

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II**

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

**TESI DI DOTTORATO DI RICERCA
IN “SISTEMA PENALE INTEGRATO E PROCESSO”
XXIII CICLO**

***IL TRATTAMENTO DI FINE-VITA NELLA PROSPETTIVA DI
UN DIRITTO PENALE FONDATA SULLA COSTITUZIONE***

Relatore

Ch.mo Prof . Sergio Moccia

Candidato

Dott. Alfonso Esposito

INDICE

CAPITOLO 1. La necessità di un approccio multidisciplinare	
1. La connotazione politica del diritto e le relative implicazioni metodologiche	10
2. Approfondimenti preliminari	15
2.1. Il contributo dell'antropologia filosofica	18
2.2. Il contributo della riflessione etico-teologica	22
2.3. Il contributo della scienza medica	25
2.4. Il contributo della psicologia	28
2.5. Il contributo dell'analisi socio-economica	32
3. La laicità, da <i>vexata quaestio</i> a prospettiva metodologica	35
4. Implicazioni pratiche: la laicità integratrice	44
CAPITOLO 2. L'attuale cornice normativa	
1. Diritto penale e <i>Grundnorm</i> : fondamenti costituzionali per incriminare, non incriminare e scriminare	48
2. Il diritto penale e la tutela di beni giuridici	54
2.1. La Costituzione e il diritto alla vita	56
2.2. La Costituzione e il diritto di/a morire	60
2.3. La Costituzione e la dignità umana	66
2.4. La Costituzione e il principio di autodeterminazione. Il problema dell'eteroattuazione	71
3. Le norme della legislazione ordinaria	77
3.1. L'art. 579 c.p.	79
3.2. L'art. 580 c.p.	83
3.3. L'art. 50 c.p. Il consenso informato	88
4. Un breve <i>excursus</i> comparatistico	93
CAPITOLO 3. Le soluzioni dommatiche nella riflessione dottrinale	
1. Il trattamento di fine-vita: spazio libero dal diritto o risposta normativa ad un quesito radicato nella Costituzione?	100
2. Le coordinate fornite dalle speculazioni della dottrina sulla teoria generale del reato	104
3. Funzione della pena e funzioni politico-criminali delle singole categorie	8

del reato	112
4. La rilevanza penale delle situazioni di fine-vita e le soluzioni prospettate dalla dottrina. Cenni preliminari	117
4.1. L'inquadramento del trattamento di fine-vita nella categoria della tipicità	120
4.2. L'inquadramento del trattamento di fine-vita nella categoria dell'antigiuridicità	125
4.3. L'inquadramento del trattamento di fine-vita in riferimento alla categoria della colpevolezza	131
CAPITOLO 4. Per un percorso alternativo	
1. Le direttive anticipate di trattamento	135
2. La medicina palliativa	139
3. L'opzione politico-criminale per una causa di giustificazione speciale	144
4. Conclusioni	152
BIBLIOGRAFIA	156

CAPITOLO 1

LA NECESSITÀ DI UN APPROCCIO MULTIDISCIPLINARE

SOMMARIO. 1. La connotazione politica del diritto e le relative implicazioni metodologiche. 2. Approfondimenti preliminari. 2.1. Il contributo dell'antropologia filosofica. 2.2. Il contributo della riflessione etico-teologica. 2.3. Il contributo della scienza medica. 2.4. Il contributo della psicologia. 2.5. Il contributo dell'analisi socio-economica. 3. La laicità, da *vexata quaestio* a prospettiva metodologica. 4. Implicazioni pratiche: la laicità integratrice.

1. La connotazione politica del diritto e le relative implicazioni metodologiche.

“Il diritto è politica”¹. Anche se un assunto di tal genere può urtare la sensibilità di un purista, scandalizzando soprattutto chi, deluso dalle aberrazioni di scelte sempre meno ispirate al bene comune, fatica ad accettare che le norme chiamate a regolamentare la convivenza dei consociati tradiscano così palesemente la propria genesi politica. Eppure è così, poiché “il diritto positivo deve la *convenzionalità* dei suoi lineamenti al fatto che esso viene posto in essere da una decisione del legislatore politico e può essere, in linea di principio, modificato a piacere”². È nella norma giuridica che si concretizzano le opzioni di natura strettamente politica, che prendono forma i programmi e che, in ultima analisi, emergono le impostazioni ideologiche dalle quali origina la regolamentazione in termini di diritto³.

¹ L'affermazione, tanto lapidaria quanto incontestabile nella sua essenziale esattezza, è di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, p. 9. In essa l'Autore condensa mirabilmente la corretta impostazione dei rapporti tra politica criminale e sistematica giuspenalistica, nel contesto di una riflessione generale sullo stato del sistema penale, stabilmente alimentato da una legislazione ispirata a criteri innegabilmente emergenziali e tale da provocare una degenerazione del diritto sostanziale, che manifesta disfunzionalità di tipo strutturale, i cui due poli sono identificabili nel panpenalismo e, di converso, nella mancata depenalizzazione.

² In questi termini HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica* (a cura di CEPPA), Torino, 2001, p. 35. Il filosofo tedesco correda la considerazione citata con la precisazione relativa alla pertinenza del diritto all'aspetto esteriore dell'agire.

³ Ancora HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., pp. 35 s. L'Autore inserisce la sua riflessione nel contesto di un ragionamento volto ad assegnare al diritto un ruolo intermedio tra la morale – le cui regole sono sempre fini a se stesse – e la politica, alle finalità della quale il diritto è funzionale. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (tr. it.), Milano, 2004, ripartisce il diritto secondo un ordine di tipo gerarchico, ponendo al vertice il “diritto delle genti”, comprensivo delle leggi che regolano le relazioni dei popoli; seguito dal “diritto politico”, costituito dalle leggi che disciplinano i rapporti tra governanti e governati; e, infine, dal “diritto civile”, relativo ai rapporti tra tutti i cittadini (vol. I, p. 151), ricordando che le ultime dipendono sempre dalle seconde, “perché è sempre per un certo tipo di società che sono state fatte” (vol. II, p. 937). La funzionalizzazione delle leggi al perseguimento di determinati obiettivi è, quindi, di tutta evidenza nelle ragioni che presidono alla articolazione adottata dal celebre Autore, essendo peraltro

Ne consegue che la verità dell'assunto appena esposto resta inalterata pur quando l'attenzione si concentra su un ambito più ristretto, quello del diritto penale. Ed infatti, l'influenza della politica criminale – vale a dire di quel complesso di strategie che, in un determinato periodo storico, sono poste in campo dallo Stato allo scopo di contrastare i fenomeni criminosi – sulla produzione normativa si presenta in tutta la sua innegabile evidenza se solo si pone nel giusto risalto che sono proprio le accennate strategie ad essere prese in considerazione da chi è chiamato, nel Parlamento, a tradurle in opzioni legislative, vincolanti per tutti. Se, dunque, Franz von Liszt aveva presentato il diritto penale come il limite insormontabile della politica criminale, era in forza di quel rapporto antitetico tra i due elementi che esaltava la purezza della scienza del diritto come sistema chiuso, non contaminato, e non contaminabile, da valutazioni che attengono alla dimensione sociale e politica. L'asettica configurazione della sfera giuridica, secondo i canoni tipici del positivismo giuridico, era, però, destinata ad essere superata da chi, di contro, non esauriva il compito della legge nella mera funzione di tutela dello Stato di diritto, concependo invece un'unità sistematica tra politica criminale e diritto penale tale da non trascurare l'incidenza che le valutazioni di politica criminale sono in grado di esercitare nell'elaborazione delle soluzioni normative⁴.

In forza di tali premesse, non può destare alcuno scandalo l'evidenziazione delle matrici ideologiche delle regole giuridiche. Se per ideologia s'intende il sistema di idee che funge da base per l'azione politica e sociale, è inevitabile che le aspirazioni fondate su presupposti di matrice ideologica richiedano, per la loro effettiva attuazione, un consequenziale impianto normativo, indispensabile sia per fornire sbocchi concreti alle suddette aspirazioni sia, prima ancora, per avvalersi della generale funzione di orientamento propria delle norme giuridiche. Di modo che “l'integrazione dei modelli ideologici attraverso la

dichiarata *expressis verbis* quando egli si premura di ricordare che le leggi sono “relative alla natura e al principio del governo stabilito o che si vuole stabilire, sia che lo formino, come fanno le leggi politiche, sia che lo conservino, come fanno le leggi civili” (vol. I, p. 152).

⁴ Sul tema sono sempre illuminanti le riflessioni di ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato* (a cura di MOCCIA), Napoli, 2000, pp. 37 ss., integrate, in primo luogo, da una valutazione in termini critici dell'opportunità, non sfruttata dal neokantismo degli anni venti del secolo scorso, di connotare le formulazioni dommatiche secondo il parametro delle direttive di politica criminale; ed anche da un'analisi delle implicazioni che, nell'ottica della teoria generale del reato, l'auspicata correlazione di tipo sistematico tra politica criminale e diritto penale è chiamata ad esprimere. L'opera di Roxin è oggetto di acute riflessioni da parte di BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in ID., *Scritti di diritto penale* (a cura di CANESTRARI E MELCHIONDA), I², Milano, 1997, pp. 1587 ss.

struttura del diritto è, dunque, un passaggio obbligato per un'ideologia che intende disporre di reali possibilità d'attuazione del suo piano programmatico"⁵. Pertanto, il momento programmatico delle idee, differenziate e non sempre omogenee, precede quello della loro traduzione in norme, condiziona la genesi di queste ultime, il più delle volte frutto di compromessi tra impostazioni divergenti, e, in ultima analisi, sconfessa come non realistico ogni anelito ad un diritto che, racchiuso in se stesso similmente ad una monade leibniziana, sia il risultato dell'esclusivo automatismo dei concetti teorici⁶ e si configuri come un modello descrittivo della realtà declinato secondo i canoni della neutralità⁷.

Così impostato il ragionamento, appare indiscutibilmente chiaro che la criminalizzazione di una condotta nasce sulla scorta di valutazioni di natura ideologica, ispirate dalla necessità di proteggere situazioni di valore offendibili e tutelabili⁸ e che, per converso, la lettura di una norma incriminatrice è in grado di svelare gli influssi riconducibili a determinate matrici di pensiero⁹. Condividendo questo itinerario argomentativo, il diritto penale assume una connotazione indubbiamente teleologica e diviene la forma nella quale gli obiettivi di politica

⁵ Testualmente MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 23.

⁶ In tal senso ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 44. Concorda MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 23. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 1622, con riferimento alla selezione degli interessi tutelabili in forza della loro significatività alla luce delle indicazioni enucleabili dalla carta fondamentale, colloca decisamente la "politica dei beni" in una prospettiva costituzionale. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 20, prende atto di un'inversione di impostazione metodologica, tale da far sì che il momento pre-giuridico, anche ideologico, sia il punto di partenza, e non quello di arrivo, della riflessione. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, pp. 81 ss., puntualizza che, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, i "diritti morali o naturali" rilevano unicamente come esigenze da far valere ai fini di un loro recepimento in norme positive e solo allora possono propriamente definirsi "diritti".

⁷ Così MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 20 s. L'Autrice collega la crisi del neutrale modello descrittivo della realtà con quella della funzione e del potere definitorio assegnati alla dogmatica tradizionale, le cui risposte si rivelano insoddisfacenti dinanzi ai quesiti posti dall'argomento del momento finale della vita umana, che richiedono una sensibilità del tutto nuova e rispondente alle trasformazioni sociali.

⁸ Si veda sul punto ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, p. 13.

⁹ Secondo quanto rimarca MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 23 s. L'Autore, inoltre, ha cura di rilevare come il condizionamento tra ideologia e diritto sia reciproco, dal momento che, una volta poste, le norme non si limitano a svolgere unicamente, come accennato nel testo, una funzione integratrice – perché danno forma, misura e limiti ai contenuti delle correnti ideologiche presenti nel contesto sociale – fungendo, altresì, da istanza critica, poiché la creazione di istituti e norme può modificare e circoscrivere i contenuti concettuali e finalistici degli assunti ideologici.

criminale assumono rilevanza giuridica e vincolano tutti i consociati al loro rispetto¹⁰.

È nel confronto parlamentare tra i contrapposti schieramenti della maggioranza e della minoranza che prendono forma le norme destinate a regolamentare la convivenza dei consociati; ed è proprio nel contesto di tale contrapposizione dialettica che maturano regole la cui validità non è assoluta, perché in democrazia nessuna deliberazione può ritenersi definitiva, preconstituendo, anzi, l'occasione per quella che potrebbe presentarsi come “una sfida di ritorno”¹¹, la cui legittimazione è saldamente ancorata alla libertà di manifestazione del pensiero consacrata nell'art. 21 Cost. e in nessun modo suscettibile di interpretazioni restrittive, motivabili in base al contenuto ideologico delle opinioni espresse¹². Di conseguenza, le decisioni adottate rispecchiano, anche indirettamente, l'intrinseca vocazione multi-identitaria delle strutture democratiche, che per definizione postulano la compresenza di svariate identità chiamate a coesistere non certamente grazie alla massificazione ottenibile con la dittatura della maggioranza o con la sottomissione di una maggioranza inerte ad opera di una minoranza attiva, bensì mediante l'esercizio instancabile del ragionare insieme, nel quale la controparte rappresenta una presenza uguale per dignità, ma diversa perché altro da se stessi¹³.

Quest'articolata introduzione è necessaria per poter affrontare con consapevolezza la tematica oggetto di approfondimento in queste pagine. Infatti, se è servita a ricordare che le leggi sono precedute dal dibattito nelle aule del parlamento e dal dialogo, pure acceso, tra tesi differenti o perfino contrapposte, si rivela, per questo stesso motivo, irrinunciabile per fondare ogni riflessione inerente al trattamento di fine vita nella prospettiva del diritto penale. E questo per due ragioni. La prima discende direttamente dalla complessità dell'argomento, determinata dalla molteplicità di “questioni preliminari” da esso postulate e delle

¹⁰ Come evidenziato da ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 76; ed anche da MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 65 ss.

¹¹ Prendendo in prestito l'espressione alla quale ricorre ZAGREBELSKY G., *Imparare la democrazia*, Roma, 2005, p. 40, fondata sulla confutazione della massima *vox populi, vox Dei*, definita solo apparentemente democratica, poiché nega la libertà della minoranza e accredita una democrazia assolutistica e terroristica (cfr. p. 39).

¹² Si rinvia alla pregevole analisi di FIORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972, pp. 83 ss., meritevole della massima attenzione per la critica serrata ad ogni forma di criminalizzazione del pensiero – si pensi, in particolare, alle fattispecie di apologia, istigazione e vilipendio – che si traduca in un imbavagliamento preconetto della minoranza e, in ultima analisi, nella neutralizzazione dello spirito autenticamente democratico.

¹³ Sul punto, e diffusamente, ZAGREBELSKY G., *Imparare la democrazia*, cit., pp. 27 ss.

precomprensioni ideologiche con le quali lo si analizza. La seconda si staglia non appena si allarga l'orizzonte e ci si interroga sulle reali possibilità che ha il diritto penale di intervenire a regolamentare le modalità con le quali si desidera porre termine alla propria esistenza: il ricorso a norme adeguate allo scopo impone che sia chiara la loro genesi politica – nel senso che risaltino come espressione di assunti ideologici “puri” o condizionati dalla contrapposizione di idee diverse o contrarie – e che, prima ancora, e per quanto appena detto, si abbiano ben presenti i termini della problematica, per evitare che il prodotto legislativo si riveli un rimedio inefficace, perché distante dalla realtà che intende disciplinare¹⁴.

Dal complesso di quanto è stato evidenziato non possono non scaturire indicazioni di carattere metodologico, dettate appunto dall'oggetto della trattazione, di modo che, se quest'ultimo richiede un'articolazione per specifici settori scientifici, il piano di lavoro conseguente non può ignorare un approfondimento preliminare degli stessi, anche e soprattutto in vista di un tendenziale obiettivo, che non si riduca a prendere atto dei diversi orientamenti maturati sul punto, ma che, pur senza ambire a risolvere i numerosi quesiti posti dalla tematica, tenti di rappresentare uno spunto utilizzabile per ulteriori considerazioni critiche. Magari finalizzate ad una regolamentazione normativa che sia almeno in parte idonea a fronteggiare tali specifiche esigenze del vivere comune¹⁵ e che, quindi, costituisca un modo condivisibile di comporre armonicamente visioni della vita – e della morte – spesso confliggenti. Per questa ragione nelle pagine successive si sosterrà, seppur in forma succinta ed esemplificativa, sulle varie questioni implicate dalla problematica del trattamento penalistico di fine vita, abbozzando un contesto nel quale collocare le considerazioni più strettamente attinenti al tema da sviluppare.

¹⁴ La riflessione proposta nel testo, nella sua elementare verità, è difficilmente riscontrabile nelle pur numerose pubblicazioni attinenti all'argomento *de quo* che si sono succedute nel tempo. Ciononostante, GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 74 ss., incardina il proprio ragionamento sull'eutanasia pietosa rimarcando doverosamente, a mo' di premessa, la rilevanza della dimensione pregiuridica presentata dalla problematica, dimensione destinata inevitabilmente a rifluire nella trattazione tecnica del tema. Articolando le proprie argomentazioni in merito alla materia correlata del consenso informato al trattamento chirurgico, VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 191, correla alla complessità della tematica l'esigenza di un approccio interdisciplinare.

¹⁵ Quanto alle implicazioni metodologiche ed alla necessità di elaborare soluzioni che non parlino il linguaggio del distacco del diritto dalla vita sociale, si rivela più che mai opportuno richiamare MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 65 ss.

2. Approfondimenti preliminari.

Una precisazione di carattere terminologico può confermare l'assunto della complessità del tema e della conseguente necessità di procedere ad una previa ricognizione dei diversi profili problematici evocati dall'argomento in oggetto, per il quale, già nel corso del paragrafo precedente, si è preferito ricorrere alla classificazione di trattamento di fine vita, e non di eutanasia. Vocabolo, quest'ultimo, indubbiamente polisemico, funzionale a significare situazioni quanto mai diversificate¹⁶.

Infatti, in ragione dello scopo perseguito la pratica della morte indolore data ad esseri umani viene solitamente definita: a) eutanasia pietosa o altruistica, per alleviare le sofferenze di chi, affetto da malattia dolorosa ed inguaribile, è prossimo alla fine; b) eutanasia solidaristica, dove il sacrificio di un soggetto è effettuato per salvare altri, ad esempio mediante il trapianto di organi appartenenti alla persona sacrificata; c) eutanasia sperimentale, con finalità di sperimentazione scientifica; d) eutanasia terapeutica, quando l'impiego o l'omissione di mezzi terapeutici serve a determinare la morte del paziente; e) eutanasia profilattica, se relativa a chi è affetto da malattie epidemiche; f) eutanasia economica, rivolta ai malati incurabili, agli invalidi ed agli anziani, la cui fine indolore alleggerisce la società del peso di persone non più produttive; g) eutanasia criminale, per le persone socialmente pericolose; h) eutanasia eugenica, indirizzata verso individui deformi o tarati e finalizzata al miglioramento della razza, quale quella sintetizzata nell'*Euthanasieprogramm* varato da Adolf Hitler nel 1939¹⁷.

