece dei diritti negati.

Dunque, anziché accontentarsi di una legge sul fine-vita costruita sulle macerie della l. n. 194/1978, si dovrebbe propugnare la necessità di porre rimedio alle disfunzioni della legge in materia di interruzione volontaria di gravidanza, prevedendo anche in quel testo l'obbligo²⁰⁰ per tutte le strutture sanitarie del Paese – pubbliche e private - di dare piena e corretta attuazione al testo normativo.

Una soluzione siffatta appare la più confacente sotto il profilo della ragionevolezza poiché non impone un delicato bilanciamento tra diritti fondamentali di

²⁰⁰ Ci si riferisce ad un obbligo più incisivo – corredato da relativa sanzione – di quello già presente nella l. n. 194/1978, la quale dispone all'art 9 co. 4 – poco dopo aver riconosciuto l'obiezione di coscienza – che “gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La Regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale”. In argomento, inoltre, S. RODOTÀ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in P. BORSELLINO, L. FORNI, S. SALARDI, (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, *Notizie di Politeia*, fasc. n. 101, Milano, 2011, p. 34; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto vincolato)* in AA.VV., G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, III, Napoli, 2009 p 841 ss. L'Autore evidenzia come l'obiezione di coscienza – espressione di un diritto costituzionale – non possa tradursi in arbitrario rifiuto della legge, ma rappresenti un riconoscimento identitario che può spingersi sino alla denuncia di un'ingiustizia, senza che questa degeneri in un ostacolo al funzionamento di un pubblico servizio o risulti lesiva di un diritto fondamentale parimenti riconosciuto e tutelato. Infine, in relazione alla configurabilità del reato di interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità, si veda V. ABU AWWAD, N. VETTORI, *Servizi di interruzione volontaria della gravidanza e obiezione di coscienza: obblighi dell'amministrazione sanitaria e possibili profili di responsabilità penale*. in *Riv. It. Med. Leg. del Dir. in campo sanitario*, 1, 2018, p. 9.

due soggetti dell'ordinamento, ma solo garantisce l'erogazione di un servizio a cui lo Stato è obbligato dalla legge.

Si tratta dunque di distinguere, sul piano fenomenologico, due diversi bilanciamenti: quello tra il diritto del sanitario all'autodeterminazione secondo coscienza e il diritto del paziente alla realizzazione di una delle ipotesi di eutanasia lecite secondo la l. n. 219/2017 - ovvero con il diritto delle donne ad una procreazione consapevole – e l'altro bilanciamento, tra il diritto individuale all'obiezione di coscienza e l'obbligo dello Stato di fornire un servizio sanitario *ex lege* previsto.

Il diritto del sanitario all'obiezione di coscienza deve essere garantito come diritto individuale; contemporaneamente, però, tale diritto non appartiene alla struttura sanitaria nel suo complesso, in capo alla quale ricade un preciso obbligo relativo alla fornitura dei servizi di assistenza sanitaria²⁰¹.

In conclusione, così come sarebbe apparsa di gran lunga più appropriata una disciplina legislativa in materia di fine-vita che avesse delineato espressamente gli spazi di liceità delle pratiche di eutanasia passiva e di eutanasia attiva indiretta invece di lasciare all'interprete l'onere di esplicitare il significato – univoco – del *novum* normativo, sarebbe del pari apparso più coerente con i principi ispiratori della disciplina prevedere una clausola di coscienza per l'esercente la professione sanitaria, unitamente ad un obbligo per ogni struttura sanitaria del Paese di dare piena e corretta attuazione alla legge.

Si sarebbe in questo modo evitato che una legge emanata per dare concreta attuazione al riconoscimento del diritto di autodeterminazione dei pazienti, ma anche per tutelare l'esercente la professione sanitaria dall'onnipresente fantasma dell'incriminazione, si trasformasse, invece, in uno sproporzionato carico di obblighi a carico dei sanitari.

²⁰¹ In questo senso, Corte Cost. sent. n. 467/1991, secondo cui “se pure a seguito di una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale, la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta, in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili”; dunque, nelle argomentazioni della Corte, se è vero che l'obiezione di coscienza – come espressione dei diritti di libertà di manifestazione del pensiero religioso, morale e filosofico - è riconosciuta come riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana, tale riconoscimento esige una tutela che debba essere proporzionata all'interno della scala di valori espressa dalla Costituzione.

7. L'area del penalmente rilevante: l'eutanasia attiva e gli omicidi pietosi.

Una perimetrazione degli spazi di liceità dettati dalla novella n. 219/2017 appare indefettibile in considerazione del fatto che l'esenzione di responsabilità penale da essa introdotta per l'esercente la professione sanitaria che ottemperi alle disposizioni del paziente in fin di vita è destinata a combinarsi con le norme incriminatrici contenute nel Capo I del Titolo XII²⁰² del codice penale, a tutela della vita.

La peculiarità di questo Capo si registra nella scelta del legislatore di incriminare un unico fatto-base costruito sul modello di un reato di evento a forma libera – il cagionare la morte di un uomo – ma declinandolo in una pluralità di fattispecie, autonome e circostanziali, in cui, in ragione delle modalità realizzative o dell'elemento psicologico²⁰³ dell'agente, costruisce le cornici edittali in maniera differenziata.

²⁰² Tali delitti contro la vita nella loro natura di *mala in se* - e dunque rappresentando una costante per antonomasia dei codici penali in ogni epoca - hanno la caratteristica di costituire la memoria storica dell'evoluzione ideologica che, nel corso degli anni, ne ha rappresentato il fondamento politico-criminale. Sotto il profilo del *quantum* e del *quomodo* della risposta sanzionatoria, invero, si sono registrate sensibili oscillazioni nel susseguirsi dei secoli, in base alle mutevoli condizioni culturali, religiose e sociali. Basti pensare, per esempio, a quanto incomprensibile possa sembrare, agli occhi del giurista contemporaneo, l'ipotesi prevista nella formulazione originaria dell'attuale codice penale in materia di infanticidio per causa d'onore. Un secondo esempio di come i delitti contro la vita siano indissolubilmente legati al modo di percepire il disvalore della coscienza sociale si ritrova nell'omicidio del consenziente. Tale disciplina, invero, venne introdotta dal legislatore del 1930 con il dichiarato intento di superare la inconciliabilità tra le rigide disposizioni del codice Zanardelli e 'le esigenze della realtà'. In tal senso, *Relazione di accompagnamento al Progetto definitivo del nuovo codice penale* del Guardasigilli A. ROCCO, in *Lavori preparatori del cod. pen. e del cod. di proc. pen.*, V, III, p. 373. In argomento, *infra*, più approfonditamente, v. nt. 204 e 210. Per una disamina dei meccanismi interattivi tra ideologia e diritto, v. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit. p. 22. Secondo l'Autore, in particolare, "proprio la consapevolezza dei profili ideologici che connotano il singolo sistema, consente un'elaborazione normativa ed un'attività interpretativa coerenti e praticabili, in quanto funzionali alle opzioni fondamentali".

²⁰³ Deve evidenziarsi che tale scelta sistematica - e, nello specifico, la considerazione che l'elemento psicologico è l'unico tratto che differenzia a livello già di fattispecie tipica le tre tipologie di omicidio degli artt. 575, 584 e 589 c.p. - è addotta a sostegno della tesi della natura costitutiva della tipicità dell'elemento psicologico, sostenuta dalla più avveduta dottrina. Per tutti, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, UTET, 2016.

In questa logica, l'omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p. è disciplinato come un'ipotesi di omicidio doloso caratterizzato dalla presenza dell'elemento specializzante del consenso del soggetto passivo. Siffatto consenso palesa un minore disvalore oggettivo della condotta, poiché il reato offende il bene giuridico della vita della vittima ma non anche l'autodeterminazione di quest'ultima, nonché manifesta un minore disvalore sotto il profilo soggettivo, perché il consenso del titolare del diritto attenua sia la colpevolezza, sia la capacità a delinquere del reo²⁰⁴.

Questo giudizio di minore disvalore si riflette – coerentemente con il principio di proporzionalità, nella sua dimensione interna, e di ragionevolezza²⁰⁵ prescritti dall'art. 3 della Costituzione – sulla risposta sanzionatoria più mite prevista dal legislatore, rispetto all'ipotesi classica di omicidio comune.

Il fatto che la vittima aderisca all'autolesione, in altri termini, nell'impianto originario del *corpus* normativo, restringe il compasso sanzionatorio dell'incriminazione ma è del tutto irrilevante ai fini della non punibilità dell'autore del delitto.

Il fondamento politico-criminale di una scelta siffatta si rinviene nella condivisione, da parte del legislatore del 1930, del dogma dell'indisponibilità della vita,

²⁰⁴ In tal senso, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 36. Tale ricostruzione argomentativa trova fondamento, peraltro, nella *Relazione di accompagnamento al Progetto definitivo del nuovo codice penale* del Guardasigilli A. ROCCO, cit., p. 373. In particolare, vi si legge che il consenso validamente prestato della persona offesa dal reato ha efficacia scriminante in rapporto ai soli beni giuridici disponibili, tra i quali non si annovera l'esistenza fisica delle persone, "la cui conservazione rappresenta un prevalente interesse sociale". In questi termini, si esclude che il consenso della persona vittima possa 'discriminare il reato di omicidio'. "Altra è la questione" prosegue la Relazione "se il consenso della persona offesa possa influire nella valutazione della gravità del reato. Il principio della indisponibilità del bene della vita non può far disconoscere la influenza, veramente notevole, che il consenso della vittima esercita nell'apprezzamento del dolo in genere o della personalità del colpevole". Tale argomento del legislatore del 1930 appariva suffragato dall'esegesi che la giurisprudenza dell'epoca aveva proposto della disciplina del codice Zanardelli che riconduceva l'omicidio del consenziente all'omicidio comune. La scelta di allora, di introdurre l'art. 580 nell'intelaiatura del codice Rocco come forma attenuata di omicidio, era sentita dal legislatore dell'epoca come una opzione di 'equilibrio e moderazione' al fine di "superare le inconciliabilità tra le rigide disposizioni del codice vigente (Zanardelli) e le esigenze della realtà". Fra le opposte tendenze di non attribuire alcuna rilevanza al consenso della vittima e di giustificare "l'uccisione commessa per senso di pietà su persona sofferente o affetta da malattia incurabile, la quale ne avesse fatta espressa richiesta" il legislatore del 1930 optava per il compromesso di non "disciplinare una causa di esclusione del reato di omicidio per l'eutanasia", ma di riconoscere, "in una autonoma ipotesi di reato, con pena sensibilmente attenuata, la indiscutibile influenza minoratrice del consenso dell'ucciso sulla gravità del delitto di omicidio, sotto il profilo dell'elemento psicologico".

²⁰⁵ In argomento di proporzionalità e ragionevolezza, v. *infra*, Cap III, par 4 e 5.

che trova tutela prima di tutto nella sua dimensione collettiva e, in subordine, come diritto individuale.

La criminalizzazione dell'omicidio del consenziente, in altri termini, appare perfettamente in linea con l'ideologia utilitaristico-collettivistica²⁰⁶ che era dominante all'epoca in cui il codice fu promulgato. Tale assunto, a ben vedere, trova ulteriore conforto nella collocazione topografica della disciplina della tutela della vita alla fine del codice penale.

Da questa scelta sistematica si trae che il criterio classificatorio del bene giuridico tutelato, mutuato dalla precedente codificazione Zanardelli, era stato recuperato dal legislatore del 1930 ma reinterpretato alla luce della cultura autoritaria e stato-centrica del regime, il quale costruiva la scala di valori su cui fondare l'intervento penale – sulla base di un 'modello a progressione discendente'²⁰⁷ - assegnando preminenza alla personalità dello Stato sulla stessa vita dei consociati.

Anche nella protezione di quest'ultima, però, la tutela dell'individuo appariva sussidiaria e funzionale alla tutela dello Stato. In altri termini, la *mens legis* del legislatore era proteggere l'uomo come parte del patrimonio demografico della Nazione, fornendo una risposta sanzionatoria per le condotte offensive della vita umana concepita, in primo luogo, nel suo valore sociale, in considerazione dei doveri che sull'individuo incombono verso la famiglia e verso lo Stato²⁰⁸.

La vita come bene della persona umana' era considerata come mero *mezzo* per raggiungere il più alto *fine* della tutela dello Stato; di essa, evidentemente, il singolo individuo non aveva il potere di disporre.

Per queste ragioni, a ben vedere, il dogma dell'indisponibilità della vita – che trova sua paradigmatica espressione nell'incriminazione dell'omicidio del consenziente e rappresenta logica e coerente conseguenza dell'assetto valoriale del 1930 – ha

²⁰⁶ Cfr. le considerazioni svolte *supra*, Cap I, par 1.

²⁰⁷ V. *supra*, Cap I, par. 1, nt. 3. Inoltre, in tema di inadeguatezza del 'modello a progressione discendente' in rapporto al mutato sistema di valori imposto dall'entrata in vigore della Costituzione del 1948, F. PALAZZO, *Codice Penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011; Sulle disfunzionalità del vigente codice penale e sulla necessità di una sua riforma, , ampiamente, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed, Napoli, 2000. ID, *Prolegomeni ad una proposta di riforma del Codice penale in Critica del diritto*, 2006, 1-3, pp.15 ss; ID, *Euforiale tecnicistiche nel "laboratorio della riforma del codice penale in Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2002, 2, pp. 453 ss.

²⁰⁸ F. PALAZZO, *Persona (delitti contro la)*, cit. p.289. Per l'evoluzione concettuale del bene giuridico vita, si rinvia, inoltre, Cap I, par. I. n. 4 nonché

cominciato a sgretolarsi in misura direttamente proporzionale al progressivo consolidamento della cultura personalistica di matrice costituzionale, che ha comportato il rovesciamento del sistema di valori in cui aveva preso vita il codice penale vigente.

È stato proprio l'affermarsi della persona umana, considerata nella sua irripetibile individualità, e della necessità di una sua tutela a prescindere da ogni possibile risvolto utilitaristico a vantaggio della società e dello Stato, in altri termini, a mettere in discussione il principio dell'indisponibilità assoluta della vita e – conseguentemente – a restringere l'ambito di operatività della disciplina in tema di omicidio del consenziente, ritagliando al suo interno – prima ad opera della giurisprudenza e successivamente per mano dello stesso legislatore – degli spazi di non punibilità, al fine di armonizzare la normativa 'con lo spirito del tempo presente'²⁰⁹.

Abbiamo già ricostruito come una reinterpretazione costituzionalmente orientata delle norme vigenti in tema di omicidio e la nuova disciplina in materia di disposizioni anticipate di trattamento del 2017 abbiano consentito di escludere la punibilità delle forme di eutanasia passiva e di eutanasia attiva indiretta.

Al contrario, le ipotesi di eutanasia attiva diretta volontaria e involontaria continuano a ricadere nell'area del penalmente rilevante descritta dalle discipline, rispettivamente dell'omicidio del consenziente e dell'omicidio volontario c.d. *pietatis causa*²¹⁰, poiché l'oggetto materiale di questi delitti è il corpo umano del soggetto

²⁰⁹ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit. p 3.

²¹⁰ Ci si riferisce ad ipotesi di omicidio volontario commesse con finalità altruistiche. Si è detto invero che il consenso rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie tipica dell'omicidio del consenziente. Affinché tale consenso sia valido – e dunque possa fondare l'attenuazione di pena prevista dal 579 c.p. – il medesimo deve possedere caratteristiche determinate. In primo luogo, onde evitare una distorsione della disciplina in senso opportunistico, la giurisprudenza ha sempre richiesto un accertamento molto rigoroso del consenso della vittima, che deve essere, dunque, serio, esplicito, non equivoco e attuale. Inoltre, il consenso, in particolare, ai sensi del comma 3 della stessa norma, deve provenire da un soggetto capace di prestarlo. Capita sovente che tali condizioni di normalità psichica non siano univocamente riscontrabili in ammalati afflitti da atroci sofferenze. In tal senso, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 42. “Quando ti viene la SLA, hai solo voglia di fuggire dalla prigione del corpo, ma ti dicono che questo normalissimo sentimento è già espressione della malattia, e dopo un po' non sei più te stesso”; così, efficacemente, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 26. Conseguentemente, molte condotte di omicidio del consenziente di pazienti incapaci di esprimere un valido consenso finiscono per essere riassorbite nell'ambito di operatività della più generale disciplina dell'omicidio comune ex art. 575 c.p. Oppure, *ex adverso*, in quella dell'aggravata fattispecie di omicidio premeditato, in considerazione proprio delle delicate contingenze fattuali in cui tali condotte si verificano e del fatto che spesso vengono poste in essere da soggetti legati da un legame di parentela con l'ammalato. Per siffatte ragioni, una parte della dottrina ha proposto la possibilità di mitigare il regime sanzionatorio previsto da queste norme applicando l'attenuante c.d. del particolare motivo di valore morale o sociale di cui all'art.62 n. 1 c.p. L'applicazione dell'attenuante, viene evidenziato, richiede non solo una rigorosa valutazione del movente che ha sospinto l'agire del reo in raffronto all'etica sociale, ma

passivo su cui ricade la condotta delittuosa, a prescindere dalla vitalità di quest'ultimo, – ossia dalla sua capacità di sopravvivere. Si configura una condotta di omicidio, invero, anche quando si anticipi di una minima porzione di tempo il decesso di un malato incurabile o persino moribondo²¹¹, in assenza di una norma autorizzativa (come gli artt. 1 e 2 l. n. 219/2017).

Vengono, in altri termini, ricondotte alle fattispecie di eutanasia diretta, generalmente, le ipotesi in cui l'agente cagiona la morte del soggetto passivo mediante una condotta attiva, contrapponendole, in termini di logica antinomica, alle ipotesi di rifiuto delle cure, in cui il soggetto attivo realizza la medesima condotta per omissione.

La differenziazione fenomenologica tra condotte attive ed omissive, che sul piano naturalistico può apparire opinabile, trova la sua *ratio* nella necessità di

anche dei mezzi dell'azione, rispetto alle esigenze della vita collettiva. Dunque, per il riconoscimento dell'attenuante in questione, è stata evidenziata la necessità che l'azione costituisca espressione “congrua e riconoscibile – anche in termini oggettivi – del movente soggettivo che vi ha dato impulso”, cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 505. Conformemente, la giurisprudenza, mentre ha sempre ritenuto applicabili le attenuanti generiche, ha sempre escluso l'operatività dell'art. 62 n.1 sul presupposto che tale “attenuante deve essere ispirata esclusivamente a scopi altruistici e non a motivi personali, neppure concorrenti; così i particolari valori morali o sociali devono corrispondere a finalità e principi i quali ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui agisce chi tiene la condotta criminosa in quel determinato momento storico”. Cfr. Cass., sent. c.d. ‘Billo’, 7 aprile 1989, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1178; v. altresì, Cass., sez. I, 18 aprile 2015 n. 20443, secondo cui “ai fini dell'integrazione della circostanza attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale, non è sufficiente l'intima convinzione dell'agente di perseguire un fine moralmente apprezzabile, essendo necessaria l'obiettiva rispondenza del motivo perseguito a valori etici o sociali effettivamente apprezzabili e, come tali, riconosciuti preminenti dalla collettività ed intorno ai quali si realizzi un diffuso consenso”. Il medesimo orientamento è stato, infine, riconfermato in Cass. pen., 7 nov. 2018 n. 50378. Siffatta chiusura della giurisprudenza - secondo molti condivisibile nell'ottica di un rispetto della sfera di discrezionalità politico-criminale del legislatore, che deriva dal principio della tripartizione dei poteri – non trova suffragio in una espressa volontà legislativa. A ben vedere, nella *Relazione di accompagnamento al Progetto definitivo del nuovo codice penale* del Guardasigilli A. ROCCO, cit., p. 374 si legge: “Se ragioni di pietà, oltre il consenso, concorrano con i moventi del delitto (di omicidio) il sistema del Progetto comporta che si applichi un'ulteriore attenuante, ossia quella comune stabilita dall'art. 66 n.1” - che nella versione originaria del codice era l'attenuante dei particolari valori morali o sociali. “Considerazione quest'ultima che vale a chiarire, come anche l'ipotesi di un omicidio non consentito dalla vittima possa, in qualche modo, venir punito meno gravemente, allorché sia ispirato da motivi di pietà, come accade nel caso di persone divenute incapaci di consentire per sopravvenuto stato agonico. Quando si verifichi la disposizione dell'art 66 n. 1, permetterà al giudice di diminuire la pena in relazione non già alla ipotesi di omicidio del consenziente, bensì a quella dell'omicidio preveduto dall'art 574 – oggi 575 c.p.”. In ogni caso, la giurisprudenza relativa a tale attenuante ci appare fondamentale da considerare nello studio della disciplina della non punibilità delle condotte del sanitario che – direttamente o indirettamente – cagionino la morte del paziente con il suo consenso, perché mette in luce, in tutte la sua cruda tragicità, quale è la conseguenza di un'inerzia legislativa che persiste nell'ignorare la necessità di adeguare “la rigidità del codice penale alle esigenze della realtà”.

²¹¹ In tal senso, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit. p 5 riprendendo l'orientamento giurisprudenziale delle sent. Cass. 7 nov. 1988, in *Giust pen*, 1989, II, p. 499, Cass. 8 mar. 1974, in *Rass. De Marino* (1971-80), Omicidio, p. 31, Cass. 23 apr. 1969, in *Giust. pen.*, 1970, II, p. 215, Cass 24 ott. 1963, *ivi*, 1964, II, 381.

evidenziare una difforme qualificazione giuridica della condotta del sanitario, basandola sull'analisi dell'apporto causale di quest'ultimo nella produzione dell'evento.

La distinzione fra '*killing*' e '*letting die*', in altri termini, si sposta sulla causalità nel tentativo di evidenziare il minore disvalore della condotta del medico che con la sua omissione si inserisca in un processo causale già in corso, rispetto alle ipotesi in cui la condotta umana sia il fattore causale unico – o comunque determinante – dell'evento morte.

Il minore disvalore giuridico della condotta del sanitario che 'lascia morire', in altri termini, si fonderebbe sul tentativo di contemperare le rigidità della disciplina codicistica dettata in materia di tutela della vita con le esigenze della realtà.

Siffatte differenziazioni, tuttavia, se appaiono fondate sul piano giuridico - dell'accertamento della causalità – proprio sul piano naturalistico rischiano di sfumare e perdere senso. L'evoluzione della scienza medica e il moltiplicarsi di terapie e trattamenti sanitari salva-vita ha assottigliato enormemente le differenze tra l'agire e l'omettere²¹².

Ebbene, questa distinzione, in astratto, basata sulla natura attiva o commissiva della condotta, è stata oggetto di numerose critiche e si è infranta nelle multiformi complessità dell'accadere concreto. Non di rado, invero, gli interpreti si sono ritrovati di fronte ad ipotesi fenomenologicamente ambigue in cui non appariva affatto agevole applicare la netta distinzione teorica tra eutanasia attiva e passiva.

Nell'ipotesi in cui la morte di un uomo venga praticata da un soggetto gravato da una posizione di garanzia – per esempio, un esercente la professione sanitaria - mediante la sospensione di un trattamento salva-vita – come un respiratore artificiale -, la sua condotta sarà etiologicamente riconducibile all'evento morte in termini commissivi – per avere staccato respiratore – oppure perché non ha impedito il realizzarsi di un evento che aveva l'obbligo giuridico di impedire – per non avere riattaccato il respiratore per evitare il soffocamento²¹³?

²¹² In tal senso, M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 136

²¹³ Un noto esempio di siffatte difficoltà si ritrova nel caso Welby. Ammalato di una forma di distrofia muscolare progressiva dall'età di 16 anni, aveva visto il suo corpo paralizzarsi, un pezzetto per volta, fino al 1997, anno in cui una crisi respiratoria lo aveva condotto a rischiare la morte per soffocamento. Da allora la sua sopravvivenza era garantita esclusivamente da un respiratore automatico. Le sue funzioni respiratorie, in particolare, peggioravano giorno dopo giorno nonostante il ventilatore polmonare e questa condizione lo costringeva a condividere le sue giornate con il terrore di soffocare ancora. Sapeva infatti che, con ogni probabilità, la sua morte sarebbe giunta per un collasso polmonare.

Aspettava questo momento ogni giorno, paralizzato. A ben vedere, Piergiorgio Welby e sua moglie Wilhelmine Schett (nota alle cronache come Mina) sono stati protagonisti di una tragedia umana e giudiziaria, precedente a quella degli Englaro e ancor più destabilizzante per il nostro ordinamento. A differenza di Eluana Englaro, infatti, Piergiorgio Welby è stato vigile e presente a se stesso fino al momento della sua dipartita e con ogni mezzo a sua disposizione ha espresso la sua inequivocabile e ferma volontà di morire. Avrebbe avuto i mezzi e le possibilità di valicare le Alpi per ottenere un suicidio medicalmente assistito in Svizzera, ma ha scelto di rimanere in Italia per affermare il principio che in uno stato di diritto non esiste il dovere di vivere, 'per coloro che non hanno i mezzi di andare all'estero', diceva. Perché credeva nello stato di diritto. Chiedeva la decriminalizzazione dell'eutanasia attiva. È morto ottenendo una eutanasia passiva. Dopo una lunga serie di contatti infruttuosi con personale sanitario e di vicende giudiziarie, un anestesista, Mario Riccio, membro dell'associazione Luca Coscioni, accettò di ottemperare alla richiesta di Welby di essere sottoposto a sedazione profonda ed essere liberato dal respiratore automatico. La sentenza del GUP di Roma n. 2049 del 23 luglio 2007 dichiarò il non luogo a procedere nei confronti di M. Riccio poiché non punibile, in quanto la condotta di omicidio del consenziente che gli veniva contestata risultava scriminata dall'adempimento di un dovere ex art 51 c.p. Nella sentenza, si riconosceva, da un lato, il diritto di Welby a chiedere l'interruzione delle cure – ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 co. 2 Cost – e, dall'altro, il dovere del medico di ottemperare a tale richiesta. Il referto medico effettuato su Welby evidenziava come causa del decesso la crisi respiratoria dovuta al fatto che senza 'supporto medico' il paziente non era in grado di respirare. Conseguentemente, le ipotesi che potevano essere considerate per accertare la realizzazione della fattispecie di omicidio del consenziente ai sensi dell'art 579 c.p. erano essenzialmente due: 1) l'aver posto in essere una condotta attiva di distacco del respiratore. In questo caso la morte sarebbe stata etiologicamente connessa all'interruzione di cura; 2) il non avere impedito l'evento (morte) che, ex art. 40 co. 2 c.p., avrebbe avuto l'obbligo di impedire. In questo caso la morte di Welby sarebbe stata etiologicamente connessa all'omissione del Riccio che – nonostante fosse gravato da una posizione di garanzia – non aveva provveduto a riattaccare il ventilatore polmonare. Nella ricostruzione della Corte, il fatto tipico poteva ritenersi realizzato sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo. La morte era seguita alla condotta di distacco del ventilatore; cosa di cui il reo era perfettamente conscio al *tempus commissi delicti*. L'omicidio, tuttavia, appariva non punibile perché scriminato dalla causa di esclusione dell'antigiuridicità ex art 51 *sub specie* esercizio di un dovere. Deve ricordarsi che la tesi più diffusa in dottrina sulla natura della non punibilità del medico in ipotesi siffatte si fonda sulla combinata operatività del consenso dell'avente diritto, ai sensi dell'art 50 c.p., e dell'adempimento di un dovere, ai sensi dell'art 51 c.p. Invero, il consenso del paziente è riconosciuto come indefettibile causa di liceità del trattamento sanitario o del rifiuto dello stesso, ma non è sufficiente a scriminare la condotta del medico poiché supera i limiti imposti dall'art 5 c.c.; di conseguenza tale condotta potrà ritenersi scriminata sulla considerazione che l'attività medica è giuridicamente autorizzata e dunque ex art. 51 c.p.. Per approfondimenti sulla vicenda Welby, P. WELBY, *Lasciatemi morire*, cit. Per una ricostruzione giuridica della questione, F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, cit. p. 5 e ss. ; C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il 'dovere' del medico 'di non perseverare'*, in *Cass. Pen.*, 2008, 48 (5), p 1807 ss. L'Autore, pur condividendo l'esito assolutorio della sentenza del Tribunale di Roma, propone una differente ricostruzione della questione giuridica, qualificando la condotta di disattivazione del sostegno artificiale come omissiva - in luogo della lettura commissiva fatta propria dalla sentenza. In tale prospettiva, il consenso del paziente avrebbe agito, nel caso di specie, paralizzando la posizione di garanzia del sanitario, il quale, non essendo obbligato ad impedire l'evento morte, non avrebbe posto in essere una condotta ascrivibile all'ipotesi di cui al 579 c.p. La non punibilità del Riccio, in altri termini, avrebbe dovuto - secondo l'Autore - fondarsi su un difetto di tipicità, invece che essere ricercata sul piano dell'antigiuridicità. Nello stesso senso, ancor più analiticamente, C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2009, pag. 1145. Inoltre, sull'accertamento del nesso di causalità, ampiamente, C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, ESI, Napoli, 2011; ID, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 2, pp. 649 ss; nonché A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, in *Critica del diritto*, 2011, 1-2, pp. 129 ss. V. infine *supra* nt. 101 e 252.

Evidentemente la risposta cambia a seconda dell'approccio interpretativo che si predilige. Se si adotta una angolazione visuale di tipo naturalistico, il distacco di un apparecchio di sostegno artificiale, presupponendo un intervento attivo, si configura come un'azione positiva. Contrariamente, se si predilige un approccio normativo, incentrato sul significato sociale della condotta, il distacco del medesimo apparecchio assume il senso di una interruzione di cure²¹⁴.

Appare chiaro, allora, perché la più classica fra le critiche che si muovono alla ragionevolezza dell'incriminazione dell'eutanasia attiva di pazienti in condizioni cliniche irreversibili e sottoposti a sofferenze intollerabili si fonda sulla disparità di trattamento in concreto che ne deriva a confronto con il riconoscimento della non punibilità delle condotte sospensive di cure salva-vita ad ammalati nelle medesime condizioni. Tale percezione di disparità acquisisce ancor più forza se si considera la attuale revisione a cui la giurisprudenza costituzionale ha sottoposto, in termini recentissimi, le condotte di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p.²¹⁵.

Si evidenzia, in particolare, che potranno scegliere di morire tanto i pazienti la cui sopravvivenza è garantita da un trattamento sanitario poiché, ai sensi dell'art. 1 l. n. 219/2017, è loro riconosciuto il diritto di ottenerne l'interruzione, quanto coloro che avranno la possibilità fisica di cagionarsi *manu propria* la morte, con l'aiuto di un terzo. Diversamente, abbandonati al loro dolore, resteranno quei pazienti la cui sopravvivenza non è determinata da un trattamento sanitario, ma che non possiedono la possibilità fisica di suicidarsi.

Tali differenze trovano una attenuazione nello spazio di liceità che l'art. 2 l. n. 219/2017 ha ritagliato per le pratiche di eutanasia attiva indiretta.

In casi siffatti, il paziente la cui sopravvivenza non è garantita da una *save-life therapy* e che contemporaneamente non desidera o non è fisicamente in grado di togliersi, *manu propria*, la vita, ove sia in possesso dei rigidi presupposti *ex lege* previsti per ottenere una terapia del dolore e una sedazione palliativa profonda continua, può esprimere in tal senso il suo consenso.

Non può evitarsi di notare, tuttavia, che una simile soluzione, seppure equilibrata dal punto di vista giuridico, più che eliminare la sofferenza, la trasferisce dall'ammalato

²¹⁴ In tal senso, per tutti, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 38.

²¹⁵ Sull'argomento, diffusamente, *infra*, Cap III.

ai suoi cari, ai quali non resterà che sedere nella sala di attesa di una struttura sanitaria ad aspettare.

CAPITOLO TERZO

IL REATO DI AIUTO AL SUICIDIO DELL'AMMALATO: PROBLEMI E PROSPETTIVE

1. Brevi premesse metodologiche. 2. Fabiano Antoniani, l'ultimo eretico. 3. Suicidio e diritto penale: una storia di incompatibilità. 4. Dubbi di legittimità costituzionale del reato di istigazione e aiuto al suicidio. 5. La Corte Costituzionale tra sentenze a rime obbligate e declaratorie 'di incostituzionalità prospettata'. 6. Il suicidio dell'ammalato nella sua dimensione di *species* autonoma; 7. Il diritto di morire dell'ammalato irreversibile.

1. Brevi premesse metodologiche.

Il 'diritto infelice'²¹⁶ di scegliere la morte per non soffrire, riconosciuto dalla l. n. 219/2017 al malato che rifiuti un trattamento sanitario salva-vita nonché al paziente in condizione di ottenere una sedazione palliativa profonda continua, ha condotto, inevitabilmente, gli interpreti a chiedersi come deve porsi, invece, l'ordinamento di fronte ad un paziente la cui esistenza non dipenda da un trattamento sanitario e che non si trovi in una situazione di prossimità alla morte, ma che patisca, comunque, sofferenze intollerabili a causa di una patologia incurabile e, contemporaneamente, non abbia la possibilità cagionarsi *manu propria* la morte – o non voglia infliggersi una morte violenta²¹⁷.

²¹⁶ Come si è accennato, l'endiadi 'diritti infelici' si deve a M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, v., *supra*, Cap II, par 1, nt. 97.

²¹⁷ Oltre alla discriminazione sostanziale che viene a crearsi fra due soggetti affetti da un male senza cura che infligge ad entrambi intollerabili sofferenze, sulla base del fatto che l'esistenza di uno dei due non è completamente dipendente da un trattamento sanitario – poiché questi, non potendosi limitare a pretendere l'interruzione delle cure salva-vita ai sensi della l. n. 219/2017, necessiterebbe anche di una condotta attiva da parte del medico - si pone un problema di non poco momento in termini di rapporto fra le incriminazioni previste dal codice penale agli artt. 579 e 580. Si pensi, in particolare, al seguente caso:

Il *side effect*²¹⁸ di questo intervento normativo - sebbene il legislatore non abbia che positivizzato un'evoluzione giuridica e sociale già consolidata - è stato ricalcare la già dubbia legittimità costituzionale dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio.

Ai sensi dell'art. 580 c.p., le condotte dirette ad agevolare l'altrui autonomo proposito suicida sono equiparate a quelle dirette a rafforzare o far sorgere il medesimo proposito e sono, al pari delle seconde, ritenute punibili sulla base, peraltro, della medesima cornice edittale.

L'ambito di applicazione di questa norma, dunque, è idoneo a ricomprendere anche le condotte di chi agevoli, in qualunque modo, il proposito suicida di un individuo affetto da una patologia incurabile che gli cagiona sofferenze intollerabili e che, contemporaneamente, non ha la possibilità di cagionarsi *manu propria* la morte o non vuole infliggersene una violenta.

Per condurre una riflessione di natura giuspenalistica sull'aiuto al suicidio appare necessaria, dunque, una premessa di natura metodologica.

Ci sembra opportuno, in altri termini, esaminare la questione come abbiamo fatto per l'eutanasia: andremo in primo luogo alla ricerca del significato dei termini utilizzati, in modo da poter restituire a ciascun accidente fenomenico il proprio *nomen*, così da potere adoperarlo libero da tabù e senza ambiguità.

Allo stesso modo in cui abbiamo ricostruito la disciplina dell'eutanasia rivendicandone la natura di atto medico e collocandola nell'ambito della relazione tra medico e paziente, anche in questo caso delimitaremo l'ambito soggettivo della fattispecie, affinché le nostre considerazioni in tema di aiuto al suicidio possano collocarsi nel ben determinato perimetro dell'aiuto al suicidio dell'ammalato.

Rispetto al modo in cui abbiamo affrontato il rapporto fra eutanasia e omicidio del consenziente, tuttavia, ci appare opportuno, per delineare le interrelazioni fra aiuto

Percy Bridgman, professore di fisica di *Harvard*, aveva vinto il premio Nobel nel 1946; all'età di 79 anni lavorava ancora quando gli venne diagnosticato un cancro inoperabile, e continuò a farlo finché il male non lo annichilì. Il 20 agosto 1971 ultimò l'indice dei sette volumi delle sue pubblicazioni e si suicidò, lasciando il seguente biglietto: "Non è decoroso che la società lasci che un uomo faccia questo a sé stesso. Probabilmente oggi è l'ultimo giorno in cui sono in grado di farlo con le mie mani". Cfr. V. PEDUTO, *La morte appartiene ai morenti e a coloro che li amano*. cit. p 47. In argomento, v. *supra*, Cap. II, par. 5, nt. 166.

²¹⁸ In farmacologia si definisce '*side effect*' l'effetto collaterale - ossia secondario rispetto a quello desiderato - di un trattamento terapeutico; esso si differenzia dall' '*adverse effect*' con cui, invece, si suole indicare un effetto collaterale sfavorevole, ossia una complicanza. In argomento, *supra*, Cap II, par. 5. L'intervento normativo, in altri termini, ha avuto l'effetto secondario - e positivo - di mettere ancor più in evidenza l'incompatibilità della disciplina dell'art 580 c.p. con i principi costituzionali.

al suicidio dell'ammalato e la disciplina del 580 c.p., invertire l'approccio ricostruttivo: invece di partire dall'analisi della disciplina giuridica per comprendere le criticità dei *leading cases* in cui è stata applicata e delineare, poi, i limiti della incriminazione – ossia ritagliare al suo interno l'area della non punibilità *ex lege* prevista – per sostenere l'irragionevolezza della risposta punitiva all'aiuto al suicidio dell'ammalato, prenderemo le mosse dal caso concreto che ha costituito 'la goccia che ha fatto traboccare il vaso'.

Tale inversione metodologica ci appare quasi obbligata, poiché la non punibilità delle condotte di colui che "agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere²¹⁹", non ha trovato riconoscimento in una previsione normativa, bensì in una recentissima censura di illegittimità costituzionale emessa dalla Consulta.

Una materia così delicata avrebbe meritato di trovare propria equilibrata composizione nelle aule del Parlamento, nel rispetto dei principi fondamentali dell'individuo e in conformità con il principio di legalità. Contrariamente il rifiuto da parte del legislatore – dovuto a contingenti ragioni di opportunità politica – di assumersi una responsabilità in rapporto al coordinamento della nuova disciplina della l. 219/2017 con l'art. 580 c.p. ha originato criticità di non poco momento, tanto in rapporto ai profili penalistici del fine vita, quanto, più in generale, in relazione ai rapporti istituzionali fra i poteri dello Stato.

Per ragionare di aiuto al suicidio dell'ammalato, dunque, non è possibile prescindere, preliminarmente, dalle difficoltà concrete – di respirare, nutrirsi, comunicare e vivere – di Fabiano Antoniani.

Non si tratta però di una scelta di dialettica eristica²²⁰, funzionale a suscitare un sentimento di *pietas* e a trasportare nella analisi giuridica elementi ontologicamente eteronomi alla medesima.

Al contrario, tale opzione metodologica si fonda sulla necessità di impostare correttamente i termini della questione comprendendo le difficoltà contingenti in cui si

²¹⁹ Cfr. Corte cost., *Comunicato stampa del 25 sett. 2019* in www.cortecostituzionale.it.

²²⁰ In argomento, *supra*, Cap II, par. 4, nt. 142 e 147.

trovano gli operatori del diritto, gli esercenti la professione sanitaria e i pazienti all'indomani della introduzione della l. 219/2017. La strada più agevole per raggiungere un obiettivo simile è proprio quella di partire dal caso concreto poiché, nella materia del fine vita – così, come più in generale è nell'ambito del bio-diritto penale - i profili naturalistici, normativi e assiologici delle condotte che i soggetti coinvolti pongono in essere si intrecciano e si sovrappongono, diluendo le differenze che tradizionalmente li distinguono.

2. Fabiano Antoniani, l'ultimo eretico.

Fabiano Antoniani, a seguito di un grave incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità bilaterale corticale, dunque permanente. Non era autonomo né nella respirazione - necessitando dell'ausilio, pur non continuativo, di un respiratore e di periodiche asportazioni di muco -, né nell'alimentazione - venendo nutrito in via intraparietale -, né nell'evacuazione. Era percorso, altresì, da ricorrenti spasmi e contrazioni, produttivi di acute sofferenze, che non potevano essere completamente lenite farmacologicamente, se non mediante sedazione profonda. Conservava, però, intatte le facoltà intellettive²²¹.

All'esito di lunghi e ripetuti ricoveri ospedalieri e di vari tentativi di riabilitazione e di cura - comprensivi anche di un trapianto di cellule staminali effettuato in India nel dicembre 2015 - la sua condizione era risultata irreversibile. Aveva perciò maturato, a poco meno di due anni di distanza dall'incidente, la volontà di porre fine alla sua esistenza, comunicandola ai propri cari. Di fronte ai tentativi della madre e della fidanzata di dissuaderlo dal suo proposito, per dimostrare la propria irremovibile determinazione aveva intrapreso uno 'sciopero' della fame e della parola, rifiutando per alcuni giorni di essere alimentato e di parlare²²².

²²¹ Cfr. Corte Cost. ord. n. 207/2019.

²²² *Ibidem*. Per approfondimenti in ordine alla vicenda di Fabiano Antoniani, V. IMBROGNO, S. VOGLINO LEVY, *Prometto di perderti. Io, Dj Fabo, e la vita più bella del mondo*, Milano, 2018. Per una ricognizione critica degli aspetti più rilevanti dal punto di vista giuridico del caso Antoniani, L. RISICATO, *L'incostituzionalità 'differita' dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, pp. 291 ss.; nonché C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità*

In seguito a ciò, aveva preso contatto nel maggio 2016, tramite la propria fidanzata, con l'associazione *Dignitas. Vivere degnamente. Morire degnamente*, per ottenere, in conformità con la legislazione elvetica, il suicidio assistito. Nell'impossibilità materiale di raggiungere la clinica svizzera, però, Antoniani aveva bisogno dell'aiuto di un terzo che lo accompagnasse.

Una simile condotta, qualificandosi come agevolativa del proposito suicidario, è, come si diceva, ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 580 c.p.

Per evitare di obbligare gli affetti che lo assistevano – ed in particolare la madre Carmen e la fidanzata Valeria - a rischiare di subire un processo e un'eventuale condanna ²²³, Antoniani entrò in contatto con Marco Cappato, segretario dell'associazione Luca Coscioni²²⁴, che da anni si occupa di sostenere moralmente - ed anche economicamente - pazienti che non hanno possibilità di raggiungere la Svizzera per ottenere l'assistenza alla morte volontaria.

In un primo momento Cappato gli aveva prospettato la possibilità di sottoporsi in Italia alla sedazione palliativa profonda continua, interrompendo i trattamenti di ventilazione e alimentazione artificiale. A differenza di Piergiorgio Welby, però, la sopravvivenza di Antoniani non era completamente garantita dai trattamenti sanitari.

L'ausilio del ventilatore polmonare, nello specifico, non era continuativo, e il suo distacco non avrebbe portato, immediatamente, alla crisi respiratoria a causa della quale era deceduto Welby.

Sottoporsi alla sedazione palliativa profonda continua e interrompere i trattamenti sanitari avrebbe significato, in altre parole, per Antoniani accomiarsi dai propri cari senza sapere quando le sue funzioni vitali sarebbero, effettivamente, cessate

nell'autodeterminazione alla morte, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018. ID, *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di) *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, op. ult. cit., pp. 75 ss

²²³ Agevolato, l'ho agevolato', racconta M. CAPPATO riferendosi al suicidio di Fabiano Antoniani. "Proprio per agevolare lui, impossibilitato ad agire da sé, mi aveva fatto chiamare: per non far rischiare nulla a Valeria. L'eventuale 'crimine' – tale certamente non è in Svizzera – ma l'aiuto l'ho fornito in Italia. Da Milano a Chiasso, per la precisione". Cfr. M. CAPPATO, *Eutanasia: a chi appartiene la mia vita?* in *Credere, disobbedire, combattere. Come liberarci dalle proibizioni per migliorare la nostra vita*, Milano, 2017, p. 44.

²²⁴ In argomento, www.associazionelucacoscioni.it.

ed essendo, al contrario, certo che quella scelta le avrebbe tenute intrappolate al suo capezzale, ad aspettare quel momento²²⁵.

Di fronte al suo fermo proposito di recarsi in Svizzera per il suicidio assistito²²⁶, Cappato accettò di accompagnarlo oltre il confine italiano in automobile presso la struttura sanitaria, la quale, sulla base della documentazione inviata, attestante le condizioni di salute, la piena capacità di intendere e di volere e l'irremovibile proposito di Antoniani, accolse la sua richiesta di sottoporsi al suicidio assistito.

Nei mesi successivi questi aveva costantemente ribadito la propria volontà, in privato, agli amici e poi pubblicamente tramite un appello diretto al Presidente della Repubblica²²⁷. Nell'appello, prendendo in prestito la voce della fidanzata Valeria, raccontò alla massima carica dello Stato quanto amasse la vita, da quanto amore fosse circondato e quanta speranza avesse riposto nelle cure sperimentali – purtroppo inefficaci – alle quali si era sottoposto prima di maturare il proposito di porre fine a quella esistenza che ormai lo faceva 'sentire in gabbia'.

Giunto in Svizzera, dopo le accurate verifiche operate dal personale della struttura sanitaria alla quale si era rivolto per verificare l'attualità delle condizioni a cui la legge elvetica consente l'accesso al suicidio assistito, restò in compagnia dei familiari, i quali, continuando a stargli accanto, gli rappresentavano che avrebbe potuto desistere dal proposito di togliersi alla vita in qualsiasi momento e che avrebbe potuto rientrare con loro in Italia.

Nonostante ciò Antoniani si suicidò il 27 febbraio 2017, “mordendo con forza un pulsante fissato su un braccio collegato ad una macchina²²⁸”, che iniettò così nelle sue vene, attraverso una cannula, il farmaco letale.

²²⁵ Il divieto di aiuto al suicidio di un ammalato nelle condizioni di Antoniani finisce per limitarne la autodeterminazione terapeutica fondata sul combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 co. 2 Cost., poiché esclude che essa possa estendersi alle scelte funzionali a liberarlo della sofferenza, imponendogli un'unica via per congedarsi dalla vita: la sedazione palliativa profonda continua. Tale imposizione non appare compatibile con il principio della dignità umana e di ragionevolezza. In tal senso, Corte cost., ord. n. 217/2019.

²²⁶ “Se non mi aiuti trovo qualcuno che mi spara. Non è un problema per me, al Giambellino conosco le persone giuste. Non sto scherzando”, disse Fabiano Antoniani a Marco Cappato il giorno del loro primo incontro. Così, M. CAPPATO, *Eutanasia: a chi appartiene la mia vita?* in *Credere, disobbedire, combattere*, cit., p. 40.

²²⁷ L'appello, in forma di filmato, dal titolo 'Sono immerso in una notte senza fine' è disponibile su www.rainews.it

²²⁸ Così, M. CAPPATO, *Eutanasia: a chi appartiene la mia vita?* in *Credere, disobbedire, combattere*. Cit., p. 33.

Una volta rientrato in Italia, Marco Cappato, si costituì ai Carabinieri di Via Fosse Ardeatine di Milano per raccontare in che modo aveva agevolato il suicidio di Fabiano Antoniani e diventare l'imputato del processo che ha, recentemente, costituito *il casus belli* che ha condotto alla declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'incriminazione dell'aiuto ai suicidio di cui all'art. 580 c.p.

3. Suicidio e diritto penale. Una storia di incompatibilità.

Che il suicidio “sia un delitto che non ammetta una pena propriamente detta”²²⁹, pare un principio di diritto acquisito alla cultura giuridica del nostro tempo, “poiché ella non può cadere, che o sugli innocenti²³⁰, o su di un corpo freddo ed insensibile”.

²²⁹ Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), XVII ed., Feltrinelli, Milano, 2012, p. 93 *ivi*, *Il Commentario di Voltaire*, Milano, 2001. Nello stesso senso, G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, (1853), ried. a cura di E. Palombi, Napoli, 2003. L'Autore parla “dei delitti che non si devono punire” e osserva: “Dopo un lungo e noioso esame delle azioni contrarie alle leggi, che richiamar debbono il loro rigore, è giusto di osservare, se ve ne siano delle altre, che richiederebbero il loro silenzio, piuttosto che la loro sanzione. Il suicidio è uno degli oggetti di questo esame”; aggiunge poi ancora riferendosi al suicidio: “Io esamino questo oggetto da politico e non da moralista; e senza approvare il suicidio come lecito condanno le leggi che lo puniscono, come inutili e come ingiuste (...) Io consulto la ragione e questa mi dice che l'uomo che ha superato il più forte ostacolo non può essere trattenuto dal più debole; che l'uomo che aborrisce tanto la vita fino a concepire il disegno di privarsene, non può avere alcun'altra cosa così cara sulla terra, che possa distoglierlo” (...). Io consulto fondamentali principi di scienza legislativa e questi mi dicono che se la pena minacciata al suicida è inutile, è anche ingiusta, giacché quando la pena non è efficace manca il motivo che ne giustifica l'uso; giacché una sanzione impotente è una sanzione tirannica perché fa un male privato senza ottenere un bene pubblico. (...) Il suicida è l'esule e la morte è l'atto con il quale egli rompe il nodo che l'univa alla società, che lo metteva a parte dei suoi vantaggi, lo sottoponeva alle sue leggi, lo esponeva alle loro pene. Rotto questo nodo, egli non è più cittadino, né suddito; egli non è più sotto la protezione delle leggi, né sotto la protezione dell'impero. Ogni atto di autorità che queste esercitano su di lui è una violenza, è un abuso della forza e non un esercizio del potere”.

²³⁰ Sull'ingiustizia della pena per il suicidio, BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 94, aggiunge: “Quantunque sia una colpa che Dio punisce, perché solo può punire anche dopo la morte, non è un delitto avanti gli uomini, perché la pena, invece di cadere sul reo medesimo, cade sulla di lui famiglia. Se alcuno mi opponesse che una tal pena può nondimeno ritrarre un uomo determinato dall'uccidersi, io rispondo, che chi tranquillamente rinuncia al bene della vita, che odia l'esistenza quaggiù, talché vi preferisce un'infelice eternità, dev'essere niente mosso dalla meno efficace e più lontana considerazione dei figli o dei parenti”. . In tal senso anche C. A. PILATI, *Plan d'une législation criminelle*, in M. PILATI, *Carlo Antonio Pilati, critico di Cesare Beccaria. Il problema penale nell'inedito 'Plan d'une législation criminelle'*, 1989, in www.academia.edu, che osservava: “Quanto alla famiglia che resta, non è meglio piuttosto cercare di consolarla che farle indirettamente nuovi oltraggi: non basta che abbia a dolersi di aver avuto un matto presso di sé, senza caricarla di nuove afflizioni? Le leggi che confiscano i beni di un uomo che si è annientato da solo, sono estremamente ingiuste. Esse permettono di punire un figlio per aver avuto un padre che è caduto nella demenza, o una vedova per aver avuto un tale marito o dei parenti per avere avuto un tale parente. Il diritto canonico! Le leggi canoniche rifiutano a un uomo tale la sepoltura”.

Tanto l'incriminazione del suicidio quanto la punibilità della sua realizzazione nella sua forma tentata sarebbe, invero, manifestamente incompatibile con le funzioni che oggi devono attribuirsi alla pena, in conformità con un diritto penale costituzionalmente orientato. Alla punizione del suicida non potendo, per ovvie ragioni, essere riconosciuta un'efficacia rieducativa²³¹ orientata al reinserimento del reo - deceduto - all'interno del tessuto sociale non resterebbe che attribuire, in via residuale, una sola funzione di prevenzione generale negativa²³².

L'irragionevolezza della punibilità del suicidio, deve però evidenziarsi, è una conquista relativamente recente, che si è affermata in misura direttamente proporzionale al diffondersi degli ideali illuministici e della dottrina liberale.

²³¹ Costituisce principio acquisito del nostro ordinamento giuridico la supremazia della c.d. 'concezione rieducativa e di risocializzazione della pena'. A ben vedere, avveduta dottrina assegna una dimensione polifunzionale ed eclettico-dialettica alla pena, in cui convivono la dimensione rieducativa e la prevenzione generale di segno positivo, con una essenziale prevalenza della prima sulla seconda. Postulato necessario di siffatta concezione è la personalizzazione della sanzione penale. Quanto alla prevenzione generale intimidatrice, essa "è un risultato naturale, che si verifica ogni qual volta una norma preveda per la sua infrazione una sanzione penale, ma nel nostro ordinamento attuale l'effetto di intimidazione non può andare oltre quello che è naturalmente connesso alla posizione di una norma penale. Lo impedisce la Costituzione. In tal senso, S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Cedam, Padova, 1988, ed. IX, 2014, p. 30, che richiama gli insegnamenti di C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966) in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Belrin - New York, 1973, pp. 12 ss. Tale assetto trova conferma nella giurisprudenza costituzionale, in particolare, Corte cost., sent. n. 313/1990, in cui la Consulta precisava che "la necessità costituzionale milita nel senso che la pena debba 'tendere' a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue". Recentemente, v. Corte cost., sent. n. 149/2018, in cui esplicitamente la Consulta dichiara "la natura sovraordinata del finalismo rieducativo rispetto alle altre funzioni della pena, precludendone la sua sacrificabilità a vantaggio di queste". Per la progressiva valorizzazione del principio rieducativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv.it. dir. pen. proc.* 2019, 1, p. 17 ss. Per una definizione delle funzioni della pena ossequiose del dettato costituzionale, ed in particolare per l'elaborazione della 'teoria della pena come integrazione sociale', ampiamente, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 83 ss.

²³² Le concezioni preventive della pena si annoverano in quelle che avveduta dottrina definisce le c.d. 'teorie relative della pena' - ossia quelle che, opponendosi alle teorie assolute della pena, rinvergono il fondamento della sanzione in scopi ulteriori rispetto alla mera retribuzione e dunque 'punitur ne peccetur'. Esse sono distinte dalla dottrina penalistica classica in generalpreventive e specialpreventive, entrambe declinate nella duplice accezione positiva e negativa. In particolare, secondo i sostenitori della funzione generalpreventiva negativa della pena la sanzione deve configurarsi come una minaccia ai consociati al fine di dissuaderli dalla commissione dei reati. Al fine di raggiungere questi scopi, dunque, lo Stato sarebbe autorizzato a minacciare un male maggiore del disvalore sotteso al reato, consentendo quindi pure pene sproporzionate per eccesso e simboliche e, quindi, finanche una strumentalizzazione del singolo reo. In argomento, ampiamente, S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit. p. 47 e ss. Peraltro, una critica alla funzione generalpreventiva della pena in rapporto al suicidio si ritrova già nel pensiero di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 94: "Chi teme il dolore ubbidisce alle leggi, ma la morte ne estingue nel corpo tutte le sorgenti. Qual dunque sarà il motivo, che tratterrà la mano disperata del suicida?"

Per il codice penale albertino del 1839, la morte del colpevole di suicidio non rappresentava ostacolo al potere punitivo dello Stato; tale *corpus* normativo, infatti, non solo rendeva punibile il tentativo di suicidio, ma anche prevedeva delle sanzioni per il suicida stesso. L'art. 585, infatti, disponeva che chiunque si fosse volontariamente dato la morte sarebbe stato privato dei diritti civili e degli onori funebri. Colui che invece fosse stato impedito dal portare a termine il suo proposito suicida sarebbe stato sottoposto ad una pena detentiva di una durata compresa fra uno e tre anni²³³.

Il retroterra alla base di una siffatta previsione era duplice: da un lato l'atto suicida veniva inteso non solo come la volontà di uccidersi in quanto uomo, ma anche in quanto cittadino. Il suicida si ribellava al contratto sociale e diventava, nel suo

²³³ Ai sensi dell'art. 585 del codice penale albertino del 1839, "Chiunque volontariamente si darà la morte è considerato dalla legge come vile, ed incorso nella privazione dei diritti civili, ed in conseguenza le disposizioni di ultima volontà che avesse fatte saranno nulle e di niun effetto: sarà inoltre il medesimo privato degli onori funebri di qualunque sorta. Il colpevole di tentativo di suicidio quando l'effetto ne sia mancato non per spontaneo suo pentimento, ma per circostanze indipendenti dalla sua volontà, sarà condotto in luogo di sicura custodia, e tenuto sotto rigorosa ispezione da uno a tre anni'. Una disciplina non dissimile si ritrovava anche nel precedente codice penale universale austriaco del 1803 nei par. 91 ss. In realtà, il suicidio non era annoverato fra i delitti bensì fra le 'gravi Trasgressioni di Polizia contro la sicurezza della vita'. "Quando alcuno si fosse ferito, od in qualunque altro modo offeso col disegno di togliersi la vita, ma avesse desistito dal compiere il suicidio, mosso dal proprio pentimento, dev'essere chiamato dinanzi alla magistratura, da cui gli verrà fatta una seria ammonizione sull'enormità del suo attentato, che offende tanti doveri; se, diversamente, l'esecuzione non ebbe luogo per puro accidente, o contro la volontà dell'autore, deve questi essere posto sotto sicura custodia, e sorvegliato rigorosamente sintanto che ricondotto con rimedi fisici e morali all'uso della ragione, ed al riconoscimento dei suoi doveri verso il Creatore, verso lo Stato, e verso sé stesso, si mostri pentito della sua azione e faccia sperare per l'avvenire uno stabile ravvedimento. Qualora, invece, vi fosse avvenuta la morte, il cadavere del suicida accompagnato soltanto dalla guardia viene trasportato in un luogo posto fuori del cimitero, e sotterrato dai fanti di giustizia'. Non diversamente, la costituzione piemontese del 1770, libro IV, tit. XXXIV, Cap, VIII disponeva: "Se alcuno di sana mente incrudelisse contro il proprio corpo e divenisse omicida di se medesimo dovrà criminalmente procedersi contro la di lui memoria, e condannarsi ad essere appeso il suo corpo alla forca, e non potendosi avere il corpo vi sarà appesa la di lui effigie. Per la suddetta pena non si intenderà derogato alle altre che richiedessero i delitti che esso potesse avere antecedentemente commesso, tanto rispetto all'esemplarità quanto alla confiscazione". Parimenti, la costituzione modenese del 1771, Libro V, tit. IV, XXXIV, disponeva: "Contro la memoria di chiunque, il quale, costando che fosse di sana mente, ucciderà se stesso, dovrà procedersi criminalmente, facendo apparire nelle solite forme del corpo del delitto, e deputando per Curatore uno de' di lui parenti se vorrà accettare la cura, e se no altra persona *ex officio*, la quale ne assuma le difese, dalle quali non risultando alcuna cosa a scarico del "defonto", dovrà condannarsi ad essere appeso alla forca il di lui corpo e in difetto di esso la di lui effigie". Si disponeva, anche in siffatto *corpus* – nel paragrafo successivo - inoltre che la morte del *reo* non costituisse una causa estintiva né del reato, né della pena, in quanto "qualora si trovasse, che prima della morte avesse egli commesso altri delitti, dovranno aver luogo compatibilmente le pene per essi incorse e massime quando portassero la confiscazione dei beni". Infine, *ivi* si puniva il tentativo di suicidio: "Chiunque pure come sopra volontariamente si ferisce per darsi la morte o venisse ad altro atto prossimo ad uccidersi dovrà essere punito con pena arbitraria anche afflittiva a misura delle circostanze, più o meno aggravanti". Per una ricostruzione storica completa sulla disciplina penale del suicidio in epoca preunitaria, A. CADOPPI, *Una polemica fin de siècle sul "dovere di vivere": Enrico Ferri e la Teorie dell'omicidio-suicidio*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, p. 126.

rapporto con l'ordinamento, un morto civile. Perdeva i suoi diritti civili – per esempio, le sue disposizioni testamentarie si consideravano nulle – perché ne aveva ‘vilmente’ disposto.

Dall'altro lato, il suicida compiva un crimine anche agli occhi di Dio, poiché disponendo della propria vita rifiutava ‘il più sacro fra i doni del Signore’; per ciò perdeva il diritto alla degna sepoltura²³⁴.

Appare possibile fare di queste due *rationes* una *reductio ad unitatem* nel comune postulato necessario di entrambe: il dovere di vivere, poiché la vita non apparteneva al suo titolare ma ad un'entità superiore²³⁵, fosse essa la società o Dio.

L'impostazione del codice preunitario sarebbe poi stata abbandonata dalla codificazione Zanardelli del 1889, che considerava la rilevanza penale del suicidio soltanto ove questo si fosse verificato ed in rapporto a chi vi aveva concorso punendo, quindi, solamente la condotta del determinatore – ossia quella idonea a far sorgere in un terzo il proposito autolesivo – e quella di colui che al suicida avesse ‘prestato aiuto’²³⁶.

L'anelito liberale del codice Zanardelli era stato di ostacolo quindi all'incriminazione del suicida; tuttavia rimaneva, anche nell'intelaiatura di questa codificazione, la percezione del disvalore che il legislatore attribuiva all'atto suicida.

“Se il suicidio non può essere considerato un delitto”, evidenziava autorevole dottrina²³⁷ dell'epoca, “esso è però certamente un male sociale per i dolori e le sventure

²³⁴ Siffatta abitudine è ancora radicatissima nella cultura religiosa cattolica; ne è stato un esempio recente la negazione, nel 2007, dei funerali a Piergiorgio Welby – per la ricostruzione della vicenda giudiziaria, *supra*, diffusamente, Cap II. nt. 114 -.”È stata un grave, gravissima decisione. Una scelta politica voluta dal Cardinale Ruini, un castigo verso una persona che ormai non poteva più soffrirne. Se la sono presa con chi non era più in grado nemmeno di rispondere. Il gesto della Chiesa è stato un gesto di punizione e, purtroppo, chi ne ha sofferto di più è stata la madre di Piergiorgio. Quando, però, ho visto tutta quella gente in piazza, venuta per dare un ultimo saluto a mio marito, mi sono resa conto che la Chiesa si era autocondannata. La presenza di così tante persone ha avuto un significato ben preciso. (...) È quello che sento e dico da cattolica (...) in quel divieto di celebrare i funerali di Piergiorgio, ho sentito forte dentro di me la consapevolezza che il Concilio Vaticano II aveva perso veramente tanto. Si era tornati indietro e dei progressi scaturiti dal Concilio non era rimasto nulla. Non c'era proprio nulla’. Cfr. M. WELBY, P. GIANNINI, *L'ultimo gesto d'amore*, cit., p. 49 ss.

²³⁵ Secondo quanto scriveva, in epoca fascista, un Autore notoriamente orientato secondo un'ideologia autoritaria se non totalitaria, “L'esistenza umana appartiene a Dio, alla Patria, allo Stato, alla società, alla famiglia a tutti questi ordinamenti superindividuali, non all'individuo”.. cfr. G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, Bologna, 1934, II, p. 454.

²³⁶ Il codice Zanardelli del 1889, sulla falsariga del codice del Granducato di Toscana del 1853.

²³⁷ Cfr. G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900, p. 62. Inoltre, *Relazione del ministro Zanardelli al progetto del Codice n. CXLVI del 1887*, ove si afferma “che i motivi che giustificano l'impunità del suicida non valgono a colui che per malvagità, interesse o per malintesa misericordia, induce altri al suicidio o scientemente vi presta aiuto”. In argomento, S. SEMINARA, *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte*

che può recare alle famiglie, per la commozione dolorosa che ispira, per la funesta virtù di esempio che esso ha in alcuni momenti negli uomini che vi vedono uno scampo ai loro mali veri o supposti: non deve essere permesso che altri coadiuvi il suicidio, E tanto più in quanto che la partecipazione all'altrui suicidio dà a vedere, ordinariamente, un animo scevro di miti e umani sentimenti”.

Il codice Rocco recupera, infine, questa impostazione ma la declina alla luce del nuovo assetto di valori che si era affermato con l'avvento del regime fascista, per cui “oggetto della tutela penale nei reati di omicidio era l'interesse dello Stato concernente la sicurezza della persona fisica. La vita umana, nello Stato fascista (come del resto in ogni altro Stato moderno) è un bene eminentemente pubblico, perché l'essenza, la forza e l'attività dello Stato risiedono essenzialmente nella popolazione, cioè nell'unione di tutti i cittadini”.

In questi termini, l'abbandono della cultura dell'incriminazione del suicida – sia che riesca a portare a termine il suo proposito, sia che lo tenti soltanto - viene confermata, ma si combina con la logica stato-centrica e utilitarista-collettivista dell'epoca - per cui l'essere umano era considerato patrimonio demografico della Nazione²³⁸ – nonché con il riconoscimento della religione di Stato²³⁹.

costituzionale n. 207 del 2018, cit., p. 311 ss. L'Autore, in particolare, evidenzia come il concetto di 'malintesa misericordia' dimostri che nell'ottica del legislatore la tutela della vita dovesse essere così rigorosa da indurre a ritenere che ogni condotta prestata contro di essa fosse viziata quantomeno da un errato senso di pietà.

²³⁸ Molto prima dell'avvento del regime fascista, siffatta logica era già sostenuta anche da CARRARA, secondo cui: “Reiette le aberrazioni della falsa filosofia e delle mendaci religioni non più oggi si pone il dubbio che il suicidio (*autochiria, proppricidio*) sia un atto riprovevole e vietato dalla legge naturale, anziché il sognato esercizio di un umano diritto. Neppure può controvertersi che la uccisione di un uomo, benché proveniente dalla sua stessa mano, non sia cosa feconda di danno politico, sì per la perdita che incontra la società di quel cittadino, sì per il mal esempio che induce, onde è a temersi per la natura imitatrice dell'uomo, che il principio si ripeta e si renda frequente, con grave sospetto e dolore delle famiglie e deterioramento della prosperità nazionale”. Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, (citato dalla) VIII ed. vol. I, Firenze, 1906, 1152, p. 204. Così, anche, PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. II, Napoli, 1883, p. 15. La fallacia dell'argomento per cui la meritevolezza della pena del suicida potesse ritrovarsi nel danno al 'patrimonio demografico' dello Stato, invece, viene messa in evidenza già da BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit. p. 94, che osserva: “Chiungue si uccide fa un minor male alla società, che colui che ne esce per sempre dai confini; perché quegli vi lascia tutta la sua sostanza, ma questi trasporta se stesso con parte del suo avere. Anzi, se la forza della società consiste nel numero de' cittadini, col sottrarre se stesso, e darsi ad una vicina nazione, fa un doppio danno di quello che lo faccia chi semplicemente colla morte si toglie alla società”.