¹⁶ ROSTAGNO, *La morte elemento della vita*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, Napoli, 2004, p. 71, evidenzia il carattere ascientifico del termine che, per quanto largamente adoperato soprattutto per ragioni di praticità comunicativa, abbisogna sempre di opportune integrazioni esplicative, se non proprio di essere sostituito con altri maggiormente adeguati.

¹⁷ Per la classificazione si rinvia a MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 423, che adotta la bipartizione tra eutanasia individualistica – nella quale confluisce quella di tipo pietoso o altruistico – ed eutanasia collettivistica, che raggruppa tutte le altre ricordate nel testo. Sul punto si vedano anche GIUSTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere-diritto di morire*, Padova, 1982, pp. 13 s.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 94 ss.; OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino, 2008, pp. 120 s.; VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi. La proposta del testamento biologico* (a cura di MILITERNI), Milano, 2007, p. 31; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 8. Sull'*Euthanasieprogramm* si sofferma ARAMINI, *Eutanasia. Spunti per un dibattito*, Milano, 2006, p. 7, richiamando l'opuscolo di Adolf JOST, *Das Recht auf den eigenen Tod. Eine soziale Studie*, Gottingen, 1895, che precedette di oltre un quarantennio il progetto hitleriano e nel quale si teorizzano l'esistenza del diritto alla propria morte e la convenienza della relativa soddisfazione allorché la vita di un uomo, ad esempio malato inguaribilmente o affetto da gravi turbe psichiche, assuma un valore negativo, per cui l'azzeramento di quest'esistenza sarebbe preferibile al suddetto valore negativo; ma anche PORZIO, voce *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 110 ss.

Se, poi, si tien conto delle modalità attuative, è possibile distinguere tra: a) eutanasia attiva o commissiva, se la soppressione della vita è ottenuta con una condotta attiva; b) eutanasia passiva o omissiva, quando la morte consegue alla mancata attivazione o all'interruzione di un determinato trattamento; c) eutanasia consensuale, fondata sul consenso del paziente; d) eutanasia non consensuale, in assenza di una precisa manifestazione di volontà tesa ad impedire le cure¹⁸. Propriamente, non è definibile come eutanasia – anche se, in tal caso, si parla di eutanasia indiretta – la derivazione della morte dalla somministrazione di analgesici al fine di sedare il dolore¹⁹.

La molteplicità di significati sottesi alla generica nozione in esame potrebbe, in qualche modo, non rappresentare un ostacolo all'adozione della stessa se intesa solo nel senso dell'eutanasia pietosa o altruistica. Tuttavia, anche questo passaggio semplificativo determina un duplice ordine di problemi. Il primo prende forma nel momento in cui si tenta di ricostruire la pratica eutanassica evidenziando la volontà di agevolare, e non di cagionare, la morte – in modo da segnare un'immaginaria linea di confine con l'omicidio volontario di cui all'art. 575 c.p. –, volontà che, radicata a sua volta in quella altrui di morire, mira ad assecondare per compassione tale intento²⁰: una riconfigurazione del genere non sarebbe sempre utilizzabile, assodato che le più frequenti situazioni riconducibili allo schema dell'eutanasia interessano soggetti incapaci di prestare il loro consenso²¹, mentre non è mancato chi, proprio per ovviare all'assenza di un'espressa richiesta da parte del paziente, ha legato la caratterizzazione dell'eutanasia al solo motivo di pietà²², al contrario di quanti, invece, connotano il

¹⁸ La difficoltà di non confondere l'eutanasia attiva e quella passiva è segnalata da OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., p. 121, in particolare nell'ipotesi in cui l'interruzione di un trattamento salvavita per il paziente presuppone un intervento attivo. Questa puntualizzazione è opportuna in vista di quanto sarà precisato nel corso del cap. 3, in merito alla distinzione, operata da parte della dottrina penalistica, tra condotta naturalisticamente attiva e giuridicamente omissiva.

¹⁹ Come ricorda ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 14, memore, a sua volta, dell'insegnamento contenuto nel magistero della Chiesa cattolica, riprodotto nel *Catechismo della Chiesa cattolica*, parte III, sez. II, cap. II, art. 5, § 2279, nel quale si dichiara espressamente che "l'uso di analgesici per alleviare le sofferenze del moribondo, anche con il rischio di abbreviare i suoi giorni, può essere moralmente conforme alla dignità umana, se la morte non è voluta né come fine né come mezzo, ma è soltanto prevista e tollerata come inevitabile".

²⁰ In tal senso CONSORTI, *Profili giuridici dell'eutanasia*, in *Dir. eccl.*, 1981, p. 469.

²¹ Secondo quanto rileva MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 99, nella nota n. 14.

²² Si veda PORZIO, voce *Eutanasia*, cit., pp. 106 ss.

fenomeno essenzialmente per l'intenzione di por fine alla vita di taluno su sua richiesta, prescindendo dalle particolari motivazioni soggiacenti²³.

L'altro motivo di perplessità è strettamente connesso al precedente e concerne la rilevanza accordata alla finalità altruistica perseguita da colui che coopera, dal momento che l'adoperarsi per rendere "buona" o "dolce" la morte incide sulla definizione del fenomeno e, quindi, ne impone una valutazione in termini pregiudizialmente positivi, com'è evidentemente dimostrato dalla presenza del prefisso "eu", fedele riproduzione di quello greco *ευ* e traducibile nel senso appena riportato, dunque carico di una valenza favorevole, che presuppone che la morte data sia da considerare un bene per il paziente stesso o, quanto meno, il minore dei mali. Il che non solo si presenta discutibile in via di principio – non potendosi aprioristicamente sostenere che procurare la morte, anche per compassione, costituisca l'unica soluzione "buona" per chi soffre²⁴ – ma, al contempo, condiziona la definizione con un apporto di tipo valutativo che falsa in partenza il tentativo di una ricostruzione obiettiva del fenomeno²⁵.

Tanto dovrebbe bastare per privilegiare al momento, già sul piano delle opzioni terminologiche, una definizione neutra, che sia insieme descrittiva ed evocativa della necessità di un intervento dell'ordinamento, quale appunto quella che ha ad oggetto la situazione di un malato terminale, ossia di chi, affetto da una grave patologia diagnosticata come inguaribile, è nella condizione di porvi fine con l'intervento di un terzo²⁶, rinviando alla conclusione della presente trattazione

²³ Sul punto: ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 14.

²⁴ In questi termini ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 118. ROSTAGNO, *La morte elemento della vita*, cit., pp. 91 s., dubita, invece, che un accompagnamento verso la morte si possa ritenere più caritatevole/cristiano della scelta "eutanasica", intesa come consapevole espressione della volontà libera del paziente.

²⁵ Sintomatico, nel senso del quesito posto nel testo, il contributo di STRONG, *Eutanasia: is the concept really nonevaluative?*, in *J. med. phil.*, n. 5, 1980, p. 313. Concorda GIUSTI, *L'eutanasia*, cit., p. 16. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 97 s., riferisce le perplessità della letteratura giuridica più recente relativamente all'uso di un termine innegabilmente marcato sia da implicazioni etiche che da risonanze emotive. IADECOLA, *Eutanasia e sue problematiche*, in *Giust. pen.*, 1985, c. 186, prende atto della flessibilità del termine, il più delle volte adoperato per richiamare casi non propriamente riconducibili a quelli evocati dal senso etimologico.

²⁶ La definizione riportata nel testo è quella comunemente recepita. Tuttavia, nella sua sinteticità, necessiterebbe di opportuni chiarimenti, come rileva MONTRONE, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 141 ss., il quale, pur auspicando un abbandono del concetto di «terminalità», ne suggerisce una rivisitazione che non si accontenti di registrare la sussistenza del verdetto medico, ma sondi pure la soggettività del malato. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 7 s., con la distinzione tra malato terminale e fase terminale, quest'ultima non necessariamente coincidente con la prima nozione poiché, nel linguaggio corrente, indica anche uno stadio patologico prolungato nel tempo. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 534, avverte la necessità di una

per una definizione di altri presupposti di fatto, necessari al fine di esperire lo stesso trattamento²⁷. D'altro canto, e non a caso, nell'area germanica si è fatto ricorso al concetto di *Sterbehilfe*, proprio per evitare le suggestioni di stampo valutativo proprie dell'*Euthanasieprogramm* nazionalsocialista, anche se l'alternativa preferita si è rivelata, nonostante tutto, fonte d'incertezza, non essendo chiaro se essa significhi “aiuto a morire” (*Hilfe zum Sterben*) o “aiuto nel morire” (*Hilfe ihm o bei Sterben*)²⁸, trattandosi di due forme di cooperazione da non confondere, come si vedrà in seguito.

2.1. Il contributo dell'antropologia filosofica.

La riflessione filosofica dedicata all'uomo ed agli aspetti essenziali della sua esistenza ha svelato prospettive a tal punto differenti da non presentarsi come conciliabili. Tanto per iniziare, occorre interrogarsi sull'interpretazione del concetto generico di “uomo”: spesso, termini come “soggetto”, “individuo” e “persona” sono usati come sinonimi, tutti riconducibili a tale nozione generale, ma un'impostazione fedele alla filosofia classica e tesa a diversificare il senso delle tre espressioni, come quella identificabile con l'indirizzo di matrice fenomenologico-personalistica sviluppatosi durante il secolo scorso, assume come

precisa, per quanto difficoltosa, delimitazione delle condizioni terminali, che a suo avviso andrebbero circoscritte alla fase estrema, nella quale il decorso della patologia “sfocia nell'instaurarsi immediato della morte”. Nell'apprezzabile intento di evitare dilatazioni arbitrarie di tale intervallo temporale, l'Autore, tuttavia, propende per una definizione in chiave oggettiva che, ad avviso di chi scrive, presenta l'indubbia difficoltà di chiarire quando effettivamente inizia la fase estrema, connotata dall'immediata prossimità alla morte. Appare, pertanto, preferibile percorrere la strada della valorizzazione della esternazione di volontà del paziente la quale, per quanto variabile di caso in caso, è comunque più agevolmente definibile perché adeguatamente manifestata e, quindi, non equivocabile.

²⁷ La scelta di limitarsi alla pura descrizione dello stato di fatto che può richiedere un intervento dell'ordinamento giustifica la differenza tra la definizione proposta nel testo – che, giova ribadirlo, mira a chiarire il contesto nel quale è chiamato ad inserirsi il trattamento penalistico di fine vita – e quella dell'eutanasia, del tipo di quella presente in CARUSO, *L'eutanasia nell'ordinamento giuridico italiano: problemi medico-legali de iure condito e de iure condendo*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 697, che, oltre al riferimento alla diagnosi di inguaribilità della malattia, annovera anche quello della prossimità dell'esito letale che, come rilevato nella nota precedente, non solo appare più incerto del primo, ma anche, nella maggior parte dei casi di esperienza, suscettibile di essere assorbito da quello dell'insopportabilità delle sofferenze da parte del paziente, indotto a richiedere la cessazione delle cure proprio dalla dolorosa protrazione degli effetti della malattia. Non a caso ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 14, adotta una definizione di eutanasia quanto mai asettica, tale da prescindere pure dal parametro dell'inguaribilità della malattia. Sul problema definitorio si vedano anche GIUSTI, *L'eutanasia*, cit., pp. 14 ss.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 98 s.

²⁸ Secondo le puntuali osservazioni di PELZL, *An der Grenze von Leben und Tod. Euthanasie und Strafrecht*, in *Krit. just.*, 1994, p. 179. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in PISANI (a cura di), *Studi in onore di Pietro Nuvolone*, II, Milano, 1991, pp. 201 ss., sostituisce il termine «eutanasia» con «aiuto a morire», genericamente includente le varie forme d'intervento su richiesta altrui.

tratto fondamentale dell'essere uomo, quindi come esperienza originaria, quella della relazione reciproca «Io-Tu»²⁹.

Si pensi alla categoria dello *zwischen*, pietra d'angolo della «ontologia del tramite», con la quale Martin Buber, contrapponendosi decisamente alla raffigurazione dell'uomo tipica dell'Idealismo, affermava che “non v'è un Io in sé, ma solo l'Io della coppia Io-Tu e l'Io della coppia Io-Esso. Quando l'uomo dice «Io», intende uno di questi due”³⁰, dove il rapporto Io-Tu indica quello relazionale con gli altri uomini, mentre l'Io-Esso sottintende quello esperienziale inerente al mondo delle cose. E se nella relazione con l'Esso l'uomo “appare come una individualità e acquista coscienza di sé come soggetto (dello sperimentare e dell'utilizzare)”, in quella col Tu “appare come persona e acquista coscienza di sé come soggettività (senza un genitivo dipendente). L'individualità appare in quanto si distingue da altre individualità. La persona appare in quanto entra in relazione con altre persone”³¹. La tensione tra essere individuo ed essere persona caratterizza la vita di ogni Io, chiamato ad inverarsi progressivamente, durante la sua esistenza, nella relazione con il Tu, perché l'uomo altro non è che “l'essere sul cui stato dialogico, nel cui essere-a-due e nella cui reciprocità di presenza, si realizza ogni volta l'incontro dell'uomo con l'altro”³².

Coesistenza (o comunicazione), prossimità, pericòresi: sono tutte ulteriori determinazioni di quella relazionalità che è reciprocità, per cui se l'io e il tu sono posti di fronte è per comunicare, per essere prossimi e compenetrarsi, componendosi, pertanto, armonicamente i contributi di pensatori come Emmanuel Mounier, Emanuel Levinas, Romano Guardini, Jacques Maritain e, per certi aspetti, Gabriel Marcel³³. E quanto tali posizioni siano divergenti da altre – per le quali può ricordarsi, a mo' di esempio, quella di Jean-Paul Sartre – è di tutta evidenza se solo si ricorda che il filosofo d'oltralpe connotava l'intersoggettività

²⁹ Sul tema si veda GALANTINO, *Dire “uomo” oggi. Nuove vie dell'antropologia filosofica*, Cinisello Balsamo, 1993, pp. 79 ss. e 94 ss., con una particolare cura dedicata alla presentazione per scuole di pensiero dei vari contributi alla riflessione sul tema dell'uomo e della sua vita di relazione.

³⁰ BUBER, *L'Io e il Tu*, in ISTITUTO RICERCA SESSUALITÀ E FECONDITÀ (a cura di), *Problemi di sessualità e fecondità umana*, n. 3, Pavia, 1991, p. 5. Il testo risale al 1923 e, significativamente, è coevo rispetto all'altro di Sigmund Freud *L'Io e l'Es*.

³¹ Entrambe le citazioni riportate nel testo sono rinvenibili ancora in BUBER, *L'Io e il Tu*, cit., p. 50.

³² Così BUBER, *Il problema dell'uomo* (tr. it.), Torino, 1983, p. 125. È a quest'opera che risale l'introduzione della categoria dello *zwischen*, inteso come luogo reale nel quale prende forma la relazione, esperienza costitutiva dell'uomo. In tema si rivelano anche le considerazioni di GILBERT, *Libertà e impegno*, in *Civ. catt.*, 1996, n. 3505, pp. 17 ss.

³³ Cfr. GALANTINO, *Dire “uomo” oggi*, cit., pp. 93 ss. e 108 ss.

in chiave conflittuale, quando asseriva che “tutto quello che vale per me, vale per gli altri. Mentre io tento di liberarmi dall’influenza d’altri, l’altro tenta di liberarsi dalla mia; mentre io cerco di soggiogare l’altro, l’altro tenta di soggiogarmi... Il conflitto è il senso originario dell’essere-per-altri”³⁴.

Identiche osservazioni valgono se si focalizza l’attenzione sulla morte. Martin Heidegger ha perentoriamente affermato che “nessuno può assumersi il morire dell’altro. Ognuno può sì morire per un altro... ma questo morire per un altro non può mai importare che all’altro venga sottratta la sua propria morte. Ognuno deve assumersi in proprio la sua morte”³⁵, esaltando, in questo modo, l’assoluta individualità dell’esperienza estrema, non estranea ma facente parte dell’esistenza³⁶, secondo una prospettiva diametralmente opposta a quella sartriana che presenta la morte come una “combinazione”, un puro fatto, assurdo perché determina il fallimento di ogni progetto umano³⁷ e, appunto per questo, può presentarsi come una realtà da negare o rimuovere, un vero e proprio tabù³⁸.

E, ancora, se si vuole riflettere sulla libertà dell’uomo, sarebbe riduttivo e fuorviante presentarla solo come “libertà da” – nel senso di semplice assenza di condizionamenti – essendo essa declinabile anche come “libertà per” ed implicando la possibilità per l’uomo di scegliere al fine di essere autenticamente se stesso³⁹. Ancora, si è sostenuta la plausibilità della distinzione tra vita ed esistenza, intendendosi la prima sotto il profilo meramente biologico, non coincidente con la seconda, che implica, invece, un giudizio qualitativo relativo all’effettiva esistenza portata avanti da un soggetto, ammettendosi di conseguenza un’apertura verso quelle valutazioni del tutto personali che, se risolte in senso negativo, legittimerebbero la richiesta di por fine ai propri giorni⁴⁰. Tale differenziazione, però, trova fieri oppositori in quanti rimarcano la rischiosità

³⁴ SARTRE, *L’essere e il nulla* (tr. it.), Milano, 1970, p. 447, essendo la citazione riferita una chiara esplicitazione di quel dualismo ontologico tra la coscienza – il nulla –, protesa al superamento del mero dato di fatto, e l’essere, inteso come mera presenza relazionata con l’altro solo nella reciproca, e negativa, riduzione ad oggetto.

³⁵ HEIDEGGER, *Essere e tempo* (a cura di CHIODI), Milano, 1982, p. 253.

³⁶ Come sostiene esplicitamente DE HENNEZEL, *La morte amica* (tr. it.), Milano, 2007, pp. 33 e 42. Sul punto si veda anche GALANTINO, *Dire “uomo” oggi*, cit., p. 124.

³⁷ Si rinvia a SARTRE, *L’essere e il nulla*, cit., pp. 616, 624, 630 s.

³⁸ Cfr. DE HENNEZEL, *La morte amica*, pp. 33 e 42. Approfondisce il tema della rimozione della morte PESSINA A., *Eutanasia. Della morte e di altre cose*, Siena, 2007, pp. 71 ss.

³⁹ In proposito: GALANTINO, *Dire “uomo” oggi*, cit., pp. 145 s. DE HENNEZEL, *La dolce morte* (tr. it.), Milano, 2002, p. 181, dubita che la richiesta di morire, rivolta ad altri in un momento di sofferenza e di paura, sia realmente libera.

⁴⁰ Fra gli altri, si rimanda a MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 25 ss.; OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., pp. 125 ss.; VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., p. 25.

dell'opzione, sia perché fondata su una opinabile trasformazione semantica con la quale si svuota il tradizionale concetto di dignità umana – intesa come qualità di ordine ontologico, attinente all'uomo in quanto tale – riempiendolo di un nuovo contenuto, quello della qualità della vita, legato a circostanze occasionali e determinate⁴¹; sia perché ancora il giudizio sul valore di una persona a quello sulla qualità della sua vita, parametro questo fortemente soggettivo e variabile⁴².