²³⁹ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1937, VIII, 7. In argomento, ampiamente, S. SEMINARA, *L'art 580 c.p. e il diritto di morire*, cit., p. 313.

Il fondamento ideologico, dunque, della vigente disciplina dettata dal 580 c.p. appare esplicitamente individuato dal legislatore nella concezione di una vita umana che appartiene allo Stato e che, infatti, concepisce l'individuo in funzione della collettività.

Come si diceva nelle pagine precedenti²⁴⁰, appare chiaro come le reali difficoltà di trovare una soluzione univoca sul tema del diritto a morire in generale – nonché, in particolare, in rapporto alla compatibilità con l'assetto ordinamentale dell'art. 580 c.p. - si riducano all'individuazione del limite che si consente alla interferenza della potestà statale sulla autonomia del singolo.

Ebbene, la direzione che l'interprete deve assumere, in conformità al dettato costituzionale, per indicare un limite siffatto è, inequivocabilmente, quella imposta dalla sistematica di composizione degli interessi fondamentali delineata dalla Carta fondamentale del 1948²⁴¹, interessi tra i quali vi è, indubitabilmente, la libertà morale e dunque il diritto all'autodeterminazione individuale.

L'abbandono delle logiche panpubblicistiche e paternalistiche²⁴², che hanno costituito il retroterra culturale in cui ha preso vita il codice penale vigente, ci consente un ribaltamento completo della prospettiva diffusa tra gli interpreti del diritto penale durante il regime autoritario e una conseguente rielaborazione costituzionalmente orientata in tema di tutela della vita.

Nell'attuale assetto di valori giuridici deve ritenersi prioritario il diritto inviolabile dell'essere umano. Tale affermazione non esclude che possa ravvisarsi anche un interesse pubblico al rispetto della persona, ma questo non è altro che un mero riflesso della protezione da accordarsi in via principale ed esclusiva al singolo individuo, inteso kantianamente, come fine e non come mezzo²⁴³.

Dunque, oggetto della tutela penale dei reati di omicidio è la vita della persona; essa, nello Stato democratico, rappresentando il presupposto di tutti gli altri diritti, è un valore eminentemente individuale che appartiene alla persona e che preesiste

²⁴⁰ In argomento, *supra*, Cap I.

²⁴¹ Cfr. S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit. pp. 1006 ss.; ID., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, cit. p. 1720, nonché, ampiamente, ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 23 ss.

²⁴² Sull'incompatibilità fra il paternalismo e la Costituzione v. *supra*, Cap I, par. III.

²⁴³ Cfr. S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1, 2018, p. 56.

all'ordinamento giuridico, il quale, dunque, può solo riconoscerlo e garantirlo; non certo imporlo.

L'incompatibilità fra il dovere di vivere e il principio personalistico²⁴⁴, invero, rimarca come l'unico compito assegnato al diritto in uno Stato *post*-secolare sia quello di regolare i rapporti fra i consociati allo scopo di assicurare la loro pacifica coesistenza; questa sua finalità ontologicamente razionale fonda la tutela dei beni unicamente dalle aggressioni esterne, mentre non può farsi *ratio* dell'incriminazione di condotte autolesive²⁴⁵.

In questa logica deve oggi riconfermarsi l'illegittimità della punibilità del suicida e il principio dell'incoercibilità del vivere, poiché tanto il diritto di morire con dignità

²⁴⁴ La medesima incompatibilità dell'incoercibilità del vivere con il principio personalistico è stata, peraltro, recentemente richiamata come fondamento giuridico della illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sostenuta dalla Corte d'Assise del Tribunale di Milano, ord. 14.02.2018. la quale, in particolare, ha messo in discussione la compatibilità con la Carta fondamentale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui: a) incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13 comma 1 e 117 della Costituzione, in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; b) prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 della Costituzione. Secondo il Collegio remittente "in forza del combinato disposto degli artt. 3, 13 co. 1 e 117 Cost. - quest'ultimo con riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU - il suicidio costituisce esercizio di una libertà dell'individuo". Non conforme con il dettato costituzionale apparrebbe, invece, l'esegesi estensiva della norma operata 'dal diritto vivente' che è arrivata a dilatare oltremodo la condotta tipica dell'agevolazione al suicidio, incriminata dall'art. 580 c.p., fino a ricomprendervi qualsiasi contributo causalmente riconducibile al medesimo atto auto-lesivo. Per ciò che qui interessa, secondo il Collegio remittente, con l'affermazione del principio personalistico enunciato all'art. 2 e con il riconoscimento dell'inviolabilità della libertà individuale, di cui all'art. 13, la Carta costituzionale ha sancito una vera e propria inversione di rotta, giuridica e culturale, rispetto al passato e ha posto, finalmente, l'uomo, e non più lo Stato, al centro della vita sociale. Alla luce di tale nuova sensibilità, la vita umana non può essere concepita in funzione di un fine eteronomo alla tutela dell'individuo. Inoltre, dal riconoscimento ad ogni individuo del diritto alla libertà personale, fisica e morale, deriva la tutela della medesima anche da interferenze arbitrarie da parte dello Stato, per cui questo diritto primario diventa fondamento del potere della persona di disporre del proprio corpo, e conseguentemente, del diritto di rifiutare qualsiasi trattamento terapeutico, in assenza di una legge che esplicitamente lo imponga, ai sensi dell'art 32 co. 2 Cost. ed entro i limiti ivi stabiliti. Dall'assurgere al rango costituzionale del diritto all'autodeterminazione terapeutica deriva il corrispondente obbligo per l'ordinamento di rispettare la decisione del singolo di rifiutare le cure, poiché il potere dello Stato di intervenire nella tutela della salute dei cittadini si limita ad ipotesi eccezionali, funzionali alla salvaguardia della salute collettiva. Tutto ciò, nell'opinione del giudice rimettente, trova consacrazione nella l.n. 219/2017 in materia di biotestamento, la quale deve essere utilizzata come parametro interpretativo della vigente formulazione dell'art. 580 c.p., poiché con siffatto *novum* normativo il legislatore ha 'nel caso di malattia' "riconosciuto il diritto a decidere di lasciarsi morire a tutti i soggetti capaci".

²⁴⁵ S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 671.

che la facoltà di suicidarsi trovano fondamento nel medesimo diritto all'autodeterminazione²⁴⁶.

Appare allora necessario bilanciare, ancora una volta, i corollari del principio personalistico con quelli del principio solidaristico.

Se lo Stato non può imporre la conservazione della vita, né invocandone la dimensione di bene collettivo né imponendone una tutela paternalistica, inquadrando il suicidio come fatto illecito, resta invece in capo al medesimo – onde evitare che l'individualismo degradi in atomizzazione sociale – l'onere di scoraggiarlo, incidendo sui motivi che sorreggono il proposito suicida.

4. Dubbi di legittimità costituzionale del reato di istigazione e aiuto al suicidio.

La scelta del legislatore del 1930 di confermare nell'art. 580 c.p. la mancata previsione di conseguenze sanzionatorie per le determinazioni suicide, prendendo così le distanze dalle passate opzioni politico-criminali che avevano introdotto misure applicabili al cadavere o al patrimonio del suicida, ha trovato il suo contraltare in un'incriminazione molto ampia delle condotte accessorie all'altrui suicidio.

Disciplinare il suicidio come atto lecito – o quantomeno atto non punibile anche se disapprovato²⁴⁷ – e contemporaneamente qualificarlo come elemento costitutivo della

²⁴⁶ Il suicidio è atto lecito perché, nella sua drammaticità esistenziale, rappresenta la estrema manifestazione della personalità morale dell'uomo; così, S. SEMINARA, op. ult. cit., p. 677.

²⁴⁷ Tra il risalente orientamento che considerava il suicidio come atto illecito ma non punibile per mere ragioni di 'inopportunità criminale' - fondate sulla evidente inefficacia preventiva e rieducativa della punizione irrogata a colui che avesse tentato il suicidio, in considerazione della sua condizione di sofferenza psicologica – e l'orientamento opposto, che individua nella determinazione alla morte volontaria l'esercizio di un vero e proprio diritto, espressione dell'autodeterminazione individuale della persona umana, se ne pone un terzo, che colloca il suicidio in uno 'spazio libero dal diritto' ossia in un 'luogo al di là delle idee di giusto e di sbagliato' che si oppone all'invadenza del diritto, in cui il legislatore si astiene da qualsiasi valutazione circa la legittimità o meno di un comportamento, riconoscendo al singolo completa libertà di scelta. In argomento, F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere*, cit., p. 212 secondo cui "addirittura si è parlato di arroganza del giurista e di una sua pretesa ad invadere questi problemi, contrapponendo a una tale arroganza l'esistenza di uno 'spazio libero dal diritto', cioè di una soluzione di questi problemi che dovrebbe essere delegata totalmente al medico al di fuori di schemi giuridici; questo discorso è svolto soprattutto con riferimento a quei casi in cui l'aiuto a morire costituisce in sostanza una forma di aiuto passivo e non attivo". Siffatta teoria, secondo l'Autore, "è un'impostazione che non può non preoccupare il giurista posto che il compito del diritto penale è proprio quello di disciplinare con regole proprie il bene rappresentato dall'imminente fine della persona". Cfr.

fattispecie, ha comportato però delle difficoltà tecniche sul piano già della struttura delle incriminazioni, obbligando il legislatore a costruire l'art. 580 c.p. come una norma eccentrica rispetto ai tradizionali schemi del codice penale ed in particolare rispetto al concorso eventuale di persone.

A ben vedere, la norma costituisce un'ipotesi di reato c.d. a più fattispecie in quanto la struttura oggettiva del delitto, sotto il profilo della condotta, viene costruita su uno schema triplice che incrimina tutte le forme di agevolazione del suicidio e di determinazione o rafforzamento dell'altrui proposito suicida.

L'unica opzione esegetica che resta all'interprete, dunque, per contenere l'enorme ampiezza dell'ambito applicativo della fattispecie è bilanciare la previsione delle condotte a forma libera con un rigoroso accertamento del nesso causale. Si

Ibidem. In sostanza, non potendo il legislatore laico adottare una scelta conforme all'etica di una sola delle posizioni in conflitto – imponendo, per esempio, il dovere incondizionato di vivere o riconoscendo il diritto di morire – egli sarebbe tenuto a 'ritrarre le proprie norme' lasciando che la scelta etica sia compiuta dal singolo soggetto interessato, senza che l'ordinamento la approvi espressamente. Così, M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.*, 2007, 3, p. 906. Siffatta neutralità dell'ordinamento, dunque, consentirebbe al legislatore di non addivenire ad un bilanciamento tra diritti che individuino un interesse prevalente fra quelli in conflitto. Sul punto, v. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018 p.165. Il diritto, infatti, attribuirebbe ai soggetti coinvolti la determinazione di una decisione di cui poi si impegnerebbe a rispettare le conseguenze non prevedendo, per quel caso, una sanzione. Così, C. ROXIN, *Cause di giustificazioni e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena, in Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996, p. 104. La teoria dello spazio libero dal diritto è stata dunque recuperata come una via per creare una fattispecie di esenzione di pena posta fra giustificazione e scusa per ipotesi difficilmente risolvibili di conflitto, come i casi di interruzione volontaria di gravidanza. In ipotesi siffatte, l'interruzione volontaria di gravidanza, per esempio, sarebbe non punibile perché coperta da una indicazione legale, con la quale però il legislatore si limiterebbe ad introdurre una causa di non punibilità, senza offrire una valutazione circa la meritevolezza di quel comportamento. Una simile impostazione non appare sostenibile: come autorevolmente si sostiene, invero, "una volta che si realizza una condotta lesiva di un bene giuridico tutelato - e che tale condotta viene valutata come tipica - il diritto non può più astenersi da una valutazione 'ritraendo le proprie norme'", ROXIN, *Op. ult. cit.*, p. 38. "Sostenere l'impossibilità operativa di uno spazio libero dal diritto", cfr. F. BRICOLA, *Vivere, diritto o dovere*, cit. p. 212, tuttavia, non vuol dire sostenere un concetto onnicomprensivo del diritto, incompatibile con il modello della democrazia parlamentare in cui la libertà del singolo è originaria e non soltanto concessa dal potere statale, che anzi, a sua volta, è istituito dal popolo ed è limitato alla funzione di garantire la libertà, la pace e il benessere degli individui. Così, C. ROXIN, *Cause di giustificazioni e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena, in Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 37. Coerentemente con ciò, non può dirsi che tutto ciò che non è autorizzato è vietato. Deve sostenersi, invece, che ogni comportamento umano è lecito, se non è espressamente vietato da una norma, eventualmente penale, ed è proprio in questo spazio di libertà originaria che trova il suo posto 'lo spazio libero dal diritto'. Un esempio di spazio libero dal diritto, in questi termini, può certamente ritrovarsi nel suicidio 'in quanto né permesso né vietato'. In tal senso, ROXIN, *Op. ult. cit.* p.38. Si veda, inoltre, A. NAPPI, *Principio personalistico e binomi indissolubili*, Napoli, 2018, *passim*, e ID., *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in *Legisl. pen.*, 2019, www.lalegislazionepenale.eu, pp. 1 ss.

impone, in altri termini, affinché esse possano dirsi sussumibili nella disciplina di cui al 580 c.p., un accertamento del nesso etiologico tale da provare, con un alto grado di probabilità logica, che tra le azioni o omissioni medesime e l'evento (morte del suicida o lesioni derivate dal tentato suicidio) sussista un nesso causale penalmente rilevante.

Per ritenere sussistenti, quindi, delle condotte riconducibili alla previsione dell'art. 580 c.p. si dovrà ravvisare l'apporto causale, almeno agevolativo, fornito dalle stesse all'atto autolesivo, verificando con giudizio controfattuale esplicativo *ex post* che questo non si sarebbe verificato *hic et nunc* senza la condotta del terzo, determinante, 'rafforzatore' o agevolatore.

Avendo rinunciato a punire il suicida, ciò che diventa penalmente rilevante nell'ottica del legislatore del 1930, in altri parole, è la compartecipazione del terzo nell'altrui atto autolesivo, tanto nelle forme della partecipazione psichica - istigazione e rafforzamento del proposito suicida – quanto nelle forme della partecipazione materiale, ossia dell'agevolazione.

La punibilità di queste condotte, dunque, sembrerebbe, *prima facie*, rispondere, sotto il profilo formale, alla disciplina del concorso eventuale di persone di cui all'art. 110 c.p.

Siffatta disciplina però si configura come una clausola generale di estensione della punibilità a condotte atipiche che, generalmente, si assumono disvalorate poiché idonee a rafforzare o agevolare il proposito criminoso attraverso la partecipazione materiale o morale in una condotta altrui che sia tipica: per il configurarsi del concorso eventuale, in altri termini, è necessario che taluno dei concorrenti realizzi un fatto di reato, quantomeno nella forma tentata²⁴⁸.

Ne consegue che avendo il legislatore qualificato il suicidio come fatto *ex se* non punibile perché atipico, un eventuale correo, morale o materiale, in quel fatto lecito non avrebbe potuto assumere il ruolo di concorrente ai sensi del 110 c.p., non sussistendo alcuna tipicità da estendere.

Per ritagliare, allora, uno spazio di incriminazione per le condotte accessorie al suicidio, il legislatore si è visto costretto ad introdurre nella parte speciale del codice una fattispecie autonoma e monosoggettiva caratterizzata dal fatto che il disvalore delle

²⁴⁸ Per tutti, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2016, p. 503

condotte tipiche si fonda sull'efficacia causale che esse hanno nel compimento – da parte di altri – di un fatto non punibile.

Risultano, invero, punibili i terzi che, realizzando condotte volte a promuovere la scelta suicida o ad agevolarne l'esecuzione, contribuiscono a cagionare l'offesa del bene vita, protetto dalla norma²⁴⁹.

Ciò che, infatti, tradizionalmente²⁵⁰, distingue il reato di istigazione e aiuto al suicidio dalla contigua fattispecie di omicidio del consenziente è la circostanza che nel primo caso l'autore del reato – ossia chi possiede la signoria del fatto e libera le energie causali funzionali alla sua realizzazione – è il titolare del bene protetto dalla legge.

Viceversa, nell'ipotesi di omicidio del consenziente, il dominio finalistico dell'azione non è esercitato dalla vittima del reato, nonostante questa vi abbia prestato valido consenso o abbia proprio determinato il proposito criminoso di colui che poi se ne è fatto autore.

Siffatta distinzione, se appare chiara in una dimensione astratta, è destinata a divenire assai labile²⁵¹ se considerata nella sua dimensione contingente.

In particolare, proprio in presenza di un malato non terminale, ma in condizioni cliniche irreversibili e in preda a intollerabili sofferenze, che chiede di porre fine alla propria esistenza, la già evanescente distanza fra gli artt. 579 e 580 c.p. giunge a svanire del tutto.

A ben vedere, tra la condotta dell' esercente la professione sanitaria che fornisca al paziente terminale un farmaco letale affinché questi lo assuma – cagionandosi la morte *manu propria* - e la condotta del medesimo soggetto che, in una situazione analoga, inietti direttamente in vena la sostanza venefica allo stesso paziente che ne ha fatto esplicita richiesta – pretendendo una morte volontaria effettuata con le garanzie di una situazione di controllo sanitario -, non vi è differenza dal punto di vista assiologico.

²⁴⁹ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 44.

²⁵⁰ Il discrimine tra il reato di omicidio del consenziente e quello di istigazione o aiuto al suicidio va individuato nel modo in cui viene ad atteggiarsi la condotta e la volontà della vittima in rapporto alla condotta dell'agente: si avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria. Così, cfr. ad es. Cass. pen. n. 3147/1998.

²⁵¹ In argomento, S. SEMINARA, *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, cit., p. 316.

Le due azioni, invero, sono dirette ad ottenere il medesimo risultato e si caratterizzano per lo stesso significato sociale²⁵². “Autoria e partecipazione, in casi siffatti, inoltre, non presentano nessun disvalore tipologico regolativo, poiché il dominio sul fatto rimane pur sempre presso il medico e presso il paziente²⁵³”.

Tali difficoltà di sussunzione si vanno ad aggiungere, quindi, a quella ampiezza, potenzialmente abnorme, dell’ambito applicativo della disposizione, dovuta alla diversità ontologica delle condotte alla cui realizzazione il legislatore connette la medesima risposta punitiva, *ex art. 580 c.p.*

A ben vedere - volendo, in questa sede, tralasciare le difficoltà connesse alla distinzione, sul piano del disvalore tra le condotte di agevolazione materiale e quelle di determinazione e istigazione, poiché richiederebbero un approfondimento che non ci è possibile in questa sede²⁵⁴ - una delle criticità che ci appare di poter rinvenire nell’incriminazione dell’art 580 c.p. è la indeterminatezza del concetto di ‘agevolazione della messa in atto dell’altrui volontà autolesiva’.

²⁵² In tal senso, M. DONINI, *La necessità dei diritti infelici*, cit. pp. 24 ss.; v., inoltre, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., pp. 62 ss. In particolare l’Autore osserva come una volta rotti gli argini per il riconoscimento di un diritto fondamentale – quello al rifiuto delle cure salvavita – si è resa sempre più pressante la necessità di un intervento legislativo atto alla individualizzazione di quelle condizioni di liceità per i trattamenti terapeutici di fine vita che, di fronte all’avvenuto superamento della tradizionale classificazione tra eutanasia attiva incompatibile con il rifiuto delle cure (illecita) e passiva consensuale (lecita) – tradizionalmente ricondotte alla dicotomia naturalistica fra *mercy killing* e *letting die* -, sapessero anche ridurre quelle evidenti irrazionalità sistematiche nel ricostruire - di fronte alla relatività tra agire e omettere, ovvero tra autoria e partecipazione, posto che il disvalore di evento è lo stesso - le basi per un’uniformità di disciplina della linea di confine, nell’ambito dello stesso complesso fenomeno, tra forme improprie di eutanasia, lecite, e forme proprie di eutanasia, illecite. In tal senso, S. CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino 2003, pp. 213 ss. Inoltre, F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?* In *Giust. pen.*, 2017, II, p. 37. Dunque, che nella materia del biodiritto sia dominante la dimensione assiologica lo dimostra il dibattito in ordine alla natura omissiva e commissiva della condotta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale – su cui si rinvia *supra*, Cap II, par. VII, nt. 113 - particolarmente approfondito nella dottrina tedesca, e recentemente risolto dalla giurisprudenza mediante uno spostamento dal piano della tipicità a quello dell’antigiuridicità. In tal senso, S. SEMINARA, *Osservazioni penalistiche sulla sentenza del Bundesgerichtshof in tema di eutanasia passiva*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, 2010, pp. 554 e ss. In argomento, ampiamente, A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell’ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, pp. 1 ss. www.diritto penale contemporaneo.it nonché in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza n. 207 del 2018*, cit. pp. 337 ss.

²⁵³ Cfr. M. DONINI, *La necessità dei diritti infelici*, cit. p. 24.

²⁵⁴ In argomento, ampiamente, A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003, *passim*.

Nonostante, infatti, la dottrina abbia profuso sforzi di non poco momento per delimitare l'ambito dell'aiuto al suicidio alle forme di agevolazione della "effettiva messa in atto dell'altrui volontà suicidaria", individuando tra le condotte suscettibili alla fattispecie normativamente descritta solo "i comportamenti consistenti o nella fornitura di mezzi utili per l'esecuzione del suicidio o nella rimozione di ostacoli che si frappongono all'attuazione del proposito della morte"²⁵⁵, l'indeterminatezza concettuale intrinseca al concetto di agevolazione non ne è parsa significativamente scalfita.

L'orientamento della giurisprudenza nomofilattica, invero, appare propenso a riconoscere una esegesi estensiva della condotta di aiuto materiale del suicida fondata su un'interpretazione orientata alla *voluntas* originaria del legislatore fascista.

Secondo l'opinione della Corte di cassazione, invero, dalla *littera legis* della norma, nella parte in cui incrimina anche l'agevolazione, doveva trarsi l'intento espresso del legislatore di punire anche le condotte di chi, volontariamente e consapevolmente, avesse posto in essere un qualsiasi comportamento²⁵⁶ funzionale a rendere più agevole la realizzazione del suicidio.

A siffatta esegesi, si oppone l'orientamento della giurisprudenza di merito²⁵⁷ che ritiene preferibile un'interpretazione restrittiva dell'incriminazione dell'agevolazione al suicidio, perché più conforme a criteri interpretativi costituzionalmente orientati e più ossequiosa del principio del *favor rei*.

In quest'ottica potrebbero evitarsi "incriminazioni di condotte che solo marginalmente ledono il bene giuridico protetto dalla norma di cui al 580 c.p." in modo da ottenere che "solo la condotta di chi abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva

²⁵⁵ Tra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 45.

²⁵⁶ Cfr. Corte cass., sent. n. 3147/1998. In particolare, secondo la Corte "ai fini della configurabilità dell'aiuto al suicidio è sufficiente che l'agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio", in quanto "la legge, nel prevedere, all'art. 580 c.p., tre forme di realizzazione della condotta penalmente illecita (quella della determinazione del proposito suicida prima inesistente, quella del rafforzamento del proposito già esistente e quella consistente nel rendere in qualsiasi modo più facile la realizzazione di tale proposito) ha voluto punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongano alla realizzazione del proposito, ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo di impedire la realizzazione dell'evento. L'ipotesi dell'agevolazione al suicidio prescinde totalmente dall'esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui. Anzi presuppone che l'intenzione di auto-sopprimersi sia stata autonomamente e liberamente presa dalla vita, altrimenti vengono in applicazione le altre ipotesi previste dal medesimo art. 580".

²⁵⁷ Trib. di Milano, Richiesta di Archiviazione del 26 aprile 2017, proc. 9609/2017 R.G.N.R.

del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, possa essere oggetto di rimprovero penale”.

A ben vedere, infatti, secondo una ricostruzione distante da quella della giurisprudenza nomofilattica, una corretta definizione di agevolazione si può delineare – secondo il tenore letterale della norma che rende punibile chi agevola in qualunque modo l'esecuzione del suicidio – solo valorizzando la connessione teleologica fra la medesima condotta strumentale e l'esecuzione della atto autolesivo.

É proprio nella scelta del significato che si decide di attribuire al lemma 'esecuzione' che può sensibilmente ampliarsi o restringersi, in concreto, l'ambito applicativo della norma.

Di nuovo è il caso Antoniani a farsi *exemplum* chiarificatore: la sussunzione di una attività umana fra quelle tipiche di agevolazione del suicidio di un ammalato irreversibile - non completamente dipendente da trattamenti sanitari salva-vita ma costretto a sofferenze intollerabili da una malattia incurabile, che non vuole optare per la sedazione palliativa profonda, ma è in possesso delle sostanze economiche e dei mezzi per superare il confine svizzero ed ottenere un suicidio assistito – dipenderà allora da cosa si intenda per esecuzione del suicidio.

Se si attribuirà a siffatto concetto il significato di 'inizio dell'esecuzione', esso non potrà che individuarsi nel momento iniziale del suicidio dell'Antoniani ossia quello in cui, nella clinica svizzera, il personale medico ha iniettato la sostanza venefica nella siringa collegata al sondino applicato al paziente affinché essa potesse, poi, entrare in circolo nel momento in cui quest'ultimo avesse premuto con la bocca il pulsante collegato allo stantuffo; così ricostruito il fatto, gli unici soggetti le cui condotte si sarebbero potute sussumere fra quelle agevolative del suicidio sarebbero stati i sanitari svizzeri²⁵⁸.

All'opposto, se vorranno ricomprendersi nel concetto di esecuzione del suicidio il significato di azione preordinata e causalmente riconducibile al medesimo, verrà ad essere ricompresa nell'alveo delle condotte agevolative, penalmente rilevanti, qualsiasi

²⁵⁸ In tal senso, Trib. di Milano, Richiesta di Archiviazione del 26 aprile 2017, proc. 9609/2017 R.G.N.R. “In sintesi, la condotta di Cappato non integrerebbe gli estremi dell'agevolazione penalmente rilevante ex art. 580 c.p.: l'unico suo contributo all'esecuzione del suicidio consisterebbe infatti, in base all'interrogatorio dell'indagato, nell'aver spostato Antoniani dalla sedia al letto dove sono avvenute le 'prove' di autonomo azionamento dello stantuffo inoculante il farmaco letale e non avrebbe svolto alcun ruolo nella fase esecutiva vera e propria del suicidio”. Cfr. L. RISICATO, *L'incostituzionalità 'differita' dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, cit., p. 293.

condotta materialmente funzionale al proposito auto-soppressivo, purché l'agevolatore sia consapevole di tale progetto²⁵⁹.

La condivisione della seconda di queste interpretazioni ha fondato il convincimento del Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano nella scelta di rigettare la richiesta di archiviazione del procedimento a carico di Marco Cappato per avere agevolato il suicidio di Fabiano Antoniani, accompagnandolo in auto in una clinica svizzera nella quale questi avrebbe potuto ottenere un suicidio assistito.

Che tale seconda esegesi fosse quella più coerente con la *mens legis* del legislatore del 1930 non appare discutibile.

Abbiamo però ricostruito che siffatta scelta politico-criminale affondava le radici in un retroterra culturale pan-pubblicistico e paternalistico che appare essere stato completamente sovvertito da un processo di evoluzione culturale e giuridica – ancora in corso – che ha preso le mosse nei dibattiti dell'Assemblea Costituente e che – passando per la l. n. 219/2017 – ha fondato, in parte, la recentissima, parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c.p.

In particolare, esempio di quanto questa evoluzione sia ormai radicata nella cultura sociale e giuridica del nostro tempo è l'ordinanza di remissione²⁶⁰ che ha dato origine alla declaratoria in parola; il provvedimento, invero, ha il pregio indiscusso di compendiare le ragioni di quanti nel suicidio non vedono un atto carico di un disvalore

²⁵⁹ Nel provvedimento con cui il G.I.P. del tribunale di Milano ha disposto l'imputazione coatta di Marco Cappato, ai sensi dell'art. 409 c.p.p., si legge che la formulazione dell'art 580 c.p. “appare evidentemente orientata a riassumere in sé – e quindi a punire – ogni condotta che abbia dato un apporto causalmente apprezzabile ai fini della realizzazione del proposito suicidario. Restringerne l'applicazione alla sola fase che immediatamente precede l'evento mortale (nel caso di specie alla predisposizione dell'iniezione letale in Svizzera) comporterebbe togliere ogni rilevanza a condotte che, invece, hanno agevolato in modo palese la concretizzazione del suicidio”. Cfr. Trib. Milano, ord. G.i.p, 10.07.2017. Il Giudice, in questo passaggio, fa dunque riferimento alla condizione fisica dell'Antoniani, che non gli avrebbe mai consentito di raggiungere, senza l'aiuto di un terzo, la clinica elvetica dove ha trovato la morte volontaria. In questo senso, dunque, Cappato ha agevolato – consapevolmente - il suicidio di Antoniani. “Applicando il consueto schema logico per provare il nesso di causalità” – e dunque lo schema di giudizio nomologico-deduttivo, controfattuale, *ex post*, corretto dall'elemento soggettivo, il quale consente di evitare la deriva del *regressus ad infinitus* e di sceverare quelle condotte che assumono rilevanza rispetto alla fattispecie considerata – la condotta del Cappato appare sussumibile in quella di agevolazione descritta dall'art 580 c.p. Secondo il G.i.p., dunque, “La lettura restrittiva promossa nella richiesta di archiviazione finirebbe non solo per tradire la lettera stessa della norma, bensì per collidere anche con la teoria della causalità, togliendo rilievo penale ad una condotta che può qualificarsi come antecedente etiologico del suicidio dell'Antoniani”. In conclusione quindi, nel convincimento dell'Autorità giudiziaria in parola, qualsiasi condotta materialmente funzionale al proposito auto-soppressivo e teleologicamente connessa al medesimo, purché l'agevolatore sia consapevole di tale progetto, è punibile ai sensi dell'art 580 c.p.

²⁶⁰ In argomento, v. *supra*, nt. 33.

giuridico, bensì un'espressione di disperazione oppure di autodeterminazione individuale, e che individuano uno specifico obbligo di intervento del legislatore, in funzione dissuasiva e solidale, solo in rapporto al primo.

Di fronte ad un'espressione così chiara di un mutamento, profondo e radicale, della coscienza sociale si impone un intervento legislativo che adegui la tutela della vita al tempo presente, restringendo il novero delle condotte materialmente agevolative del suicidio, soprattutto alla luce dell'intervento normativo 219/2017.

I dubbi circa la compatibilità con la Costituzione dell'art. 580 c.p., oltre a fondarsi sull'ambito di applicazione potenzialmente onnivoro che le è stato attribuito dalla scelta politico-criminale del legislatore del 1930 di incriminare qualsiasi condotta accessoria all'altrui suicidio, si rafforzano oggi, a ben vedere, nel raffronto della norma in esame con la nuova disciplina introdotta dalla l. 219/2017.

La novella legislativa ha previsto, come si diceva nella pagine precedenti, una ipotesi di non punibilità per l'esercente la professione sanitaria che ottemperi alle disposizioni del paziente in ordine al rifiuto o all'interruzione dei trattamenti sanitari, anche salva-vita, che autorizza il sanitario a non impedire la morte dell'ammalato, il quale, completamente dipendente dal trattamento stesso, non voglia sottoporvisi.

La mancanza di coordinamento fra siffatta disciplina e quella dettata dall'art. 580 c.p. pone, dunque, problemi interpretativi di non poco momento, in quanto, l'“*adverse effect*²⁶¹” che genera è una disparità di trattamento fra gli ammalati irreversibili completamente dipendenti dalla terapia cui sono sottoposti – il cui rifiuto o la cui sospensione causa la morte – e gli ammalati irreversibili non terminali, ossia quei pazienti – come era Fabiano Antoniani – che pur essendo vivi grazie alle terapie, non morirebbero immediatamente se vi si sottraessero.

Mentre per il primo caso, la legge del 219/2017 prevede un'ipotesi di non punibilità; per il secondo, invece, il codice Rocco non solo predispose una risposta sanzionatoria, ma la individua con una cornice edittale che va da cinque a dodici anni di reclusione.

Come è noto, la materia penale è assistita dal principio della riserva di legge per cui reati, pene e misure di sicurezza non possono avere altra fonte che non sia la legge. Il principio integra, invero, le esigenze storicamente espresse dal principio di legalità –

²⁶¹ In argomento, *supra*, Cap II, par. 5.

che richiedono leggi scritte e stabili, emanate anteriormente alla commissione del reato e sottratte all'arbitrio del potere esecutivo e giudiziario – con l'ulteriore pretesa che un atto normativo, suscettibile di determinare una restrizione dei diritti individuali di libertà, scaturisca in via esclusiva, da quella dialettica fra le forze politiche di maggioranza e opposizione presenti in Parlamento che rappresentano la volontà popolare²⁶².

In forza del principio di riserva di legge, dunque, al legislatore è attribuito il potere discrezionale nelle scelte di politica criminale relative alla determinazione dell'*an* delle incriminazioni e del *quantum* della sanzioni.

In particolare, costituisce principio di diritto acquisito alla cultura giuridica del nostro ordinamento, che la valutazione di adeguatezza delle sanzioni penali, in relazione alla gravità dell'illecito, spetti alla discrezionalità del legislatore.

Siffatta discrezionalità, tuttavia, non è illimitata. Deve, infatti, essere rispettosa dei principi costituzionali e di tutte quelle garanzie tipiche della repressione penale di uno Stato che voglia dirsi democratico; diversamente finirebbe per tradire il suo stesso fondamento e offrire profili apprezzabili in sede di legittimità costituzionale.

In particolare, “il sindacato di legittimità può formare oggetto di censura quando la sperequazione tra pena e reato assume dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni benché minima ragionevolezza²⁶³”

Ne consegue, dunque, che tutte le scelte di politica criminale – sia relative all'*an* delle incriminazioni, sia al *quantum* delle sanzioni - siano monopolio del legislatore, ma che, contemporaneamente, il potere legislativo sia vincolato ad assumere determinazioni che non risultino palesemente irragionevoli in termini di proporzionalità dei mezzi prescelti rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare ed alle finalità che si intendono perseguire²⁶⁴.

²⁶² Per tutti, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 74.

²⁶³ Così, S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit. p. 23. Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. sent. n. 25/1994; n. 333/1992; nonché Corte cost. sent. n. 84/1997. Nonché, sull'effetto addirittura potenzialmente criminogeno delle previsioni di pene sproporzionate, già C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit. p. 32 “è evidente che il fine della pena non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso (...) L'atrocità della pena fa sì che si ardisca tanto più per iscivarla, quanto è grande il male a cui si va incontro; fa sì che si commettano più delitti per fuggir la pena di uno solo”. Cfr. S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit. p. 31

²⁶⁴ In tal senso, Corte cost. sent. n. 409/1993; applicando tale principio la Consulta dichiarava l'illegittimità costituzionale della Legge della Regione Sicilia di avviamento al lavoro –approvata

In questa prospettiva, trovando il principio di ragionevolezza e di proporzionalità fondamento nell'art. 3 Cost., l'organo deputato a vegliare sul rispetto di entrambi da parte del legislatore è, in primo luogo, la Corte Costituzionale, il cui sindacato deve tenere conto dei principi fondamentali su cui l'ordinamento si fonda²⁶⁵ nonché delle complessive scelte effettuate dal legislatore per ciascuna determinata materia.

Tale vaglio della Corte Costituzionale dunque si declina tanto nella valutazione della coerenza della norma con la *ratio* che essa persegue e nella congruenza della medesima con il sistema ordinamentale, quanto nella analisi della congruità e adeguatezza del mezzo prescelto dal legislatore nella disposizione normativa con il fine che la medesima persegue.

Deve soggiungersi che tale giudizio di ragionevolezza deve essere esso stesso 'ragionevole' e dunque seguire i propri crismi concettuali non esuberando gli scopi che al medesimo sono propri.

Il ruolo della Consulta, infatti, nel vaglio di ragionevolezza è funzionale a garantire il cittadino da un uso distorto della discrezionalità legislativa che raggiunga 'una soglia di evidenza' tale da assumere le connotazioni di uno sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa; non può in altre parole fondarsi su un qualsiasi mutamento della coscienza sociale collettiva, poiché se così fosse il giudizio di ragionevolezza finirebbe per sovrapporsi al 'giudizio di valore'

dall'Assemblea regionale siciliana il 4 marzo 1994 (Proroga del termine per l'efficacia delle graduatorie concorsuali. Interventi in materia di formazione professionale e di cooperazione ed abrogazione di norme. Modifiche alla legge regionale 10 settembre 1993, n. 25. Disposizioni in materia di personale) - statuendo che "le motivazioni addotte dalla Regione, sotto il profilo dell'eccezionalità della situazione di fatto, non possono far superare alla disposizione lo scrutinio di costituzionalità, giacché la ragionevolezza delle norme esige sempre un rapporto di congruità del mezzo al fine". Cfr. Corte cost., sent. n. 437/1994. Nel medesimo senso, Corte cost., sent. n. 309/1996, nel dichiarare la parziale illegittimità costituzionale della legge in materia di locazioni immobiliari, argomentava che: "Il meccanismo indicato dal legislatore si presenta incongruo rispetto alle finalità perseguite dalla legge (...) ed incoerente nella sua configurazione interna, in contrasto, quindi, con il principio di ragionevolezza stabilito dall'art. 3 della Costituzione". "Ancora più marcata, appare, inoltre, la violazione del principio di ragionevolezza ex art. 3 della Costituzione sotto il profilo del principio di razionalità che essa postula", "sia nel senso di razionalità formale, cioè del principio logico di non contraddizione, sia nel senso di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza", cfr. Corte cost. sent. n. 172/1996.

²⁶⁵ Un esempio di applicazione di siffatto principio si ritrova in Corte cost. sent. n. 51/1994. In particolare, la Consulta, in materia di pubblico impiego, statuiva che "pur rilevando che il legislatore gode di ampia discrezionalità nel determinare i criteri di ammissione ai concorsi nonché i sistemi e le procedure per la progressione in carriera dei pubblici dipendenti, tale discrezionalità deve pur sempre esplicarsi nel limite dei principi di ragionevolezza e di salvaguardia del buon andamento della P.A."

affidato al legislatore e la Corte assolverebbe ad una funzione creativa di diritto che non le compete²⁶⁶.

Così circoscritta la funzione della Corte nel vaglio di ragionevolezza dell'operato legislativo, deve evidenziarsi che il principio in esame, nella sua dimensione di principio di proporzionalità - che nell'ambito del diritto penale ha sempre rivestito grande rilevanza in quanto, così declinata, funge da argine alla potestà punitiva del legislatore e garantisce i cittadini da opzioni politico-criminali irrazionali o arbitrarie - di recente, ha visto allargarsi il proprio fondamento normativo grazie all'eterointegrazione del sistema interno con le fonti sovranazionali.

A ben vedere, accanto all'art. 3 della Costituzione, che è sempre stato considerato fondamento implicito del principio di ragionevolezza e proporzionalità, si pongono anche gli artt. 11 e 117 della stessa Carta fondamentale, nella misura in cui vincolano l'Italia al rispetto degli obblighi sovranazionali, ed in particolare delle norme eurounitarie, le quali, come è noto, nel rapporto con le discipline interne si pongono, generalmente, in posizione di *primacy*²⁶⁷.

²⁶⁶ In particolare, Corte cost. sent. n. 313/1995, secondo cui “perché sia dunque possibile operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore, è pertanto necessario che l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di ‘eccesso di potere’ e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa. Non è, quindi, qualsiasi mutamento del costume o della coscienza collettiva a poter indurre nuove gerarchie di valori idonee a compromettere, sul piano della ragionevolezza costituzionalmente rilevante, la ponderazione che dei beni coinvolti sia stata operata in sede normativa attraverso l'individuazione delle condotte penalmente rilevanti e la determinazione del conseguente trattamento sanzionatorio, giacché, ove così fosse, alla relatività di un giudizio di valore – quello legislativo – finirebbe ineluttabilmente per sovrapporsi un controllo di ragionevolezza anch'esso relativo e, come tale, idoneo a realizzare una funzione eminentemente ‘creativa’ che sicuramente fuoriesce dai compiti riservati a questa Corte. L'apprezzamento in ordine alla manifesta irragionevolezza della quantità o qualità della pena comminata per una determinata fattispecie incriminatrice finisce, dunque, per saldarsi intimamente alla verifica circa l'effettivo uso del potere discrezionale, nel senso che, ove uno o più fra i valori che la norma investe apparissero sviliti al punto da risultare in concreto compromessi ad esclusivo vantaggio degli altri, sarà la stessa discrezionalità a non potersi dire correttamente esercitata, proprio perché carente di alcuni dei termini sui quali la stessa poteva e doveva fondarsi”. Nello stesso senso, Corte cost. sent. n. 446/1994 secondo cui “va tenuto conto che il giudizio affidato alla Corte, sotto il profilo della ragionevolezza (...), non può che consistere in una valutazione esterna delle scelte legislative che riguardi la palese arbitrarietà o la manifesta irragionevolezza della disciplina denunciata, e non può spingersi, invece, a valutazioni in ordine ai possibili altri modi con cui provvedere alle situazioni considerate dal legislatore, modi che attengono per l'appunto al merito delle scelte operate; né, tanto meno, può implicare una revisione o riformulazione della ponderazione degli interessi compiuta dal legislatore”.

²⁶⁷ La ricezione di siffatti condizionamenti, evidentemente è tollerabile, solo in *bonam partem*, ossia nell'ottica di garantire un aumento delle garanzie individuali. In particolare, deve riconoscersi che

In siffatta posizione di preminenza si pone dunque l'art. 49 della Carta Fondamentale dei diritti dell'Unione europea (di seguito, CDFUE o Carta di Nizza) la quale, dopo il Trattato di Lisbona del 2009, si ritiene pacificamente abbia assunto rango di trattato; in quanto fonte primaria dell'ordinamento eurounitario, dunque, la sua disciplina appare direttamente applicabile nell'ordinamento interno²⁶⁸.

L'art. 49 della Carta di Nizza, nello specifico, sancendo il principio di legalità eurounitario e di proporzionalità, stabilisce, *expressis verbis*, nel suo comma terzo che “le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”.

Attraverso il combinato disposto degli articoli 3 e 11 Cost. – quest'ultimo in relazione all'art. 49 della Carta di Nizza - il principio di proporzionalità rafforza non solo il limite della discrezionalità politico-criminale del legislatore il quale, nella comminazione delle sanzioni sarà vincolato, a pena di irragionevolezza, alla

“il diritto penale, è tra tutti, il settore del diritto destinato a dare più immediata espressione alle scelte di valore caratterizzanti l'identità nazionale e culturale di ciascun Paese”. Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit. p. 21. Si tratta, infatti, di un sistema normativo che è (o dovrebbe essere) teleologicamente orientato all'attuazione delle fondamentali opzioni politico-criminali proprie di ogni ordinamento storicamente dato. In tal senso, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in S. MOCCIA (a cura di) *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, p. 37; nonché S. MOCCIA, Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato, in Riv. it. dir. proc. pen. 1989, pp. 1006 ss.; ID, Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana, in Dir. pen. e proc., 2012, 8, p. 921 ss. Queste caratteristiche rendono il diritto penale “tendenzialmente autarchico in quanto strettamente connaturato all'impianto costituzionale dell'ordinamento nazionale di ciascuno Stato e, dunque, resistente o, per così dire, insofferente ai condizionamenti esterni che la dimensione giuridica internazionale e sovranazionale impone”. Cfr. V. MASARONE, *La legittimazione dell'Unione europea all'esercizio di competenze penali: il problema degli standards di tutela dei diritti fondamentali e la c.d. europeizzazione dei controlimiti*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F.SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., p. 579. Inoltre, ID., *Controlimiti e tutela dei diritti fondamentali in Ind. pen.*, 2017, 2, p. 603 ss. nonché ID., *La problematica apertura del sistema penale alle esigenze della cooperazione internazionale e del processo di costruzione europea: le forme e i limiti*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2017, 1-2, p. 133 ss.

²⁶⁸ In tal senso, per tutti, M. CARTABIA, *I “nuovi” diritti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, 2011, pp. 5 ss. In particolare, osserva l'Autrice, ‘un ulteriore impulso all'Europa dei diritti si è avuto con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che in tema di diritti individuali contiene due fondamentali novità normative degne di nota: il riconoscimento della efficacia giuridicamente vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali’ (...) ‘Dopo la sua proclamazione solenne a livello politico avvenuta a Nizza nel 2000, la Carta era rimasta in uno status di ‘limbo’ dal punto di vista strettamente giuridico. (...) Il trattato di Lisbona che (...) ha voluto smorzare il fallimento del tentativo di dotare l'Unione di una Costituzione formale, ha fatto ricorso a strumenti meno appariscenti. Così l'art. 6 del nuovo Trattato dell'Unione europea riconosce alla Carta dei diritti lo stesso valore dei trattati’.

proporzionalità²⁶⁹ delle pene astrattamente previste ‘in rapporto al reato’, ma anche il giudice nell’inflizione in concreto delle medesime.

Alla luce di quanto fin qui ricostruito, la cornice edittale prevista per le condotte che ‘agevolino in qualsiasi modo l’esecuzione del suicidio’, comprendendo anche le condotte di colui che ‘agevoli in qualsiasi modo’ il suicidio dell’ammalato irreversibile dipendente, ma non completamente, da un trattamento sanitario salva-vita, se raffrontato alla nuova ipotesi di non punibilità prevista per la condotta del sanitario che, ottemperando alle disposizioni del paziente, ometta o interrompa un trattamento sanitario salva-vita, ci sembra offrire dei profili apprezzabili in sede di legittimità costituzionale, già sotto il profilo del principio di ragionevolezza e proporzionalità *ex* artt. 3, 27 co. 1 e 3 nonché 11 Cost – in riferimento all’art. 49 della Carta di Nizza.

5. Il sindacato della Corte Costituzionale dalle sentenze ‘a rime obbligate’ alle declaratorie ‘di incostituzionalità prospettata’.

Quanto appena ricostruito ci è fondamentale per ragionare sul significato della particolare pronuncia con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità della punibilità di colui che agevoli “l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e

²⁶⁹ La rilevanza di siffatto principio come canone di razionalità delle sanzioni criminali è fortemente avvertita e condivisa non solo nei sistemi giuridici europei. Autorevolissima dottrina, nel denunciare l’irrazionalità dei sistemi penali latino-americani – che ‘attraverso la dottrina della *seguridad nacional* sono giunti persino a pretendere di legittimare le più funeste e sanguinose dittature’ – osserva come il principio di ‘minima proporzionalità’ sia la cartina di tornasole della democraticità di uno Stato. L’Autore, in particolare, evidenzia: “Benché la pena sia sempre irrazionale, tale irrazionalità supera il limite del tollerabile quando il conflitto, che le funge da presupposto, è di lesività esigua o trascurabile o quando, pur non essendolo, la pena prevista travalica il limite di ragionevolezza in modo macroscopico, quanto alla proporzione con l’entità del conflitto o della lesione”. Cfr. E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, V ed. It., Napoli, 2019 p. 251. L’illegittimità della sproporzione della risposta punitiva dello Stato, d’altronde è dimostrata dalla stessa *ratio* giustificativa del reato – e della potestà punitiva – che “è garantire al cittadino una vita in sicurezza e libertà, sotto la protezione dei diritti umani. Il potere di intervento statale va quindi limitato, nell’interesse della libertà dei consociati, in tre modi: cioè attraverso i principi di tutela dei beni giuridici, legalità e sussidiarietà”. Cfr. C. ROXIN, *Il fondamento politico-criminale delle dottrine generali del diritto penale*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, p. 6.

affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere”²⁷⁰.

Siffatto provvedimento, invero, per le sue peculiari caratteristiche, tanto in termini di struttura quanto di contenuto, pone problemi esegetici di non poco momento non solo per la delicatezza della disciplina che ne è oggetto, ma anche poiché si colloca all’interno di un’evoluzione del ruolo della Corte costituzionale nel tempo che ha portato la giurisprudenza di legittimità ad assumere una incisività sempre più penetrante nelle scelte politico-criminali e dunque, un’invasione progressiva dello spazio di discrezionalità che, nel rispetto del principio di legalità, invece, spetta al Parlamento.

Invero, ci sembra che la Consulta si trovi, ormai sempre più frequentemente, al bivio fra due esigenze contrapposte: optare per pronunce di inammissibilità che preservano la discrezionalità legislativa, ma rischiano di lasciare insoddisfatti interessi costituzionali meritevoli di tutela, e pronunce di accoglimento che, sacrificando tale discrezionalità, offrono tutela a questi ultimi, ma perturbano l’ordinamento, fino a lasciarlo privo di una compiuta disciplina legislativa che la Corte non ha né titolo né mezzi per somministrare²⁷¹.

Ebbene, tradizionalmente, il controllo di legittimità della Corte costituzionale sull’attività legislativa risponde, come si diceva, ad esigenze di garanzia dell’assetto democratico.

In particolare, in un ordinamento giuridico a ‘Costituzione rigida’ come il nostro - e quindi strutturato in un’organizzazione verticistica, di marca kelseniana, delle fonti del diritto - ogni norma introdotta dal legislatore deve essere conforme ai principi fondamentali della Costituzione²⁷²; ove si ponga, invece, in contrasto con la Carta fondamentale l’unico modo per espungerla dal sistema delle fonti è una declaratoria di

²⁷⁰ Cfr. Corte cost., *Comunicato stampa del 25 sett. 2019*, cit.

²⁷¹ Cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale sull’attività svolta*, 2019, p. 11, in www.cortecostituzionale.it p. 11.

²⁷² Sul punto, e in rapporto, in particolare, all’importanza del rispetto dei principi della Costituzione della disciplina penale, limpidamente, C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, trad. it. S. MOCCIA, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 371. In particolare, l’Autore, in tema di funzioni della pena costituzionalmente compatibili, osserva “che il sistema giuridico-politico che emerge dalla Carta costituzionale, nel suo fondarsi nella sovranità popolare, non consente, infatti, che attraverso gli organi della giustizia statale si possano legittimamente perseguire scopi trascendenti l’adesione ai principi che la Costituzione stessa pone”. Inoltre, Cfr. S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit. p. 36

illegittimità costituzionale con efficacia *erga omnes* ed *ex tunc* che la consideri *tanquam non esset*.

A norma dell'art. 134 Cost., dunque, l'organo competente a sindacare la legittimità delle leggi – e degli atti avente forza di legge - è la Corte Costituzionale, il cui controllo è infatti accentrato nonché successivo - poiché il sindacato della Corte deve essere sollecitato da una Autorità giudiziaria su una norma già operativa²⁷³.

Nella *matière pénale*, tale sistema deve armonizzarsi con i principi ordinatori della disciplina ed in particolare con il principio di legalità, declinato nei suoi quattro corollari di riserva di legge, irretroattività della incriminazione sfavorevole, tassatività e determinatezza nonché divieto di analogia.

L'art. 25 Cost fonda, come si diceva, il principio dell'intangibilità della discrezionalità legislativa in materia penale e garantisce che solo norme promulgate da un Parlamento democraticamente eletto, tramite il meccanismo della dialettica parlamentare tra maggioranza e opposizione, possano legittimamente incidere sulla libertà personale dei consociati, riconosciuta e garantita dall'art. 13 Cost.

Tale monopolio della discrezionalità parlamentare nelle scelte di politica criminale, sia relative all'*an* dell'incriminazione, sia relative al *quantum* della risposta punitiva, trova oggi un limite sempre più strutturato nel principio di ragionevolezza e proporzionalità che, conseguentemente e progressivamente, ha fondato un sindacato della Corte Costituzionale sempre più incisivo e penetrante nelle opzioni di politica criminale, sia relative all'*an*²⁷⁴ delle incriminazioni, sia in materia di dosimetria sanzionatoria.

²⁷³ Siffatto sistema non è l'unico in Europa; differente è infatti quello francese; il controllo di legittimità effettuato dal *Conseil Constitutionnel*, infatti, si caratterizza per essere preventivo - a priori, astratto e politico – e viene operato durante l'*iter* della disciplina legislativa; soltanto con una recente riforma – n. 2008-724 '*de modernisation des institutions de la Vème République*' - è stata introdotta una forma di sindacato di costituzionalità delle leggi a posteriori, concreto ed attivabile in via incidentale, su modello di quello italiano. In argomento, L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTION, J.L. MESTRE, O. PFERSMANN, A.ROUX, G. SCOFFONI, *Droit Constitutionnel*, XXI ed., Paris, 2019, nonché, D. ROUSSEAU, P.Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, XI ed., Paris, 2016.

²⁷⁴ Sotto questo profilo va distinto il controllo della Corte cost., su norme incriminatrici, che produce effetti in *bonam partem* dal controllo della Corte cost. su norme penali 'favorevoli' - che contengono cioè ipotesi di non punibilità o attenuanti - che produce effetti in *malam partem*. Il primo non trova ostacoli nella riserva di legge, ma solo nel monopolio della discrezionalità legislativa nelle scelte di politica criminale; il secondo, come è noto, pone profili di criticità più complessi anche sotto il profilo del principio di legalità. V. *infra*, nt. 285.

La pronuncia n. 207/2019 e la successiva sentenza n. 242/2019, si inseriscono infatti in un'evoluzione profonda del sindacato della Corte Costituzionale che alle medesime fa da preciso contesto storico e culturale, e dal quale non possono essere estrapolate.

A ben vedere, la declaratoria di incostituzionalità è stata tradizionalmente concepita come un meccanismo di *extrema ratio*, che assumeva la veste 'dell'amara medicina' necessaria per reagire ad una deriva patologica dell'*agere* legislativo.

L'atteggiamento della Corte, infatti, è sempre stato - come si evince dalla ricostruzione della giurisprudenza costituzionale fatta nelle pagine precedenti²⁷⁵ - di generale *self-restraint*. Al rispetto del proprio ruolo all'interno della sistematica ordinamentale imposta dal principio della tripartizione dei poteri, si affiancava, come freno alla attività di censura della Consulta, il c.d. *horror vacui*; ossia il timore avvertito dalla Corte di determinare, attraverso l'espunzione della norma, una lacuna normativa e un conseguente vuoto di tutela.

Siffatta abitudine si registrava, ancora più specificamente, in materia di dosimetria sanzionatoria. La determinazione della cornice edittale della risposta punitiva per una condotta penalmente rilevante, infatti, appartiene tradizionalmente al monopolio del legislatore, in quanto è il riflesso di una valutazione tipicamente discrezionale.

L'ammissibilità di un sindacato, in un ambito siffatto, è sempre stata ritenuta concepibile solo in casi di manifesta irragionevolezza tali da porre la norma oggetto di denuncia di illegittimità in contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost.

In questi casi eccezionali, il giudizio di legittimità doveva tradizionalmente porsi come rigorosamente triadico e dunque, al fine di censurare per incompatibilità con il principio di ragionevolezza e sproporzione una legge, indefettibile risultava per la Corte l'individuazione di un *tertium comparationis*, cioè di una norma omogenea perfettamente sovrapponibile a quella sospettata di incostituzionalità.

Un giudizio siffatto riusciva in questi termini a rimanere confinato nella dimensione di un sindacato estrinseco della norma, senza incidere sul disvalore intrinseco della stessa, che rimaneva di competenza del legislatore.

²⁷⁵ Ci si riferisce al paragrafo precedente ed, in particolare, si rinvia alla ricostruzione giurisprudenziale, *supra*, nt. 266.

Al fine di non violare la discrezionalità dell'organo legislativo fondata nella riserva di legge, inoltre, la pronuncia derivata da un simile procedimento era concepibile solo se c.d. 'a rime obbligate', in quanto, la Consulta, dopo aver dichiarato incompatibile con l'ordinamento una determinata sanzione, non avendo il potere discrezionale di rideterminare il *quantum* sanzionatorio *ex novo*, si riteneva legittimata a sostituire alla cornice edittale sproporzionata solo un'altra pena, già *ex lege* prevista, che potesse individuarsi come una scelta c.d. 'costituzionalmente obbligata'²⁷⁶. Tale procedimento sostitutivo, in altri termini, era considerato concepibile solo nella misura in cui vi fosse un parametro unico, previsto dal legislatore, che potesse essere sostituito a quello giudicato illegittimo dalla Consulta per poter rimeditare la cornice edittale.

La complessità di siffatto procedimento appariva compatibile con il ruolo sussidiario che, tradizionalmente, è assegnato alla Corte costituzionale e, più in generale, con l'eccezionalità delle pronunce manipolative. In tale contesto, allora, la soluzione di ipotesi dubbie veniva cercata in pronunce per così dire 'monitorie'.

Si tratta delle c.d. 'sentenze monito', che rappresentano un tentativo di trovare un punto di equilibrio fra le difficoltà di individuare un *tertium comparationis* per valutare la proporzionalità di una disciplina, il timore di determinare un vuoto normativo tramite l'espunzione *ex tunc* di una norma dall'ordinamento e la necessità di non lasciare insoddisfatti interessi costituzionali meritevoli di tutela.

Con siffatto genere di pronuncia la Consulta, pur dichiarando inammissibile una questione di legittimità costituzionale posta al suo vaglio, poneva in luce la non perfetta rispondenza della disciplina esaminata con la Carta fondamentale e invitava il legislatore ad intervenire per adeguarla ai dettami della Costituzione.

Tale sistema, che nasceva per conciliare il massimo rispetto possibile della discrezionalità legislativa con l'esigenza di garantire la tenuta costituzionale dell'ordinamento, mostrò ben presto il suo intrinseco limite di efficacia: i moniti della

²⁷⁶ In questo senso, Corte cost., sent. n. 236/2016. In particolare, la Corte evidenziava che laddove il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore per una determinata figura di reato si riveli manifestamente irragionevole a causa della sua evidente sproporzione rispetto alla gravità del fatto, un intervento correttivo del Giudice delle leggi è possibile a condizione che il trattamento sanzionatorio medesimo possa essere sostituito sulla base di "precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo", intesi quali "soluzioni [sanzionatorie] già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata".

Corte, generalmente non venivano²⁷⁷ – e generalmente non vengono - accolti dal legislatore con il risultato di lasciare operativa e applicabile una norma ritenuta illegittima dalla Corte Costituzionale ma non dichiarata tale, poiché la Corte con la decisione di inammissibilità aveva definito solo il giudizio incidentale e avrebbe potuto esaminare nuovamente la questione solo quando le fosse stata riproposta da un altro giudice²⁷⁸.

²⁷⁷ Un esempio dell'inefficacia di tale sistema si ritrova nella storia della incostituzionalità del reato di bestemmia, che prende le mosse da una pronuncia della Consulta, del n.14/1973. La Corte, sulla base dello schema delle 'sentenza monito', aveva dichiarato non fondata la questione di illegittimità del reato - ritenendo che "la limitazione della previsione legislativa alle offese contro la religione cattolica corrisponde alla valutazione fatta dal legislatore dell'ampiezza delle reazioni sociali determinate dalle offese contro il sentimento religioso della maggior parte della popolazione italiana" – ma aveva altresì concluso evidenziando che "per una piena attuazione del principio costituzionale della libertà di religione, il legislatore debba provvedere a una revisione della norma, nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica". A siffatto monito il legislatore è rimasto indifferente. Ventidue anni più tardi, la Consulta dichiarò la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 724, co. 1 c.p., in particolare limitatamente alle parole: "o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato". Nelle motivazioni della Corte, invero, "la scelta attuale del legislatore di punire la bestemmia, una volta depurata del suo riferimento ad una sola fede religiosa, non è dunque di per sé in contrasto con i principi costituzionali, tutelando in modo non discriminatorio un bene che è comune a tutte le religioni che caratterizzano oggi la nostra comunità nazionale, nella quale hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse", cfr. Corte cost. sent. n. 440/1995. L'intervento del legislatore arrivò soltanto con l'art. 57, comma 1, lett. a d.lgs. n. 507/1999, quando, nell'ambito di un intervento di depenalizzazione di reati minori, sostituì la sanzione penale dell'ammenda, originariamente prevista, con l'attuale sanzione amministrativa pecuniaria da 51 a 309 euro. Un altro esempio dell'inefficienza delle sentenze monito si ritrova nella disciplina del disastro ambientale. In particolare, la Corte, chiamata a giudicare la legittimità dell'art. 434 c.p. in rapporto agli artt. 25 co. 2, 24 e 27 Cost., da un lato, dichiarava non fondate le questioni di legittimità costituzionale della norma di cui si denunciava l'indeterminatezza, dall'altro concludeva che "ferma restando la conclusione raggiunta" fosse "tuttavia auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del 'disastro innominato' - e tra esse, segnatamente, l'ipotesi del cosiddetto disastro ambientale, che viene in discussione nei giudizi *a quibus* - formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell'integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose". Cfr. Corte cost., sent. n. 327/2008. A questo monito, il Parlamento ha risposto soltanto sette anni dopo con la l. n. 68/2015, che ha introdotto il Titolo VI-bis nel Libro II del codice penale e in particolare una definizione di 'disastro ambientale' nell'art. 452-*quater*. Le ragioni che hanno sostenuto l'intervento legislativo sono apparse, tuttavia, più legate alla nota vicenda 'Eternit' che al monito della Consulta. In argomento, G. AMARELLI, *La riforma dei reati ambientali: luci ed ombre di un intervento a lungo atteso. A proposito di Carlo Ruga Riva, I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 31 luglio 2015, p. 1 ss.

²⁷⁸ In tal senso, G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, cit. p. 11. In particolare, si osserva: "È accaduto, ad esempio, che una questione, in tema di c.d. legge Pinto, già dichiarata inammissibile a causa della difficoltà di ricomporre l'armonia legislativa in caso di accoglimento (sentenza n. 30 del 2014), sia stata poi ritenuta fondata con la sentenza n. 88 del 2018, perché la Corte ha dovuto prendere atto che il legislatore, non ostante una precedente pressante sollecitazione, non aveva provveduto a emendare il vizio di costituzionalità che gli era stato a suo tempo indicato".

La tecnica monitoria, così, ove non seguita da una risposta del legislatore, finiva solo per realizzare una compressione delle garanzie costituzionali²⁷⁹ e per incidere negativamente sulla credibilità, agli occhi dei consociati, dell'intero assetto ordinamentale.

Al *rigor mortis* del Parlamento, la giurisprudenza costituzionale ha reagito, nel tempo, tentando approcci progressivamente sempre più incisivi ed invadenti della discrezionalità del legislatore. Si è cominciato con l'inserire, nelle pronunce di rigetto per 'disomogeneità del *tertium comparationis*', all'interno dei moniti al legislatore, accanto all'indicazione dei profili di illegittimità della disciplina, anche la possibile soluzione dei medesimi²⁸⁰, per arrivare, infine, ad emettere provvedimenti in cui, ripudiando il giudizio triadico di ragionevolezza estrinseca basato su un *tertium comparationis* e sostituendolo con un giudizio diadico di ragionevolezza intrinseca, la Corte, addirittura, dichiarava sproporzionata una pena in rapporto al disvalore giuridico del comportamento in essa descritto²⁸¹.

²⁷⁹ *Ibidem*; in particolare: "In casi del genere, si verifica una compressione delle garanzie di costituzionalità alla quale la tecnica monitoria non dà risposta se il legislatore resta inattivo".

²⁸⁰ Un altro esempio, recentissimo, della indifferenza del legislatore verso le sentenze monito della Consulta si ritrova nella denunciata irragionevolezza della mancata estensione della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* c.p., alle ipotesi di ricettazione di particolare tenuità, di cui all'art. 648, co. 2, c.p. La Corte, da un lato, dichiarava l'infondatezza della questione sollevata in base alla disomogeneità del *tertium comparationis* statuendo che "anche in presenza di norme manifestamente arbitrarie o irragionevoli, solo l'indicazione di un *tertium comparationis* idoneo, o comunque di specifici cogenti punti di riferimento, può legittimare l'intervento della Corte in materia penale, poiché non spetta ad essa assumere autonome determinazioni in sostituzione delle valutazioni riservate al legislatore. Se così non fosse, l'intervento, essendo creativo, interferirebbe indebitamente nella sfera delle scelte di politica sanzionatoria rimesse al legislatore (sentenze n. 236 e n. 148 del 2016)"; dall'altro, osservava che "se è vero che in materia penale l'esercizio della discrezionalità legislativa è in gran parte sottratto al sindacato di questa Corte, è anche vero che di una comminatoria per la ricettazione di particolare tenuità (...) non può non rilevarsi l'anomalia. (...) Per ovviare a una situazione di questo tipo, oltre alla pena massima edittale, al di sopra della quale la causa di non punibilità non possa operare, potrebbe prevedersi anche una pena minima, al di sotto della quale i fatti possano comunque essere considerati di particolare tenuità. Interventi del genere (come anche altri, sollecitati attraverso questioni di legittimità costituzionale che non hanno potuto trovare accoglimento) esulano, per costante giurisprudenza, dai poteri di questa Corte. Di tali interventi però, una volta che ne sia stata rilevata l'esigenza, non può non farsi carico il legislatore, per evitare il protrarsi di trattamenti penali generalmente avvertiti come iniqui". Cfr. Corte cost. sent. n. 207/2017. Appare quasi superfluo dire che nonostante, in questo caso particolare, la Corte abbia aggiunto al monito per il legislatore ad intervenire, anche la prospettazione di una possibile soluzione, la condizione di *rigor mortis* del Parlamento – in argomento si rinvia alla nota precedente – non appare, allo stato, mutata.