Non a caso – e in una prospettiva volta a riconfigurare le categorie di pensiero, secondo un'impostazione decisamente più incline ad esaltare la relazionalità come profilo fondante delle relazioni sociali, e non come aspetto secondario⁴³ – si è anche provveduto a mettere in risalto le ripercussioni, estensibili pure al settore giuridico, scaturenti da un modo differente di concepire l'uomo e i suoi rapporti, conferendosi un senso diverso, e magari di più ampio respiro, a quelle disposizioni, come il 2° comma dell'art. 3 Cost., che si propongono “il pieno sviluppo della persona umana”, dal momento che l'ambito intersoggettivo non dovrebbe più essere identificato in buona sostanza come un campo di battaglia, dove l'uno rivaleggia con l'altro per appropriarsi di uno «spazio vitale», e potendosi, di contro, auspicare la svolta da una visione conflittuale, o, quanto meno, competitiva tipicamente individualistica, ad una più chiaramente dialogica⁴⁴.

⁴¹ Cfr. ARAMINI, *Eutanasia*, cit., pp. 75 ss.

⁴² Così PESSINA A., *Eutanasia*, cit., p. 104.

⁴³ ARISTOTELE, *Metafisica* (a cura di REALE), Milano, 2003, pp. XXI ss. dell'Introduzione e 286 ss., nel distinguere l'essere secondo dieci categorie, riconosceva sussistenza autonoma solo a quella di sostanza e confinava la relazione tra le altre, dipendenti o non sussistenti per ragione propria.

⁴⁴ Interessanti le riflessioni in tal senso di DE BERTOLIS, *Una possibile evoluzione del diritto*, in *Civ. catt.*, 2000, II, n. 3599, pp. 461 ss., pur se desta più di una perplessità la presentazione sia del diritto soggettivo che della proprietà privata come tipiche espressioni di una visione che fa dell'individuo il proprio centro, non essendo scontato che il termine “soggetto” equivalga ad “individuo” (per quanto da noi precisato poco sopra nel paragrafo corrente), ed anche perché, come insegna l'evoluzione del pensiero giuridico in chiave sociale, tra gli interessi del soggetto possono rientrare a giusta ragione anche quelli relazionali. Senza tralasciare che, quanto alla proprietà privata, l'Autore trascura il richiamo al 2° comma dell'art. 42 Cost., che corregge inevitabili distorsioni individualistiche assegnando alla legge il compito di assicurarne la funzione sociale. E questo è tanto più rilevante se letto alla luce di quanto si afferma successivamente nel contributo in esame (cfr. pp. 464 ss.), quando sono richiamate le riflessioni di Gabriel Marcel, che distingueva il mondo dell'*essere*, caratterizzato dall'apertura disponibile verso il prossimo, da quello dell'*avere*, dominato dall'egoismo di chi vede nell'altro un oggetto da conquistare. Ora, se questo è vero, il suaccennato richiamo al capoverso dell'art. 42 Cost. avrebbe consentito, almeno in prospettiva, di indirizzare l'interpretazione dell'istituto in parola verso il mondo delle necessità degli altri, delle relazioni sociali, e quindi dell'*essere*. Molto più pertinente appare, ad avviso di chi scrive, la presentazione dell'aborto, depenalizzato parzialmente dalla l. n. 194/1978, come esempio di una normativa fondata su una concezione dell'uomo in chiave individualistica, dove l'altro è inteso (o si può intendere) come ostacolo, pericolo, nemico.

2.2. Il contributo della riflessione etico-teologica.

Una trattazione consapevole dell'argomento non può ragionevolmente trascurare l'influenza di valutazioni di natura etica sulla configurazione di determinanti orientamenti, maggiormente inclini a valorizzare profili come quello dell'intangibilità della vita umana perché sacra. In proposito, è doveroso ricordare il peso esercitato da un insegnamento come quello della Chiesa cattolica, da sempre schierato per il fronte del "no" ogni volta che argomento del dibattito è la disponibilità della vita. Il giudizio negativo si appunta sull'eutanasia – declinata come volontaria interruzione dell'esistenza di persone handicappate, ammalate o prossime alla morte – e qualificata senza appello come moralmente inaccettabile in quanto atto omicida. Unico temperamento è costituito dalla rinuncia ad ogni forma di accanimento terapeutico, di modo che l'interruzione delle procedure mediche sarebbe giustificata dal loro essere non proporzionate rispetto ai risultati che si potrebbero sperare o nella loro inutilità effettiva, essendo i disagi derivanti dall'intervento terapeutico eccedenti rispetto agli eventuali benefici. Rifiutare l'accanimento terapeutico non equivale, allora, a provocare la morte, poiché implica semplicemente che si accetti di non poterla impedire⁴⁵.

Eppure, proprio nell'ambito del dibattito etico-teologico sono maturate osservazioni di segno differente, particolarmente tra i pensatori di area protestante, che non hanno mancato di osservare che, nel contesto di una teorizzazione etica tale da valorizzare la libertà come consapevole assunzione di responsabilità nello scegliere una soluzione in luogo di un'altra, può trovare spazio e legittimazione anche la decisione di determinare il momento della propria morte, essendo essa parte integrante della vita personale e rientrando, per questa

⁴⁵ La linea ufficiale della Chiesa cattolica è sinteticamente riproposta dal già citato *Catechismo*, parte III, sez. II, cap. II, art. 5, §§ 2277-2278; ma annovera interventi specifici, quali: il discorso che Pio XII tenne nel 1957 ad un convegno internazionale di anestesisti; la Dichiarazione sull'eutanasia *Iura et bona*, ad opera della Congregazione per la dottrina della fede nel 1980; i §§ 64-67 della lettera enciclica *Evangelium vitae* che, nel 1995, Giovanni Paolo II dedicò al tema del valore e dell'invulnerabilità della vita umana, documento quest'ultimo che riproduce ampi passaggi dei due precedenti. Per l'approfondimento del magistero cattolico: ARAMINI, *Eutanasia*, cit., pp. 75 ss.; AUBERT, *Compendio della morale cattolica* (tr. it.), Cinisello Balsamo, 1991, pp. 292 ss.; DEMMER, voce *Eutanasia*, in COMPAGNONI-PIANA-PRIVITERA (a cura di), *Nuovo dizionario di teologia morale*, 1999, pp. 394 ss.; GIUSTI, *L'eutanasia*, cit., pp. 37 ss. (con un'apprezzabile digressione dedicata alla soluzione del problema secondo altre religioni, in particolare quella ebraica ed islamica); OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., pp. 122 ss.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 685 ss.; SGRECCIA, *Manuale di bioetica. I. Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 2007, pp. 873 ss. In VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., p. 74, si legge la definizione di accanimento terapeutico nel senso di "perseveranza rabbiosa e crudele nel trattamento di una malattia che non guarisce e che sta conducendo a morte", mentre in seguito (cfr. pp. 163 ss.) si illustra il punto di vista cattolico.

ragione, nel complesso di quelle opzioni che esprimono la reazione dell'umanità che non si arrende al destino e lo affronta con tutta l'autonomia che va riconosciuta all'uomo in quanto tale⁴⁶. La stessa Chiesa valdese italiana si è pronunciata in senso favorevole ad un riconoscimento quanto mai ampio del principio di autodeterminazione del paziente, unico in grado di poter decidere, in libertà e responsabilità, sulla dignità della propria esistenza, senza che possa essere imposta l'obbedienza a visioni che il malato ha il diritto di non condividere⁴⁷.

Né va ignorata la possibilità che anche in seno alla compagine ecclesiale cattolica si sviluppino, col tempo, indirizzi almeno parzialmente inclini ad una rivisitazione della linea magisteriale poco sopra illustrata. Certo, una vicenda recente come quella di Eluana Englaro ha manifestato in modo incontrovertibile come siano distanti le posizioni di chi, fedele all'insegnamento ufficiale della Chiesa di Roma, ha ravvisato nell'evento autorizzato dalla Cassazione, ossia nell'interruzione dei trattamenti medici, null'altro che un omicidio⁴⁸, e quelle di coloro che, accesi sostenitori del principio di autodeterminazione del paziente, non hanno esitato a salutare l'epilogo della vicenda come il giusto riconoscimento della volontà di non soffrire ancora e senza ragione⁴⁹.

⁴⁶ Per le aperture ricordate nel testo si rinvia a BARTH, *Kirchliche Dogmatik*, III/4, Zürich, 1951, pp. 484 ss., ad avviso del quale la problematicità della questione non esclude, anzi ammette quasi in via di principio, il profilarsi di un caso limite, che in qualche modo rievoca il divieto di accanimento terapeutico e postula un rispetto per la vita morente tale da potersi manifestare anche come accettazione dell'altrui decisione di porre fine ai propri giorni con un atto di eutanasia. Sul punto si consiglia pure la lettura di ROSTAGNO, *La morte elemento della vita*, cit., pp. 88 ss. che, dopo aver ricordato la contrapposizione tra il modello etico dell'obbedienza e quello dell'autonoma responsabilità, reputa lecita la decisione finale di scegliere la morte se a fondamento di tale condotta si trova un atteggiamento di consapevole autonomia del soggetto, dal quale Dio non può essere sminuito o scavalcato più di quanto potrebbe esserlo dalla cieca rassegnazione ad un esito fatale, che confonderebbe Dio con il Destino.

⁴⁷ ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 97 ss., riferisce sul punto con un'analisi critica della posizione riportata nel testo, valutata nel senso di una liberalità eccessiva e rischiosa, perché funzionale ad una diffusione sensibile della mentalità e della pratica eutanasi. Sull'argomento si soffermano pure VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, pp. 169 ss.

⁴⁸ La prima pagina del quotidiano *Avvenire* del 14 novembre 2008 commentava l'accennata decisione della Cassazione con due titoli in prima pagina, quello centrale *Condanna a morte per Eluana*, con il corollario della definizione della sentenza come "terribile", e quello dell'editoriale, a firma di Francesco D'AGOSTINO, *Avallata l'eutanasia senza il coraggio di chiamarla per nome*. Anche la p. 1 de *Il Tempo* della stessa data presentava il titolo significativo *Eluana morirà per sentenza*, così come eloquente era il senso dell'editoriale di Franco CARDINI *Abbiamo ucciso la speranza*. All'indomani del decesso di Eluana Englaro, ancora, sulla prima pagina de *il Giornale* campeggiava l'accusatorio *L'hanno uccisa*.

⁴⁹ Il giornale *la Repubblica* apriva la prima pagina del 10 febbraio 2009 con un significativo *Eluana, il calvario è finito*, sintomatico dell'atteggiamento di compassione che aveva accompagnato la richiesta del padre della paziente (e del movimento di opinione che la sosteneva) di porre fine alle sofferenze della figlia. Invero, la manifestazione di una volontà puntuale della Englaro di non prolungare tra le sofferenze la propria vita è stata ritenuta inesistente dal giurista

Purtuttavia, il clima di elevata conflittualità su un tema così delicato sotto il profilo etico non ha inibito la ricerca di soluzioni intermedie, in grado di evitare la liberalizzazione dell'eutanasia e, simultaneamente, di valorizzare il punto di vista del malato. In tal senso, autorevoli esponenti del mondo credente si sono fatti portavoce di tali istanze, auspicando una composizione delle divergenze fondata su una valutazione anche da parte di chi soffre dell'effettiva proporzione ed utilità delle cure somministrate – coniugando anche in chiave soggettiva l'accennato paradigma dell'accanimento terapeutico – e sull'accompagnamento responsabile del paziente, sostenuto nelle sue decisioni da chi s'interessa a lui, tanto da potersi parlare, in casi del genere, non di sospensione ma di limitazione dei trattamenti, proprio per significare la commisurazione alle effettive esigenze dell'interessato⁵⁰. In questa prospettiva, potrebbe essere qualificato come sproporzionato il trattamento che il destinatario percepisce come tale perché finalizzato al prolungamento ostinato di un'esistenza che ai suoi occhi non ha più un senso o che gli costa troppo, in termini, ad esempio, di dignità⁵¹.

Se, dunque, l'eutanasia è condannata come dimostrazione di un vuoto – sia dal punto di vista culturale-antropologico, che teologico e clinico-biologico – perché nessuna motivazione giustifica la soppressione di una vita, il rifiuto, al contempo dell'accanimento terapeutico, anche nella forma dell'accanimento per amore, può essere ritenuto provvidenziale per scongiurare l'exasperazione della fatica del morire⁵². Sollecitata ad una riflessione critica, anche parte della dottrina

Gianfranco Iadecola, in un'intervista rilasciata ad Enrico Negrotti per *Avvenire* del 14 novembre 2008, dal titolo «*L'errore dei giudici? È stato all'inizio*» (p. 7), nella quale si pone in rilievo come l'intero itinerario giudiziale della vicenda sia viziato da una ricostruzione della volontà della paziente affidata unicamente a testimonianze, invece che a precise dichiarazioni della stessa. In piena sintonia anche le dichiarazioni di un'amica della Englaro, Laura Portaluppi, interpellata da Anna Savini de *il Giornale* per l'intervista «*Eluana non mi ha mai detto che avrebbe voluto morire*» (p. 5).

⁵⁰ Il riferimento è all'articolo dell'arcivescovo emerito di Milano, Card. Carlo Maria MARTINI, *Io, Welby e la morte*, pubblicato a p. 31 de *Il Sole-24 Ore* del 21 gennaio 2007, che ha preso spunto da un'altra vicenda di cronaca quanto mai nota, quella di Piergiorgio Welby, anch'egli al centro di un'accentuata attenzione dei mass-media per la sua richiesta di sospensione delle terapie di sostegno respiratorio. Una decisa reazione contraria all'apertura di Martini è stata opposta dall'allora Presidente della Conferenza episcopale italiana, Card. Camillo Ruini, appena due giorni dopo, secondo quanto riportato da Carlo Marroni nel suo *Eutanasia: no secco di Ruini*, a p. 13 de *Il Sole-24 Ore* del 23 gennaio 2007. Mentre Gian Guido VECCHI, sul *Corriere della Sera* sempre del 23 gennaio 2007, annotava in *Martini e la proposta di stop alle cure. La Chiesa si interroga (e si divide)* (p. 3) le domande suscitate, in senso favorevole o meno, dall'articolo di Martini nell'ambiente cattolico.

⁵¹ Secondo quanto sostiene SPINSANTI, *Etica bio-medica*, Cinisello Balsamo, 1992, p. 188.

⁵² L'apertura, operata da don Luigi VERZÉ, *Io e Cristo*, Milano, 2007, pp. 584 s., è tanto più significativa se si ricorda che il sacerdote è anche il fondatore dell'ospedale S. Raffaele di Milano ed è da sempre in prima linea per la diffusione di un servizio autenticamente caritatevole in

filosofica si è interrogata in merito, chiedendosi soprattutto quanto sia rispondente anche al volere di quel Dio che ha creato l'uomo a sua immagine e somiglianza un'esistenza vissuta come ostaggio di un macchinario, tale da "trasformare la sacralità della vita nella sacralità della tecnica, fino a fare della tecnica quasi un dio che dice: alzati e cammina"⁵³.

2.3. Il contributo della scienza medica.

In una ricognizione previa del multiforme substrato soggiacente ai diversi orientamenti maturati sulla questione non si può tralasciare il peso rilevante assunto dai progressi che la medicina ha fatto registrare nel volgere, nemmeno tanto esteso, di pochi decenni. Anzi, a ben vedere è proprio l'evoluzione conosciuta dalla scienza medica moderna che induce, indirettamente, a porsi quesiti sulla interruzione dell'esistenza umana, anche perché alla tecnologia spetta rinvenire nuove soluzioni, ma non la loro valutazione sotto il profilo delle conseguenze indotte⁵⁴. E le domande si rivelano quanto più stringenti ed attuali se collocate in un contesto qual è quello del nuovo modello della relazione medico-paziente, non più improntato al tradizionale paternalismo che lo contraddistingueva in passato, ma fondato su un'autentica alleanza bilaterale, alimentata da quella «com-passione», per la quale il primo è prossimo al secondo nel suo dolore, comunica con lui e lo informa delle scelte praticabili, in modo da

favore dei malati, tale da coniugare fede e progresso scientifico. Peraltro, lo stesso Verzé, interpellato da Gian Guido Vecchi per il *Corriere della Sera* del 13 ottobre 2006 – *Don Verzé: staccai la spina per lasciar morire un amico* (p. 24) – ha ammesso di aver autorizzato, a metà degli anni settanta, il distacco del respiratore artificiale in seguito alle insistenti richieste di un amico medico gravemente malato. L'intervista mette in luce l'esistenza di una "zona grigia", dove la nettezza dei giudizi morali sfuma e lascia il posto a gesti che non sarebbe inappropriato definire atti d'amore.

⁵³ È quanto, da credente, ha dichiarato il filosofo Giovanni Reale a Gian Guido Vecchi per il *Corriere della Sera* del 23 gennaio 2007, nell'intervista «*Ha ragione, bisogna imparare ad accettare la morte*» (p. 3), con un chiaro riferimento alle affermazioni contenute in MARTINI, *Io, Welby e la morte*, citato nella nota precedente.

⁵⁴ ARAMINI, *Eutanasia*, cit., pp. 23 ss., annota che, tanto per limitarsi a qualche esempio, i malati di tumore sono sottoposti a terapie che aumentano i tempi di sopravvivenza, ma non riducono il tasso di mortalità e, spesso, accrescono il margine di sofferenza, creando le condizioni di fatto per una richiesta volta ad interrompere i trattamenti somministrati; di seguito (cfr. p. 34), lo stesso Autore definisce la malattia "provocazione" alla coscienza morale dell'uomo, chiamato a scelte di senso ultimo. Anche il noto chirurgo Ignazio MARINO, *Nelle tue mani. Medicina, fede, etica, diritti*, Torino, 2009, pp. 48 ss., si pone sulla stessa lunghezza d'onda, constatando per l'appunto che le nuove scoperte tecnologiche presentano il rovescio della medaglia di un prolungamento delle condizioni esistenziali discontinuo rispetto al parametro di "normalità" che contrassegnava una vita prima di una patologia. Concorde VILLONE BETOCCHI, *La psicologia di fronte alla morte*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., p. 132. Sul punto si soffermano pure VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, pp. 73 ss., i quali ricollegano l'accanimento terapeutico alle nuove possibilità sperimentate in campo medico.

promuovere il malato da mero destinatario di terapie a soggetto consapevolmente partecipe, realizzandosi una *partnership* che coniughi informazione e consenso⁵⁵ e che, nel caso di chi è prossimo alla morte, andrebbe opportunamente ampliata fino a coinvolgere i suoi congiunti, sensibilizzati ad alleviare il peso della malattia⁵⁶.

Se, dunque, oggi si prende atto della rilevanza del consenso informato per ogni intervento sanitario (sull'argomento ci si soffermerà a lungo nel corso del capitolo successivo) è proprio in virtù della differente declinazione del rapporto tra chi cura e chi soffre. Tale requisito si atteggia a principio informatore, che sintetizza nella forma più eloquente possibile un processo di rivalutazione radicale della posizione del paziente – al quale spetta la scelta ultima circa gli interventi che lo interessano – e una ripresentazione del ruolo del medico, non più *dominus* incontrastato (ed incontrastabile) della sorte di chi gli viene affidato ma, nel rispetto dell'autodeterminazione riconosciuta a quest'ultimo, garante della sua salute⁵⁷. Certo, occorre pur sempre ragionare nell'ottica di una *partnership* ed evitare che essa venga di fatto sbilanciata in favore del malato, decretando la sua totale egemonia nei confronti del medico, degradato a puro strumento nelle sue mani per la realizzazione di un modello che rappresenti l'esatto opposto di quello paternalistico tradizionale⁵⁸. In ogni caso, l'esito del processo appena descritto prende forma nel riconoscimento del “significato soggettivo della malattia”, di una dimensione personale che richiede un'adeguata preparazione per chi è chiamato ad assistere il paziente con la propria competenza professionale⁵⁹.