²⁸¹ Di questa prospettiva sono esempio due pronunce recenti: Corte cost. sent. n. 236/2016 in materia di alterazione di stato, nonché, Corte cost. sent. n. 222/1018. Nella prima, la Consulta era stata chiamata a valutare la proporzione delle sanzioni previste per il reato di alterazione di stato mediante false dichiarazioni o certificazioni, punito assai più gravemente del medesimo fatto commesso attraverso la sostituzione di un neonato con un altro. In tale occasione, la Consulta offriva una nuova interpretazione

del proprio orientamento tradizionale, secondo cui un intervento correttivo del giudice delle leggi sul trattamento sanzionatorio manifestamente sproporzionato sarebbe possibile “solo a condizione che il trattamento sanzionatorio medesimo possa essere sostituito sulla base di ‘precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo”, intesi quali “soluzioni [sanzionatorie] già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata”. Tale principio deve essere confermato, e ulteriormente precisato, nel senso che – a consentire l’intervento della Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio – non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte ‘precisi punti di riferimento’ e soluzioni ‘già esistenti’. Cfr. Corte cost. sent. n. 236/2016. “L’importanza della pronuncia sta nell’aver strutturato il cuore della motivazione non già attorno alla disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis*, quanto piuttosto attorno all’irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell’esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all’importanza del fine perseguito attraverso l’incriminazione”, cfr. F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.* n. 2/2017, p. 61 ss. In argomento, inoltre, V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 2105 e ss., nonché, G. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, pp. 174 ss; ed anche, E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, p. 1956 ss. Viene evidenziato che “questo nuovo modo di compiere il giudizio di proporzione giunge ad attribuire al *tertium comparationis* soltanto la funzione di individuare il trattamento sanzionatorio derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale - e quindi soltanto nella seconda fase del sindacato di legittimità - non anche la funzione di parametro valutativo per la legittimità della norma”; in tal senso, R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra ‘rime obbligate’ e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 144; nonché G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, in *Il libro dell’anno del diritto 2018*, Roma, 2018, p. 103. La questione di legittimità che ha condotto alla Corte cost. sent. n. 222/2018, invece, si fondava sulla valutazione circa la ragionevolezza della fissità della pena accessoria di dieci anni prevista in materia di reati fallimentari dall’art. 216, ult. comma, R.D. n. 267/1942 (c.d. legge fallimentare). Nella pronuncia, la Consulta – richiamando *expressis verbis* il testo della sent. n. 236/2016 - si riallaccia a quanto già affermato, per cui per rimediare la cornice edittale di un reato dichiarata illegittima per proporzione “non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata (...) idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte ‘precisi punti di riferimento’ e soluzioni ‘già esistenti’ – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non ‘costituzionalmente obbligate’ – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell’immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia. Resta ferma, d’altra parte, la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell’ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali. Tutto ciò in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l’intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di ‘rime obbligate’ nell’individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima”. cfr. Corte cost., sent. n. 222/2018. Con queste motivazioni, la Corte ha concluso per l’illegittimità costituzionale dell’art. 216, ult. comma, R. D. n. 267/1942, nella parte in cui dispone che “la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi

In questo nuovo corso di sentenze, si inseriscono delle pronunce dalla natura completamente eccentrica rispetto al tradizionale schema che aveva sempre caratterizzato l'attività di censura costituzionale della Consulta, definite da parte della dottrina 'declaratorie ad incostituzionalità differita', che hanno suscitato non poche perplessità.

Un primo esempio di questa nuova fenomenologia provvedimentale, in particolare, si ritrova 'al combinato disposto' delle pronunce n. 179/2017²⁸² e n. 40/2019.

presso qualsiasi impresa", anziché: 'la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni'. In questi termini, dunque, sarà il giudice di merito, nel rispetto del principio della individualizzazione della pena imposto dall'art. 27 Cost. a dovere decidere, in base alle contingenze del caso concreto, in che misura quantificare la sanzione della inabilitazione in parola.

²⁸² Nel caso di specie la Corte era stata chiamata a valutare la ragionevolezza e proporzionalità della pena minima prevista dall'art. 73 co. 1 d.P.R. n. 309/1990 (di seguito, T.U. stupefacenti) - che prevede una cornice edittale da 8 a 20 anni - in ragione del raffronto con l'art. 73 co. 5 in cui la pena massima per i fatti di lieve entità è di 4 anni. In particolare, la questione di legittimità costituzionale traeva origine da due ricorsi presentati dai rinvii alla Consulta operati da due tribunali di merito, di Ferrara e di Rovereto, chiamati a giudicare fatti di detenzione di stupefacenti che, in considerazione delle contingenze dei casi concreti, non potevano sussumersi nelle ipotesi di lieve entità di cui all'art. 73 co. 5 e che invece si ritenevano sussumibili nel primo comma dell'art. 73 T.U. stupefacenti. Entrambi i giudici di merito, tuttavia, rilevavano che in ragione del divario sanzionatorio - di 4 anni - che separava il massimo edittale della fattispecie lieve (4 anni) dal minimo previsto per la fattispecie non lieve (8 anni), il vigente art. 73 impediva al giudice l'adeguamento della pena al caso concreto, violando l'art. 3 Cost. In ragione di ciò, i giudici di merito prospettavano la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 73 per contrasto con gli artt. 3, 25, 27 terzo comma, Cost. (il Tribunale di Ferrara) e con gli artt. 3, 11, 27 terzo comma, e 117 primo comma Cost. - quest'ultimo in relazione agli artt. 4 e 49 § 3 CDFUE e in relazione all'art. 3 CEDU - (il Tribunale di Rovereto), e chiedevano una rimodulazione della pena minima per i fatti di non lieve entità a 4 anni, da parte della Consulta. La pronuncia della Corte può idealmente scomporsi in tre parti: il rigetto per inammissibilità, il monito e 'una dichiarazione di intenti'. *In primis*, dopo aver avvocato a sé la competenza sul 'sindacato di proporzionalità e ragionevolezza intrinseca della misura della pena prevista dal legislatore all'art. 73 d.P.R. n. 309 /1990, non potendo, in alcun modo, abdicare alla propria "essenziale funzione di controllo di costituzionalità di scelte legislative che incidono sulla libertà e i diritti della persona", ha, d'altra parte, evidenziato che "quando per riparare al *vulnus* costituzionale non soccorra lo strumento demolitorio, la Corte costituzionale non può autonomamente e a propria discrezione decidere la misura della pena". Non rintracciando all'interno dell'ordinamento vigente "un'adeguata disposizione sanzionatoria sostitutiva di quella dichiarata costituzionalmente illegittima" - cioè in assenza di una pena minima che potesse essere legittimamente sostituita a quella sproporzionata di 8 anni - e, dunque, segnalando la imprescindibilità di emettere sentenze 'a rime obbligate', ha rigettato per inammissibilità la questione. In secondo luogo, però, ha evidenziato che le ragioni di siffatta inammissibilità si fondavano proprio nella "assenza di un'univoca indicazione legislativa, già disponibile, nel sistema giuridico", motivo per il quale ha reputato "necessario, nel rispetto delle reciproche competenze istituzionali, richiamare prioritariamente il legislatore alla propria responsabilità, affinché la misura della pena sia riportata in armonia con i principi costituzionali per via legislativa, scegliendo una tra le molteplici opzioni sanzionatorie tutte ugualmente legittime e alternative a quella censurata". In terzo luogo, la Consulta, ha concluso, che "in mancanza di un intervento del legislatore sarebbe stata obbligata a intervenire, mai in *malam partem*, e comunque nei limiti già tracciati dalla sua giurisprudenza". Cfr. Corte cost. sent. n. 179/2017. Per un'analisi delle tre ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale sulla legittimità dell'art. 73, primo comma, D.P.R. n. 309/1990, v. C.

Nella prima ‘sentenza monito’ la Corte ha rigettato la questione di legittimità sollevata per contrasto con il principio di ragionevolezza e proporzione della pena di una norma incriminatrice in materia di stupefacenti, evidenziando però come tale decisione non fosse frutto del convincimento che la questione fosse infondata nel merito, bensì radicata nell’impossibilità di individuare, senza invadere il campo delle prerogative del legislatore, una cornice sanzionatoria da sostituire alla pena irragionevole prevista dalla legge.

Alla rievocata indefettibilità di pronunciarsi con una sentenza c.d. ‘a rime obbligate’ faceva seguito, però - in un tentativo più determinato di suscitare l’attenzione di un legislatore ancora inerte, anche in materia di stupefacenti, per ragioni di opportunità politica – un monito ‘rafforzato’ da una clausola di chiusura *sui generis*, con la quale si dichiarava che, in mancanza di un intervento del legislatore, la Corte sarebbe stata legittimata ad intervenire per ricondurre la disciplina prevista per gli stupefacenti a razionalità, non potendo, in alcun modo, abdicare alla propria “essenziale funzione di controllo di costituzionalità di scelte legislative che incidono sulla libertà e i diritti della persona”²⁸³.

La Consulta, in altri termini, non potendo, evidentemente, obbligare il legislatore ad un intervento, aveva obliterato la assenza di vincolatività per sé stessa delle proprie ‘sentenze monito’, con la quale si era sempre autolimitata.

Conseguentemente, di fronte alla perdurante inerzia legislativa, questa volta, invero, la pronuncia del 2017 non è rimasta lettera morta.

Ha invece trovato seguito nella pronuncia n. 40/2019, con cui la Consulta ha dichiarato illegittimo, per contrasto con il principio di ragionevolezza e proporzione, l’art. 73, primo comma, del T.U., nella parte in cui, in ragione del divario sanzionatorio – di quattro anni – che separava il minimo edittale di otto anni in esso previsto, dal massimo edittale di quattro anni previsto per la fattispecie lieve, impediva al giudice l’adeguamento della pena al caso concreto.

BRAY, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe ‘pesanti’? Tre questioni all’esame della Consulta*, in *Dir. Pen. Cont.* n. 2/2017, p. 67 ss. Per un’analisi di Corte cost., sent. 179/2017, cfr. ID., *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe ‘pesanti’ ma invia un severo monito al legislatore*, in *Dir. Pen. Cont.* n.11/2017, pp. 231 ss.

²⁸³ Cfr. Corte cost. sent. n. 179/2017

Siffatto iato sanzionatorio, è apparso, ai giudici di legittimità, in contrasto con i principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. nonché, conseguentemente, con il principio rieducativo di cui all'art. 27 co.3 Cost.

L'elemento più innovativo e problematico della sentenza, si ritrova, senza dubbio, non solo nella *pars destruens* della pronuncia – che ha evidenziato la *voluntas* della Corte di riconoscere la vincolatività, per sé stessa, del monito contenuto nella sentenza n. 197/2017 – ma soprattutto nella *pars costruens* della medesima. La Consulta, invero, ha ridefinito i limiti edittali della fattispecie pur in assenza di un'opzione unica e 'costituzionalmente obbligata'.

In altre parole, la Consulta, nonostante avesse, *expressis verbis*, evidenziato, nel testo della sentenza n. 197/2017, l'assenza di un parametro unico di riferimento da utilizzare per riempire il vuoto lasciato dalla declaratoria di illegittimità della pena sottoposta al suo vaglio, ha comunque proceduto a sceglierne uno “fra quelli legittimi²⁸⁴”.

Come nuovo *minimum* edittale, la Corte avrebbe potuto tanto scegliere quello di quattro anni di reclusione, previsto come massimo per le condotte più lievi punite dal vigente art. 73 T.U. Stupefacenti – che peraltro era stato individuato come sostituto dai giudici di merito che avevano, nel 2017, sollevato la questione di costituzionalità e che avrebbe reso meno critica la pronuncia poiché, perlomeno, avrebbe prodotto una modifica in *bonam partem*²⁸⁵ - quanto quello di 6 anni di reclusione – effettivamente prescelto - che era stato previsto dal legislatore dalla riforma c.d. Fini-Giovanardi.

É in questo complesso panorama di rapporti istituzionali alterati che si inserisce la decisione della Corte Costituzionale, in materia di aiuto al suicidio.

In maniera ancora difforme dalle precedenti pronunce, la Corte Costituzionale, con l'ordinanza 207/2018, rinuncia del tutto alla sistematica delle sentenze monito e

²⁸⁴ Cfr. Corte cost. sent. n. 179/2017

²⁸⁵ Diversa resta, naturalmente, l'ipotesi del sindacato della Consulta con efficacia c.d. *in malam partem*, ossia quando per effetto di una pronuncia di inammissibilità l'area del penalmente rilevante verrebbe ad ampliarsi o la misura delle pene verrebbe ad accrescersi con conseguenze pregiudizievoli per le persone. In casi siffatti “è evidente che il potere del Parlamento, nella selezione dei fatti da punire e delle relative pene, non potrebbe essere posto a confronto con il primato che la Costituzione assegna alla tutela dei diritti fondamentali e alla libertà personale”. Le uniche eccezioni a siffatto principio, riguardano ipotesi particolarissime., v. op. ult. cit., pp. 14 ss. In argomento, inoltre, v. G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Osservatorio costituzionale* in www.osservatorioaic.it 2015, pp. 1 ss.

opta per una rinnovata versione della ‘pronuncia di incostituzionalità differita’ che aveva adottato in materia di stupefacenti.

Mentre, in quel caso, la Corte si era limitata a considerare la propria statuizione vincolante per sé stessa²⁸⁶, nel procedimento relativo all’aiuto al suicidio, la Corte ha sospeso la propria decisione - emettendo un’ ordinanza ‘di incostituzionalità prospettata’²⁸⁷ - e ha fissato un termine perentorio, entro il quale il legislatore avrebbe ‘dovuto’ intervenire.

Tale provvedimento, inoltre, si caratterizza anche per una struttura *sui generis*, poiché pur portando il *nomen iuris* di un’ordinanza contiene in sé, inequivocabilmente, il contenuto di una sentenza²⁸⁸.

²⁸⁶ In quanto, per dichiarare l’incostituzionalità della norma illegittima, avrebbe dovuto aspettare che un altro giudice sollevasse, nuovamente, questione di legittimità costituzionale, con la conseguenza che, intanto, la norma sarebbe rimasta vigente nell’ordinamento.

²⁸⁷ Cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, cit., p. 12.

²⁸⁸ Nella pronuncia la Corte, oltre a manifestare la volontà di sospendere il procedimento in attesa di un intervento da parte del legislatore, traccia già la linea che intende seguire nella futura decisione, la quale avrebbe potuto essere influenzata dall’intervento normativo di cui si evidenziava la necessità. “Così, da un lato, si è fatto in modo che nella situazione considerata la disposizione censurata non potesse trovare applicazione, né nel giudizio *a quo*, che rimane sospeso, né in altri giudizi, nei quali il giudice sarebbe tenuto a sollevare a sua volta una questione di legittimità costituzionale, dall’altro è stato garantito al legislatore un congruo spazio di tempo per adottare la disciplina più opportuna”. Cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte Costituzionale*, cit. p. 12. Oltretutto deve evidenziarsi che nel provvedimento, i Giudici di legittimità offrono anche delle ‘linee guida’ per lo stesso legislatore, proponendo, accanto alla prospettazione dei problemi di legittimità costituzionale, delle eventuali soluzioni. Insomma, al contenuto della sentenza partecipa una eccentrica e assai controversa anima di ‘legge-delega’ predisposta dalla Corte costituzionale per il legislatore. In dottrina si osserva che ‘nell’ordinanza, pur riconoscendosi come i delicati bilanciamenti sottesi [alla disciplina] siano affidati, almeno in linea di principio, al Parlamento’ la Corte ‘si spinge a suggerire al legislatore *linee guida* di intervento’. Così, C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, cit. ID, *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in, F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di) *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit. pp. 75 ss. Su siffatta ‘ordinanza che vale sentenza’. Cfr. D. PULITANÒ, *L’aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, cit. p. 278 nonché A. SESSA, *Il processo all’art. 580 del codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione in Leg. Pen.*, 2019, www.lalegislazionepenale.eu, p. 1. Inoltre, sulle peculiarità del provvedimento in esame, inoltre F.S. MARINI, *L’ordinanza ‘Cappato’: la decisione di accoglimento parziale nelle forme dell’ordinanza di rinvio*, in, F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di) *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, pp. 205 ss. nonché, Su siffatta ‘ordinanza che vale sentenza’ cfr. D. PULITANÒ, *L’aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, cit. p. 278; nonché R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?* in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit., p. 1 ss. L’Autore, in particolar modo, osserva come la Consulta abbia operato una ridefinizione della questione di legittimità. Nell’ordinanza di rimessione, infatti, l’oggetto era costituito dall’art 580 c.p. e il ragionamento del giudice *a quo* si basava su una sorta di confronto/scontro ‘astratto’ tra il bene della vita e quello dell’autodeterminazione. Nell’ordinanza della Corte Costituzionale, invece, da un lato l’oggetto non è più costituito dall’art 580 c.p., in sé per sé considerato, ma piuttosto dall’art 580 c.p. in relazione alla legge n.

La giurisprudenza costituzionale, di fatto, come abbiamo già parzialmente ricostruito nelle pagine precedenti ²⁸⁹, definisce la questione di legittimità già nell'ordinanza e sostiene l'incompatibilità della disciplina di cui all'art. 580 c.p. con l'evoluzione culturale e giuridica relativa alla materia del fine vita che si è stabilizzata nella coscienza sociale del tempo presente, tuttavia, 'rimette in termini' il legislatore, sospendendo il suo giudizio e invocando un suo intervento nel termine 'perentorio' del 24 settembre 2019.

Decorso inutilmente siffatto termine, la Corte, rimanendo fedele alla sua pronuncia ha deciso la delicata questione relativa all'illegittimità dell'art. 580 c.p. evidenziando, da un lato, la non irragionevolezza *tout court* dell'incriminazione delle condotte agevolative dell'altrui suicidio, nella misura in cui siffatta norma può essere soggetta ad una esegesi costituzionalmente orientata e ritrovare fondamento nel principio di solidarietà e, dall'altro, riconoscendo che rientra nella discrezionalità politico-criminale del legislatore decidere se riconoscere o meno l'esistenza del diritto di morire con l'aiuto materiale di terze persone.

Un riconoscimento siffatto postula delle valutazioni che possono essere operate soltanto in sede parlamentare poiché implica delle conseguenze di non poco momento sulla totalità dell'ordinamento interno.

Ciò che appare, invece, irragionevole alla Consulta è la applicazione massiva dell'incriminazione a tutti i fatti di agevolazione al suicidio. In particolare, non è compatibile con l'assetto costituzionale – nello specifico con gli artt. 2, 3, 13, 32 co. 2 Cost. – l'incriminazione dell'aiuto al suicidio di un ammalato nelle condizioni in cui era Fabiano Antoniani.

Ciò emerge, indiscutibilmente, non solo in considerazione dell'attuale intelaiatura della Carta fondamentale del 1948 – nonché in forza della sua

219/2017, che, nel ridelineare la disciplina del fine vita, ha previsto ipotesi di irresponsabilità penale per il medico che ha interrotto le cure con il consenso dell'ammalato; dall'altro lato e conseguentemente, la questione diviene, nella sostanza, un problema di ragionevolezza, incentrandosi sulla verifica se il margine di liceità che la legge n. 219/2017 ha introdotto all'interno dell'omicidio del consenziente possa essere esteso anche all'aiuto al suicidio. (...) Per quanto riguarda la forma, la pronuncia è per un verso assimilabile a quelle pronunce di inammissibilità in cui, una volta registrata l'illegittimità costituzionale, non la si dichiara per mancanza di 'rime obbligate', formulando nei confronti del legislatore un invito ad intervenire per disciplinare la materia in modo conforme a Costituzione. Dall'altro, la sentenza presenta un carattere del tutto inedito poiché al monito aggiunge un termine perentorio.

²⁸⁹ *Supra*, par. 5.

eterointegrazione *ex artt.* 11 e 117 Cost. con le fonti sovranazionali – ma anche in considerazione della scelta legislativa sottesa all'introduzione della l. n. 219/2017.

Non ci appare possibile argomentare diversamente, poiché significherebbe creare delle situazioni di disparità – incompatibili peraltro con il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. – fra ammalati la cui sopravvivenza è completamente garantita da un trattamento sanitario e ammalati che – a parità di atroci sofferenze – sono solo in maniera discontinua dipendenti da un trattamento sanitario salva-vita. Anche questi particolari ammalati non possono essere abbandonati o ignorati per timore di turbare la morale di una parte della collettività.

Sebbene, tuttavia, dal punto di vista del merito, dunque, la sentenza ci pare aver perseguito una logica di equilibrio, è impossibile non manifestare anche preoccupazione per l'alterazione dei rapporti istituzionali di cui questa sentenza – e più in generale, il *trend* giurisprudenziale in cui si inserisce – è spia.

La pronuncia, invero, presenta profili di criticità multiformi.

Da un lato, se nel caso di specie – e diversamente dagli interventi in materia di stupefacenti -, potrebbe non parlarsi di una ingerenza nei “nei tempi e nei modi di esercizio della funzione legislativa di spettanza del Parlamento²⁹⁰”, poiché “nei casi in cui la Costituzione impone una disciplina, con l'effetto che il vuoto normativo è esso stesso costituzionalmente illegittimo, allora la discrezionalità sull'*an* e in taluni casi sul quando della scelta legislativa si contrae²⁹¹”, nonché, poiché nella scelta di differire la decisione, invocando l'intervento legislativo, la Corte ha dimostrato di non voler invadere la discrezionalità del legislatore – che avrebbe avuto i tempi e i modi per intervenire con un provvedimento di segno contrario rispetto alla opzione, esplicitamente, prospettata dalla Consulta nell'ordinanza n. 207/2018; dall'altro lato, non può non far sorgere preoccupazioni *pro futuro*, soprattutto in considerazione della soggettività delle interpretazioni che rappresenta il rischio intrinseco dell'affidamento alla coscienza di un organo giurisdizionale di un eccessivo margine di discrezionalità.

Contemporaneamente, il meccanismo della sospensione della decisione – sebbene sia stato diretto ad attendere un intervento legislativo – nemmeno è esente da profili di criticità. Invero una scelta di natura pilatesca, successiva ad una rilevazione di

²⁹⁰ Cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, cit. p. 11

²⁹¹ *Ibidem*.

illegittimità, può anche dare vita ad una situazione di diniego di giustizia per l'imputato oggetto del giudizio davanti al giudice remittente.

Ebbene, se da un lato ci appare innegabile, insomma, che la sistematica delle pronunce ad 'incostituzionalità differita' nonché ad 'incostituzionalità prospettata' – 'perturbando l'ordinamento'²⁹², appaia come un fenomeno patologico, poiché incide sulla tripartizione dei poteri, altera i rapporti fra quello esecutivo e quello giudiziario e attribuisce, in particolare, al secondo un ruolo che, senza dubbio, esula dai tradizionali crismi del controllo *ex post* che le compete; il dubbio che ci sorge concerne l'individuazione della fonte della patologia in parola.

In altri termini, di fronte ad uno squilibrio dei rapporti istituzionali, ci si domanda se il *trend* inaugurato dalla Consulta sia la causa del fenomeno patologico o un sintomo del medesimo.

A ben vedere, nemmeno può ignorarsi che i temi eticamente sensibili sono, per natura, facile oggetto di strumentalizzazioni politiche funzionali a strategie di gestione del consenso; ciò - assieme al radicarsi della cultura della legislazione penale simbolico-espressiva²⁹³ - si pone alla base della elusione non infrequente da parte del Parlamento del proprio dovere di assumersi una responsabilità - di fronte al Paese - nella rimeditazione integrale di questioni fortemente divisive per l'elettorato. Come ricostruito, tracce di un atteggiamento siffatto si ritrovano già nella prima censura di costituzionalità della bestemmia, nel 1973, e passando per la materia della procreazione assistita²⁹⁴ e degli stupefacenti, conducono, ai giorni nostri, nella tutela della vita,

²⁹² Cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, cit. p. 11.

²⁹³ "Il diritto è politica. Nell'ordinamento giuridico vengono formalizzate le scelte della politica. Altro è l'uso politico del diritto". Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 9; ID., *Prolegomeni ad una proposta di riforma del Codice penale*, in *Crit. dir.*, 2006, 1-3, p. 17. Ci si riferisce, dunque, al radicamento dell'idea di un diritto penale inteso come 'illusoria panacea' con la quale affrontare i problemi più diversi di cui si abusa per orientare, artatamente, l'opinione pubblica. In tal senso, S. MOCCIA, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo* in *Crit. dir.*, 2010, 1-3, p. 192 ss. Nello stesso senso, G. FORNASARI, *Il dilemma etico del male minore. Una lettura penalistica dei temi della "carrellologia"* in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di) *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 218. L'Autore evidenzia come "nel tempo del populismo dilagante, delle paure indotte e della fallace e folle fiducia nel potere taumaturgico della cieca repressione penale, la legislazione eccezionale – rispetto ai principi fondamentali – può fare proseliti entusiasti". In argomento, *infra*, nt. n. 124.

²⁹⁴ È stata la Corte costituzionale in numerose pronunce – in particolare Corte cost., sentt. n. 151/2009, n. 162/2014 e n. 96/2015 - a dover ridisegnare i confini della l. n. 40/2004 in materia di fecondazione assistita, per depurarla dai suoi multiformi problemi di costituzionalità e 'restituirle ad una sua cauta innocuità'. In argomento, P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014, lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 34/2014, p. 376 ss.

materia nella quale si sarebbe dovuto prevedere una disciplina di coordinamento con l'art. 580 c.p. - o nel senso di restringere le condotte penalmente rilevanti di agevolazione materiale al suicidio in modo che apparissero coerenti con la non punibilità prevista dalla l. 219/2017 o anche, nel senso opposto, prevedendo un'esclusione espressa.

Questa seconda ipotesi ci appare meno compatibile con i principi che hanno ispirato il legislatore nella stesura della disciplina in materia di disposizioni anticipate di trattamento, ma almeno avrebbe rappresentato una assunzione di responsabilità e non avrebbe lasciato la sensazione di una disciplina essenzialmente monca²⁹⁵.

Non ci pare possibile ignorare che nel campo del biodiritto penale il significato assiologico dei concetti utilizzati si sovrappone alle differenze naturalistiche degli stessi e le diluisce. In questi termini, se dal punto di vista naturalistico e penalistico le condotte di 'lasciar morire un paziente' e 'agevolare la morte di un ammalato' sono sideralmente differenti – poiché nel secondo caso postulano la condotta materiale attiva di un terzo - siffatta divergenza scolora grandemente se considerata alla luce del valore sociale che connota le stesse condotte²⁹⁶.

In altri termini, l'aver dato, il legislatore, forma concreta al diritto di autodeterminazione terapeutica tramite l'introduzione della l. n. 219/2017 non avrebbe potuto avere altro effetto se non quello di mettere in evidenza la, già nota, obsolescenza del codice penale in materia di tutela della vita; così, i riflessi della novella, in particolare, sull'art 580 c.p., non possono essere, dunque, intesi e trattati come un'eterogenesi dei fini perseguiti dall'intervento normativo. Un sistema di raccordo con l'incriminazione dell'agevolazione al suicidio doveva essere delineato, dal legislatore e

²⁹⁵ Di diverso avviso, L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, p. 291 ss. In particolare, secondo l'Autore "la decisione di lasciarsi morire [consentita al paziente dalla l. n. 219/2017], nel nostro ordinamento resta una decisione *di puro fatto* e riferita alla sfera interiore, ma non assume rilievo giuridico, vale a dire in merito ai rapporti con gli altri soggetti. Quel che assume rilievo giuridico sono soltanto le scelte di rinuncia o interruzione delle cure, anche salva-vita: il che deriva dal principio di ordinaria intangibilità della sfera corporea da ingerenze esterne poste in essere senza consenso (art 32, comma 2, Cost.), e non dall'avvenuto riconoscimento di un diritto (coinvolgente i terzi) a morire".

²⁹⁶ Per tutti, M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione non penalistica della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in AA.VV., F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di) *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit., p. 121 e ss.

contestualmente alla legge del 2017. Tale adeguamento non appare, infatti, imposto solo – e si fa per dire - dall'incompatibilità dell'assetto costituzionale con l'abbandono sociale della sofferenza, ma anche da una ancor più generale necessità di coerenza dell'ordinamento, ottemperante del principio di non contraddizione.

Allora, che non fosse la Corte Costituzionale a dover “adeguare la rigidità del codice Rocco alle esigenze della realtà”²⁹⁷, non v'è dubbio. Dall'altro lato però, pure ci pare difficile negare che, di fronte ad un legislatore inerte per ragioni di opportunità politica, se anche la Corte si fosse sottratta ad un'assunzione di responsabilità in relazione alla legittimità dell'art 580 c.p., la libertà personale di una persona – nella specie l'imputato sottoposto al giudizio del giudice remittente - sarebbe stata repressa sulla base di una norma che, *ex se* e, soprattutto in rapporto alla disciplina della l. 219/2017, offre rilevanti profili di illegittimità costituzionale.

Ci pare necessario, in altri termini, cercare di valorizzare - al netto della distanza tra ciò che dovrebbe essere e ciò che è – gli aspetti positivi che possono trarsi dalla pronuncia n. 207/2018.

Potrebbe essere fruttuoso leggere nella scelta della Consulta, non un peccato di ὑβρις, ma un tentativo, invece, di non trincerarsi dietro l'*horror vacui* e di immaginare un approccio dialogico e democratico con il Parlamento, rimanendo fedele al suo ruolo istituzionale: garantire effettività dei principi e dei diritti fondamentali incisi da un cattivo (non) uso della discrezionalità, attraverso il recupero della l. n. 219/2017 come *tertium comparationis*.

Presupponendo, che, dunque, la Corte non abbia con siffatta pronuncia voluto rivendicare per sé un ruolo di indebita ingerenza nel monopolio delle scelte politico criminali del legislatore, ma abbia agito ben conscia dei limiti che il suo Ufficio le impone poiché “laddove vi sia un obbligo costituzionale di normare una materia, la discrezionalità legislativa si contrae, anche se della sola misura necessaria all'adempimento del dovere di attuare la Costituzione”²⁹⁸; ciò che a questo punto si

²⁹⁷ Ci appropriamo delle parole utilizzate dal guardiasigilli A. ROCCO nella *Relazione di accompagnamento al Progetto definitivo del nuovo codice penale*, cit. p. 373, in materia di ‘omicidi pietosi’. In argomento, *supra*.

²⁹⁸ Cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, cit. p. 12. In particolare: “Con l'ordinanza Cappato la Corte ha inteso evidentemente riconoscere il primato delle Camere nel definire dettagliatamente la regolamentazione della fattispecie in questione, perciò confido fortemente che il Parlamento dia seguito a questa nuova forma di collaborazione, nel processo di

auspica è che il legislatore raccolga la mano tesa da parte della giurisprudenza – non perdendo “l’occasione di esercitare lo spazio di sovranità che gli compete”²⁹⁹ – e non raccolga, invece, sterilmente, un guanto di sfida³⁰⁰.

Il successo della tecnica dell’ordinanza di “incostituzionalità prospettata” sarebbe anzitutto un successo per la funzione rappresentativa del legislatore, che andrebbe perduto se tale funzione non fosse in concreto esercitata³⁰¹.

6. Il suicidio dell’ammalato nella sua dimensione di *species autonoma*.

Un elemento particolarmente pregevole della decisione della Corte costituzionale – connesso all’aver scelto come *tertium comparationis* la disciplina della l. n. 219/2017 - si ritrova nell’aver ridisegnato i confini dell’ambito applicativo soggettivo dell’incriminazione dell’aiuto al suicidio escludendone coloro che agevolano – in casi specifici – il suicidio dell’ammalato.

Nella ricostruzione della Consulta, invero, la punibilità dell’agevolazione del suicidio, come si diceva, non appare essere, *tout court*, incompatibile con l’assetto complessivo attuale dell’ordinamento.

Diversamente, incostituzionale è la punibilità dell’aiuto a morire offerto ad un ammalato affetto da una patologia irreversibile, che lo costringe a sofferenze psicofisiche da costui ritenute intollerabili e che pur non essendo completamente dipendente dalle terapie sanitarie che, oggi, la scienza medica offre, di fatto, non sarebbe vivo senza le medesime.

D’altronde, ponendoci nella prospettiva dell’esegesi storicamente orientata dell’art. 580 c.p., non appare peregrino argomentare che la punibilità di siffatte ipotesi

attuazione della Costituzione, e non perda l’occasione di esercitare lo spazio di sovranità che gli compete”.

²⁹⁹ *Ibidem*

³⁰⁰ Scenari positivi, volti a potenziare il ruolo della Corte costituzionale, al momento sono futuribili, anche perché nella presente fase storica, il ritorno ad una valorizzazione del primato della politica insofferente ai limiti del diritto potrebbe spingere verso tutt’altri scenari decisamente ‘negativi’, orientati alla messa in discussione dell’attuale sistema di controllo da parte della Corte Costituzionale. In tal senso, R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, cit., p. 17.

³⁰¹ Cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, cit. p. 12 ss. Inoltre, sugli aspetti pregevoli della ordinanza, ampiamente, C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, cit. *passim*.

non avrebbe potuto essere prevista dai codificatori, poiché situazioni come quella di Fabiano Antoniani non avrebbero potuto nemmeno essere immaginate all'epoca in cui il codice Rocco fu scritto.

Richiamare alla memoria la ricostruzione, fatta nelle pagine precedenti, dell'*affaire* Antoniani ci è prezioso, perché consente una più profonda comprensione della misura dell'illegittimità dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio dell'ammalato; consentendoci di analizzare la natura di quel suicidio, invero, ci permette di tratteggiare anche il concetto e le caratteristiche essenziali di un tipo di suicidio che, più degli altri, appare tale manifestamente incompatibile con l'incriminazione della sua agevolazione.