⁵⁵ La «rivoluzione» del rapporto medico-paziente è ricordata da VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, pp. 60 ss. VICINI, *Accompagnare, condividendo ed imparando*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., p. 247, colloca la prestazione del consenso più ampio di una comunicazione la cui qualità risulta decisiva ai fini del successo dell'alleanza tra medico e paziente. La necessità di concepire quella del medico come una vera e propria vocazione, contraddistinta dai caratteri di solidale compartecipazione evidenziati nel testo, è posta in rilievo da MARINO, *Nelle tue mani*, cit., pp. 19 ss.

⁵⁶ Secondo quanto osservano BARCARO, *Decidere la fine della propria vita? Eutanasia attiva volontaria e suicidio assistito dal medico*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., p. 218; DEMMER, voce *Eutanasia*, cit., p. 398; VICINI, *Accompagnare, condividendo ed imparando*, cit., p. 247.

⁵⁷ L'accurata analisi della riconfigurazione del rapporto medico-paziente è presente in VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, pp. 43 ss.

⁵⁸ Intravede questo rischio DEMMER, voce *Eutanasia*, cit., p. 398.

⁵⁹ Sul profilo soggettivo della malattia si veda VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., p. 72. Auspica una più idonea preparazione dei medici a prendersi cura dei malati, terminali in particolare, MONTRONE, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, cit., pp. 146 ss. DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., lamenta una mancata valorizzazione, da parte del personale sanitario, del profilo dell'affettività che, se promosso convenientemente, consentirebbe di realizzare una benefica “compassione di gruppo” (p. 81), che colmerebbe quella distanza creata dall'incapacità, in chi deve curare, di trattare il dolore (p. 95).

In questa prospettiva appare più che comprensibile che divenga prioritario (per non dire esclusivo) il prendersi cura del malato piuttosto che il curare la malattia: nel contesto di una relazione bi o multilaterale si sviluppa un processo comunicativo che dà un senso sincero e ragionevole alle richieste del paziente, compresa quella di morire. Per converso, isolare la volontà espressa da chi soffre, atomizzandola e privandola degli insostituibili referenti relazionali in presenza dei quali essa è chiamata a formarsi ed a crescere equivale a condannare il morente ad una tragica solitudine, abbandonato al proprio dolore da una medicina che, prendendo atto della incurabilità della patologia, si disinteressa anche di chi ne è affetto, inducendo indirettamente richieste di morte della cui autenticità è lecito diffidare⁶⁰.

Che il terreno delle patologie gravi ed invalidanti al punto da far dubitare che valga ancora la pena vivere – o, detto altrimenti, che un'esistenza del genere sia ancora degna di essere vissuta e non giustifichi piuttosto, la richiesta d'interromperla – sia in buona parte ancora inesplorato è dimostrato da un recente studio riportato dal *New England Journal of Medicine*, nel quale si documenta a conclusione di una laboriosa ricerca che il cervello di un paziente privo di coscienza per cinque anni ha fatto registrare tracce minime di attività, aprendo di fatto inimmaginabili spiragli allo studio delle dinamiche cerebrali, nonché a nuove ed inquietanti domande sul confine tra vita e morte⁶¹, la cui problematicità è diretta conseguenza del carattere “dinamico” dell'evento morte, a sua volta dipendente dallo sviluppo delle tecniche di rianimazione, che ha fatto avanzare la linea di demarcazione, precedentemente tracciata con l'arresto cardio-respiratorio e successivamente collegata all'accertamento di irreversibili lesioni del sistema nervoso centrale⁶².

⁶⁰ In merito alla differenza tra il curare ed il prendersi cura si rinvia a BARCARO, *Decidere la fine della propria vita?*, cit., pp. 212 ss.; SPINSANTI, *Medicina ed etica di fine vita*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 335 ss.; VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. XIII della Prefazione e 89 del volume. Si dichiara convinta che una decisa valorizzazione dell'affettività provocherebbe una sensibile riduzione delle domande finalizzate alla morte DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., p. 81.

⁶¹ È questo il senso delle riflessioni condotte da Paolo DI STEFANO, *Se un malato in coma ci parla con la mente*, per un articolo apparso sul *Corriere della Sera* del 5 febbraio 2010, alle pp. 1 e 46.

⁶² BUCCELLI-PATERNOSTER, *La morte per la scienza medica*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 27 ss., documentano con dovizia di informazioni gli studi inerenti all'argomento ed anche la persistente divisione della comunità scientifica sui criteri di accertamento della morte.

D'altro canto, le incertezze rappresentano l'immane corollario di ogni riflessione imbastita intorno ad una tematica così sfuggente perché difficilmente decifrabile, tanto che, come ha riconosciuto anche la Corte di appello di Milano nel novembre del 1999 – in occasione della richiesta di sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali ad Eluana Englaro – non solo nell'ambito giuridico, ma ancor più in quello medico è tutt'altro che sopita l'eco del dibattito sulla qualificazione dei predetti trattamenti, se cioè essi rappresentino trattamenti sanitari e, quindi, in quanto tali suscettibili di essere rifiutati in forza di quanto disposto dal 2° comma dell'art. 32 Cost.⁶³ o se, di contro, si tratti di attività alle quali il medico è obbligato, nonostante il parere contrario di chi vi è sottoposto. Senza dimenticare che l'estensione temporale della stessa "area di terminalità" è difficilmente circoscrivibile, potendo prolungarsi anche per molti mesi⁶⁴.

2.4. Il contributo della psicologia.

Un ulteriore profilo problematico si staglia non appena si riflette sulla manifestazione di volontà proveniente dal malato. Ed infatti, gli interrogativi si addensano sulla esatta identificazione del soggetto in questione, dal momento che il suo «io» può presentarsi in forma diversa in ragione di specifiche sollecitazioni esterne, di variabili contestuali ed esperienziali che possono indurre a dubitare che l'«io» di ieri sia identico all'«io» di oggi. Pur senza voler sottoscrivere l'assunto di un «io multiplo», secondo il quale l'identità si ridurrebbe ad una debole connessione tra esperienze soggettive⁶⁵, è comunque meritevole di attenzione il

⁶³ Riferiscono sul punto LECALDANO, *Un'etica per le scelte di fine vita al di là dell'orizzonte del destino*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 49 ss.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 99 ss.; VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 36 s. Decisamente favorevole al riconoscimento della natura sanitaria di alimentazione ed idratazione artificiali è MARINO, *Nelle tue mani*, cit., pp. 98 ss., che critica aspramente il testo approvato dal Senato nel marzo del 2009 sulle dichiarazioni anticipate di volontà (o, correntemente, testamento biologico), nel quale viene sostenuta la tesi opposta.

⁶⁴ Come rammenta ZEPPELLA, *Il diritto a non soffrire: ha senso parlare di eutanasia?*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., p. 172. Opportunamente VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, pp. 141 s., annotano che, per l'argomento in questione, s'impone la considerazione della morte non come evento istantaneo – così come la si può concepire in chiave astrattamente giuridica – ma come processo.

⁶⁵ In VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, pp. 178 s., nel contesto di una riflessione globalmente orientata al riconoscimento legale delle direttive anticipate di trattamento, si accenna sinteticamente alla tesi dell'«io multiplo» di Derek Parfit, docente di Etica alla Oxford University. Sul punto sosta anche GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2004, pp. 566 s.

dato, registrato da chi opera nel settore, di un «io in divenire», mai prevedibile e capace di trasformarsi anche in forza di vicende dolorose⁶⁶.

Posta questa premessa, è consequenziale chiedersi per quale motivo un numero considerevole di persone richieda la partecipazione di altri al momento cruciale della loro esistenza, culminante nella richiesta di morire. Studi specifici hanno attestato che i soggetti a prevalente controllo interno – che cioè si ritengono responsabili di quanto accade loro – autonomamente scelgono di porre fine alla propria esistenza; quelli a controllo esterno – così definibili perché attribuiscono gli avvenimenti a fonti esterne, quali il fato o Dio – tendono a coinvolgere gli altri, per evitare di sostenere interamente il peso, soprattutto morale, di una scelta in definitiva suicida⁶⁷.

La precisazione è di indubbio rilievo se funzionale ad affrontare un ulteriore quesito, strettamente connesso al precedente e relativo alla tutt'altro che agevole decodificabilità degli appelli provenienti dal paziente che invoca la morte: la necessità d'interpretarli in modo da acclarare e rispettare l'effettiva volontà di chi soffre consiglia, in primo luogo, un'irrinunciabile prudenza, volta ad evitare che la soluzione sia fatta dipendere da un fraintendimento di fondo, dettato da un approccio superficiale e condizionato dall'egemonia pressoché assoluta del principio di autodeterminazione. In altre parole, il messaggio mediato dalla richiesta del malato potrebbe essere letto come un'esplicita decisione in favore dell'interruzione dei trattamenti di sostegno, ma anche come un'invocazione di aiuto/accompagnamento nel morire, o, ancora, come una sorta di estremo tentativo di comunicazione.

In quest'ultimo caso è interessante rammentare quanto il dolore fisico, la depressione ingenerata dalla patologia, la perdita dell'autostima, la sensazione di rappresentare un peso per gli altri, la vergogna di subire una degenerazione della propria immagine esterna possano incidere sulla psiche del paziente, innescando reazioni di insofferenza, ribellione e di paura che si traducono in una richiesta che, nella sua crudezza, tende a colpire gli altri, a renderli in qualche modo coinvolti emotivamente nella situazione complessiva vissuta da chi è malato. Si può,

⁶⁶ La psicologa e psicoterapeuta francese Marie DE HENNEZEL, *La morte amica*, cit., p. 40, perviene alla considerazione riportata nel testo sulla scorta di una lunga esperienza al fianco di malati terminali, nell'*équipe* di cure palliative dell'Istituto Montsouris di Parigi.

⁶⁷ Sul punto si rinvia a VILLONE BETOCCHI, *La psicologia di fronte alla morte*, cit., p. 133, che riferisce l'esito di un'indagine sul *locus of control*, dimensione strutturante le caratteristiche della personalità individuale.

dunque, manifestare la volontà di “farla finita” per porre chi sta di fronte dinanzi al problema, per sollecitarne una risposta in termini di com-passione, di comunione nel dolore. Si tratterebbe, allora, di una «richiesta d’amore rovesciata», un appello affinché altri si compromettano nel vissuto drammatico di chi soffre, in alcuni casi perfino di una «sfida» lanciata al medico ed ai parenti, perché dimostrino con la loro prossimità che lo sfidante è ancora una persona, nonostante la sua malattia⁶⁸.

La situazione patologica, allora, influisce senza dubbio sulle richieste di ciascun malato, potendo strutturarle secondo forme non sempre preventivabili e perfino equivoche, per cui la stessa vicenda può indurre due soggetti a formulare domande solo apparentemente simili, ma difformi quanto al contenuto. Si tratta di quella “singolarità situazionale”⁶⁹ che ripropone, nella loro drammatica evidenza, le ambiguità intrinseche ai messaggi condizionati dal vissuto del paziente, da un lato, e i limiti della relativa comprensione umana, se non illuminata da una profonda com-partecipazione, dall’altro. Enucleare il messaggio dal contesto, isolarlo quasi a mo’ di imperativo assoluto, può risultare altamente rischioso, presentando come indubitabilmente rivolta all’interruzione di cure una volontà che, invece, cela ben altro. In tal senso si orientano gli studi della «psicologia della *Gestalt*» (o della forma) sul tema delle strutture unitarie e della priorità del contesto, quale campo percettivo nel quale emergono varie figure, la cui presenza non va assolutizzata in modo da consumare quella che viene definita «confusione sfondo-immagine», volendosi indicare quell’interpretazione parziale della realtà che porta ad ingigantire un particolare, fino a ritenere che esso rappresenti ed esaurisca l’intero ambito della conoscenza e della riflessione. Anzi, i vari elementi, concorrendo a strutturare un insieme, da esso ricevono un significato

⁶⁸ Esemplari in tal senso le riflessioni, maturate «sul campo», di DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., pp. 105 ss., col corredo di numerosi casi clinici a conferma della tesi sostenuta. Del tutto conforme l’opinione di COLTORTI, *Etica di fine vita: quali scelte? Casi emblematici*, in ID. (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 185 ss., anch’essa confortata dall’osservazione di alcune vicende emblematiche. EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell’eutanasia*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull’eutanasia*, Padova, 1996, p. 237, legge la richiesta di morte da parte di chi soffre come espressione di un bisogno più complesso, sorgente dal timore della solitudine e, per questo, non suscettibile di interpretazioni sbrigativamente riduzionistiche. Sull’argomento si sofferma anche MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 109 ss.

⁶⁹ L’espressione è di COLTORTI, *Etica di fine vita: quali scelte?*, cit., p. 189.

diverso da quello prettamente proprio perché risultante dalla integrazione di singoli fattori⁷⁰.

La conferma tangibile della fluidità dello stato psichico del paziente affetto da patologie a tal punto invalidanti da poterlo indurre a chiedere di non vivere più è fornita da un caso di cronaca molto poco ricordato, eppure significativo, quello di Giovanni Nuvoli, ex arbitro di pallacanestro inchiodato al letto dalla Sla (sclerosi laterale amiotrofica) il quale, dopo aver insistito per l'interruzione di ogni trattamento, dopo 14 mesi trascorsi in rianimazione fece ritorno a casa, non chiedendo più di morire, secondo la testimonianza della moglie, salvo poi mutare nuovamente opinione nel volgere di un paio di settimane⁷¹.

Il resoconto di un'altra vicenda, anch'essa passata sotto silenzio – e che ha riguardato l'oncologa Sylvie Ménard, affetta da un inguaribile tumore al midollo osseo – testimonia il radicale mutamento di prospettiva verificatosi in relazione alla stessa persona, dapprima convinta sostenitrice del diritto di morire in quanto medico, poi, una volta passata «dall'altra parte della barricata», saldamente decisa a vivere fino in fondo la propria esistenza, dopo che la morte per lei ha smesso di essere “un concetto virtuale” e che si è radicata nel suo animo la convinzione che “uno decide di morire se è solo e soffre come un cane”⁷². In questo caso sono innegabili sia la differenza che separa una partecipazione esterna da una vissuta in prima persona⁷³, sia l'influenza positiva che sulla Ménard ha avuto un contesto di amorevole prossimità.

Senza tralasciare che, ricorrendo all'ausilio sia della psicologia del profondo che di quella elementare, autorevolmente si è focalizzata l'attenzione

⁷⁰ Per approfondimenti sulla «psicologia della *Gestalt*» si rinvia ad ATTILI, *Introduzione alla psicologia sociale*, Roma, 2000, pp. 32 ss.; RONCO, *Introduzione alla psicologia. Conoscenza e apprendimento*, Roma, 1977, pp. 41 ss. Un test significativo è, ad esempio, quello di mostrare ad un certo numero di persone una mano aperta con un oggetto posato su di essa: nove su dieci, alla domanda “cosa vedi?”, si riferiscono, nella risposta, al solo oggetto, mentre solamente una afferma di vedere anche la mano che lo presenta, concentrandosi l'attenzione della maggioranza degli osservatori sul dettaglio ed ignorando il contesto.

⁷¹ Sulla vicenda Nuvoli si veda l'articolo di Alberto Pinna, *Nuvoli a casa «Non parla più di morte»* a p. 20 del *Corriere della Sera* del 7 aprile 2007, nonché quello dello stesso inviato per il *Corriere della Sera* del 24 aprile 2007, intitolato *Nuvoli: scelto il medico che mi farà morire* e presente a p. 18.

⁷² Le due espressioni testuali sono tratte da un'intervista di Simona Ravizza alla Ménard per il *Corriere della Sera* del 4 ottobre 2007, recante il titolo «*Ero per l'eutanasia, ora ho il cancro. E voglio vivere fino all'ultimo giorno*» (p. 13).

⁷³ VOLTAGGIO, *Etiche di fine vita (Quali le scelte possibili)*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., p. 260, rileva la distanza che separa una decisione adottata in condizioni di buona salute e sulla base di una disamina razionale da quella che matura nello stato di disperazione indotto dalla malattia.

anche sul substrato psichico soggiacente alle ragioni di chi accoglie l'altrui richiesta di morte: infatti, è stata ricordata l'estrema difficoltà di differenziare il movente altruistico della pietà – generalmente addotto a giustificazione dell'accoglimento di almeno una parte delle manifestazioni di volontà eutanasiche – da quello egoistico-opportunistico, solo in apparenza mimetizzato come pietoso ma, in verità, favorevole all'eliminazione di esistenze ritenute non più piacevoli o, di fatto, inutili⁷⁴.

2.5. Il contributo dell'analisi socio-economica.

“Come si può accettare una vita improduttiva in un mondo che chiede produzione, un corpo inerme ferito dinanzi ad una comunicazione incentrata su modelli improbabili ed inaccessibili di salute, attivismo, bellezza?”⁷⁵. Quest'interrogativo, in tutta la sua inesorabile attualità, ripropone la questione della decisiva incidenza che può avere una determinata *weltanschauung* sulle scelte non solo personali, ma anche politiche e legislative. Se, infatti, la stessa medicina cede alla tentazione di orientare la sperimentazione nella direzione dell'ottimizzazione delle prestazioni e dell'efficienza fisica, dell'esaltazione dell'armonia “plastica” del corpo, se il modello di uomo dominante è quello tecnologico, le possibili, *rectius* probabili, ripercussioni sulla gestione di una malattia gravemente invalidante e in fase terminale potrebbero manifestarsi proprio in una richiesta di interruzione di qualsiasi sostegno vitale o nella sua promozione da parte di altri⁷⁶, lasciando trasparire una concezione della morte come “inestetico incidente di percorso, non spiegabile e non compatibile con una società organizzata in modo efficiente, tecnologicamente e scientificamente avanzata”⁷⁷.

Né manca chi nelle leggi sull'eutanasia già varate in Belgio ed Olanda intravede l'occulta ed inquietante riproposizione del programma di “macabra bonifica” di tutte le esistenze inutili proprio dell'*Euthanasieprogramm*, già sopra

⁷⁴ A tale esito approdano le conclusioni di MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Padova, 2008, p. 76. Per ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 66, la benevolenza o *pietas*, alla base dell'accettazione di certe richieste eutanasiche, potrebbe nascondere la rassegnazione ad un concetto di uomo isolato, senza legami col suo prossimo.

⁷⁵ Testualmente BONITO OLIVA, *Eutanasia: rassegnazione o scelta?*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., p. 118.

⁷⁶ Sul punto si veda ancora BONITO OLIVA, *Eutanasia: rassegnazione o scelta?*, cit., pp. 118 s.