Per motivare l'illegittimità della repressione della condotta di chi si faccia strumento della volontà suicida dell'ammalato, infatti, ci pare dover partire, innanzitutto, dall'affrancamento della determinazione suicida di costui dalle figure tradizionali di suicidio che la dottrina classica ha sempre preso in considerazione, al fine di studiarne le cause e prevenire il fenomeno.

Invero, il proposito suicida del malato non terminale nelle condizioni di Antoniani, maturato con razionalità e consapevolezza, non appare sovrapponibile ad altre ipotesi classiche di suicidio.

In primo luogo, occorre evidenziare che in accordo con autorevole dottrina³⁰² che si è occupata del tema, il solo riferirsi al suicidio come realtà al singolare è estremamente riduttivo e metodologicamente errato³⁰³.

Ciò non significa solo evidenziare come il suicidio di un individuo, in quanto scelta esistenziale, espressione di pensieri profondamente personali, non possa essere accomunato al suicidio di un altro, ma vuol dire anche mettere in luce come quest'azione autolesiva estrema si caratterizzi per una intrinseca complessità che impone di ricondurla ad una fenomenologia multidimensionale e composita. In questo senso, dunque, non dovrebbe parlarsi di suicidio, quanto piuttosto di suicidi

³⁰² Ci si limita, qui, in particolare, a comparare due dei più autorevoli e contrapposti studi scientifici sul suicidio: S. FREUD, *Lutto e melanconia* (1916), trad. it. in *Opere* Vol. VIII, Torino, 1976 e É. DURKHEIM, *DURKHEIM Émile, Le Suicide* (1897), trad. it. a cura di R. Scramaglia, *Il suicidio. Studio di sociologica*. III ed., Milano, 2016. Dal paragone fra l'approccio psicoanalitico di Freud e l'approccio sociologico di Durkheim si ottiene una panoramica abbastanza completa – per ciò che attiene all'economia del presente lavoro - ed attuale delle fenomenologie suicidarie.

³⁰³ "Un risultato che si trae dalla nostra ricerca è: non vi è un suicidio, ma dei suicidi. Il suicidio è probabilmente sempre il fatto di un uomo che preferisce la morte alla vita, ma le cause che lo determinano non sono, in tutti i casi, della stessa natura, anzi, talvolta sono opposte fra loro", Cfr. É. DURKHEIM, *Il suicidio*, cit., p 336.

In termini generali può dirsi, infatti, che il suicidio è sempre stato considerato, in epoca moderna, tanto nella sua dimensione individuale quanto in quella sociale, come un atto frutto di una condizione psicopatologica personale o *ex se* considerata oppure riconducibile ad una disfunzione della società.

In entrambi i casi, insomma, il fenomeno suicidario viene visto come il risultato di forze soverchianti il controllo dell'uomo, che derivano dall'inconscio o dalla società.

Da un lato si pongono, dunque, gli studi di matrice freudiana che ritengono il suicidio una profonda espressione di sofferenza interiore che esplode in un incontrollato atto di aggressività rivolto, in un certo senso, verso l'esterno. Il suicida, infatti, utilizza la distruzione di sé stesso come mezzo per scaricare la propria morte sulle spalle altrui e, dunque, il proprio disperato dolore su coloro che saranno colpiti dalla sua tragica dipartita.

In siffatta misura si parla dunque di suicidio 'come di omicidio mancato'³⁰⁴, posto in essere da colui che, disperatamente, cerca di affermare un proprio ruolo nel mondo e di suscitare negli altri, con la propria morte, le attenzioni che gli erano mancate in vita, riappropriandosi, così, di un amore negato o perduto.

Dall'altro lato, si pongono gli studi sociologici sul suicidio, che non ritengono di potere limitare la valutazione del fenomeno alla sua dimensione individuale e puramente psicologica³⁰⁵ poiché esso dipenderebbe essenzialmente da condizioni sociali.

Non è, dunque, possibile spiegare il suicidio come un fatto umano singolo e *absolutus* poiché esso può essere compreso solamente ove gli si riconosca la corretta dimensione sociale, nella quale possano trovare il proprio posto le differenti e multiformi fenomenologie che vi afferiscono.

Su tale base concettuale viene proposta una tradizionale tripartizione dei tipi di suicidio in: a) suicidio egoistico; b) suicidio altruistico e c) suicidio anomico.

³⁰⁴ In tal senso, secondo FREUD, *Lutto e melanconia*, cit. p. 6, il suicida interiorizza il soggetto - o i soggetti - verso i quali prova un sentimento di amore frustrato e poi li uccide, per mezzo della propria morte. S. L'Autore, in particolare, individua nella melanconia - intesa come un lutto impossibile da elaborare - una causa del suicidio. Definisce melanconia uno stato psichico così doloroso e profondo, da obliterare l'interesse dell'individuo per il mondo esterno, sino a fargli perdere la capacità di amare, ad inibirlo all'attività e a condurlo in uno stato di avvilito di sé che si esprime in 'autorimproveri' ed 'autoinganni' e culmina nell'attesa delirante di una punizione.

³⁰⁵ Il fenomeno suicidario, secondo DURKEIM, non può essere studiato solamente in rapporto ai fattori c.d. 'stati psicopatici', ai c.d. 'stati psicologici normali', ai c.d. 'fattori cosmici' o all'imitazione'. Per approfondimenti, v., É. DURKEIM, *Il suicidio*, cit., p. 243 ss.

Il primo deriva da una smisurata individualizzazione dell'uomo che, nella incapacità propria o nella impossibilità indotta *ab externo* di integrarsi nel tessuto sociale del suo gruppo di riferimento, se ne estranea completamente per entrare in uno stato depressivo di isolamento.

Così, nello specifico, il tasso di suicidi varia in ragione inversa al grado di integrazione dei gruppi sociali di cui fa parte l'individuo³⁰⁶.

In altri termini, il soggetto, che non ha obiettivi al di fuori del vivere per sé stesso può facilmente perdere la ragione della propria esistenza poiché percepisce esclusivamente la sua caducità di essere finito e definito nel tempo e nello spazio, finendo per ritrovarsi solo e terrorizzato davanti all'idea che la sua esistenza sarà destinata, inevitabilmente, a perdersi nel nulla. In una tale condizione perde "la forza e il coraggio di vivere, di agire, di lottare, giacché di tanta fatica nulla deve rimanere"³⁰⁷.

Se solo attraverso l'integrazione nel tessuto sociale l'individuo può ispirare la propria esistenza al fine dell'attività collettiva per trascendere la propria finita natura ed evitare forme di suicidio egoistico, anche la eccessiva integrazione può essere causa sociale di una determinazione suicida.

La causa del c.d. suicidio altruistico, infatti, viene individuata nella scarsa individualizzazione, che contiene in sé il rischio di disciogliere il singolo nel gruppo fino a depersonalizzarlo e a renderlo intercambiabile con gli altri membri della medesima aggregazione sociale.

L'identificazione eccessiva dell'individuo nel gruppo, in altri termini, conduce il singolo a concepire il proprio sacrificio, anche estremo, per la comunità. In quest'ottica il soldato sarà fiero di poter morire per difendere i confini della propria patria e un ammalato potrà ritrovare nel desiderio di non essere di peso alla propria famiglia una valida giustificazione all'atto suicida³⁰⁸.

³⁰⁶ In tal senso, É. DURKHEIM, *Il suicidio*, cit., p. 300.

³⁰⁷ Cfr. É. DURKHEIM, op. ult. cit., p. 301; l'Autore, inoltre, afferma: "Quando gli individui sono solidali con un gruppo che amano, per non venire meno a degli interessi cui sono abituati a sacrificare i loro, pongono maggiore attenzione a vivere. Il vincolo che li lega alla causa comune li attacca alla vita e d'altra parte, lo scopo elevato cui hanno gli occhi fissi, impedisce loro di avvertire troppo fortemente le contrarietà private. (...) Si è detto, talvolta, che l'uomo in virtù della sua costituzione psicologica non può vivere se non si attacca a qualcosa che lo superi e gli sopravviva, e si è impiegata questa necessità con il bisogno che avremmo di non morire interamente. Ora l'individuo troppo preso da sé non è un fine sufficiente alla sua esistenza".

³⁰⁸ Cfr. É. DURKHEIM, op. ult. cit., p. 312 ss.

Dal suicidio egoistico e altruistico si distingue secondo Durkheim il suicidio anomico³⁰⁹.

Questa forma di suicidio trova un fondamento in cause sociali più complesse rispetto agli altri due, poiché deriva dall'immediato venire meno di regole a causa di squilibri sociali, tanto di segno negativo³¹⁰ – come un insuccesso dovuto ad un momento di crisi economica – quanto di segno positivo – come un momento di brusca prosperità³¹¹.

La classificazione illustrata interessa al nostro studio nella misura in cui rende chiaro come il suicidio di Fabiano Antoniani non possa essere ricondotto a nessuna delle categorie alle quali la dottrina psicoanalitica e quella sociologica hanno ricondotto il fenomeno di cui si discute.

A ben vedere, infatti, la determinazione di Antoniani a mettere fine alla propria esistenza nasceva dal desiderio lucido e ben soppesato di abbandonare un corpo divenuto 'una gabbia'.

Non si trattava, in primo luogo, di un soggetto affetto da una patologia mentale che lo rendeva incapace di orientarsi correttamente nel tempo e nello spazio, anche perché, diversamente, la legge elvetica³¹² non gli avrebbe consentito l'accesso al suicidio assistito.

Nemmeno può dirsi che fosse un depresso o che non volesse vivere. Come abbiamo ricostruito, invero, l'Antoniani si era sottoposto a tutte le cure esistenti – comprese quelle sperimentali a base di cellule staminali - per migliorare la propria condizione esistenziale.

Parimenti, non poteva essere definito un soggetto autodistruttivo desideroso di utilizzare la propria morte per colpire chi gli ha negato amore o attenzioni poiché, come

³⁰⁹ “La società non è soltanto una cosa che attrae a sé, con eguale intensità, i sentimenti e le attività degli individui, è anche un potere che li regola. Tra la maniera in cui si esercita questa azione regolatrice e il tasso sociale di suicidi, esiste un rapporto”. DURKHEIM, op. ult.cit., p. 320 ss.

³¹⁰ “Un qualsiasi essere vivente non può essere felice né vivere se i suoi bisogni non sono in sufficiente rapporto con i suoi mezzi. Altrimenti, se esigono più di quanto possa loro essere accordato (...) saranno frustrati di continuo” e non potranno prodursi senza causare dolore. Così É. DURKHEIM, op. ult. cit., p. 323.

³¹¹ “Si ha sete di cose nuove, di godimenti ignorati, di sensazioni senza nome ma che perdono ogni sapore appena conosciute (...). Però l'uomo che ha atteso sempre tutto dall'avvenire ed ha vissuto con gli occhi fissi al futuro, non trova nulla nel suo passato che lo conforti nella amarezza del presente; perché il passato è stato per lui solo una serie di tappe attraversate impazientemente”. Cfr. É. DURKHEIM, ult. op. cit., p 328.

³¹² In argomento, *infra*, Cap III, par. 7.

emerge dalla sua storia, Fabiano Antoniani era una persona circondata e sostenuta dall'affetto dei propri cari che hanno vegliato il suo capezzale fino all'ultimo dei suoi giorni e per i quali lo stesso Antoniani non ha mai cessato di preoccuparsi.

Tra le ultime parole che pronunciò prima di suicidarsi vi fu la richiesta a chi lo circondava di occuparsi delle persone che lasciava e disse: "Ragazzi, vi devo chiedere una cosa importante: allacciatevi sempre le cinture di sicurezza in automobile. Non potreste farmi favore più grande".

Insomma, Fabiano Antoniani era amato e amava.

E voleva morire³¹³.

Escluso che il suo suicidio, dunque, possa essere sovrapponibile ad un suicidio psico- patologico o egoistico, il suo gesto non può essere nemmeno ricondotto alla *species* di quelli altruistici.

Antoniani sceglie di morire perché il suo corpo è diventato per lui inospitale.

Soffre fisicamente a causa di ricorrenti spasmi e contrazioni che i trattamenti farmacologici non riescono ad alleviare completamente.

Soffre psicologicamente perché la sua indole attiva e vitale si trova costretta in un corpo paralizzato e cieco, che respira a fatica, che deve essere alimentato con una sonda e che lo costringe a sottoporsi ad evacuazione artificiale di urina e feci.

In questi termini, la determinazione suicida di Antoniani – che non è frutto di un'eccessiva atomizzazione del tessuto sociale e contemporaneamente non può essere ridotta ad una superfetazione del suo ego - deve essere tenuta lontana anche dallo stigma del c.d. 'suicidio altruistico eroico'³¹⁴ di chi offre sé stesso come martire ad una causa.

³¹³ Antoniani, invero, era costantemente assistito da sua madre Carmen, nella casa della quale viveva, e dalla sua fidanzata Valeria. In particolare, come racconta M. CAPPATO: "L'amore di Valeria non aveva ceduto spazio alla compassione, come pure sarebbe stato comprensibile. L'amore di Carmen era dedizione, giorno e notte. L'amore, come la libertà, non è un concetto assoluto. Dire che chi ama non può voler morire è una frase fatta, come tale, falsa, con cui si invoca l'assoluto per meglio negare la realtà vissuta nella carne viva". Così, M. CAPPATO, *Eutanasia: a chi appartiene la mia vita?* in *Credere, disobbedire, combattere*, cit. p 40.

³¹⁴ In linea generale, tutte le religioni, che postulano la vanità della vita terrestre e la verità della vita ultraterrena, creano situazioni di suicidio immediato o di suicidio differito. Il suicidio immediato – il c.d. suicidio altruistico eroico - è quello dell'offerta di sé stessi come capro espiatorio, come martire, come testimone sacrificale di una Verità assoluta. Il suicidio differito è quello, invece, del sacrificio della propria vita umana attraverso la rinuncia, le continue sofferenze, la clausura, l'astinenza sessuale, la denutrizione, la tortura del corpo per ottenere una seconda vita nella pienezza paradisiaca. In tal senso, Cfr. É. DURKHEIM, *Il suicidio*, cit., p. 32.

Ciò non significa negare il coraggio di un individuo che si è determinato in una scelta contraria all'ideologia dominante della sua epoca per rimanere fedele alla propria coscienza e che è andato incontro alla morte, affrontandola con serena risolutezza.

Non significa nemmeno negare come la sua esperienza palesi, in tutta la sua tragica crudezza, quanta sofferenza comporti l'assenza, in Italia, di una disposizione normativa che consenta il suicidio assistito.

Significa, al contrario, non sminuire la determinazione di Antoniani interpretandola come l'atto di un fanatico o, peggio, come l'ultimo e disperato gesto compiuto da un uomo per ritrovare la dignità di un'esistenza che percepisce come inutile.

Significa, dunque, attribuire al gesto di Antoniani il suo esatto significato e riconoscere la sua scelta, soppesata e consapevole, non come il risultato di forze soverchianti la sua libera volontà, derivate dall'inconscio o dalla società, bensì come l'esercizio del suo costituzionale diritto all'autodeterminazione.

La determinazione suicida dell'ammalato nelle condizioni di Antoniani è espressione di una scelta autenticamente libera, non di un atto coartato dalla necessità e nemmeno imposto da motivi inconsci, ma è il frutto, piuttosto, di una valutazione obiettiva della realtà operata con gli strumenti del pensiero razionale³¹⁵. Evidentemente, il motivo della scelta suicida è la sofferenza che deriva dalla malattia, ma l'esistenza di siffatto condizionamento non ha impedito ad Antoniani – e non impedisce all'ammalato irreversibile – di avere un motivo razionale per desiderare la morte.

In altri termini, occorre accettare che le sofferenze intollerabili che derivano da una malattia incurabile possano essere i motivi che condizionano la scelta del paziente, ma che la loro esistenza debba necessariamente escludere la validità di un atto dispositivo della vita.

Così ricostruita la causa e la natura della determinazione suicida dell'ammalato terminale in condizione di intollerabile sofferenza, appare chiaro che la disapprovazione sociale per il suicidio, che in alcune epoche ha condotto alla sua incriminazione e che fonda oggi il disvalore delle condotte agevolative dello stesso, non può che nascondere

³¹⁵ In argomento, si rinvia alle suggestive ricostruzioni di R. STEINER, *La filosofia della libertà*, cit. a cui abbiamo fatto cenno, *supra*, Cap I, par 8.

una valutazione schiettamente morale, che come tale è incompatibile con il diritto penale³¹⁶.

Ciò appare chiaro se si raffronta il suicidio dell'ammalato terminale con l'afflato solidaristico sotteso all'art. 580 c.p.

La norma appare infatti compatibile con gli artt. 2 e 13 della Costituzione – nonché con l'art. 2 CEDU – nella misura in cui si obliteri la sua originaria *ratio* costituita dall'indisponibilità assoluta della vita e si valorizzi, invece, la sua funzione di tutela della vita di soggetti particolarmente vulnerabili e deboli che l'ordinamento non intende abbandonare ad una scelta estrema ed irreparabile come il suicidio³¹⁷.

Ebbene, se anche volesse valorizzarsi l'obbligo solidaristico³¹⁸ come unica *ratio* dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, dovrebbe comunque concludersi che l'agevolazione al suicidio di un malato irreversibile, nelle condizioni di Antoniani, non possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'incriminazione di aiuto al suicidio, proprio perché il suicidio che vi è alla base non appare il gesto di un disperato abbandonato e solo, ma espressione di una volontà razionale.

In altri termini, pur volendo, per il momento, accantonare gli altri profili problematici di ordine tecnico della disciplina di cui all'art. 580 c.p., ci sembra che già l'agevolazione della determinazione suicida dell'ammalato non sia ontologicamente rispondente al disvalore espresso dalla norma incriminatrice in questione.

³¹⁶ In tal senso, criticando le conclusioni dell'opera di DURKHEIM secondo cui la repressione statutale della morte volontaria è frutto del disvalore sociale che la connota, R. MARRA, *La repressione legale del suicidio. Analisi e sviluppo della ricostruzione durkheimiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1986, XVI, 1, p. 129 ss.

³¹⁷ Il divieto di aiuto al suicidio conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone ammalate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto, cfr. Cort. cost., ord. n. 207/2018.

³¹⁸ Parte della dottrina ha ritenuto di poter derivare dalla combinazione fra il principio personalistico e il principio solidaristico della Costituzione non solo il riconoscimento di una sfera individuale di inviolabile autonomia, ma anche un obbligo inderogabile all'adempimento di doveri sociali, che comporterebbe anzitutto l'indisponibilità della vita. In tal senso, P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 1991, II ed., pp. 396 ss. A siffatta impostazione si contrappone quella dottrina che ne evidenzia la fallacia, da punto di vista logico, poiché essa finisce per trasformare un diritto fondamentale dell'uomo – cioè una posizione giuridica soggettiva attiva – in una posizione di soggezione – ossia una posizione giuridica soggettiva passiva. In tal senso, SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit. p. 674. Inoltre, D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7-8, 2018 p. 67, secondo cui: "Sul piano giuridico appare improprio evocare doveri inderogabili di solidarietà, ex art. 2 Cost., per agganciarvi un dovere incondizionato di vivere". Infine, in merito al superamento della visione del bene vita quale interesse superindividuale, *supra*, diffusamente, Cap I.

In altri termini, ci appare innegabile la siderale differenza che corre fra l'aiuto al suicidio offerto ad un depresso che si sente rifiutato dalla vita rispetto all'agevolazione del proposito di una persona fisicamente e gravemente malata che invoca semplicemente il diritto di interrompere una esistenza di irreversibile sofferenza.

Seppure, insomma, si volessero accantonare le riserve connesse alla teorica dell'indisponibilità della vita e alle logiche paternalistiche sottese all'art. 580 c.p. e si volesse ragionare in un'ottica meramente solidaristica, nel primo caso il disvalore della condotta di aiuto al suicidio si ritroverebbe nell'aver contribuito alla condotta autolesiva di un soggetto fragile e vulnerabile alla sua solitudine, nel secondo caso, invece, non si fonderebbe affatto, poiché si andrebbe a configurare come un atto di collaborazione frutto del rispetto per una decisione liberamente assunta.

In un caso come quello di Antoniani, a ben vedere, il principio di solidarietà milita molto più per il valore dell'agevolazione del suicidio assistito di quanto fondi le ragioni avverse.

Una volta certi di trovarsi di fronte ad una volontà razionale, consapevole e insindacabile, l'unica strada che resta a chi non è d'accordo con la determinazione suicida dell'ammalato è l'accettazione rispettosa della libertà di costui.

In un dibattito sull'argomento, la parola libertà assume, quindi, contemporaneamente il ruolo di fondamento delle ragioni di chi sostiene la nostra tesi, quanto quello di *vulnus* della medesima nell'opinione di chi non la condivide.

Come si diceva, l'obiezione classica che si oppone si fonda sull'assunto per cui un ammalato non è libero, poiché è l'esistenza stessa della malattia a condizionare la scelta del suicidio.

Se il paziente fosse sistemato in una bellissima terrazza con vista sul mare, per esempio, manterrebbe ferma la sua determinazione di morire?

Una domanda così formulata, lungi dall'essere frutto di una voluta *reductio ad absurdum* da parte nostra, è stata fatta davvero, da un Ministro della Salute dello Stato e si riferiva alla condizione di Piergiorgio Welby³¹⁹.

Oltre a manifestare quanto lontano sia il nostro Paese dalla cultura della comprensione dell'altro da sé e dalla conoscenza della condizione in cui effettivamente

³¹⁹ Si veda, in proposito, M. CAPPATO, *Eutanasia: a chi appartiene la mia vita?* in *Credere, disobbedire, combattere*. cit., p. 33.

vive un malato terminale – come era Welby e non era Antoniani – una domanda del genere contiene in sé un paralogismo di fondo: ripropone, con falsa ingenuità, il dogma dell'inesistenza del libero arbitrio³²⁰.

In altri termini, risponde ad una domanda difficile con un dubbio a cui è impossibile dare univoca soluzione.

Ci sembra di dover opporre ad una simile impostazione che paralizzare il ragionamento non sia una soluzione accettabile in alcun ambito scientifico, e certamente che non sia accettabile nel mondo del diritto e, in particolare, nel campo dei diritti fondamentali della persona.

La risposta circa sull'esistenza o meno del libero arbitrio, in fondo, non è necessaria al mondo del diritto penale, nella misura in cui esso può accontentarsi – come generalmente fa – di individuare situazioni nelle quali dei condizionamenti, più di altri, sono oggettivamente in grado di condizionare la volontà di un soggetto fino a renderla invalida.

È di validità della volontà che dovrebbe occuparsi il diritto. Perciò, la ricerca di questi indici oggettivi andrebbe bilanciata al rispetto del principio di autodeterminazione della persona. Evitando di escluderla a prescindere e sulla base di una soluzione di stampo morale.

Abbandonando l'idea, comune, che la volontà dell'ammalato sia invalida, per principio, a causa della malattia può invertirsi la prospettiva; prendendo le mosse, cioè, dall'idea secondo la quale il fatto che ciascuno di noi sia ineluttabilmente condizionato - *ab interno*, dal proprio vissuto e, *ab externo*, dalle circostanze personali e sociali che vive - non fonda, per forza, l'impossibilità di assumere scelte valide³²¹, potrebbe dirsi, che la necessità di proteggere un soggetto fragile e vulnerabile come è un ammalato irreversibile sia fondamentale ma non obliteri, - a prescindere e senza spazio per una prova contraria - il suo diritto ad esprimere una scelta libera.

³²⁰ Un argomento a sostegno della necessità di on liquidare la questione della validità della volontà degli ammalati terminali in rapporto agli atti dispositivi della vita si ritrovanele esperienze pubblicamente condivise degli 'eretici' di cui abbiamo ricostruito le storie. Per tutti, si pensi alle volontà di Piergiorgio Welby e di Fabiano Antoniani. Ponendo da parte i pregiudizi, che si condivida o meno il loro modo di intendere la vita e la morte, ci si trova di fronte a storie di uomini che hanno combattuto per morire rinunciando a qualsiasi genere di riservatezza, superando l'imbarazzo di raccontare al mondo persino le difficoltà che provavano a farsi pulire quotidianamente l'intestino, accettando di dare i propri cari e i propri già martoriati corpi in pasto all'opinione pubblica. In argomento, *supra*, Cap I, par. 8.

³²¹ Sul fondamento giustificativo del libero arbitrio, R. STEINER, *La filosofia della libertà*, cit. e *supra*, Cap. I, par 8.

L'unico modo, invero, per non essere totalmente condizionati, per non subire del tutto una sistematica di giusto altrui, per non essere oggetto del nostro ambiente e per essere, invece, soggetti di noi stessi è scegliere secondo la coscienza guidata dal pensiero razionale, nell'unico limite del 'divieto del danno agli altri'³²². Negare tale possibilità ad un ammalato irreversibile, solo sul presupposto che sia ammalato, non ci appare ragionevole.

Ciò, beninteso, non significa obliterare tutti gli spazi di indagine del legislatore sui condizionamenti che hanno indotto un malato terminale a chiedere un suicidio assistito - o un'eutanasia passiva o indiretta - poiché il nodo della questione relativa alla liceità dell'agevolazione del suicidio si trova nella tutela dei processi formativi della volontà dell'ammalato che sceglie di morire³²³; significa invece sostenere che tale indagine debba essere condotta in una prospettiva solidaristica e scevra da tendenze paternalistiche .

Infatti, non per tutte le persone che scelgono il suicidio assistito – o le forme lecite di eutanasia – ottenere un siffatto intervento è una vittoria.

Moltissimi sono i casi in cui una tale richiesta risponde ad una condizione di solitudine, difficoltà economica o disagio psichico. In casi siffatti un supporto solidale in termini di attenzione, cura, vicinanza può mutare una volontà apparentemente irremovibile.

Ciò, però, non può accadere in un contesto istituzionale che di fronte alla sofferenza delle persone prossime alla morte – lasciando all'associazionismo privato il compito di offrire aiuto e sostegno³²⁴ - non risponde che con una disciplina in cui la criminalizzazione è, incomprensibilmente, l'unico e miglior attore protagonista³²⁵.

³²² J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal law*, Vol. III, *Harm to Self*, cit.

³²³ In tal senso, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 727.

³²⁴ "Conoscendo Luca Coscioni" – e la sua associazione – "mio marito si è reso conto che esistono anche tante altre realtà. Per il malato di sclerosi multipla amiotrofica ci sono apparecchiature molto efficienti in grado di restituire nuova vita alle persone che non possono più muoversi". Cfr. M. WELBY, P. GIANNINI, *L'ultimo gesto d'amore*, cit. p. 45.

³²⁵ "Le persone morenti sono tra le più bisognose di aiuto e di ascolto. Un aiuto intelligente, un ascolto difficile, per affrontare la paura e la solitudine, per comprendere e lenire il dolore, ma anche per fermarsi quando la persona non vuole più andare avanti, per mettere la tecnica al servizio delle persone e non lasciare le persone prigioniere della tecnica e delle macchine", cfr. M. CAPPATO, *Eutanasia: a chi appartiene la mia vita?* in *Credere, disobbedire, combattere*, cit., p. 56. Secondo gli ultimi dati Istat – dallo stesso istituto definiti sottostimati – nel decennio 2000-2009 (esclusi gli anni 2004 e 2005, per i quali non si hanno informazioni) sono stati 31.621 i suicidi in Italia. Nel solo 2010, anno in cui i suicidi sono stati 3.048, il movente delle malattie fisiche e psichiche si attesta come la causa principale di suicidio, con una percentuale del 46%. La stessa ragione spinge il 39 % di coloro che hanno solamente

7. Il diritto di morire dell'ammalato irreversibile.

L'aver delineato l'unicità della natura del suicidio dell'ammalato che versa nella tragica condizione di un paziente come Antoniani meglio ci consente di cogliere quanto interessante possa essere lo spunto offerto dalla Corte costituzionale quando ha posto alla base del proprio convincimento la figura di un paziente in condizioni così particolari, limitando la ricostruzione offerta dal Tribunale remittente.

A ben vedere, il Tribunale di Milano chiedeva la declaratoria di incostituzionalità dell'agevolazione al suicidio sulla base del convincimento che l'atto suicida, *tout court*, costituisse esercizio di una libertà dell'individuo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 13 co. 1 e 117 Cost. - quest'ultimo con riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU³²⁶.

Da un lato, invero, si metteva in luce che la libertà individuale - riconosciuta dall'art. 13 Cost. - e il diritto di rifiutare qualsiasi trattamento, purché non si comprometta la salute collettiva³²⁷ - riconosciuto dall'art. 32 co. 2 Cost. nonché dalla l. n. 219/2017 - fondano, anche, il diritto alla libertà da interferenze arbitrarie da parte dello Stato e "da questo diritto primario deriva il potere della persona di disporre del proprio corpo".

Dall'altro lato, tale ricostruzione, secondo il Collegio remittente, appariva suffragata dall'evoluzione che la tutela della vita ha avuto nella giurisprudenza sovranazionale ed in particolare in quella della Corte di Strasburgo, la quale

tentato questo gesto. Facendo attenzione alla violenza con la quale le persone malate si tolgono la vita, risulta più chiara l'esigenza di una regolamentazione da parte del Parlamento italiano: il 47 % degli uomini si toglie la vita per impiccagione e il 37 % delle donne lasciandosi cadere nel vuoto. Cfr. M. MAINARDI (a cura di) *Testamento biologico e consenso informato*, cit., p. 31 ss.

³²⁶ Pertanto, le condotte funzionali ad agevolare il proposito autolesivo non risulterebbero offensive del bene vita, ma sarebbero lesive del bene tutelato dalla norma - che nella ricostruzione della Corte diventa l'autodeterminazione - solo le azioni idonee a pregiudicare la volontà dell'aspirante suicida; perciò solo queste ultime risulterebbero meritevoli di sanzione penale. In tal senso, Corte d'Assise del Trib. di Milano, ord. 14.2.2018.

³²⁷ Nel provvedimento relativo al caso di specie si evidenzia, in particolare, come il dato secondo cui nel nostro ordinamento non vi è spazio per un obbligo di curarsi, di matrice paternalistica, sia provato dall'assenza, in genere, di divieti di porre in essere attività pericolose per la propria incolumità e, più specificamente, dalla mancanza di un obbligo di curarsi. Tale ultimo principio si ritrova nella più volte riconosciuta necessità di bilanciare il diritto alla salute con il diritto alla libertà di pensiero e religione. Nello specifico, in materia di rifiuto di emotrasfusioni da parte dei testimoni di Geova la giurisprudenza nomofilattica ha, a più riprese, affermato che è riconosciuto il diritto, "di indubbia rilevanza costituzionale, di non curarsi, anche se tale condizione esponga il paziente al rischio della vita stessa". Cfr. Cass., sent. n. 4211/2007 e Cass., sent. n. 2367/2008.

recentemente ha riconosciuto l'esistenza del "diritto di un individuo di decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà", fondato sugli artt. 2 e 8 CEDU. Nel rispetto di tale diritto, l'intervento repressivo degli Stati, nella materia delle scelte di fine vita, può essere solamente finalizzata ad evitare 'rischi di abuso' di siffatto diritto, nello specifico, in rapporto con soggetti particolarmente vulnerabili, "come sono le persone che hanno perso interesse per la vita"³²⁸.

Ebbene, la risposta netta ad una questione così formulata avrebbe rappresentato certamente una indebita invasione della discrezionalità politico-criminale del legislatore poiché la problematica che vi è sottesa è il riconoscimento o meno dell'esistenza di uno spazio nel nostro sistema ordinamentale per il diritto di morire. Un compito siffatto, per il rango dei diritti in gioco e per le conseguenze che comporta, spetta al legislatore.

Non può ignorarsi, inoltre, che riconoscere una posizione giuridica soggettiva attiva piena, come è un diritto soggettivo, porti con sé un obbligo per l'ordinamento di favorirne e non ostacolarne l'esercizio e dunque che sia una scelta che merita l'oculata ponderazione che la disciplina costituzionale delinea per la legislazione. Ci pare dunque che la scelta di rimodellare la questione, piegandola sulle particolari contingenze del caso concreto³²⁹ si fondi nella volontà della Consulta di offrire un bilanciamento

³²⁸ In tal senso Corte d'Assise del Trib. di Milano, ord. 14.02.2018 la quale, espressamente richiama la giurisprudenza della Corte EDU, *C. Pretty c. Regno Unito*, 2002 nonché *C. Haas c. Svizzera*. 2011

³²⁹ In particolare, la Corte cost. nella ord. n. 207/2018, richiamando la giurisprudenza della Corte EDU – ed in particolare, *C. Haas c. Svizzera* 2011; *C. Koch c. Germania*, 2012, *C. Gross c. Svizzera* 2013 – ha escluso "che la norma censurata si ponga, sempre e comunque, in contrasto con l'art. 8 CEDU, il quale sancisce il diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata". Nel menzionato caso *Pretty c. Regno Unito*, la Corte EDU ha, in effetti, dichiarato che il divieto, penalmente sanzionato, di assistere altri nel suicidio costituisce un'interferenza con il diritto in questione: diritto che comporta in linea di principio – e salvo il suo necessario bilanciamento con interessi e diritti contrapposti, di cui si dirà poco oltre – il riconoscimento all'individuo di una sfera di autonomia nelle decisioni che coinvolgono il proprio corpo, e che è a sua volta un aspetto del più generale diritto al libero sviluppo della propria persona. Tale affermazione è stata ulteriormente esplicitata dalla Corte in plurime occasioni successive, nelle quali i giudici di Strasburgo hanno affermato – ancora in riferimento a casi in cui i ricorrenti si dolevano di altrettanti ostacoli frapposti dallo Stato resistente al proprio diritto di ottenere un aiuto a morire attraverso la somministrazione di farmaci letali – che il diritto di ciascuno di decidere come e in quale momento debba avere fine la propria vita, sempre che si tratti di persona capace di prendere una decisione libera e di agire in conformità di tale decisione, è uno degli aspetti del diritto alla vita privata riconosciuto dall'art. 8 CEDU. Inoltre, si argomenta che in forza del paragrafo 2 dello stesso art. 8, una interferenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto è possibile solo se prevista dalla legge e necessaria, 'in una società democratica', per gli scopi ivi indicati, tra i quali rientra 'la protezione dei diritti e delle libertà altrui'. Per consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il concetto di necessità implica, altresì, che l'interferenza debba risultare proporzionata al legittimo scopo perseguito. Infine, si aggiunge che "a questo riguardo, la CEDU ha, peraltro, riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento, sottolineando a più riprese come incriminazioni generali dell'aiuto al suicidio

prudente fra il rispetto dei limiti imposti dalla tripartizione dei poteri e l'esigenza di non lasciare insoddisfatti interessi costituzionali meritevoli di tutela.