⁷⁷ In questi termini DI SALVO, *Medicina ed etica di fine vita*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., p. 178.

richiamato (cfr. § n. 2) per una sorta di “eutanasia di Stato”⁷⁸. Pur non volendo approdare alle stesse conclusioni – perché diverse sono le motivazioni di fondo che animano le discipline belga ed olandese – non si può, tuttavia, ignorare quanto sia realistico il timore che una concezione utilitaristica dell’uomo possa farsi spazio nella richiesta di legittimazione delle manifestazioni di volontà tese alla morte, nel senso che la battaglia portata avanti in nome del consenso del paziente potrebbe nascondere tentativi più o meno consapevoli di affermazione di una concezione ispirata ad un soggettivismo pressoché illimitato ed illimitabile, tale da sfociare nelle rivendicazioni di uno «spazio libero dal diritto»⁷⁹.

D'altronde, quando Herbert Marcuse nel suo *L'uomo a una dimensione* (1964) denunciò impietosamente che la società industriale contemporanea strumentalizza e reifica l'individuo, schiacciandone la personalità, non intendeva forse mettere in risalto proprio il rischio elevatissimo connesso alla diffusione di una *forma mentis* massificante e, soprattutto, tale da ridurre l'uomo a schiavo di una certa visione del mondo⁸⁰? L'influenza latente di certi modelli di vita è incontestabile, soprattutto nel momento in cui essa riesce a sfruttare le potenzialità diffusive dei *mass media*, penetrando, anche inavvertitamente, nelle coscienze dei destinatari e plasmandole, secondo il copione di quella che, efficacemente, è stata definita una “*mondofiction* mediatica”⁸¹. Per una cultura dominata dall'apparente protagonismo, dall'edonismo e dall'idea di successo, la perseveranza nel tenere in vita un soggetto non più rispondente a tali canoni potrebbe apparire irragionevole sia a chi, malato, si sente ormai estraneo ad un'esistenza così concepita, sia agli altri che, conformati ad un simile modello, sarebbero indotti ad assecondare, per “pietà”, una richiesta rivolta a far cessare una sofferenza tanto “disfunzionale”. Proprio in relazione alle esperienze belga ed olandese si è ritenuto che fosse

⁷⁸ In tal senso ZEPPESELLA, *Il diritto a non soffrire: ha senso parlare di eutanasia?*, cit., p. 173.

⁷⁹ Come rileva MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., pp. 424 s. Sull'argomento si tornerà in seguito, nel corso del § 1 del cap. 3.

⁸⁰ Non a caso CAPANNA, *Il sessantotto al futuro*, Milano, 2008, pp. 87 ss., auspica un recupero delle istanze emerse negli anni della contestazione, allo scopo di conferire un diverso impulso al futuro, che abbandoni la strada distruttiva del profitto – dove l'uomo col suo lavoro è sempre più funzione della macchina, appendice dell'organizzazione tecnologica – che spersonalizza gli individui, affogandoli in una passività connivente e sottomettendoli ad una dittatura mascherata, quella della democrazia apparente, che illude gli elettori di essere protagonisti e decisori, mentre li rende prigionieri ed esecutori dei disegni dei poteri economici e finanziari.

⁸¹ Ancora CAPANNA, *Il sessantotto al futuro*, cit., p. 65, il quale successivamente analizza la degenerazione dell'informazione in propaganda, finalizzata all'inebetimento delle persone, cosificate come tessere del disegno consumistico (cfr. pp. 66 ss. e 105 s.).

legittimo il dubbio che le richieste avanzate dai malati in favore dell'interruzione della vita risultassero in qualche modo incentivate dal clima culturale nel quale esse maturavano⁸².

Senza tralasciare la rilevanza di un dato di natura puramente economica: una certa mentalità utilitaristica può tradursi in un criterio allocativo delle risorse necessarie per fronteggiare la spesa sanitaria, con la conseguenza che le richieste di interruzione dei trattamenti di assistenza medica potrebbero essere indotte da un sistema strutturato in modo da escludere alternative – come le cure palliative – private del necessario sostegno economico. La deliberazione degli stanziamenti seguirebbe, pertanto, un percorso obbligato, imposto dalla pregiudiziale opzione in favore di un determinato modello di esistenza. In tali condizioni la scelta del paziente non potrebbe nemmeno dirsi autenticamente libera, secondo quanto auspicato da chi sostiene con tutta convinzione il principio di autodeterminazione⁸³. Più correttamente, invece, l'opzione per la morte si radicherebbe nella interpretazione secondo un certo angolo prospettico della condizioni esteriori che *prima facie* renderebbero estremamente disagiata, agli occhi di chi soffre e di chi lo assiste, vivere ancora. Non tanto le condizioni esteriori, quindi, ma piuttosto la loro lettura in una certa ottica indurrebbe a richiedere la morte, connotando la manifestazione di volontà in chiave eteronoma⁸⁴.

Le ultime considerazioni sono ancor più rilevanti se solo si pone attenzione alle condizioni a dir poco deficitarie del sistema nazionale italiano, bisognoso di una riforma radicale tale da assicurare un controllo migliore per quanto attiene alla gestione delle risorse e alla riduzione delle ingenti voci passive e che, in chiave di ottimizzazione, potrebbe essere interessato da strategie di investimento di grandi gruppi industriali o assicurativi per una connotazione imprenditoriale sempre più marcata⁸⁵. Nulla escluderebbe che gli interessi di parte

⁸² Come annota PESSINA A., *Eutanasia*, cit., p. 98. TEN HAVE, *L'eutanasia in Olanda: un'analisi critica della situazione attuale*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire?*, cit., pp. 134 ss., rinviene nell'esperienza olandese il rischio della diffusione di fatto di una "cultura di morte".

⁸³ Sull'argomento si veda BARCARO, *Decidere la fine della propria vita?*, cit., pp. 219 ss.; ma anche VOLTAGGIO, *Etiche di fine vita*, cit., p. 260.

⁸⁴ Così PESSINA A., *Eutanasia*, cit., pp. 98 ss., il quale sembra limitare la rilevanza della dimensione eteronoma alla mera esistenza delle condizioni esteriori, focalizzando la propria riflessioni soprattutto su queste ultime, anche se l'Autore, ha ben chiaro che l'interpretazione dei segni esteriori è influenzata dal clima culturale nel quale essa è effettuata (cfr. p. 98, come riportato anche nella precedente nota n. 82).

⁸⁵ In proposito si rinvia alla competente analisi di MARINO, *Nelle tue mani*, cit., pp. 157 ss.

potrebbero orientare in un senso piuttosto che in un altro l'impiego di mezzi ed energie, soprattutto se si considera che, in ogni caso, l'assistenza ai malati terminali comporta comunque dei costi⁸⁶.

Un riepilogo conclusivo consente, allora, di delineare in via di massima due differenti indirizzi, a loro volta riconducibili a distinte teorizzazioni di matrice socio-economica: da un lato, quello più chiaramente liberal-individualistico, favorevole ad una valorizzazione ampia, se non massima, dell'autodeterminazione personale e non alieno da possibili contaminazioni utilitaristiche; dall'altro, quello personalistico, radicato in un'idea di sostanziale indisponibilità della vita e più incline a ricorrere a forme di assistenza improntate a quello spirito solidaristico che non si esprimerebbe necessariamente nell'esaudire una richiesta di morte proveniente dal malato, per quanto onerosa sotto il profilo economico possa risultare la prestazione di trattamenti sanitari prolungati anche per lungo tempo⁸⁷. Anche se, in quest'ultimo caso, non si può tacere il rischio di un'eticizzazione che potrebbe tradursi in una negazione della morale stessa, non più vista come appello alla libera e consapevole responsabilità della persona, ma come imposizione di un valore indiscutibile⁸⁸.

3. La laicità, da *vexata quaestio* a prospettiva metodologica.

Lo svolgimento dei differenti profili problematici appena passati in rassegna fornisce, al contempo, una conferma ed un orientamento. La prima riguarda la complessità della tematica e, quindi, la necessità di approntare una possibile soluzione normativa solo sulla scorta di un insieme di valutazioni che determini un esito meditato, approfondito, responsabile. Il secondo sortisce di conseguenza e si esprime nella capacità di affrontare e risolvere (o tentare di

⁸⁶ Per approfondimenti si veda MARZANO, *Il vincolo delle risorse e la sanità, con più specifico riferimento all'etica di fine vita*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 287 ss. Che sulle decisioni di fine vita possano influire valutazioni di tipo utilitaristico, legate all'allocatione di risorse da impiegare nel settore sanitario è evidenziato da ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 117. RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, in BORASCHI-MANCONI, *Il dolore e la politica. Accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura*, Milano, 2007, p. 40, pone l'accento su un deciso impiego delle risorse pubbliche per l'assistenza domiciliare, il sostegno ai familiari e le cure palliative, nonché su un riequilibrio della dislocazione di appositi centri-antidoloro in Italia. Sia MONTRONE, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, cit., pp. 154 ss., che VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, p. 127, si soffermano sull'assistenza a domicilio, disciplinata dal d. l. n. 450/1998, conv. nella l. n. 39/1999, che prevede la realizzazione in ogni regione di strutture dedicate all'assistenza palliativa.

⁸⁷ Sul tema: MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., pp. 424 s.; MORCAVALLO, *Un'etica di fine vita per la *ευδαιμονία**, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 237 ss.

⁸⁸ Tale profilo problematico è ripreso anche da LECALDANO, *Un'etica per le scelte di fine vita al di là dell'orizzonte del destino*, cit., pp. 65 ss.

risolvere) i quesiti relativi con un atteggiamento di apertura, di confronto, magari anche serrato, di disponibilità. In altri termini, laicamente.

A questo proposito, è indispensabile rammentare, seppur per brevi cenni, la disputa che da lungo tempo, ormai, contrappone due scuole di pensiero, due stili del tutto divergenti, riconducibili, sul piano semantico ai termini «laicità» e «laicismo», spesso adoperati anche come sinonimi sia nel linguaggio comune che nel campo dottrinale⁸⁹, ma la cui distinzione è di ordine contenutistico, dal momento che evocano una differenza sostanziale tra due modi di concepire il rapporto Stato-Chiesa⁹⁰, che nel paradigma laicistico postula una divisione incolmabile, professata con il separatismo prevalente in alcuni regimi liberali del XIX secolo⁹¹. Naturalmente, le due opzioni sono produttive di ripercussioni quanto mai rilevanti sul piano pratico, dal momento che i teorici d'ispirazione laicistica, paventando invasioni di campo da parte della Chiesa – qualunque essa

⁸⁹ L'ambivalenza dell'aggettivo «laicistico» è registrata da ZANONE, voce *Laicismo*, in BOBBIO-MATTEUCCI-PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, pp. 573 ss., sia come sinonimo di «laico», sia in un senso pregiudiziale precisato dallo stesso Autore, quando chiarisce “che lo Stato laico propriamente inteso non professa pertanto una ideologia «laicistica» qualora si intenda per tale una ideologia irreligiosa o antireligiosa” (p. 574). Non manca di far sorgere dubbi un'affermazione successiva, in forza della quale l'art. 3 Cost. sancisce l'irrelevanza giuridica delle convinzioni religiose dei singoli (p. 576); infatti, se il successivo art. 8 riconosce l'uguale libertà di tutte le religioni davanti alla legge, allora è più appropriato argomentare non di *irrelevanza giuridica tout court*, ma di irrilevanza giuridica di ogni discriminazione fondata su motivi religiosi, ammettendosi dunque la rilevanza giuridica del fenomeno religioso, peraltro considerato dalla stessa legge penale (cfr. artt. 403 ss. c.p.). L'elasticità della distinzione tra laicità e laicismo è evidenziata da BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, 2006, p. XVI dell'Introduzione. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in PISANI (a cura di), *Studi in onore di Pietro Nuvolone*, I, cit., p. 167, ammonendo sull'esatta connotazione della laicità e sulla sua differenziazione dal laicismo, qualifica la prima come indipendenza/autonomia del potere politico dall'autorità religiosa, adoperando come sinonimi i termini «indipendenza» ed «autonomia», che, invece, nel linguaggio corrente spesso differiscono, poiché il primo, diversamente dal secondo, indica una distanza che equivale alla separazione. Nella prospettiva di una configurazione laica e non laicistica del diritto penale, l'Autore perviene alla conclusione della superfluità di norme specificamente dedicate ai reati contro la religione, rivelandosi del tutto sufficiente la tutela ordinaria apprestata con altre norme poste a presidio di diritti individuali implicati dalle condotte incriminate dal codice Rocco con le disposizioni di cui agli artt. 402 ss.

⁹⁰ Per l'approfondimento del punto si rinvia all'editoriale *Laici, laicità e laicismo*, in *Civ. catt.*, 2000, n. 3609, pp. 211 ss. ed a MUCCI, *Laicità e laicismo*, *ivi*, 2004, n. 3706, pp. 325 ss. Di recente le differenti sfumature della laicità sono state ben evidenziate da MORMANDO, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, Padova, 2005, p. 105 (vol. V del *Trattato di diritto penale. Parte speciale* curato da MARINUCCI-DOLCINI); PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 55 ss.; VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte Costituzionale*, *ivi*, 2005, p. 1051.

⁹¹ MARTINA, *Storia della Chiesa da Lutero ai nostri giorni. III: l'età del liberalismo*, Brescia, 1995, pp. 77 ss., articola oculatamente la concezione separatistica, in ossequio al modello della separazione pura, propria del liberalismo anglosassone e rispettosa di un'effettiva libertà di culto; della separazione parziale, tipica del Belgio, dove la Chiesa era equiparata ad una società privata alla quale venivano riconosciuti alcuni privilegi; della separazione ostile, affermata nei Paesi latini (Francia, Spagna, Portogallo, Italia, Colombia, Messico, Venezuela), di stampo dichiaratamente anticlericale. Nei confronti del liberalismo i cattolici si divisero tra gli intransigenti, del tutto contrari, ed i liberali, più aperti ed innovatori (cfr. pp. 159 ss.).

sia –, si mostrano di fatto restii a qualsiasi confronto, al contrario di quanti, invece, favorevoli all'impostazione laica, lo accettano di buon grado.

Ad avviso di questi ultimi lo Stato laico non può ignorare le istanze maturate nel mondo dei credenti, legittime al pari di quelle di altre componenti culturali ed etiche presenti nella collettività, perché la laicità dello Stato non dev'essere declinata come estraneità rispetto alle predette istanze né può condurre ad atteggiamenti di avversione o di dichiarato ateismo, funzionali unicamente ad usare l'alibi della laicità per imporre una religione civile o, peggio, un'autentica statolatria⁹². A questo proposito è stato osservato che la polemica sui simboli religiosi svelerebbe, ad un occhio attento, una chiusura pregiudiziale, tesa a presentare sotto le mentite spoglie della libertà solamente quanto è concesso da una mentalità dominante, tutt'altro che tollerante e pronta, invece, a confinare nell'angusto recinto dei fatti privati le questioni di fede, alla quali non è concessa in alcun modo la possibilità di essere espresse attraverso pubbliche testimonianze⁹³.

Di recente le argomentazioni favorevoli ad una interpretazione della laicità nel senso della totale separazione tra convinzioni religiose e vissuto quotidiano sembravano aver conosciuto un nuovo slancio con la riproposizione della tesi dell'*etsi Deus non daretur* (riconducibile al § 11 dei *Prolegomena del De iure belli ac pacis* di Ugo Grozio), promossa da quanti hanno chiesto ai credenti di far memoria del monito presente nell'epistolario, redatto in un campo di concentramento, del teologo protestante Dietrich Bonhoeffer – al quale va il merito di aver recuperato la formula groziana –, perché partecipino alla vita civile senza farsi scudo della sacralità della Scrittura o dell'autorevolezza del Magistero⁹⁴.

⁹² In questa direzione si orientano le riflessioni di CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle moderne democrazie occidentali*, in DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, pp. 143 e 160 s.; CASAVOLA, *La linea d'ombra fra laico e religioso*, in *Il Messaggero*, 11 gennaio 2001, pp. 1 s.

⁹³ Il filosofo Giulio GIORELLO nel suo *Di nessuna Chiesa. La libertà del laico*, Milano, 2005, pp. 55 ss., richiamandosi al concetto di tolleranza, intesa non come indifferenza, ma come apertura equilibrata ad ogni istanza, perviene alle conclusioni tratteggiate nel testo. Di tenore diametralmente opposto si rivelano quelle di MORMANDO, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, cit., pp. 121 ss., il quale, in nome della stessa tolleranza, nega cittadinanza al diritto penale di religione.

⁹⁴ Così RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Torino, 2000, p. 19, il quale aggiunge che il credente il quale, in partenza, non rispetta questa *par condicio*, "rischia invece di minare il processo democratico stesso – non semplicemente la sua qualità laica" (pp. 153 s.).

Occorre, tuttavia, procedere a due chiarimenti necessari. In primo luogo, la rievocazione bonhoefferiana di Grozio aveva lo scopo di sconfessare la religiosità di facciata di quanti riducevano Dio al *deus ex machina*, ad un'ipotesi di lavoro deresponsabilizzante perché tale da consentire al credente di non impegnarsi, di non crescere. *L'etsi Deus non daretur* non rappresenta, per Bonhoeffer, la soluzione «teologicamente corretta» con la quale si compiace una certa idea della laicità, insofferente al cospetto di una dichiarazione esplicita di fede, ma un modo per dare senso alla propria fede, ripartendo da zero, appunto come se Dio non ci fosse⁹⁵.

L'altra precisazione attiene all'impostazione groziana, nella quale il diritto naturale vincola gli uomini per il solo fatto di essere conforme alla ragione, a prescindere da qualunque fondamento teologico, anche se l'esistenza di Dio non fosse ammessa. Di per sé l'enunciato non assume particolari accenti di ostilità, postulando solo l'affrancamento del diritto da ogni presupposizione teologica, di modo che la stigmatizzazione come penalmente rilevante di una certa condotta si legittimava per la sua connotazione antisociale, senza ricorrere a contaminazioni di natura metafisica, tanto incerte perché non verificabili⁹⁶. Con la conseguenza che, pur riconoscendo ancora al Creatore il ruolo di fonte suprema del diritto, si garantiva, al contempo, la persona dall'invasione di un intervento penale anche per atti meramente interiori, privi di un'effettiva dannosità sociale⁹⁷.

⁹⁵ Com'è riportato in BONHOEFFER, *Resistenza e resa. Lettere dal carcere* (a cura di BETHGE), Cinisello Balsamo, 1988, p. 440 (da una lettera del 16 luglio 1944). Per completezza d'esposizione, è opportuno rammentare che Bonhoeffer intrattenne una vivace polemica con un altro teologo protestante, Karl Barth (cfr. pp. 349 s. e 355, in occasione di altre due sue lettere), che deprecava un certo antropocentrismo teologico che metteva al centro l'uomo religioso, "fatto grande a spese di Dio" (BARTH, *L'umanità di Dio* [tr. it.], Torino, 1997, p. 90) e, per questa ragione, riteneva indispensabile, per ristabilire la verità del rapporto Dio-uomo, che la Chiesa si riappropriasse della sua vocazione di essere, nel mondo, il riflesso — per quanto non sempre cristallino — dell'umanità di Dio (p. 113), quella Chiesa che, proprio perché testimone del Maestro davanti a tutti, è chiamata ad esplicitare la propria fede (cfr. p. 114).

⁹⁶ Si rinvia alla lucida e sempre attuale analisi di MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica a quella laica del diritto penale*, Napoli, 1979, p. 47.