In particolare, ci sembra potersi intravedere nella filigrana del provvedimento con cui la Consulta ha sostenuto la fondatezza della incriminazione dell'aiuto al suicidio, un ragionamento ispirato alla sistematica del c.d. *soft paternalism*: vale a dire un intervento dell'ordinamento di marca paternalista, poiché diretto a 'proteggere l'individuo anche da se stesso', ma compatibile con un diritto penale di orientamento liberaldemocratico, poiché la 'proibizione protettiva' che postula è legata a condotte autolesive – ovvero a condotte offensive in presenza di consenso dell'interessato – che non siano sorrette da una scelta realmente libera e responsabile, oppure per le quali vi sia un dubbio, fondato e ragionevole, che non siano sorrette da una scelta autenticamente libera³³⁰.

Così la questione che autorevole dottrina³³¹, occupandosi del tema, ha sempre posto in evidenza, riemerge in questo caso, in tutta la sua complessità: esiste la possibilità di individuare dei criteri in base ai quali considerare la scelta – e la conseguente condotta suicida – realmente libera e autonoma?

Ebbene, la Corte – nei limiti che il proprio ruolo le impone e nell'impossibilità di dare una risposta empiricamente verificabile e generalmente valida alla questione, inarrivabile anche per gli studi sociali e psicoanalitici che si sono occupati approfonditamente del tema dei suicidi – ha offerto una soluzione, parziale, all'interrogativo in parola, accantonando la prospettiva filosofica per assumerne una, *stricto sensu*, normativa.

Così, nel dichiarare non compatibile con la Costituzione la punibilità dell'agevolazione al suicidio dell'ammalato – nelle condizioni di Antoniani – ha,

siano presenti nella gran parte delle legislazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa; la ragione alla base a giustificare, agli effetti dell'art. 8, paragrafo 2, CEDU, simili incriminazioni è stata colta proprio nella finalità – ascrivibile anche alla norma qui sottoposta a scrutinio – di protezione delle persone deboli e vulnerabili". Per una ricostruzione critica della più rilevante giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritto a morire, L. RISICATO, *L'incostituzionalità 'differita' dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare*, cit., p. 295 ss.

³³⁰ In tal senso, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, cit., p. 48. Nello stesso senso, inoltre, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., p. 230. In particolare, si evidenzia come la Corte abbia reinterpretato l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non in funzione della tutela del diritto alla vita come un bene assolutamente indisponibile, bensì come volta a garantire che la condotta suicida non sia assunta quale effetto di una volontà viziata e immatura, ovvero manifestata in circostanze che non consentono adeguate opportunità di ripensamento. Nel medesimo senso, inoltre, D. PULITANÒ, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, cit. p. 279; ID., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., p. 57 ss.

³³¹ Per tutti, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, cit., p. 49.

implicitamente, superato la tradizionale invincibilità della presunzione assoluta negativa circa la possibilità di prendere in considerazione una volontà suicida come valida, dal punto di vista giuridico, per fondare un atto di disposizione della vita umana da parte del suo titolare.

Nella pronuncia, in altri termini, può percepirsi il consolidamento del principio per cui la determinazione suicida dell'ammalato nelle condizioni di Antoniani, valutata nella particolare fenomenologia delle contingenze in cui nasce ed esiste e dalle quali non sarà mai libera di prescindere, può essere considerata, tramite un giudizio fondato su un alto grado di credibilità logico-razionale, valida per legittimare un atto di disposizione della vita.

Alla giurisprudenza non era consentito dire di più. Ciò resta obbligo della speculazione accademica, la cui voce, peraltro, sarebbe opportuno che fosse considerata e inserita - molto più di quanto oggi è - in quel rapporto dialogico tra giurisprudenza e Parlamento che la Consulta sta tentando di instaurare, al fine di contribuire a creare quella "scena polifonica e condivisa"³³² che dovrebbe fare da *humus* alle scelte di politica criminale in un Paese autenticamente democratico ed estraneo a scelte legislative simboliche³³³ e populiste.

³³² V. *supra*, Cap II, par. 2, nt. n. 18.

³³³ La cultura politico-criminale dell'irrazionale estensione dell'intervento penale funzionale a soddisfare - apparentemente - esigenze di difesa sociale è ormai consolidata a livello legislativo. Essa si radica nella 'emergenza criminale' che giustifica scelte punitive essenzialmente autoritarie ma che, artatamente, vengono presentate come necessarie sulla base dell'idea che la repressione generalizzata - 'l'ipertrofia del controllo penale' - conduca ad un aumento di sicurezza per la collettività. Tale '*habitus* legislativo di tipo emergenziale' - oltre ad aver soppiantato la cultura della prevenzione del crimine e, dunque, della tutela effettiva dei beni giuridici - ha inciso sul rapporto fra garanzie individuali ed efficienza del controllo sociale, che nello stato sociale di diritto rappresentano congiunti elementi essenziali a cui deve informarsi il potere punitivo e che invece sembrano oggi in posizione antitetica. In argomento, ampiamente, S. MOCCIA, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997, *passim*. In particolare, l'Autore osserva che questa aporia è "il risultato di un superficiale ed inappagante 'realistico' pragmatismo di tipo postmoderno, che, rimuovendo il salutare complesso garantistico del 'moderno' ha finito per collegarsi immediatamente ai parametri repressivi del 'premoderno'. Questi ultimi, non a caso alimentarono quel realismo giuridico, strutturalmente autoritativo e funzionalmente inefficiente: essi spinsero, però, finalmente a concepire la scienza della legislazione come 'scienza di coloro che pensano'. E tale essa dovrà tornare ad essere. In caso contrario, nella migliore delle ipotesi, si reprimerà pure, per qualche tempo, un fenomeno criminale, ma producendo altra illegalità ed altre vittime, servendo, così, poco e male le ragioni della democrazia". Cfr. ID., *ivi*, p. 268. Sulle minacce della 'perenne emergenza' che vengono dal processo penale - ed in particolare in tema di prescrizione - K. VOLK, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, trad. it., in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F.SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., p. 37. Unitamente allo studio delle scelte di valore da assumere 'al momento dell'emergenza', deve indagarsi, anche, la questione di "chi detiene il potere di dichiarare presente la situazione di emergenza". Ciò appare fondamentale,

Ebbene, l'elemento di maggiore interesse che si rinviene nella parte motiva dell'ordinanza di remissione emessa dal Tribunale di Milano è senza dubbio la concezione di suicidio da cui parte, se non altro perché è testimone del mutamento profondo di siffatto concetto, che si è concentrato in un lasso di tempo inferiore al secolo.

Come abbiamo ricostruito nelle pagine precedenti, nel 1930 il legislatore considerava il suicidio un atto illecito e carico di disvalore giuridico, ma rinunciava a punirlo per ragioni, essenzialmente, di natura politico-criminale fondate sulla considerazione che la sanzione penale – che a quell'epoca assolveva ad una assorbente funzione generalpreventiva negativa – non avrebbe avuto alcuna efficacia deterrente se comminata a colui che aveva tentato di togliersi la vita.

Meno di cento anni dopo, questo atto autolesivo estremo viene riconosciuto da una parte della dottrina come espressione del diritto all'autodeterminazione.

Non può ignorarsi il profondo cambiamento che si è registrato nell'atteggiamento, della coscienza sociale e del legislatore, verso la vita. Anche la morte, infatti, viene concepita come parte della realizzazione della personalità umana³³⁴ e quindi della vita stessa, la quale, peraltro, non viene più considerata in una dimensione solo quantitativa – come tempo vissuto –, ma anche qualitativa³³⁵.

Siffatta evoluzione pone fortemente in tensione il sistema ordinamentale, poiché lo obbliga a tutelare la vita senza imporla; pone, altresì, il diritto penale di fronte alla necessità di provvedere ad una tutela sia contro un'interruzione volontaria non consensuale della vita, sia contro il suo inopportuno e artificiale prolungamento.

osserva FORNASARI, poiché tutte le contingenze che fondano la situazione di 'emergenza' "condizionano il legislatore nel senso di abbassare ogni volta il livello delle garanzie processuali e affievolire la forza dei principi cardine della legalità e della colpevolezza. L'Autore, in particolare, segnala come "chi si è preso la responsabilità di dichiarare l'emergenza e la conseguente necessità di farvi fronte con disposizioni eccezionali spesso si è ben guardato dal verificare se misure diverse, di natura politica o socioeconomica, fossero maggiormente idonee ad affrontare la situazione, anche alla luce del formidabile effetto nomotrofico causato dalla conseguente bulimia normativa". Così, G. FORNASARI, *Antinomie giuridiche, norme di civiltà, e l'ideologia dell'eccezione*, in AA.VV., S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di) *L'eccezione nel diritto*, Napoli, 2015.

³³⁴ In tal senso, ampiamente, A. NAPPI, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, cit. p. 1. In particolare, l'Autore osserva che "il diritto, originario ed inviolabile, alla vita ricomprende la fase che conduce alla morte". ID., *Principio personalistico e binomi indissolubili*, cit., *passim*.

³³⁵ A. ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, cit., p. 85.

L'astratta semplicità dell'idea di una tutela penale della vita come diritto e non come dovere, però, è destinata a palesare una consistenza solo apparente, poiché si innesta in un sistema bicefalo che da un lato concepisce la libertà del suicidio, ma dall'altro si costruisce sul divieto fondamentale dell'uccisione di terzi.

Fra questi due principi si pongono, in un malfermo equilibrio, inoltre, le ipotesi di non punibilità introdotte con la l. n. 219/2017, relative all'eutanasia passiva e all'eutanasia attiva indiretta³³⁶.

In altri termini, si riconosce il diritto dell'ammalato – in condizioni clinico-sanitarie particolarmente gravi e per il medesimo intollerabili – di scegliere se interrompere le cure, anche salva-vita, oppure di sottoporsi ad una terapia farmacologica che lo addormenti finché morte non sopraggiunga.

*Tertium non datur*³³⁷.

Ciò che non si consente, dunque, è un intervento *manu aliena* da parte del sanitario che aiuti a morire il paziente – in condizioni clinico-sanitarie particolarmente gravi e per il medesimo intollerabili, ma non completamente dipendente da un trattamento salva-vita – tramite una condotta di eutanasia attiva o agevolativa del suicidio.

La difficile accettazione dell'*impasse* classico in cui il sistema si è sempre 'incastrato' - l'esistenza della libertà di morire in capo a chi può, materialmente, suicidarsi e la negazione della stessa libertà nei confronti di chi, materialmente, non può – peggiora con l'introduzione normativa di un aiuto a morire solo per chi è 'abbastanza' moribondo.

In alcune ipotesi estreme il diritto di morire, invero, in Italia viene riconosciuto, ma come viene autorevolmente sostenuto: "non bisogna dirlo"³³⁸.

Ci appare assai suggestiva, in questo senso, la tesi di quella dottrina³³⁹ che invita a ragionare sulla natura del diritto al rifiuto delle cure come autonoma o strumentale ed espressiva di un diritto ulteriore: il diritto, a certe condizioni, di morire.

³³⁶ V. diffusamente *supra*, Cap II.

³³⁷ In tal senso, M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit., p. 124. In particolare, l'Autore osserva come "in entrambi i casi i diritti del malato, nella valutazione legislativa, vengono 'dogmaticamente prima' della morte – prodotta o accelerata - che ne consegue e si portano dietro un connesso giudizio di non punibilità per gli esercenti la professione sanitaria che hanno ottemperato alle richieste dei propri pazienti".

³³⁸ M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit., p 121.

In altri termini, secondo questa autorevole ricostruzione, il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari viene a qualificarsi come diritto autonomo o primario solo ove sia diretto a non subire un intervento ovvero a scegliere un trattamento sanitario piuttosto che un altro. In casi siffatti, i *motivi* che hanno spinto il paziente alla propria determinazione sono irrilevanti ai sensi di legge, soggettivi e assolutamente insindacabili.

Diversamente, il diritto a rifiutare dei trattamenti sanitari salva-vita per sottrarsi a sofferenze intollerabili non rappresenta l'esercizio di una situazione giuridica soggettiva fine a sé stessa, ma concretandosi in un atto di disposizione del bene della vita, è consentito in casi specifici – *ex lege* previsti – nonché per motivo specifico: morire.

Il motivo dell'esercizio del diritto, in casi siffatti, dunque, assurge a causa, intesa in senso civilistico, dell'atto di interruzione di terapie salva-vita o di richiesta di eutanasia indiretta³⁴⁰.

In altre parole, in queste ipotesi, l'esercizio del diritto al rifiuto delle cure assume la natura di diritto strumentale e teleologicamente connesso ad un fine esterno ed ulteriore: ottenere la morte. E allora si tratta di un diritto diverso, di un nuovo diritto accanto al rifiuto delle cure e a quello ad un trattamento terminale. Occorre dargli un nome affinché davvero esista³⁴¹: il diritto di morire dell'ammalato irreversibile.

Ciò non significa che si sia previsto il diritto alla morte per chiunque. Non significa che sia stato inaugurato un olocausto eugenetico di anziani e moribondi. Significa invece, la previsione, per soggetti affetti da una patologia irreversibile e condannati a sofferenze psicofisiche che costoro reputano intollerabili, del diritto di decidere di morire affinché un'assolutizzazione incondizionata di una supposta protezione del diritto alla vita non si converta in un suo contrario – e incostituzionale – “dovere di vivere a qualsiasi costo di sofferenza”³⁴².

³³⁹ M. DONINI, ult. op., cit., p. 122

³⁴⁰ M. DONINI, ult. op., cit., p. 124.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² In tal senso, D. PULITANÒ, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, cit., p. 281. Osserva l'Autore: “Il riconoscere uno spazio di non illiceità dell'aiuto al suicidio è una presa d'atto della drammaticità dell'esistenza. Doverosa – alla luce dei principi costituzionali”; egli evidenzia, inoltre, che agli effetti penali, per aprire uno spazio siffatto, sarebbe sufficiente il riconoscimento della legittimità dell'aiuto al suicidio alle condizioni individuate dalla Consulta nell'ord. n. 207/2018. In tal senso, ID., *ivi*, p. 282.

Come si diceva però, per usufruire di siffatto diritto, la legge richiede che il paziente sia ‘abbastanza moribondo’, poiché si vuol dire che la legge riconosca il diritto a morire, non il diritto ad essere uccisi³⁴³ e nemmeno il diritto a farsi aiutare nel suicidio.

Una quindicina di anni fa, Piergiorgio Welby scriveva: “La verità è che chi vuole suicidarsi lo fa per i cavoli suoi come e quando vuole”, diversamente un malato paralizzato non può, senza l’agevolazione di un terzo. L’aiuto a morire è l’estremo e generoso aiuto che il medico può offrire, ad un paziente che lo chiede, per interrompere un percorso che non ha più forza di continuare³⁴⁴.

Oggi, la vicenda di Welby sarebbe riassorbita dall’ambito applicativo della l. n. 219/2017. Piergiorgio Welby oggi sarebbe abbastanza moribondo per ottenere il distacco del ventilatore polmonare che lo teneva in vita.

É la società dei diritti che vince su quella punitiva³⁴⁵.

Siffatta conquista civile però non fa che rendere più netta la discriminazione fra due ipotesi, ontologicamente difformi in punto di fatto e diritto, identiche in termini di valore³⁴⁶ sociale; o se si vuole, ancor meglio, non fa che rendere più netta la discriminazione fra due persone, parimenti sofferenti e vulnerabili: Piergiorgio Welby e Fabiano Antoniani.

Il primo, oggi, avrebbe potuto, in base a valutazioni soggettive insindacabili, chiedere la sedazione profonda e il distacco del ventilatore polmonare che gli consentiva la sopravvivenza per morire, immediatamente; l’altro – il prossimo Fabiano Antoniani – si scontrerà contro un divieto legislativo invincibile, quindi, indipendentemente dal fatto che, magari, percepisca come più coerente con la propria coscienza congedarsi da questo mondo sottoponendosi alla sedazione palliativa

³⁴³ Sulla fallacia degli argomenti che equiparano l’illegittimità dell’eutanasia attiva con quella della pena capitale, J. FEINBERG, *Trascurare deliberatamente il merito del singolo caso: un approccio sbagliato al diritto di morire*, trad. it. a cura del Centro Traduzioni Tridentino, in L. STORTONI (a cura di) *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull’eutanasia*, cit., p. 151.

³⁴⁴ P. WELBY, *Lasciatemi morire*, cit., p. 20.

³⁴⁵ Cfr. M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit., p. 124.

³⁴⁶ In tal senso, O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. Pen. Proc.* 2018, p. 919. L’Autrice osserva come “dal punto di vista assiologico il significato della condotta non muta che si lasci una persona morire o che ne si acceleri la morte: anzi anticipare la morte facendo cessare le sofferenze potrebbe essere più apprezzabile che assistere inerti all’esito naturale di una persona che patisce atroci agonie”.

profonda, senza la certezza di inchiodare i propri cari al suo capezzale, nell'attesa straziante del momento in cui le sue funzioni vitali cessino.

Ad adiuvandum, siffatta discriminazione non solo ha anche una natura economica, ma pure un prezzo esatto: tra 10.500 e 7.500 franchi svizzeri, IVA esclusa³⁴⁷.

Come è noto, invero, l'art. 115 del codice penale svizzero³⁴⁸ non punisce l'agevolazione al suicidio per 'fini altruistici' e nel territorio elvetico sono diffuse diverse organizzazioni – alcune delle quali molto vicine al confine italiano - che si occupano di accompagnamento alla morte volontaria e prevenzione del suicidio.

Tali strutture, nel rispetto dell'art. 14 CEDU, laddove prescrive il divieto di discriminazione dei cittadini dell'Unione Europea – *sub specie* 'in ragione dell'origine nazionale' -, consentono anche a cittadini non svizzeri la possibilità di usufruire dei propri servizi.

³⁴⁷ Dunque tra i 9.500 e i 6.800 euro circa. Ci riferiamo, qui, al costo del servizio di accompagnamento alla morte volontaria offerto dall'associazione elvetica '*Dignitas. Vivere degnamente. Morire degnamente*', a cui si è rivolto Fabiano Antoniani. Nello specifico, per siffatta procedura quella struttura necessita generalmente di un pagamento anticipato di 10.500 franchi svizzeri (9.500 euro) qualora debba anche occuparsi delle esequie nonché dell'*iter* burocratico; diversamente necessita di un pagamento – sempre anticipato – di 7.500 franchi svizzeri (6.800 euro) nell'ipotesi in cui non debba occuparsi né dell'una né dell'altro. Il costo della preparazione all'accompagnamento della morte volontaria è di 4000 franchi (3.631 euro), ai quali si aggiungono 1000 franchi (907 euro) per i colloqui con un medico che deve valutare la sussistenza dei requisiti *ex lege* previsti per scrivere la ricetta – che legalmente non può essere rilasciata dalla clinica – per comprare i barbiturici necessari al suicidio assistito. La procedura di accompagnamento alla morte volontaria in sé costa, poi, 2.500 franchi (2.270 euro). Per le persone che non decedono presso il loro domicilio, bensì in un appartamento di *Dignitas* in Svizzera – normalmente questo è il caso dei cittadini stranieri – insorgono costi per le prestazioni degli operatori funebri locali. La procedura più semplice – ed economica – suggerita dalla struttura è la cremazione in Svizzera per ottenere un'urna che può essere spedita all'estero. I costi per le esequie e i trasporti all'estero ammontano a 2500 franchi (2.270 euro). Su richiesta, inoltre, *Dignitas* si occupa anche dell'*iter* burocratico previsto in caso di decesso in Svizzera per un costo di 500 franchi (453 euro). Infine, premesso che per usufruire dei servizi della clinica bisogna essere soci dell'associazione, alla somma finale va aggiunto una quota di iscrizione di 200 franchi (180 euro) e una quota minima annuale di 80 franchi (72 euro). In tal senso, *Opuscolo informativo Dignitas*, p. 14, in www.dignitas.ch.

³⁴⁸ Ai sensi dell'art. 115 del codice penale svizzero: "Chiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria". Per una disamina in chiave critica della disciplina elvetica in materia di aiuto al suicidio e omicidio del consenziente, J. NOSEDA, *La legislazione svizzera sull'assistenza al suicidio*, in G. FORNASARI, L. PICOTTI, S. VINCIGUERRA (a cura di) *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, I ed, Padova, 2019, pp. 72 ss.

Fabiano Antoniani, in altre parole, ha solo preso parte a quello che è noto alle cronache come ‘l’esilio della morte³⁴⁹’ ossia l’*habitus*, ormai comune fra i cittadini italiani, generalmente più discreti di Antoniani, che siano in possesso dei requisiti legislativamente previsti dalla normativa svizzera – a) essere in possesso della propria capacità di discernimento; b) essere in possesso della capacità di compiere movimenti minimi; c) essere afflitto da una patologia il cui esito inevitabile sia la morte o un handicap intollerabile e/o dolori insopportabili - nonché delle sostanze economiche tali da poter usufruire dei servizi delle cliniche che operano il suicidio medicalmente assistito, di lasciare un Paese disposto a provare compassione per loro alla sola condizione che ne accettino la morale, per mettere fine alle sofferenze che li affliggono e che avvertono come intollerabili.

Insomma, in casi siffatti, anche la nostra legislazione aumenta il paradosso della diseguaglianza davanti alla morte³⁵⁰ tra i ‘titolari dei diritti infelici³⁵¹’ poiché ‘tre gradi di latitudine’ ed ‘un meridiano’ diventano arbitri della verità, consegnandoci una “singolare giustizia che ha per confine un corso d’acqua!”³⁵².

³⁴⁹ Anche noto come ‘turismo del suicidio’. Un fenomeno dolorosamente attuale in Europa che sembra ripetere quello del ‘turismo procreativo’ tipico della maternità assistita. In argomento, ampiamente, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 61.

³⁵⁰ Riprendiamo, in termini provocatoriamente invertiti, ciò che già nel 2002 S. RODOTÀ, *Il paradosso dell’eguaglianza davanti alla morte*, cit. p. 41, chiamava ‘il paradosso dell’uguaglianza davanti alla morte’ che compendia nell’efficacia formula: “In concreto: se ho la sfortuna (uso deliberatamente questo termine) di sopravvivere con le mie sole forze, anche in presenza di sofferenze insopportabili, in un contesto che rifiuta gli interventi eutanasi e dunque il suicidio assistito, finisco col trovarmi in una condizione di minore libertà rispetto a colui il quale, sopravvivendo con mezzi meccanici o chimici, ha invece la possibilità di rifiutare le cure e di morire. (...) Il suicidio assistito rimette colui che ha la sfortuna di sopravvivere (ripeto che l’espressione è mia) nella condizione di poter esercitare il diritto di lasciarsi morire che altrimenti gli verrebbe precluso”.

³⁵¹ Cfr. M. DONINI, *La necessità dei diritti infelici*, cit.

³⁵² Così scriveva B. PASCAL, *Pensieri*, Parigi, 1670, in ed. it., Rusconi, Roma, 2019, XXIV, p. 184, in tema di critica alla relatività del positivismo. “Su cosa fonderà l’uomo l’economia del mondo che pretende di governare? Sul capriccio del singolo? Quale confusione! Sulla giustizia? La ignora. Se la conoscesse, l’uomo non avrebbe certo stabilita questa massima, la più generale tra quante han corso fra gli uomini: ‘ognuno si attenga alle costumanze del proprio paese’. Lo splendore della vera equità avrebbe conquistato tutti i popoli, e i legislatori non avrebbero preso come modello, invece di quella giustizia immutabile, le fantasie e i capricci dei Persiani e dei Tedeschi. La vedremmo radicata in tutti gli Stati del mondo e in tutti i tempi, mentre, per converso, nulla si deve di giusto o d’ingiusto che non muti qualità col mutar del clima. Tre gradi di latitudine sovvertono tutta la giurisprudenza. Un meridiano diventa arbitro della verità. Nel giro di pochi anni le leggi fondamentali cambiano; il diritto ha le sue epoche; l’entrata di Saturno nel Leone segna l’origine di questo o di quel crimine! Singolare giustizia che ha per confine un corso d’acqua! Verità da questa parte dei Pirenei, errore dall’altra!’. Essi affermano che la giustizia non consiste in queste costumanze, bensì in leggi naturali, riconosciute in ogni paese. E, certo, lo sosterebbero ostinatamente, se, tra le leggi umane che la temerarietà del caso ha disseminate, ce ne fosse almeno una di universale; ma buffo è che il capriccio degli uomini si è così ben diversificato che non ce

Tanto premesso, deve evidenziarsi che il riferimento al principio di non discriminazione, rende necessaria una precisazione. Esso non è qui richiamato per sostenere la natura illimitata di un nuovo diritto – il diritto di morire – misconoscendo, opportunisticamente, i principi dell’uguaglianza aristotelica per cui ‘ogni differenza di fatto deve riflettersi in una differenza giuridica³⁵³’.

Si sta, invece, sostenendo l’esistenza del diritto di morire dell’ammalato che non trova ostacolo nella differenza fattuale fra le condizioni di Welby e Antoniani. Siffatta difforme fenomenologia esiste, ma, non andando ad incidere negativamente su interessi generali – in quanto gli unici interessi materialmente lesi sono (stati) quelli dei titolari dei medesimi – non è tale da giustificare una discriminatoria compressione della libertà personale del secondo rispetto al primo.

In altri termini - e prendendo in prestito parole lungimiranti – “l’affermazione e il riconoscimento del rifiuto delle cure come espressione di un diritto a lasciarsi morire apre inevitabilmente anche il discorso della c.d. eutanasia attiva e del suicidio assistito, perché lo stato della persona di fronte allo stesso tipo di sofferenza insopportabile non può essere valutato né giuridicamente né eticamente in base alle condizioni particolari di sopravvivenza di un paziente”³⁵⁴.

Il diritto di morire dell’ammalato non nasce come diritto privo di limiti, ma anzi ha confini che appartengono, profondamente, alla sua stessa *ratio essendi*, poiché

n’è nessuna (...) Da questa confusione ognuno afferma che essenza della giustizia è l’autorità del legislatore; un altro il beneplacito di chi comanda; un altro ancora le costumanze vigenti: nulla secondo la pure ragione è di per sé giusto, tutto muta col tempo”.

³⁵³ In argomento, M. CARTABIA, *I “nuovi” diritti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit. p. 15. L’Autrice osserva che i ‘nuovi diritti’ tendono a comparire nell’ordinamento giuridico privi di limitazioni. Questo fatto dipende da due fattori: “uno di carattere istituzionale e l’altro contenutistico. (...) Il secondo fattore che tende ad ostacolare la formulazione di limiti ai nuovi diritti è il principio di non discriminazione. Per come esso è generalmente interpretato – così distante dall’eguaglianza aristotelica per cui ogni differenza deve riflettersi in una differenziazione giuridica – il principio di non discriminazione (...) come sorgente di nuovi diritti tende a rimuovere ogni limitazione alle nuove situazioni giuridiche soggettive. Come ben emerge nel caso della fecondazione assistita, ogni limitazione all’accesso alle tecniche della fecondazione medesima può essere inteso come discriminazione nel godimento del diritto al figlio se si muove dal presupposto che le differenze di fatto – i diversi tipi di sterilità, nello specifico – non possano mai riflettersi in differenze di diritto, neppure quando fosse necessario per la tutela di altri beni e interesse generali”.

³⁵⁴ Così, già nel 2002, S. RODOTÀ, *Il paradosso dell’eguaglianza davanti alla morte*, cit. p. 41.

appartiene all'ammalato nelle condizioni che, ai sensi della l. n. 219/2017³⁵⁵, scriminano il medico che sottoponga il paziente che lo richiada ad una eutanasia passiva o indiretta.

La connessione fra siffatte condizioni e siffatti limiti è tale che il venire meno dei primi renderebbe illegittimo l'esercizio del secondo e ciò dovrebbe anche metterlo al riparo dalle preoccupazioni che sovente si sollevano attraverso lo *slippery slope argument*³⁵⁶.

Impossibilità di curare la malattia, sofferenze psicofisiche – soggettivamente – insopportabili e una volontà frutto dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione rappresentano le condizioni necessarie all'esistenza di questo così infelice diritto, che non può essere riconosciuto ad alcuni e negato agli altri per la 'temerarietà del caso' e per il timore di errori o abusi³⁵⁷.

Siffatti argomenti, invero, oppongono ad una domanda concreta - al riconoscimento della libertà di morire al malato - fatta di carne viva e sofferente, un argomento astratto ed indiretto che rifiuta di darle risposta non tanto in base al merito intrinseco della domanda medesima, quanto piuttosto alle eventuali derive che, forse, potrebbero scaturire dalla risposta³⁵⁸.

Errori o abusi devono essere evitati, ma attraverso gli strumenti della ragione e nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle Costituzioni degli Stati e nelle fonti sovranazionali, non tramite l'esaltazione retrotopica di retributive politiche proibizioniste, fondate peraltro sulla generalizzazione di problemi concreti.

³⁵⁵ Ossia: a) affetto da una patologia irreversibile; b) fonte di sofferenze psicofisiche che trova assolutamente intollerabili; c) tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale; d) giuridicamente capace di assumere decisioni libere e consapevoli.

³⁵⁶ In argomento, *supra*, cap II, par. 4, nt. 142, nonché, *infra*, nt. 357.

³⁵⁷ L'errore metodologico dello *slippery slope argument* sovente utilizzato in opposizione alla legittimità del diritto di morire viene lucidamente disvelato dal FEINBERG. "Il divieto generalizzato di uccidere dice in pratica al paziente responsabile, con un indubbio diritto a morire, che egli non può fare qualcosa che tutto sommato sarebbe innocua o addirittura positiva perché non si può sapere se altri non la facciano causando invece grandi danni (morte ingiusta)". J. FEINBERG, *Trascurare deliberatamente il merito del singolo caso: un approccio sbagliato al diritto di morire*, cit. p. 151.

³⁵⁸ Così J. FEINBERG, op. ult. cit. p. 176. In particolare *ivi* l'Autore osserva: "Chi si oppone all'eutanasia richiesta dal malato compie l'errore di minimizzare il male insito nella sofferenza umana attribuendo un valore eccessivo alla vita puramente biologica priva di una persona umana ovvero laddove la persona umana è esposta a delle sofferenze troppo intense per poter avere una vita umana, anche se il suo cuore continua a battere".

Così configurato, il diritto a ricevere un aiuto a morire è un diritto umano e solidaristico; la sintesi di quello che viene richiesto dal malato irreversibile³⁵⁹.

Quando lo si sarà compreso, senza pregiudizi, potrà individuarsi che il vero tema sotteso al diritto a morire concerne il dovere dell'ordinamento di incidere sulle motivazioni che inducono al suicidio, rimuovendone, per quanto possibile, le cause e impegnandosi per la prevenzione del sorgere della determinazione suicidaria³⁶⁰.

Assieme al riconoscimento di un diritto per l'ammalato terminale 'di scegliere il tempo e il modo in cui porre fine alla propria esistenza', in altri termini, deve valorizzarsi, proprio a livello legislativo, il momento comunitario, affinché l'affermazione del valore dell'individualità non diventi il bel sogno di un'epoca in cui lo sguardo invadente e onnipresente della comunità e la pressione al conformismo soffocavano l'espressione individuale³⁶¹.

Da un lato, infatti, sostenere l'incoercibilità del vivere non significa ignorare la dimensione c.d. *other regarding*³⁶² che è parte costitutiva del suicidio dell'uomo-animale sociale che incide, negativamente, non solo sulla vita chi lo sceglie, ma anche sulla vita delle persone che gli sono intorno.

Dall'altro, proprio nel guardare al suicidio nella sua dimensione sociale si ritrova l'unico ambito in cui il legislatore è opportuno che intervenga in rapporto al medesimo: la prevenzione degli atti autolesivi, in chiave solidaristica e non repressiva.