⁹⁷ Ancora MOCCIA, *Carpzov e Grozio*, cit., pp. 57 ss. BERTOLISSI-VINCENTI, *Laicità e diritto*, in BONIOLO (a cura di), *Laicità*, cit., p. 79, reputano vanificata la fondazione razionale del diritto operata da Grozio a causa del persistente ancoraggio al diritto naturale, indiscutibile nella sua eternità, mentre apprezzano la posizione assunta da Marsilio da Padova nel *Defensor pacis* (1324), con la riconduzione del diritto alla volontà popolare. Diverso l'avviso di MOCCIA, *Carpzov e Grozio*, cit., pp. 42 ss., che, pur ammettendo l'assenza di una matrice contrattualistica nella fondazione groziana dello *ius puniendi* statuale, fa notare che proprio con il contributo del giurista olandese si posero le basi non solo dell'accennata impostazione in termini chiaramente razionali delle norme giuridiche, ma anche della distinzione tra morale e diritto e della tutela dell'individuo radicata in una sua rivalutata dignità.

L'assunto dell'*etsi Deus non daretur* si presterebbe a distorsioni ermeneutiche, se è vero che anche chi se n'è fatto fervente sostenitore ha sentito il dovere di precisare che a torto tale espressione viene sospettata di celare “un surrettizio disimpegno ateistico”, mentre altro non è che “una rivendicazione della piena autonomia conoscitiva e morale dell'uomo”⁹⁸. Pertanto, quando l'attuale Pontefice Benedetto XVI, dal canto suo, ha rilanciato con la formula opposta del *veluti si Deus daretur* – proponendo ai laici non credenti di mettere in conto *anche* l'esistenza di Dio, ammettendola tra le aperture da loro riconosciute proprio in ragione della laicità da loro professata⁹⁹ – non ha fatto altro che fraintendere l'uso dell'espressione groziana, non essendo affatto in discussione l'esistenza di Dio, ma la sua presenza nel dibattito che sorge su temi eticamente sensibili¹⁰⁰.

In effetti, il ricorso all'argomentazione dell'*etsi Deus non daretur* è operato correttamente quando parte dal riconoscimento dell'intenzione autentica dalla quale soprattutto Bonhoeffer era animato, ossia quella dell'assunzione di responsabilità da parte dei credenti, senza che questi si nascondessero dietro l'ampio e comodo paravento del principio di autorità divina. Se, in altre parole, si chiede di agire come se Dio non ci fosse è solo per mettere su un piano di parità credenti e non credenti, per favorire tra di loro un dialogo improntato ad un reciproco e rispettoso commisurarsi, senza che questo implichi alcuna sospensione delle personali ragioni di fede. Tuttavia, quando si ha cura di puntualizzare che, adottando questo metodo, non s'interrompe lo scambio di ragioni sui “valori ultimi” presupposti dagli interlocutori, si ammette una manifestazione, da parte di chi crede, della matrice fondamentale confessionale del proprio pensiero¹⁰¹. Ed allora, la distanza dalla tesi del *veluti si Deus daretur* svanisce, nel momento in cui quest'ultima presenta il Dio non creduto dall'ateo come istanza critica

⁹⁸ In questi termini RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in BONIOLO (a cura di), *Laicità*, cit., p. 52.

⁹⁹ Si allude a RATZINGER, *L'Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, Roma-Siena, 2005, p. 63. MANCINA, *Laicità e politica*, in BONIOLO (a cura di), *Laicità*, cit., p. 20, citando il modello di laicità teorizzato dal filosofo statunitense John Rawls, ne approva la conclusione in forza della quale è necessario il coinvolgimento delle ragioni religiose nelle discussioni relative a temi inerenti alle stesse, in modo da indurle al confronto con altre ragioni. Per la verità, il confronto potrebbe rivelarsi senza dubbio proficuo anche per le riflessioni di matrice non religiosa, così come si annoterà in seguito (cfr. nota n. 102).

¹⁰⁰ Secondo quanto osserva RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, cit., p. 52.

¹⁰¹ Lo riconosce RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse*, cit., pp. 19 ss. Invero, lo stesso Autore, in *Laicità ed etica pubblica*, cit., pp. 52 s., lascia affiorare un certo imbarazzo dinanzi all'eventualità di un esplicito riconoscimento dell'esistenza di Dio.

radicale della sua coscienza, utile per sottoporre a verifica continua le sue acquisizioni¹⁰².

La distinzione tra laicità e laicismo può risultare non gradita a chi riscontra nel secondo termine una colorazione spregiativa o, comunque, connotata in chiave pregiudiziale¹⁰³ ma, in ogni caso, rispecchia la differenza reale tra una modalità e l'altra di vivere la laicità, tra un modello di stile negativo, «debole» o per difetto, perché caratterizza lo Stato per quello che non fa, ed uno che, invece, intende la laicità nel senso forte e pieno del termine, definendo in positivo lo Stato per quello che fa, non per quello che evita di fare¹⁰⁴, favorito, per non dire imposto, dall'assetto pluralistico delle attuali realtà sociali e caratterizzato proprio dal coinvolgimento attivo dello Stato nella garanzia e nella promozione di ogni tipo di libertà, inclusa quella religiosa e morale. Ne consegue che la neutralità, nel secondo caso, non assume i caratteri dell'indifferenza, ma quelli dell'imparzialità, perché uno Stato *indifferente* nei confronti dei fenomeni etico-religiosi è ben diverso da uno Stato che, *indifferentemente*, li riconosce, garantendoli sotto il profilo della diffusione.

D'altro canto, è quanto mai significativo che la seconda prospettiva, che si traduce nella ricerca costante dell'integrazione tra il pensiero credente e quello secolare, rinvenga un fondamento alla propria plausibilità e fecondità nella stessa Costituzione, i cui valori fondamentali hanno conosciuto una massiccia espansione anche grazie all'opera evangelizzatrice compiuta dalla Chiesa nel corso dei secoli¹⁰⁵. Questo perché la storia italiana, segnatamente in quei capitoli che riguardano soprattutto il secolo passato e che hanno favorito la nascita della Repubblica, non si concilia con una configurazione dello Stato italiano in senso

¹⁰² Si veda RATZINGER, *L'Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, cit., pp. 59 ss. L'esortazione ad una sana autocritica è valorizzata in BONIOLO (a cura di), *Laicità*, cit., p. XXV dell'Introduzione.

¹⁰³ RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, pp. 5 s., si sofferma sulla discriminazione tra laici «buoni» e laici «cattivi» o laicisti, dichiarando la propria preferenza per una definizione della laicità nei termini dell'autonomia rispetto alle diverse concezioni morali o religiose diffuse nella società.

¹⁰⁴ Per le due connotazioni della laicità riferite nel testo si consenta di rinviare al nostro *Riflessioni dommatiche e politico-criminali sui reati contro le confessioni religiose*, in *Crit. dir.*, 2008, nn. 1-2, pp. 149 ss. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009, pp. 9 ss., inverte il senso delle espressioni ricordate nel testo, ma concorda nel tratteggiare una duplice configurazione della laicità, distinta in quella «combattente» (o «orgogliosa») e in quella «debole», nelle ipotesi in cui, rispettivamente, essa approdi all'esito di dividere o, piuttosto, di porre in contatto e di unire (cfr. p. 15).

¹⁰⁵ In questo senso, pronunciandosi sulla questione del crocifisso nelle aule scolastiche, SORGE, *Il simbolo della croce*, in *Agg. soc.*, 2003, n. 12, pp. 767 s.

laicistico, se si rammenta il ruolo svolto, in particolare nei decenni precedenti, dalla cultura cattolica nella formazione della coscienza civile del popolo italiano e di molti degli uomini politici nazionali¹⁰⁶. Se argutamente si è osservato che l'Italia è “un Paese laico di cultura cattolica”¹⁰⁷ è proprio in ragione di una tradizione che, radicata nell'affermazione e nella diffusione di principi confessionali, ha, poi, attecchito in maniera così profonda da potersi definire peculiare della società civile nostrana¹⁰⁸.

Memori di questo retaggio storico-culturale, numerosi Autori concordano, ormai, nel ritenere del tutto inapplicabile alla realtà italiana la *laïcité de combat* tipicamente francese, in forza dell'insopprimibile divergenza tra un *mos gallicus* ed un *mos italicus* di concepire la laicità, essendosi, in quest'ultimo caso, strutturato un modello di rapporti tra Stato e Chiesa (Chiese) tale da porre in dialogo, e non in semplice contrapposizione, le due realtà¹⁰⁹. Autorevole e specifica conferma di quanto fin qui sostenuto può riscontrarsi nel combinato disposto degli artt. 3 e 19 Cost., con il quale si sancisce, per un verso, l'irrelevanza di ogni discriminazione tra persone fondata su motivazioni religiose che ben si combina, sull'altro versante, col riconoscimento di rango costituzionale della libertà della professione di ciascuna fede, in forma individuale o associata, che include le manifestazioni esteriori, espressioni di un diritto soggettivo pubblico, rivendicabile nei confronti dello Stato senza che questo possa limitarlo in alcun

¹⁰⁶ Secondo quanto attesta SCOPPOLA, *La democrazia dei cristiani. Il cattolicesimo politica nell'Italia unita*, Bari, 2005, pp. 98 ss.

¹⁰⁷ L'indovinata definizione risale al famoso giornalista e scrittore Indro MONTANELLI, *Le stanze. Dialoghi con gli Italiani*, Milano, 1998, p. 158.

¹⁰⁸ Sempre in riferimento al tema della presenza del crocifisso nella scuole pubbliche, sono di quest'avviso DALLA TORRE, *Dio o Marianna? Annotazioni minime sulla questione del crocifisso a scuola*, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 517; SIMONE, *La presenza del crocifisso nelle scuole pubbliche*, in *Civ. catt.*, 2005, n. 3710, pp. 185 s.

¹⁰⁹ Sul punto si consiglia la lettura di DALLA TORRE, *Dio o Marianna?*, cit., pp. 516 ss. L'evoluzione verso una forma positiva d'intendere la laicità dello Stato è accuratamente argomentata da CARDIA, voce *Stato laico*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 884 ss. Per l'impraticabilità della prospettiva laicistica o della laicità in senso negativo si pronunciano pure FUCCILLO, *Ma la croce in aula è un conforto per tutti*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 12, p. 74; MANCINA, *Laicità e politica*, cit., p. 22; SIMONE, *La presenza del crocifisso nelle scuole pubbliche*, cit., p. 186. Illustra l'esperienza francese della laicità MANSUY, *Laïcité versus laïcisme: l'esperienza francese*, in DE FRANCESCO G.-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, pp. 307 ss. In argomento sia consentito rammentare il nostro *La Corte di Strasburgo, un postulato debole e lo «scandalo» della croce*, in *Diritto e religioni*, n. 1, 2010, pp. 230 ss., con specifico riferimento alla sentenza della Cedu datata 3 novembre 2009. SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. pen.*, 2004, pp. 911 ss., valorizza la distinzione tra Stato laico separatista e laicità pluralistica contemporanea, secondo una chiara matrice di carattere costituzionale, in modo da concepire la laicità stessa come scelta di metodo, che deve guidare l'azione statuale, tale da renderla neutrale nel senso di imparziale.

modo, degradandolo a situazione soggettiva di rango inferiore¹¹⁰. La Corte costituzionale, occupandosi dei *religionsdelikte*, ha declinato il principio di laicità nella sua accezione forte, piena, non concependosi lo Stato laico come uno spettatore disinteressato ed indifferente alle contese che interessano la religione, ma come arbitro equidistante ed imparziale, pronto ad intervenire con specifici interventi legislativi a protezione della libertà di religione¹¹¹. Appare, allora, ben calibrato, per quanto drastico nella sua perentorietà, il verdetto emesso da chi sostiene che “la vecchia pseudo-laicità, indifferente o ignorante di cose religiose ha fatto il suo tempo”¹¹².

Il riconoscimento di una versione italiana della laicità rappresenta il primo passo per una sua utilizzazione in chiave metodologica. Se, come annotato preliminarmente nel corso del § 1, la democrazia è costitutivamente multi-identitaria, postulando la coesistenza di molteplici identità, intatte nella loro individualità e raccordabili con l’instancabile tessitura del confronto dialogico, che riconosce nell’interlocutore una presenza uguale per dignità, ma diversa perché altro da se stessi, l’adozione del modello positivo, forte e pieno di laicità si presenta quanto mai funzionale alla realizzazione delle finalità caratteristiche del governo del popolo, consentendo che, nel totale rispetto delle opinioni di tutti, manifestate senza preclusioni o filtri prudenziali, del tutto eccentrici rispetto all’autentica natura di una democrazia, prendano forma quelle decisioni che, di volta in volta, sono richieste dalle esigenze del vivere comune.

Di conseguenza, l’opzione per il modello positivo della laicità svela per intero la sua importanza strategica, divenendo “occasione e strumento di dialogo”, nel senso di “metodo della continua analisi razionale dei fenomeni, che si fa umile nel porsi all’ascolto dell’esperienza, che accetta di sottomettere le acquisizioni di volta in volta raggiunte a prove di fallibilità storica, che non riposa su dogmi legittimanti aprioristici, che non conosce prima – insomma – come andrà a finire

¹¹⁰ Sul punto: FINOCCHIARO, *Art. 19 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, p. 241.

¹¹¹ C. cost., sent. n. 329/1997, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 3339 ss.; sent. n. 508/2000, *ivi*, 2000, pp. 3969 ss. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell’età post-secolare e il ruolo della Corte Costituzionale*, cit., pp. 1051 s., convenendo sulla predilezione da parte della Consulta del modello di laicità positivo o in senso forte e pieno, ricollega tale scelta alla esistenza di un confronto, in atto all’interno della Corte stessa, tra i due diversi orientamenti illustrati nel testo. Con riferimento all’ambivalenza del concetto di laicità ed al modo italiano di intenderla e di viverla, comprensivo del riconoscimento operato dalla Corte costituzionale, si veda SCOPPOLA, *La democrazia dei cristiani*, cit., pp. 205 ss.

¹¹² L’affermazione risale a RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, cit., p. 51.

la storia cui ognuno assiste e che vive”¹¹³. Facendo tesoro dell’intramontabile insegnamento di Montesquieu – secondo il quale è costitutiva della democrazia una certa dose di laboriosità unita al parziale sacrificio delle proprie ragioni¹¹⁴ – si può vincere la tentazione di ritenere la laicità una questione ingombrante, destinata a cedere il campo all’improcrastinabile rafforzamento della propria identità dinanzi alle difficili emergenze prodotte dal pluralismo culturale e religioso attuale¹¹⁵, per affermare decisamente, e di contro, che la realizzazione della sfera pubblica “polifonica”, nella quale sia garantita la libera manifestazione di ogni visione del mondo¹¹⁶, non ammette esclusioni di sorta, se non a prezzo di un’innequivocabile contraddizione in termini, contrabbandando come laica – e, quindi, come costitutivamente aperta ad ogni contributo – una concezione che, invece, postula la supremazia irragionevole di una parte, qualunque essa sia, sull’altra¹¹⁷.

In conclusione, il vero problema non è costituito dal credere o meno, bensì dal dogmatismo di quei credenti che, di fatto, negano la libertà di fede – anche in chiave negativa, come libertà di non aderire ad alcuna fede – e dall’eccessivo scetticismo, praticato sul piano dei principi, da alcuni non credenti¹¹⁸. Pertanto, il ricorso ad una nozione di “laicità accogliente”¹¹⁹ oltrepassa la definizione di quest’ultima solamente nei termini di una rivendicazione da avanzare nei confronti degli «avversari», per presentarsi anche, e prima ancora, come appello ad una coscienza autenticamente sociale, implicante l’accettazione della dignità delle ragioni dell’interlocutore. In conformità ad una pertinente osservazione, la laicità può essere espressa dal concetto di sintesi della libertà di coscienza – articolabile nella triplice accezione di libertà di credenza, di conoscenza e di critica –, sempre che non ci si limiti unicamente a vantare tale libertà, ma si sia disposti in primo luogo a riconoscerla agli altri¹²⁰.

¹¹³ Così PRISCO, *Laicità*, cit., p. 15.

¹¹⁴ Si veda MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, cit., pp. 181 s.

¹¹⁵ Come ricordato da MANCINA, *Laicità e politica*, cit., p. 11.

¹¹⁶ In tal senso HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., pp. 38 s., e, dello stesso Autore, *Tra scienza e fede* (tr. it.), Bari, 2006, pp. 164 ss.

¹¹⁷ Per un approfondimento complessivo sul punto si rinvia a RAWLS, *Liberalismo politico* (tr. it.), Milano, 1994.

¹¹⁸ La lucida riflessione è di ZAGREBELSKY G., *L’idea della giustizia e l’esperienza dell’ingiustizia*, in MARTINI-ZAGREBELSKY G., *La domanda di giustizia*, Torino, 2003, pp. 49 s. Concorda BONIOLO (a cura di), *Laicità*, cit., p. XXVI dell’Introduzione, nella misura in cui mette in guardia dagli pseudo-laici, ossia da coloro che radicalizzano ed assolutizzano una delle caratteristiche, quali quelle illustrate nel testo, nelle quali si manifesta la laicità.

¹¹⁹ In questi termini la qualifica PRISCO, *Laicità*, cit., pp. 57 ss.

¹²⁰ Lo rileva BONIOLO (a cura di), *Laicità*, cit., pp. XIX ss. dell’Introduzione. In senso adesivo RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 14 ss.

La laicità rappresenta, dunque, il vero banco di prova di un modello di tipo democratico. Esercitandosi nel raccordare le proprie opinioni con quelle altrui si irrobustisce il fondamento multi-identitario proprio delle organizzazioni democratiche. Certamente, non si tratta di un'impresa semplice, perché non è agevole rinunciare, seppur parzialmente, ai propri punti di vista ed interessi, ma è lo spirito genuinamente democratico ad esigere molto, a richiedere la sottomissione delle proprie convinzioni, di qualunque genere, a continue verifiche e perfezionamenti¹²¹. D'altronde, anche chi si riferisce a verità superiori non può, per un'onesta ammissione dei propri limiti creaturali, pretendere di esprimerle nella loro assoluta compiutezza. Si obietterà che un simile percorso laico si preannuncia quanto mai impegnativo e pure costoso, in termini di energie da spendere. Ma è la democrazia stessa ad essere faticosa, stancante. Nessuno può illudersi di contribuire a realizzarla, per quella parte che gli compete, senza dover pagare un tale prezzo¹²².

4. Implicazioni pratiche: la laicità integratrice.

Quanto fin qui sostenuto rinviene la propria giustificazione nella premessa di partenza: se il diritto è politica, se è innegabile che le più disparate valutazioni di ogni ordine possano trovare spazio nella procedura di formazione di una legge, sarà giocoforza non trascurare le numerose variabili dinanzi passate in rassegna, allo scopo di evitare che lo sbilanciamento verso l'uno o l'altro dei fattori in gioco comporti la realizzazione di un prodotto normativo insoddisfacente, almeno dal punto di vista del suo tasso di democraticità, perché figlio non di un confronto, ma di una imposizione.

Nelle aule parlamentari, infatti, può essere sancita l'affermazione di un "bipolarismo etico" tra le derive laicistiche e quelle neo-confessionistiche, con la conseguente negazione del principio di laicità inteso sotto il profilo della comunicazione tra istanze divergenti. La supremazia di una delle due ragioni a scapito dell'altra, così da decretarne la sconfitta, non rappresenta un progresso per la democratizzazione delle istituzioni e dei loro atti, poiché l'alternarsi delle

¹²¹ Secondo le osservazioni di ZAGREBELSKY G., *Imparare la democrazia*, cit., pp. 49 ss.

¹²² Quanto sia laborioso costruire una democrazia è stato magistralmente posto in risalto da MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, cit., p. 181. Perfettamente in sintonia si rivelano le considerazioni di MANCINA, *Laicità e politica*, cit., p. 25; ZAGREBELSKY G., *Imparare la democrazia*, cit., pp. 49 ss.

maggioranze determinerebbe un avvicinarsi di discipline antitetiche su materie che richiedono, al contrario, una certa stabilità. Il Parlamento, pertanto, è chiamato a svolgere un ruolo di moderazione, tentando di bilanciare tra le contrapposte posizioni e pervenendo a soluzioni ispirate alla maggior condivisione possibile. In questo modo si riaffermerà una centralità qualitativa dell'organo dotato della massima rappresentatività democratica e si registrerà, conseguentemente, un miglioramento nell'assolvimento del compito dei rappresentanti del popolo, chiamati ad una responsabilizzazione collettiva¹²³.

La dialettica fra le parti deve, dunque, svolgersi in un contesto comunicativo che, rinunciando non solo alla pretesa di sostenere verità incontrovertibili, ma anche allo svilimento delle ragioni dell'altro, sbrigativamente etichettate come errate, consenta uno scambio fecondo che abbia come esito soluzioni più ponderate e mature, congegnate da assemblee che non si limitino a professare la laicità, impegnandosi invece a praticarla. Di più, il circolo che, partendo dalle convinzioni personali, passa per le conseguenze del proprio agire e prende forma in norme giuridiche dovrebbe essere sempre aperto, di modo che la legge possa essere concepita come frutto di un continuo confronto tra le parti: il miglior diritto possibile nasce, dunque, come soluzione sempre pronta a rinnovarsi, mai imbalsamata dalla sterile e devitalizzante contrapposizione tra rivendicazioni che assurgono al rango di dogmi inattaccabili¹²⁴.

Non è mancato, a questo proposito, chi ha fatto notare che la qualità della produzione normativa dipende dal livello di partecipazione e, ancor più, “dal grado di informazione e chiarezza con cui i problemi vengono presentati”¹²⁵, il che non solo conferma quanto sia opportuno approfondire lo studio dei numerosi profili soggiacenti ad una tematica complessa quale quella del trattamento di fine vita – e previamente analizzati nelle pagine precedenti – ma, al contempo, ribadisce l'importanza di un confronto consapevole, perché del tutto incentrato sui suddetti profili. Proprio nell'apertura completa e dialettica sulle questioni da

¹²³ CECCANTI, *Laicità e istituzioni democratiche*, in BONIOLO (a cura di), *Laicità*, cit., pp. 40 ss. ZATTI, *Valori morali e regola legale: verso una neutralità del diritto?*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire?*, cit., pp. 49 ss., imbastisce la propria riflessione sulla vocazione del diritto alla misura ed alla composizione, precisando che la negoziazione tra le parti in gioco deve avere come punto di partenza premesse non forti – ossia dotate di un certo grado di apertura alle altre istanze e, quindi, di una efficacia potenziale maggiore, perché più suscettibili di condivisione – e che la negoziazione del precetto giuridico non si identifica con quella del precetto morale.

¹²⁴ Condividono l'assunto BERTOLISSI-VINCENTI, *Laicità e diritto*, cit., p. 75; MANCINA, *Laicità e politica*, cit., p. 24; ZAGREBELSKY G., *Imparare la democrazia*, cit., pp. 37 s.

¹²⁵ Testualmente HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., p. 39.

affrontare risiede la ragionevolezza delle soluzioni approntate¹²⁶. Ciò premesso, nessuno scandalo dovrebbe suscitare, allora, una deliberazione parlamentare che in qualche modo tenga conto anche dell'istanza etica/confessionale, se chi esercita il potere normativo avverte la necessità di garantire, in questo modo, quegli interessi conformi a valori rilevanti per il sistema sociale, perché l'autonomia del diritto (anche di quello relativo al settore penale) è cosa ben diversa dalla sua estraneità o isolamento da quel contesto nel quale e per il quale la legge vive ed opera¹²⁷.

Una legge autenticamente laica nasce come garanzia ed implementazione del maggior numero possibile di interessi, essendo finalizzata a realizzare quell'eterodossia dialogica propria di una moderna prospettiva democratico-personalistica¹²⁸. Con ciò non s'intende affatto riaccreditare un'eticizzazione del diritto, presentandolo come cristallizzazione di una certa impostazione morale o quale garanzia di osservanza del minimo etico indispensabile per la convivenza dei consociati – assunti entrambi insostenibili alla luce di alcuni principi fondamentali di una democrazia autentica perché pluralistica, quali quelli dell'autonomia individuale, della libertà di religione e di opinione – volendosi al più constatare che talune condotte, oltre che rilevanti per il profilo morale, possono essere valutate dal legislatore in ragione della loro dannosità sociale o, di contro, perché giustificabili in virtù di un interesse oggettivamente prevalente¹²⁹. Detto altrimenti, all'interno di una norma incriminatrice o permissiva può trovare spazio, nell'ordine, un giudizio di disvalore o di valore in qualche modo riconducibile anche all'ambito etico, in modo da potersi presentare la interrelazione tra diritto e morale secondo l'immagine di due cerchi concentrici, dei quali quello esterno racchiude l'ambito delle condotte riconducibili al piano etico, coincidente con quello delle azioni giuridicamente rilevanti – ricomprese nel cerchio interno – solo nella misura in cui queste ultime si rivelino anche

¹²⁶ Sul punto si veda RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, cit., pp. 68 s.

¹²⁷ Così STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 316.

¹²⁸ Come ritiene CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle moderne democrazie occidentali*, cit., pp. 160 ss., il quale ribadisce che la visione schiettamente laica non vive di dualismi conflittuali.

¹²⁹ Il tema, analizzato in MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 216 ss, sarà oggetto di specifica riflessione nel § 1 del cap. 2.

suscettibili di una valutazione nei termini di una dannosità o di una permissività sociale¹³⁰.

Abbozzando un consuntivo, l'adozione della prospettiva di una laicità aperta, disposta al dialogo e alla feconda interrelazione, di una laicità "integratrice"¹³¹ dovrebbe rappresentare la premessa ineludibile per la ricerca e la formalizzazione di soluzioni normative quanto più possibilmente adeguate ai quesiti posti dal tema oggetto della presente trattazione. Il diritto così concepito si può, a giusta ragione, presentare come "esperienza giuridica", maturata nell'alveo del vissuto sociale le cui pulsazioni sono regolamentate in base alla logica del confronto aperto e del mutuo scambio, evitando peraltro l'insidia sempre ricorrente di un'asettica distanza dalla realtà che s'intende disciplinare (in conformità a quanto già evidenziato nel corso del § 1)¹³². La traduzione normativa conseguente rappresenterà, dunque, la più concreta dimostrazione di quell'esercizio costante ed infaticabile con il quale, realizzando fattivamente la democrazia, i consociati imparano ad essere democratici¹³³.

¹³⁰ La similitudine dei due cerchi concentrici è, ad avviso di chi scrive, riscontrabile almeno implicitamente nelle considerazioni svolte limitatamente al rapporto tra peccato e reato da MOCCIA, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in HASSEMER-KEMPF-MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, München, 2009, pp. 474 s., riprese nel testo ed ampliate in modo da poter essere adoperate per configurare la relazione tra morale e diritto in una prospettiva generale, tale da interessare non solo le norme che prevedono incriminazioni, ma anche quelle che riconoscono l'operatività di cause di giustificazione.

¹³¹ Ricorre all'espressione CECCANTI, *Laicità e istituzioni democratiche*, cit., p. 44.

¹³² In proposito si vedano anche BERTOLISSI-VINCENTI, *Laicità e diritto*, cit., pp. 72 s.

¹³³ ZAGREBELSKY G., *Imparare la democrazia*, cit., pp. 41 ss., esalta l'importanza di quella che definisce la "pedagogia democratica", intesa come assunzione di uno stile di vita che abbia la democrazia come ideale da onorare e tradurre in pratica.

CAPITOLO 2

L'ATTUALE CORNICE NORMATIVA

SOMMARIO. 1. Diritto penale e *Grundnorm*: fondamenti costituzionali per incriminare, non incriminare e scriminare. 2. Il diritto penale e la tutela di beni giuridici. 2.1. La Costituzione e il diritto alla vita. 2.2. La Costituzione e il diritto di/a morire. 2.3. La Costituzione e la dignità umana. 2.4. La Costituzione e il principio di autodeterminazione. Il problema dell'eteroattuazione. 3. Le norme della legislazione ordinaria. 3.1. L'art. 579 c.p. 3.2. L'art. 580 c.p. 3.3. L'art. 50 c.p. Il consenso informato. 4. Un breve *excursus* comparatistico.

1. Diritto penale e *Grundnorm*: fondamenti costituzionali per incriminare, non incriminare e scriminare.

Il diritto penale è, in ultima analisi, Costituzione. Nel senso che nella Carta fondamentale possono essere rinvenute sia le linee-guida a sostegno di un'eventuale incriminazione – quelle stesse che, al contempo e di converso, precisano anche quando non è necessario penalizzare una condotta – sia le ragioni giustificative di un comportamento che, pur sussumibile nell'ambito applicativo di una fattispecie tipizzata dal legislatore, merita di essere ritenuto ciononostante lecito.

Se è indubitabile che l'art. 13 Cost. attribuisce alla libertà personale un rilievo di assoluta preminenza, sancendo perentoriamente la sua inviolabilità, la conseguenza che se ne deve trarre è del pari innegabile quanto ad evidenza: ogni limitazione di tale libertà non può che obbedire al criterio dell'*extrema ratio*, per cui la sanzione penale può essere adottata solo qualora sia offeso un bene che, per quanto non presenti una pari importanza rispetto a quello della libertà, trova in ogni caso nella Costituzione il suo riconoscimento, anche implicito. E così, la restrizione della libertà operata direttamente, nel caso della pena detentiva, o indirettamente, con quella pecuniaria, deve ricondursi necessariamente all'aggressione ad un bene costituzionalmente rilevante, nel senso che è proprio la rilevanza, anche implicita (giova ribadirlo), di quel bene secondo i dettami costituzionali a rendere penalmente significativa la condotta con la quale esso viene in qualche modo pregiudicato. Ne consegue che l'impostazione teleologica caratterizzante il sistema penale, e già in precedenza messa in luce (si veda *supra*, cap. 1, § 1), è chiamata ad essere declinata secondo una fondante ed irrinunciabile apertura di stampo costituzionale. Un'esplicita conferma di tale assunto proviene

dall'art. 16 Cost., con il quale si opera una singola restrizione di un aspetto specifico della libertà personale¹.

In estrema sintesi, il reato è offesa ad un bene giuridico il cui riconoscimento costituzionale rende significativa la sua lesione e giustificata, quindi, l'infrazione della sanzione penale. Occorre, tuttavia, dare atto che la ricostruzione dell'illecito penale nei termini appena riportati desta più di una perplessità in quanti, riconosciuta la plausibilità astratta del correttivo della rilevanza costituzionale pure implicita del bene da presidiare – correttivo indispensabile per evitare che il novero dei beni meritevoli di protezione si riveli una “gabbia” eccessivamente angusta per il legislatore – rilevano, tuttavia, l'inefficacia concreta di un simile assunto, dal momento che la possibilità di moltiplicare all'infinito i beni suscettibili di essere ricompresi nel catalogo costituzionale vanificherebbe, di fatto, la capacità selettiva del criterio autorevolmente proposto². Tali obiezioni, però, non sembrano scalfire la fondatezza della tesi appena esposta, se non altro perché una “ossatura costituzionale”³ del diritto penale appare indispensabile per evitare che esso, da male necessario degeneri fino al punto da essere null'altro che un male⁴. Inoltre, proprio il riferimento a beni di rilevanza costituzionale anche implicita consente di aggiornare il novero degli stessi, assecondando esigenze di tutela nuove o

¹ In proposito è di insuperata attualità l'insegnamento di BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, pp. 15 ss., fondamentale per tratteggiare una definizione del reato al contempo formale – come incriminazione formulata dal legislatore in un'apposita norma – e sostanziale, per il profilo di significativa lesività raccordato alla violazione di un bene di rilevanza costituzionale anche implicita. Un'esplicita connotazione del teleologismo del sistema penale in termini costituzionali, con un accurato confronto con la dottrina tedesca, è operata ancora da BRICOLA, *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, cit., pp. 1597 ss. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 141 ss. e 154 ss., dedica ampio risalto ad un rinnovamento della dottrina del bene giuridico alla luce della Costituzione. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 272, è dell'avviso che la qualificazione del reato nei termini di un'offesa ad un bene giuridico non si discosti poi molto da quella formale, dal momento che la pluridimensionalità delle tipologie di illeciti rende praticamente impossibile una definizione sostanziale unitaria del reato che non si collochi in una prospettiva *de iure condendo*. Sull'argomento si veda anche FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 42 ss. Quanto alla tematica della prioritaria valenza costituzionale della libertà si rinvia a BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 5 ss.

² PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2010, pp. 69 ss., poste le premesse ricordate nel testo, riconosce alla Costituzione un compito alquanto circoscritto di orientamento dell'attività di criminalizzazione del legislatore, almeno nei casi in cui è possibile riscontrare l'esistenza di una clausola espressa di penalizzazione, come nelle ipotesi degli artt. 13, 4° comma, e 21, ultimo comma, Cost.

³ Testualmente FIORE C., *Dottrina della giustificazione e tutela dei diritti fondamentali*, in HASSEMER-KEMPF-MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate*, cit., p. 163.

⁴ Secondo quanto annota ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, 1966, p. 37.

apparentemente tali, poiché spesso il bene da presidiare è invariato, mutando unicamente la forma di aggressione⁵.

Esempi recenti – forniti dapprima dall'introduzione, col d.l. n. 92/2008, dell'aggravante di clandestinità contemplata dal n. 11 *bis* dell'art. 61 (la cui illegittimità costituzionale è stata da ultimo acclarata con la sentenza n. 249/2010 della Corte costituzionale), e successivamente da quella del reato di clandestinità, coniato con il «pacchetto-sicurezza» che ha preso forma nella l. n. 94 del 15 luglio 2009 – possono servire ad attestare come taluni interventi legislativi incontrino senza dubbio l'approvazione di parte dei consociati – poiché soddisfano istanze punitive emerse per fronteggiare fenomeni che, in qualche modo, suscitano allarme sociale – rivelandosi, però, altamente problematici sotto il profilo della compatibilità con alcuni principi fondamentali, nel caso di specie quelli di *extrema ratio*, materialità ed offensività, dal momento che appaiono fondati più o meno palesemente su ragioni politiche di mera repressione e mirano a penalizzare l'essere clandestini, e non ciò che *si è fatto* aggredendo un bene giuridico meritevole di protezione⁶.

Così come impostato finora, il ragionamento imbocca decisamente la strada di un solido ancoraggio della normativa penale alle indicazioni emergenti dal complesso delle disposizioni che compongono la Carta fondamentale. Se è vero che la Costituzione italiana rappresenta la chiara concretizzazione di un orientamento figlio del felice connubio tra componenti liberali e solidaristiche, è del pari indubitabile che proprio in essa vadano rinvenuti i parametri di riferimento irrinunciabili per fondare le scelte di politica criminale, la cui correttezza va valutata alla luce dei principi che sono stati trasfusi dall'assemblea costituente nelle norme costituzionali e che, componendo una fonte sovraordinata

⁵ In tal senso ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 195 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, pp. 12 ss., con argomentazioni che superano le obiezioni avanzate da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, pp. 496 ss., i quali, partendo dal dato del condizionamento storico della Carta fondamentale, giustificano il silenzio della stessa su alcuni beni la cui importanza è stata avvertita solo in seguito alle trasformazioni economico-sociali fatte registrare dalla collettività – si pensi ai beni ambientali – di modo che nessun limite di carattere generale incontrerebbe il legislatore nella scelta discrezionale di proteggere penalmente un bene. Sull'argomento si vedano anche le annotazioni di FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, pp. 47 ss.

⁶ DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., pp. 230 ss. e 272 ss., si sofferma non a caso sul vincolo dei principi, con specifico riferimento alla mediazione che i valori ed i principi di livello costituzionale esercitano sulle scelte di criminalizzazione, che sono e restano opzioni politiche.

di tipo rigido, vincolano il legislatore ad effettuare scelte non eccentriche rispetto agli stessi⁷.

Non a caso è stato rilevato che le opzioni effettuate dal legislatore devono essere espressione dei principi di uno Stato sociale di diritto, ritenendosi che quest'ultima definizione sintetizzasse al meglio il ragionamento che fin qui si è cercato di esplicitare. In altre parole, proprio la connotazione personalistico-solidaristica impressa al nostro ordinamento dalla *Grundnorm* così come concepita e formulata dall'assemblea costituente impone scelte di carattere normativo che concilino le esigenze di difesa sociale e la sicurezza del singolo, in modo da evitare pregiudizievoli sbilanciamenti nell'una o nell'altra direzione, tali da decretare, nell'ordine, il sacrificio ingiustificato dei diritti del singolo o l'effettiva vanificazione delle condizioni necessarie per una pacifica convivenza in libertà dei consociati⁸. Nella prospettiva dello Stato sociale di diritto pervengono ad una feconda armonizzazione gli interessi della collettività e quelli del singolo, in modo da potersi presentare il diritto penale come la raffigurazione sensibile della saldatura tra gli stessi e da legittimare una punizione dell'individuo unicamente in base ai presupposti ed entro i limiti prefissati dalla legge. Si comprende, allora, in tutta la sua illuminante significatività perché Franz von Liszt definì, a suo tempo, il codice penale come la “*magna charta del delinquente*”⁹.

⁷ Sul rapporto tra politica criminale e Costituzione italiana sosta diffusamente MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1006 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 28 ss.; ID., *La perenne emergenza*, cit., pp. 11 ss.; quanto all'impronta personalistico-solidaristica della Costituzione italiana si rimanda anche a MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, pp. XLIV ss. dell'Introduzione; PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1991, pp. 63 ss. e 75 ss. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 46 s., esplicita la rilevanza del fondamento legislativo e della valutabilità delle opzioni di politica criminale rispetto al referente costituzionale. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., pp. 234 s., analizzando la vincolatività dei principi evidenziata nella nota precedente, opera una suddivisione tra principi dimostrativi – che impegnano il legislatore sotto il profilo giuridico-costituzionale – e principi argomentativi – che lo chiamano in causa sul piano politico-costituzionale – rilevante nella misura in cui, per i principi del secondo tipo, non consente declaratorie di incostituzionalità fondate solo su di essi, occorrendo invece il riferimento ad almeno un principio dimostrativo. Per quest'Autore classica espressione dei principi con forza (solo) argomentativa sono quello di sussidiarietà e quello di difesa sociale, o di tutela dei beni giuridici.

⁸ Sul punto si rinvia ancora a 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.; ID., *La perenne emergenza*, cit., pp. 11 ss.