³⁵⁹ M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit. p. 124.

³⁶⁰ Siffatta prevenzione deve rappresentare una priorità dell'ordinamento, negli ambienti più diversi, partendo, naturalmente, da quelli che maggiormente si prestano a divenire fertile *humus* per il sorgere di determinazioni suicidarie; primo fra tutti: il carcere. In argomento, Comitato Nazionale di Bioetica, *Parere. Suicidio in Carcere. Orientamenti bioetici*, 2010, in S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, II, Torino, 2014, pp. 137 ss. Inoltre, E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015, *passim*.

³⁶¹ Cfr. Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, IX ed. it., 2018. p.61 L'Autore, in particolare, osserva amaramente come l'avvento della modernità abbia privato la morte tanto 'del suo significato trascendentale' quanto di 'quello comunitario', *ivi*, p. 46; così quando il 'bel sogno' dell'affermazione del valore dell'individualità "si è avverato e l'individuo è stato lasciato solo sul campo di battaglia, vittorie e sconfitte sono diventate ugualmente amare, odiose e ripugnanti", poiché "si è costretti a dolersene e rallegrarsene per conto proprio", *ivi*, p. 61. In quest'ottica, il riconoscimento del diritto dell'ammalato di morire deve collocarsi in un percorso, sociale e legislativo, di ricerca dello spazio pubblico. Sulla sofferenza prodotta dalle degenerazioni dell'individualismo, inoltre, ID., *Di nuovo soli. Un'etica in cerca di certezze*, trad. it. a cura di F. LOPIPARO, I ed., Roma, 2018..

³⁶² In argomento, M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., p. 1002 e ss.

In quest'ottica appare condivisibile l'opzione prescelta dalla dottrina penalistica oggi prevalente³⁶³ che anela alla introduzione – per via legislativa – di una ipotesi di non punibilità specifica, aggiunta alla l. n. 217/2019, per le condotte di aiuto a morire, idonea a scriminare tanto le ipotesi di omicidio del consenziente *ex art 579 c.p.*, quanto quelle di agevolazione materiale al suicidio *ex art. 580 c.p.*, quando siffatte condotte siano dirette a cagionare la morte di un ammalato giuridicamente capace – anche non terminale - affetto da una patologia irreversibile che lo costringe a sofferenze psico-fisiche che egli ritiene intollerabili.

Tutto ciò appare, peraltro, perfettamente coerente con il ritrovato fondamento solidaristico della disciplina dell'agevolazione al suicidio di cui all'art 580 c.p., che, come oggi interpretato dalla Corte costituzionale, non rinuncia a punire 'l'abbandono sociale della sofferenza' in genere, ma che contemporaneamente, non si ostina a reprimere quella particolare forma di rifiuto 'dell'abbandono sociale della sofferenza' che è l'aiuto a morire per l'ammalato irreversibile.

³⁶³ Per tutti, M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit. p. 129.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Le nuove responsabilità in ambito sanitario dopo la legge Gelli-Bianco* a cura di C. Cupelli, C. Franchini, Napoli, 2017
- AA.VV., *Il testamento biologico. Verso una proposta di legge*, a cura di M. De Tilla, L. Militerni, U. Veronesi, II ed., Milano 2007.
- AA.VV., *La parola al paziente. Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, a cura di Maurizio De Tilla, Lucio Militerni, Umberto Veronesi, II ed., Milano 2007.
- ALPA Guido, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, pp. 365 ss.
- AMARELLI Giuseppe, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Osservatorio costituzionale* in www.osservatorioaic.it 2015, pp. 1 ss.
- AMARELLI Giuseppe, *La riforma dei reati ambientali: luci ed ombre di un intervento a lungo atteso. A proposito di Carlo Ruga Riva, I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, in www.penalecontemporaneo.it, 31 luglio 2015, pp. 1 ss.
- ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANTOLISEI Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, VIII ed a cura di L. Conti, Milano, 1980.
- ANTOLISEI Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, I, XXIV ed, a cura di C.F. Grosso, Milano 2016.
- ARAMINI Michele, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2009, p. 439;
- ARISTOTELE, *Tὰ πολιτικά*, (IV sec. a. C.), trad. it, *Politica*, ed. XIV, Roma-Bari, 2007.
- AUMONIER Nicolas, BEIGNIER Bernard, LETELLIER Philippe, *L'euthanasie*, VIII ed., Parigi, 2017.
- AZZONI Giampaolo, *Una legge formalmente (semanticamente) inutile e sostanzialmente (pragmaticamente) pericolosa*, in Newsletter OLIR.it
- BALDUZZI Renato, PARIS Davide, *Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in www.personedanno.it.

- BARTOLI Roberto, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?* in AA.VV., a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale*, cit.
- BARTOLI Roberto, *La corte costituzionale al bivio tra 'rime obbligate' e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, pp. 144 ss.
- BAUMAN Zygmunt *Di nuovo soli. Un'etica in cerca di certezze*, trad. it a cura di F. Lopiparo, I Roma, 2018.
- BAUMAN Zygmunt, *La solitudine del cittadino globale*, IX ed. it., Milano, 2018.
- BAUMAN Zygmunt, *Retrotopia*, Roma-Bari, 2017.
- BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene* (1764), XVII ed., Feltrinelli, Milano, 2012, *ivi*, il *Commentario* di Voltaire, Milano, 2001.
- BIN Roberto, PITRUZZELLA Giovanni, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2007,
- BARBERA Augusto, sub art. 2, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali artt. 1-12*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975
- BOBBIO Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ed. IV, Laterza, Roma-Bari, 2011.
- BOBBIO Norberto, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.
- BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, trad. it. di M. Carpitella; G. Preterossi (a cura di), Roma-Bari, 2007, p.52.
- BORSELLINO Patrizia, *Biotestamento: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Famiglia e Diritto*, 2018, n. 8-9, p.799
- BRAY Carlo, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe 'pesanti'? Tre questioni all'esame della Consulta*, in *Dir. Pen. Cont.* n. 2/2017, p. 67 ss.
- BRAY Carlo, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore* in *Dir. Pen. Cont.* n.11/2017, pp. 231 ss.
- BRICOLA Franco, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, vol. XIX, Torino 1973, p. 7 ss.
- BRICOLA Franco, *Vita Diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?* In L. Stortoni (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, p.2808 ss.

BRUNELLI Giuditta, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto vincolato)* in AA.VV., a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, III, Napoli, 2009.

BRUSCO Carlo, *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, Torino, 2018.

BURIONI Roberto, *La congiura dei somari. Perché la scienza non può essere democratica*, Milano, 2017.

CADOPPI Alberto, *Una polemica fin de siècle sul "dovere di vivere": Enrico Ferri e la Teorie dell'omicidio-suicidio*; in AA.VV., a cura di L. Stortoni, *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, l'Editore, Trento, 1992.

CALAMANDREI Piero, *Intervento all'Assemblea Costituente*, 11 marzo 1947, in *Seminari 2 – 9 – 14 giugno 2014*, Circolo del Partito democratico, Bologna, 2014.

CANESTRARI Stefano, *Bioetica e diritto penale*, II, Torino, 2014.

CANESTRARI Stefano, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, pp. 51 ss.

CANESTRARI Stefano, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, Napoli, 2019.

CANESTRARI Stefano, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, a cura di S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo, Torino, 2003.

CANESTRARI Stefano, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Il Governo del corpo*, vol. II, *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011,

CANESTRARI Stefano, *Una buona legge buona (DDL recante 'norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento')*, in *Riv. It. di Med. Leg. e del Dir. in campo sanitario*, 2017, 3, pp. 975 ss.

CAPPATO Marco, *Eutanasia: a chi appartiene la mia vita?* in *Crede, disobbedire, combattere. Come liberarci dalle proibizioni per migliorare la nostra vita*, Milano, 2017.

- CAPUTO Matteo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017.
- CARRARA Francesco, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, (citato dalla) VIII ed. vol. I, Firenze, 1906, 1152, p. 204.
- CARTABIA Marta, *Alcuni interrogativi su libertà e autodeterminazione nei casi di fine vita*, in AA.VV. a cura di A. D'Aloia, *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011.
- CARTABIA Marta, *I "nuovi" diritti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, 2011, pp. 5 ss.
- CARTABIA Marta, VIOLANTE Luciano, *Giustizia e Mito*, Bologna, 2018.
- CASONATO Carlo, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in www.costecostituzionale.it.
- CASONATO Carlo, *L'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018: luci e ombre*, in AA.VV., a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra, *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, I ed, Padova, 2019.
- CASONATO Carlo, *Taking sick rights seriously: la pianificazione delle cure come paradigma di tutela delle persone malate*, in *Riv. It. Med. Leg. Dir. in campo sanitario*, 2018, pp. 947 ss.
- CASSESE Antonio, *I diritti umani oggi*, V ed., Roma-Bari, 2005.
- CATERINI Mario, *Del paternalismo al fraternalismo penal*, in *Derechos y libertades*, 2017, p. 17 ss.
- CATERINI Mario, *L'antipaternalismo penale e la costituzione italiana: un'ipotesi di legalizzazione procedimentalizzata dell'uso di droghe*, in *Politica del diritto*, 2014, p. 567 ss.
- CAVALIERE Antonio, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003.
- CAVALIERE Antonio, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir, pen e proc.* 2014, 5, pp. 594 ss.
- CAVALIERE Antonio, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in *Arch. Pen.*, 2018, pp. 1 ss. in www.archiviopenale.it.
- CAVALIERE Antonio, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*; in *Arch. Pen.* 2017, pp. 6 ss.

- CAVALIERE Antonio, *Le nuove disposizioni "emergenziali" in tema di prescrizione del reato. Commento a l. 23 giugno 2017, n. 103*, in *La Legislazione penale*, 2018, pp. 23 ss.
- CAVALIERE Antonio, LONGOBARDO Carlo, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, in *Critica del diritto*, 2011, pp. 129 ss.
- CAVALIERE Antonio, *Neoliberismo e politica criminale repressiva*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, pp. 28 ss.
- CAVALIERE Antonio, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. Giostra – G. Insolera, Milano 1998, p. 133 ss.
- COMORETTO Nunziata, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico-clinica*, in *Bio Law Journal – Rivista di Biodiritto*, 2016, pp. 245,
- CONFORTI Benedetto, *Diritto Internazionale*, Napoli, VII ed, 2015.
- CORBELLINI Gilberto, voce *Eutanasia*, in *Enc. It. Treccani*, - VII App., 2006;
- CORDOVA Ferdinando, *Verso lo Stato totalitario. Sindacato Società e Fascismo*, Catanzaro, 2005.
- CUPELLI Cristiano, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018.
- CUPELLI Cristiano, *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in AA.VV., a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019.
- CUPELLI Cristiano, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il 'dovere' del medico 'di non perseverare'*, in *Cass. Pen.*, 2008, pp. 1807 ss.
- CUPELLI Cristiano, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2009, pag. 1145.
- CUPELLI Cristiano, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.
- D'ANTUONO Emilia, *Bioetica*, Napoli, 2007, p. 75.
- D'ANTUONO Emilia, *L'accanimento terapeutico. Note per un'analisi delle questioni bioetiche di fine-vita*, in C. Buccelli, *Le criticità nella medicina di fine vita*. cit.
- D'AVANZO Guido, *Etica sanitaria*, Milano, 1987.

DE SANTIS Alessandro, *Riflessioni etico-giuridiche sulla medicina di fine vita. Strumenti di tutela dell'autodeterminazione*, Canterano, 2019

DI COSIMO Giovanni, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in G. Di Cosimo, A. Pugiotto, S. Sicardi, *La libertà di coscienza*, Napoli, 2015.

DI GIOVINE Alfonso, *La laicità di Piero Calamandrei alla prova dell'art. 7 della Costituzione: una battaglia persa*, in *Pol. dir.*, 2013, p. 219 ss.

DI GIOVINE Ombretta, *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita*, in *Cass. Pen.*, 5, 2019, p. 1839.

DI GIOVINE Ombretta, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. Pen. Proc.* 2018, pp. 919 ss.

DOLCINI Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, p. 1956 ss.

DOLCINI Emilio, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p. 1017 ss.

DOLCINI Emilio, *Pena e Costituzione*, in *Riv.It. dir. pen e proc.* 2019, 1, p. 17 ss.

DONINI Massimo, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione non penalistica della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in AA.VV., a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale*, cit.

DONINI Massimo, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cassazione Penale*, 2007, p, 906.

DONINI Massimo, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 marzo 2017.

DURKHEIM Èmile, *De la division du travail social* (1893), trad. it. a cura di F. Airoldi Namer, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2016.

DURKHEIM Èmile, *Le Suicide* (1897), trad. it. a cura di R. Scramaglia, *Il suicidio. Studio di sociologica*. III ed., Milano, 2016.

DWORKIN Gerald, *Paternalism*, in *Morality and the Law*, ed. R.A. Wasserstrom, Belmont, 1971.

- DWORKIN Ronald, *Life's Dominion: an Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, trad. it. di C. Bagnoli *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, a cura di S. Maffettone, trad. di C. Bagnoli, Milano, 1994.
- EDER Klaus, *Lo stato secolare in una società non-secolare. Riflessioni sulla modernità post-secolare*, in G.E. Rusconi, *Lo Stato Secolarizzato nell'età post – secolare*, a cura di E. Rusconi, Bologna, 2008.
- EMANUEL Ezekiel J., EMANUEL Linda, *Palliative and end-of-life care*, in *Harrison's, Principles of Internal Medicine*, cit.
- ENGLARO Beppino, PANNITTERI Adriana, *La vita senza limiti. La morte di Eluana in uno stato di diritto*, Milano, 2009.
- ESER Albin, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*; trad. it. a cura di G. Fornasari, in AA.VV., a cura di L. Stortoni, *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, l'Editore, Trento, 1992.
- EURIPIDE, *Τρώαδες*, trad. it, *Le Troiane* (415 a. C.), Milano, 1998.
- EUSEBI Eusebi, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in AA.VV., a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale*, cit.
- EUSEBI Luciano, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, in *Riv. It. dir. med. leg.*, 2016, pp. 1160 ss.
- EUSEBI Luciano, *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. dir. med. leg.*, 2018, p. 424 ss.
- EUSEBI Luciano, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. Pen.* 1985, pp. 520 ss.
- FASSONE Elvio, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015.
- FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTION Richard, MESTRE Jean Luis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit Constitutionnel*, XXI ed., Paris, 2019.
- FEINBERG Joel, *The Moral Limits of the Criminal law*, Vol. I, *Harm to Others*, New York – Oxford, 1984.

- FEINBERG Joel, *The Moral Limits of the Criminal law*, Vol. II, *Offense to Others*, New York – Oxford, 1985.
- FEINBERG Joel, *The Moral Limits of the Criminal law*, Vol. III, *Harm to Self*, New York – Oxford, 1985.
- FEINBERG Joel, *Trascurare deliberatamente il merito del singolo caso: un approccio sbagliato al diritto di morire*, trad. it. a cura del Centro Traduzioni Tridentino, in AA.VV., a cura di L. Stortoni, *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, l'Editore, Trento, 1992,
- FERRARI Francesco Luigi, *Il regime fascista italiano*, a cura di G. Ignesti, Roma, 1983.
- FIANDACA Giovanni, « *Il bene giuridico* » come problema teorico e come criterio di politica criminale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 49 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale* in *Il Foro It.*, 2009, pp. 227 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Vol. I, Milano, 1991.
- FIANDACA Giovanni, MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, IV ed., Bologna, 2013.
- FILANGIERI Gaetano, *La scienza della legislazione*, (1853), ried. a cura di E. Palombi, Napoli, 2003.
- FIORE Carlo, FIORE Stefano, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2016.
- FORNASARI Gabriele, *Antinomie giuridiche, norme di civiltà, e l'ideologia dell'eccezione*, in AA.VV., a cura di S. Bonini, L. Busatta, I. Marchi, *L'eccezione nel diritto*, , Napoli, 2015.
- FORNASARI Gabriele, *Il dilemma etico del male minore. Una lettura penalistica dei temi della "carrellologia"* in AA.VV. a cura di M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello, *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016.
- FORNASARI Gabriele, *Un ritorno al futuro? Il « sapere » paternalistico fra storia e attualità*, in D'ALBORA J. L. G., a cura di G. Fornasari, A. Macillo, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, Napoli, 2015.
- FRANCOLINI Giovanni, *Eutanasia e tutela penale della persona: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *La Tribuna*, 2015, www.latribuna.it.

FREUD Sigmund, *Lutto e melanconia* (1916), trad. it. in *Opere* Vol. VIII, Torino, 1976.

GALLO Marcello, *Il senso di una paroletta* in *Critica del diritto*, 2013, 3, pp. 278 ss.

GALLO Marcello, *Quando i principi affossano i principi*, in *Critica del diritto*, 2016, 1, p. 25.

GALLO Marcello, *Soglie di punibilità*, in AA.VV., a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017.

GIUNTA Fausto, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. Dir.*, 2003, n. 4, p. 552 ss.

HABERMAS Jürgen, RATZINGER Joseph Aloisius, *Politica e Religione*, Monaco di Baviera, 2004.

HASSEMER Winfried, Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana, trad. it. a cura di D. Siciliano, in *Ars Interpretandi*, pp.57 ss.

HASSEMER Winfried, Elena Larrauri, *Justificaciòn material y Justificaciòn procedimental en el derecho penal*, Madrid, 1997.

HOBBS Thomas, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil* (1651), trad. it., *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*; ried. a cura di A. Pacchi, A. Lupoli, Roma-Bari, 2018.

IMBROGNO Valeria, VOGLINO LEVY Simona, *Prometto di perderti. Io, Dj Fabo, e la vita più bella del mondo*, Milano, 2018.

IMPALLOMENI Giovanni Battista, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900.

INSOLERA Gaetano, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, pp. 174 ss;

LA PIRA Giorgio, *Intervento all'Assemblea Costituente*, 11 marzo 1947, in *Seminari*, cit. 2014.

LATTANZI Flavia, *Autodeterminazione dei popoli*, in, *Dig. pubbl.*, Torino, 1987,

ARANGIO – RUIZ Gaetano, *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, voce in *Enc. giur.* IV, Roma, 1988.

LATTANZI Giorgio, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale sull'attività svolta*, 2019, in www.cortecostituzionale.it ,

LECALDANO Eugenio, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999.

- LEO Guglielmo, *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018.
- LIFTON Robert Jay, *I medici nazisti. Storia dei medici che divennero i torturatori di Hitler*, trad it a cura di L. Sosio., BUR Rizzoli, 2016.
- LOCKE John, *Epistole de tolerantia* (1689), trad it., C. A. VIANO (a cura di) *Lettera sulla tolleranza*, Roma-Bari, 2005
- LOCKE John, *The Second Treatise of Civil Government; essay concerning the true original extent and end of government*, in *Two Treatises of Government* (1690), trad it., *Secondo trattato sul governo, Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, in *Due trattati sul governo*, Torino, 2010.
- LONGOBARDO Carlo, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011;
- LONGOBARDO Carlo, *Il diritto penale tra essere e valore: per un recupero dei principi costituzionali nel diritto penale*, in AA.VV., a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit.
- LONGOBARDO Carlo, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 649 ss;
- LORENZIN Beatrice, *Relazione del ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78)*, Roma, 2015.
- LUCIANI Massimo, voce "Salute", in *Enciclopedia giuridica* vol. XXVII, Roma, 1991.
- MAFFETTONE Sebastiano, *Bioetica e valori comuni*, in AA.VV., *Centri di bioetica in Italia*, a cura di C. Viafora, Noventa Padovana, 1993.
- MAGGIORE Giuseppe, *Principi di diritto penale*, Bologna, 1934.
- MAGRO Maria Beatrice, *Diritto penale ed eutanasia*, Torino, 2001,
- MANES Vittorio, *Proporzionevolezza senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 2105 e ss.
- MANTOVANI Ferrando, "Biodiritto e problematiche di fine della vita" in *Criminalia*, 2006, p. 57
- MANTOVANI Ferrando, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 2, pp. 21 ss.
- MANTOVANI Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, VIII, ed., Padova, 2013.

- MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Padova, 2016.
- MANTOVANI Ferrando, *El problema jurídico de la eutanasia*, in AA.VV. *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Perù, 2008.
- MANTOVANI Ferrando, *Eutanasia*, in *Leggi d'Italia*, 1990, www.leggiditalia.it.
- MANTOVANI Ferrando, *Sobre el problema jurídico del suicidio*, in AA.VV. *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, cit.
- MANTOVANI Ferrando, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?* In *Giust. pen.*, 2017, pp. 37 ss.
- MANTOVANI Ferrando, *Tutela della vita e della persona umana (articoli 2, 31 e 32 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006.
- MANTOVANI Ferrando, voce *Eutanasia*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, p. 422 ss.
- MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1937.
- MARINI Francesco Saverio, *L'ordinanza 'Cappato': la decisione di accoglimento parziale nelle forme dell'ordinanza di rinvio*, in AA.VV., a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale*, cit.
- MARINUCCI Giorgio, *Ricordo di Federico Stella*, in *Riv.it. dir.proc.pen.*, 2007, pp. 13 ss.
- MASARONE Valentina, *Controlimiti e tutela dei diritti fondamentali in L'Indice penale*, 2017, pp. 603 ss.
- MASARONE Valentina, *La legittimazione dell'Unione europea all'esercizio di competenze penali: il problema degli standards di tutela dei diritti fondamentali e la c.d. europeizzazione dei controlimiti*, in AA.VV., a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit..
- MASARONE Valentina, *La problematica apertura del sistema penale alle esigenze della cooperazione internazionale e del processo di costruzione europea: le forme e i limiti* in *Riv. trimestrale di dir. pen. dell'economia*, 2017, pp. 133 ss.
- MILL John Stuart, *On Liberty* (1859) trad. it. a cura di E. Mistretta, *La libertà*, Milano, 2018.

- MILL John Stuart, *Utilitarianism* (1863) trad. it. a cura di E. Mistretta, L'utilitarismo, Milano, 2018.
- MOCCIA Sergio *Euforie tecnicistiche nel "laboratorio della riforma del codice penale* in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2002, pp. 453 ss.
- MOCCIA Sergio *Prolegomeni ad una proposta di riforma del Codice penale* in *Critica del diritto*, 2006, pp.15 ss;
- MOCCIA Sergio, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello Stato sociale di diritto*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 863 ss.
- MOCCIA Sergio, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, II ed., Napoli, 1988.
- MOCCIA Sergio, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo* in *Critica del diritto*, 2010, 1-3, pp. 192 e ss.
- MOCCIA Sergio, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana* in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 8, pp. 921 ss.
- MOCCIA Sergio, *Gaetano Filangieri ovvero la luce della Ragione*, in *Critica del diritto*, 2011, pp. 189 ss.
- MOCCIA Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- MOCCIA Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997.
- MOCCIA Sergio, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi* in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* 2018, pp. 1720 ss.
- MOCCIA Sergio, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989
- MOCCIA Sergio, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Cedam, Padova, 1988, ed. IX, 2014.
- MORO Aldo, *Relazione all'Assemblea Costituente*, in *Le discussioni in Assemblea Costituente, a commento degli articoli della Costituzione. La nascita della costituzione, sub art 32 Cost*, a cura di F. Calzaretti.

MUSSOLINI Benito, *La dottrina del fascismo*, Collana dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1933.

NAPPI Antonio, *Principio personalistico e binomi indissolubili*, Napoli, 2018.

NAPPI Antonio, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in *Legislazione penale*, 2019, www.la legislazione penale.eu, pp. 1 ss.

NICOLETTI Giovanni, *Solidarismo e personalismo*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970.

NOSEDA John, *La legislazione svizzera sull'assistenza al suicidio*, in AA.VV., a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra, *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit.

ONIDA Valerio, voce *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. IV, Torino, 1989.

ORSI Luciano, *Come convive la medicina odierna con il principio di autodeterminazione secondo la l. n. 219/2017 e l'ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale?* in AA.VV., a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra, *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit.

PALAZZO Francesco Carlo, *Codice Penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011.

PALAZZO Francesco Carlo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino 2008.

PALAZZO Francesco Carlo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

PALAZZO Francesco Carlo, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc.dir.* XXXIII, Milano, 1983, p 289.

PALIERO Carlo Enrico, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in AA.VV., a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit.

PALIERO Carlo Enrico, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, , in AA.VV., a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit.

PARISE Marialuisa, *La prima versione italiana del De dignitate et eugmentis scientiarum di F. Bacon*, tradotto da A. Pellizzari, "L'erma" di Bretschneider, Roma, 2013.

- PASCAL Blaise, *Pensées* (1670), trad. it. a cura di U. Bernasconi, *Pensieri*, Roma, 2019, XXIV ed., p. 184.
- PASQUINO Teresa, *Notazione a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 16 novembre 2018: profili civilistici*, in AA.VV., a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra, *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit.
- PEDUTO Vito, *La morte appartiene ai morenti e a coloro che li amano*, in AA.VV. *Il diritto di morire bene*, a cura di S. Semplici, Bologna, 2002.
- PERLINGERI Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1991.
- PESSINA Enrico, *Elementi di diritto penale*, II, Napoli, 1883.
- PEZZINI Barbara, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, pp. 21 ss.
- PICO DEI CONTI DELLA MIRANDOLA E DELLA CONCORDIA Giovanni, *De hominis dignitate*, a cura di E. Garin, Torino, 2004.
- PICOTTI Lorenzo, *Aiuto al suicidio, autodeterminazione, diritti fondamentali: uno sforzo di sintesi*, in AA.VV., a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra, *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit..
- PILATI Carlo Antonio, *Plan d'une législation criminelle*, in PILATI Matteo., *Carlo Antonio Pilati, critico di Cersare Beccaria. Il problema penale nell'inedito 'Plan d'une législation criminelle'*, 1989, in www.academia.edu.
- PLUM Fred – POSNER Jerome B., *Stupor e coma*, ed. it. a cura di S. Mazza, Roma, 1987.
- PULITANÒ Domenica, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018 pp. 67 ss.
- PULITANÒ Domenico, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in AA.VV., a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, , Napoli, 2019.
- PULITANÒ Domenico, *Laicità e Diritto Penale*, in *Riv. it., dir. proc. pen.* 2007, p. 493 ss..
- PULITANÒ Domenico, *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, , in AA.VV., a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit.

- RATTIN Piero, *L'esperienza della sofferenza alla luce della Bibbia*, 2016, in www.diocesitn.it.
- RESCIGNO Pietro, *La scelta del testamento biologico*, in U. Veronesi (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di grandi giuristi*. Società e diritto, 2006.
- RISICATO Lucia, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008.
- RISICATO Lucia, *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009, in www.statoechiese.it.
- RISICATO Lucia, *L'incostituzionalità 'differita' dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in AA.VV., a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit.
- ROCCI Lorenzo, *Vocabolario greco-italiano*, ed II, 1943.
- ROCCO Arturo, *Relazione al r.d. 19 ottobre 1930, n.1398, di approvazione del testo definitivo del codice penale in Lavori Preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1931.
- ROCCO Arturo, *Relazione di accompagnamento al Progetto definitivo del nuovo codice penale in Lavori preparatori*, cit.
- RODEN Dan M., *Principles of clinical pharmacology*. in *Harrison's, Principles of Internal Medicine* (1958), XVI ed., New York, 2005.
- RODOTÀ Stefano, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015.
- RODOTÀ Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.
- RODOTÀ Stefano, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in AA.VV. *Il diritto di morire bene*, a cura di S. Semplici, cit.
- RODOTÀ Stefano, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, *Notizie di Politeia*, a cura di P. Borsellino, L. Forni, S. Salardi, Milano, 2011.
- RODOTÀ Stefano, *Perché laico*, Roma- Bari, 2010.
- RODOTÀ Stefano, *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018.
- ROMANO Mario, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 2, p.477 ss.:

RONCO Mauro, *Eutanasia*, in *Leggi d'Italia*, 2010, www.leggiditalia.it.

ROUSSEAU Dominique, GAHDOUN Pierre Yves, BONNET Julien, *Droit du contentieux constitutionnel*, XI ed., Parigi, 2016.

ROUSSEAU Jean Jacques, *Du contrat social: ou principes du droit politique* (1762), trad. it. *Il Contratto sociale*, in www.liberliber.it

ROXIN Claus, *Cause di giustificazioni e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, 1996.

ROXIN Claus, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, trad. it. a cura di S. Moccia, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, pp. 371 ss.

ROXIN Claus, *Il fondamento politico-criminale delle dottrine generali del diritto penale*, trad. It. a cura di A. Cavaliere, in AA.VV., a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit.

ROXIN Claus, *La eutanasia en el conflictivo ambito de la participaciòn en el suicidio, la interrupciòn permitida de un tratamiento y el homicidio a peticiòn*, in AA.VV. *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de politica criminal*, cit.

ROXIN Claus, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, III ed., Napoli, 2009.

ROXIN Claus, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966) in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin – New York, 1973.

ROXIN Claus, *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, in AA.VV. *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de politica criminal*, cit.

SANFILIPPO Paola, *Dal 2004 al 2014, lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 34/2014 p. 376 e ss.

SARAGAT Giuseppe, *Discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, in Atti dell'Assemblea costituente, Roma 1947.

SCATENA Silvia, *La fatica della libertà: l'elaborazione della dichiarazione 'Dignitatis humanae' sulla libertà religiosa del Vaticano II*, Bologna, 2003.

SCHOPENHAUER Arthur, *Eristische Dialektik - Die Kunst, Recht zu behalten* (1831), trad. it. a cura di G. G. Giani, *L'arte di ottenere ragione*, Roma, 2013.

SEMINARA Sergio, in *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. It. dir. proc. pen.* 1995, 2, p. 670 ss.

SEMINARA Sergio, *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, in *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit.,

SEMINARA Sergio, *Osservazioni penalistiche sulla sentenza del Bundesgerichtshof in tema di eutanasia passiva*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, 2010, pp. 554 e ss.

SEMPLICI Stefano, *Introduzione*, in AA.VV. *Il diritto di morire bene* a cura di S. Semplici, cit.

SESSA Antonino, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della consulta n. 207/2018*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019, pp. 1 ss. www.dirittopenalecontemporaneo.ti, ivi, in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018*, cit.

SESSA Antonino, *Il processo all'art. 580 del codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione* in *Leg. Pen.*, 2019, www.la legislazione penale.eu, pp. 1 ss.

SESSA Antonino, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in AA.VV., a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit.

SESSA Antonino, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018.

STEINER Rudolf, *La filosofia della libertà. Trattati fondamentali di una concezione moderna di mondo*, (1894), trad. it. a cura di U. Tommasini, Milano, 1997.

STELLA Federico, *Eutanasia attiva ed eutanasia passiva: problematiche giuridiche*, in *Rass. giur. sanità*, 1985, pp.172 ss.

STELLA Federico, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1008.

STELLA Federico, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985,

TUFANO Rosalba, DE ROBERTIS Edoardo, *Il differimento tecnologico della morte*, in *Le criticità nella medicina difensiva di fine vita: riflessioni etico-deontologiche e giuridico – economiche*, a cura di C. Buccelli. Napoli, 2006.

- VALLINI Antonio, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *Riv. It. Med. Leg. e Dir. in campo sanitario*, 2016, pp. 1139 ss.
- VETTORI Nicoletta, ABU AWWAD Valentina, *Servizi di interruzione volontaria della gravidanza e obiezione di coscienza: obblighi dell'amministrazione sanitaria e possibili profili di responsabilità penale*, in *Riv. It. Med. Leg. del Dir. in campo sanitario*, 2018, pp. 9 ss.
- VIGANÒ Francesco, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?* *Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1, pp. 5 ss.
- VIGANÒ Francesco, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 1040 ss.
- VIGANÒ Francesco, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.* n. 2/2017, pp. 61 ss.
- VINCENZI AMATO Diana, *Il secondo comma dell'art.32*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti etico sociali. sub artt. 29-34*, a cura di G. Branca, Bologna, 1976, p. 178.
- VINCIGUERRA Sergio, *L'aiuto al suicidio in Italia (art. 580 c.p.). Alcune osservazioni fra storia e attualità*, in AA.VV., a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra, *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit.
- VOLK Klaus, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, trad. it., in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli, 2017.
- Von FEUERBACH *Paul Johann Anselm Ritter, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, pt I, Erfurt 1799, r.a. Aalen 1973.
- WELBY Mina, GIANNINI Pino, *L'ultimo gesto d'amore*, Napoli, 2010.
- WELBY Piergiorgio, *Lasciatemi morire*, Milano, 2006.
- WELZEL Hans, *Diritto naturale e giustizia materiale*, a cura di G. De Stefano, Milano, 1965.
- WOJTYLA Karol Józef, *Enciclica, 'Evangelium Vitae sul valore e l'invulnerabilità della vita umana*, n.65, Roma, 1995.
- ZAFFARONI Eugenio Raùl, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, V ed. It., Napoli, 2019.
- ZAGREBELSKY Gustavo, *Contro l'etica della verità*, Roma, 2009.

ZAGREBELSKY Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, 1997.

ZAGREBELSKY Gustavo, *Scambiarsi la veste, Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Roma-Bari, 2010.

ZATTI Paolo, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009.