⁹ Espressione presente in VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905, p. 80.

E, dunque, l'esercizio del potere d'incriminazione vincola il legislatore a non discostarsi dalle linee-guida tracciate nella Carta fondamentale, allo scopo di evitare che i mezzi messi in campo per fronteggiare i fenomeni criminosi si rivelino non conformi all'assetto basilare dell'ordinamento giuridico. Il riferimento alla Costituzione, tuttavia, si dimostra ancor più fecondo di implicazioni se il discorso si estende fino a ricomprendere il settore dell'antigiuridicità ed il suo venir meno. Infatti, se in ossequio a quanto finora evidenziato l'illecito penale non è altro che offesa ad un bene/interesse di rilievo costituzionale, la prevalenza di un altro bene/interesse, ritenuto di valore superiore, giustifica, nel senso di rendere lecita, la condotta dell'agente. E, ancora una volta, solo le indicazioni provenienti dal complessivo dettato costituzionale consentono di rintracciare quei beni in relazione ai quali un determinato comportamento, per quanto corrispondente a quello tipizzato dal legislatore con la disposizione incriminatrice, può ritenersi giustificato o lecito. Quando si afferma che l'antigiuridicità può essere elisa in seguito al confronto con le norme dell'intero ordinamento giuridico, altro non s'intende che far riferimento a quei principi generali dell'ordinamento che compongono la *Grundnorm* e che, trovando peculiare espressione in specifiche norme, rappresentano le uniche condizioni in grado di permettere che il giudizio di riprovazione espresso in una norma incriminatrice venga superato da un altro, di segno opposto e prevalente, tale da far ritenere lecita la condotta posta in essere dall'agente e corrispondente alla tipizzazione operata dal legislatore. In estrema sintesi, se la tutela di un certo interesse può richiedere la compromissione del bene-libertà, in generale di per sé inviolabile, solamente l'apprezzamento e la difesa di un bene superiore possono consentire una riespansione della libertà dell'individuo, esente da pena per quella sua condotta giustificata alla luce delle direttive generali dell'ordinamento¹⁰. L'esempio quanto mai pertinente alla luce del tema trattato in questa sede è quello della giustificazione proveniente dal consenso dell'avente diritto, la cui valenza è riconosciuta dall'art. 50 c.p. e che risulta espressione di quel generale principio di

¹⁰ Circa i limiti costituzionali che il legislatore deve osservare pure nella creazione di nuove cause di giustificazione, limitative di un diritto, si rimanda a FIORE C., *Dommatica della giustificazione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 167 ss. Per la trattazione approfondita della tematica dei molteplici principi regolatori delle cause di giustificazione e della prevalenza dell'interesse presidiato con le stesse si vedano: ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale* (a cura di MOCCIA), Napoli, 1996, pp. 23 ss.; ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 60 ss.; SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, in ID., *Scritti di diritto penale* (a cura di LA MONICA), Milano, 1996, pp. 237 ss.; Per la manualistica corrente: FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 290 ss.

autodeterminazione il cui manifesto riconoscimento è individuato, peraltro, nel capoverso dell'art. 32 Cost.

La conseguenza dell'eliminazione del profilo di antigiuridicità è propria solo della cause di giustificazione o scriminanti. Se, infatti, si accede all'autorevole orientamento che ha ricondotto tutte le ipotesi di esclusione della punibilità – sinteticamente indicate nell'ultimo comma dell'art. 59 c.p. come circostanze di esclusione della pena – alla categoria generale delle esimenti, occorre tuttavia, ricordare che essa si articola nelle sottocategorie delle cause di giustificazione o scriminanti, delle scusanti e, infine, dei limiti istituzionali della punibilità. Caratteristica comune delle esimenti è l'avvenuta commissione del fatto tipico, ma differenti sono le ragioni che comportano, per le singole esimenti, l'esclusione della punibilità. Le sole cause di giustificazione farebbero venir meno l'antigiuridicità, mentre le scusanti, dal canto loro, inerendo ad un interesse solo soggettivamente prevalente, risponderebbero ad una logica d'inesigibilità della pretesa normativa predeterminata dall'ordinamento – è il caso dello stato di necessità scusante disciplinato dall'art. 384 c.p. – e formalizzata in modo da mandare esente da pena chiunque si trovi nell'impossibilità di uniformarsi al precetto, occupando una sorta di zona intermedia tra l'antigiuridicità vera e propria e la colpevolezza, dove d'inesigibilità si parla solamente in relazione a valutazioni individualizzate, riferite al singolo autore. I limiti istituzionali della punibilità, per concludere, accorperebbero tutti i casi accomunati da valutazioni di opportunità politico-criminale, motivate dalla validità riconosciuta dall'ordinamento ad istituzioni comunitarie, come l'ambito familiare, di fronte alla cui regole di funzionamento l'ordinamento stesso si autolimita, rinunciando all'esercizio, altrimenti obbligato, della potestà punitiva: è il caso dell'art. 649 (oltre che dell'art. 627, 2° comma) del codice.

Se, pertanto, i comportamenti scriminati sono privi del profilo dell'illiceità, essi, tra l'altro, risulteranno non legittimamente impedibili, e non solo da chi subisce l'azione giustificata, non produrranno nessuna conseguenza giuridica a carico dell'autore – in forza del principio di non contraddizione, corollario immediato dell'unità dell'ordinamento giuridico – né rileveranno come presupposto per un reato accessorio, non potendo una condotta lecita fungere da presupposto di una illecita. Per converso, la permanenza dell'illiceità connota le ipotesi delle scusanti e dei limiti istituzionali della punibilità, trasformando le

conseguenze appena tratteggiate per le cause di giustificazione nel loro speculare opposto¹¹.

Le conclusioni fin qui tratte manifesteranno la loro rilevanza nel prosieguo della trattazione del tema in oggetto. A titolo di anticipazione, sia consentito già da ora annotare che, nel momento in cui si presenterà il problema di valutare sotto il profilo della loro liceità o meno la condotta di chi interviene sulla scorta della manifestazione di volontà di un paziente che ha richiesto espressamente l'interruzione di ogni trattamento medico, occorrerà risolvere il duplice quesito circa la esatta qualificazione dommatica dell'esimente che, se del caso, determinerà la non punibilità del soggetto agente e, ancora, circa la permanenza o meno di profili di illiceità nel suo intervento.

2. Il diritto penale e la tutela di beni giuridici.

Nel corso del capitolo precedente (più precisamente nel § 1) si è avuto modo di accennare al concetto di bene giuridico, fornendone una definizione, quella di situazione di valore offendibile e tutelabile, che merita di essere ripresa ed approfondita in considerazione di quanto appena rilevato sulla rilevanza della indicazioni ricavabili dal testo costituzionale circa l'individuazione dei beni meritevoli di essere presidiati con lo strumento penalistico.

Non è certamente questa la sede più adatta per riproporre la complessa disamina relativa alle differenti accezioni secondo le quali è stato inteso nel corso dei tempi il concetto di bene giuridico: valga solo ricordare succintamente quanto perdurante, e «spiritualizzante», si sia rivelato quell'orientamento incline a presentarlo come scopo della norma penale, in conformità all'assunto tipico dell'indirizzo metodologico e tale da identificare e confondere, in ultima analisi, il bene giuridico con la *ratio* di tutela di una particolare disposizione normativa, con la conseguente erosione della funzione critica del concetto in parola, dilatato al punto da risultare difficilmente afferrabile¹². La svolta impressa dalla teoria

¹¹ La complessiva, nonché impegnativa, disamina delle esimenti e la loro ripartizione nel senso indicato nel testo è oggetto della basilare monografia di SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., le cui conclusioni sono state riproposte più di recente da FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 293 ss. Per una presentazione delle scusanti come cause di esclusione della colpevolezza, in quanto tali implicanti un giudizio individualizzato e non una valutazione predeterminata in via generale a livello normativo, si rinvia esemplificativamente a FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 256 s.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 456 ss.

¹² In proposito si rinvia all'imprevedibile contributo fornito all'approfondimento della tematica da ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 20 ss.

liberale si sostanzierà nell'enunciato in virtù del quale le situazioni di valore suscettibili di offesa e, quindi di tutela, rappresentano la condizione irrinunciabile per un intervento di carattere penalistico e preesistono alla tipizzazione operata dal legislatore¹³.

È, quindi, di basilare importanza la distinzione tra bene giuridico e *ratio* di tutela, ossia tra le già ricordate situazioni di valore offendibili e tutelabili e gli obiettivi perseguiti dal legislatore, dal momento che l'adozione di un bene-*ratio* può comportare la penalizzazione di condotte confliggenti con le finalità prefissate ma ben lontane dall'effettiva offesa al bene avuto di mira. Ragionando diversamente si fa ricorso al diritto penale per presidiare non vittime, ma funzioni, col risultato di strumentalizzarlo per sanzionare semplici trasgressioni. Se, allora, la più afflittiva forma statuale di controllo sociale viene trasfigurata in tal senso, ben si comprende come principi fondamentali quali quello di sussidiarietà e di offensività siano i primi ad essere trasformati nel loro esatto contrario, poiché la difesa delle funzioni presuppone forme di intervento immediate ed anticipate rispetto all'offesa che può essere realizzata¹⁴.

Ulteriore addentellato del ragionamento appena svolto è quello in forza del quale un uso chiaramente simbolico del diritto penale può condurre alla creazione di reati privi di bene giuridico, coniati al solo scopo di attestare la capacità di reazione (emotiva) dello Stato dinanzi a fenomeni che turbano la coscienza dei consociati ed esigono risposte pronte ed energiche. Anche in tal caso è tutt'altro che infrequente che la reazione in termini penalistici venga messa in campo come prima risorsa da spendere per fronteggiare l'emergenza e per fornire alla collettività segnali rassicuranti circa la determinazione delle istituzioni ad affrontare problematiche in grado di provocare un indubbio impatto sociale¹⁵.

¹³ Riprendendo JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, pp. 13 ss., nuovamente ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 76 ss.; prima ancora BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 17. Significative dell'adesione all'indirizzo metodologico sono le posizioni assunte da ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp. 107 ss.; PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1964, pp. 391 ss.

¹⁴ Illuminanti e sempre attuali le osservazioni sul punto di MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 343 ss.

¹⁵ Sulla questione dei reati senza offesa a beni giuridici si soffermano con dovizia di argomentazioni ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 126 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 213 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 559 ss. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 18, precisando che un fatto non lesivo di alcun valore costituzionalmente rilevante non può costituire oggetto di

La centralità del bene giuridico sia nell'attività di posizione delle fattispecie incriminatrici che in quella di giustificazione di condotte finalizzate a difendere determinati interessi – da ritenersi oggettivamente prevalenti rispetto a quelli sacrificati con la commissione di un fatto tipico ma non antiggiuridico – impone, a questo punto, un approfondimento dedicato ai beni coinvolti nella problematica del trattamento di fine-vita ed alla loro rilevanza, da considerare attentamente in vista di valutazioni mirate a risolvere il conflitto tra interessi il cui spessore rinviene nella Costituzione un peculiare riconoscimento.

2.1. La Costituzione e il diritto alla vita.

Che al bene della vita la Costituzione faccia riferimento non è affatto in dubbio. Al più la divergenza di opinioni può riguardare la natura di tale rilevanza, potendosi in proposito sostenere che essa sia implicitamente deducibile dal tenore complessivo di buona parte delle disposizioni presenti nella Carta del 1948 o che, di contro, si tratti di un diritto espressamente contemplato, pur se il quesito, in ultima analisi, non si presenta decisivo, assodato che, conformemente all'assunto di partenza illustrato nel paragrafo precedente, anche un richiamo sottinteso può rendere una situazione di valore meritevole di protezione¹⁶.

un'apposita incriminazione e che, nell'evenienza contraria, emergono gli estremi per una declaratoria d'illegittimità della relativa norma, chiarisce, altresì, che il vincolo di matrice costituzionale è unicamente negativo – nel senso che la sanzione penale può essere adottata solo per condotte offensive di un bene anche implicitamente richiamato nella Costituzione – poiché anche in presenza di un fatto che si riveli lesivo è possibile ricorrere a misure extrapenali. Quanto il rischio indotto dalle illusioni di efficientismo accennate nel testo si presenti nei fatti sensibilmente elevato è lueggiato dalle meditazioni quanto mai critiche che strutturano l'intero volume di MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., in particolare le pp. 29 ss.

¹⁶ Il riferimento alla vita nella Carta costituzionale è al centro delle riflessioni di MAIELLO, voce *Vita (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, pp. 982 ss. (si veda segnatamente la nota n. 9). Il carattere primario del valore in oggetto, coerente con l'impronta personalistico-solidaristica della Costituzione, è segnalato da FIANDACA, *Art. 27 4° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 1991, p. 346; dello stesso Autore si ricorda *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pp. 70 ss., dove la vita è definito valore originario e fondante, di carattere preminente, in assenza del quale perderebbe senso la stessa difesa penale dei beni costituzionali. In MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 91 s., il concetto è ripreso e articolato in modo da motivare il riconoscimento implicito del bene in questione in base alla sua imprescindibile conformità con la matrice personalistica della Costituzione ed a ragioni di presupposizione logica, così da poterlo qualificare come "bene-presupposto" e "diritto inviolabile per eccellenza". FIORE C., *Dommatica della giustificazione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 170 ss., ricomprendendo il diritto alla vita tra quelli per loro natura inviolabili, si sofferma, relativamente all'ordinamento tedesco, sull'incostituzionalità del § 14, comma 3, della legge sulla sicurezza dei cieli (*Luftsicherheitsgesetz*) – che autorizzava le Forze armate ad abbattere velivoli se una valutazione delle circostanze induceva a ritenere che essi potessero essere adoperati contro la vita delle persone – dichiarata dalla *Bundesverfassungsgericht* in forza del principio che la mancata salvaguardia di diritti fondamentali fa venir meno le condizioni dell'esistenza stessa dello Stato di diritto. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 25 s., sembra dapprima

Di ben più pregnante rilievo è, invece, la questione inerente alla dimensione e, quindi, alla estensione dell'ambito di meritevolezza della tutela che si può accordare al bene-vita. Infatti, se la criminalizzazione delle aggressioni indirizzate contro di esso rappresenta una costante del diritto penale, comune cioè alle legislazioni di ogni tempo e di ogni luogo, e se, pertanto, non è in discussione l'*an* della protezione astrattamente accordabile, il nodo da sciogliere concerne, piuttosto, il *quantum* del presidio penalistico effettivamente invocabile¹⁷. E quest'ultima osservazione si presenta ancor più significativa se si concentra l'attenzione sulla radicale divergenza delle matrici storico-culturali che hanno connotato tanto il codice penale quanto la Costituzione.

La codificazione di epoca fascista è caratterizzata da un "modello a progressione discendente" il cui vertice è appannaggio esclusivo dello Stato, sì da tradire l'incontrastata preferenza concessa ad una precisa opzione ideologica, quella della precedenza assoluta della difesa dell'organismo statale, il cui primato è concepito in termini a dir poco totalizzanti. Naturalmente, la collocazione al primo posto del "gradiente pubblico" e, conseguentemente, delle offese ad esso relative provoca come inevitabile ripercussione la residualità della protezione predisposta in favore del "gradiente privato", e dunque della persona, dal momento che la pubblicizzazione degli oggetti di tutela, tipica del modello in analisi, determina una restrizione della sfera applicativa di talune fattispecie a vantaggio di altre. Basti pensare, a mo' di esempio, al «residuale» ricorso alla disposizione di cui all'art. 575 c.p. se il fatto non può sussumersi nell'ambito dell'art. 276 (attentato contro il Presidente della Repubblica) o dell'art. 280 (attentato per finalità terroristiche o di eversione) del codice¹⁸.

accedere alla tesi della rilevanza costituzionale implicita del bene della vita, salvo, subito dopo, precisare che la Costituzione repubblicana non tutela "la vita in sé, ma la persona umana, che è cosa ben diversa". L'esplicito riconoscimento del diritto alla vita è a fondamento della pronuncia di C. cost., n. 54/1979, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 413 ss.

¹⁷ La presentazione dei delitti contro la vita come costanti caratterizzate da un certo grado di variabilità è svolta da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II¹, Bologna, 2006, pp. 1 ss., MAIELLO, voce *Vita (delitti contro la)*, cit., pp. 985 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 1 ss., che analizza l'influenza esercitata dalla contrapposizione tra la concezione personalistica e quella utilitaristica dell'essere umano sull'ambito e sui limiti della tutela di quest'ultimo, seguendo un'impostazione già adottata in ID., voce *Eutanasia*, cit., pp. 424 s.

¹⁸ Così PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., pp. 44 ss. MAIELLO, voce *Vita (delitti contro la)*, cit., pp. 987 ss., intravede nella disciplina codicistica un'oscillazione di tipo pendolare tra il privilegio riconosciuto alle ragioni dello stato autoritario ed il favore per istanze di tipo individualistico, provato dall'accorpamento dei delitti contro la vita in un'unica classe. In argomento pure MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la vita, l'incolumità*

Immane riflesso dell'adozione di una simile prospettiva è quello della identificazione del bene giuridico protetto in particolare nei delitti contro la vita con un interesse proprio dello Stato, come confermato da un passaggio della Relazione del Ministro guardasigilli al progetto definitivo, dove si aveva cura di annotare che la tutela penalistica aveva come obiettivo “oltre che una più salda protezione dei beni individuali, anche, e più specialmente, la tutela del supremo interesse dello Stato allo sviluppo progressivo della razza”¹⁹. La suggestione di tale lettura è perdurata a lungo anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, a conferma del persistente influsso esercitato dall'orientamento incline a ravvisare nella vita umana un bene d'interesse non solo individuale, ma anche pubblico, risultando quest'ultimo il profilo giustificativo dell'intervento penale²⁰.

Anche prescindendo dalla considerazione dovuta al referente costituzionale, una simile impostazione è stata avversata da chi, pur avvertito del carattere residuale della tutela dei beni individuali, ha rintracciato nella stessa struttura del codice Rocco le ragioni per respingere la tesi surriferita della duplicità d'interessi, essendo la collocazione dei delitti d'omicidio all'interno di quelli contro la persona dimostrazione palese di come la vita fosse intesa dal legislatore nella sua sola configurazione individuale²¹. In ogni caso, la tavola dei valori costituzionali disegna un modello del tutto alternativo a quello appena illustrato, quello di una “progressione ascendente” o, secondo una definizione ancor più calzante, di una “ottica irradiante”, imperniato sul primato riconosciuto alla persona umana, sia come singolo sia come membro delle formazioni sociali, proiezioni superindividuali nelle quali si svolge la sua personalità. Oltre ad assumere una valenza progettuale in vista di future (almeno, si spera) iniziative *de iure condendo*, un tale nuovo inquadramento guida ad una rilettura della disciplina

individuale e l'onore, Torino, 2007, p. 41; PALAZZO, voce *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 298. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984, p. 13, dopo aver riscontrato una sostanziale affinità tra l'omicidio e le incriminazioni di cui agli artt. 276 e 295 c.p., fonda la peculiarità di queste ultime disposizioni su ragioni di carattere politico, prevalenti su quelle relative alla tutela individuale.

¹⁹ In tali termini la *Relazione del Guardasigilli sul progetto definitivo del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V², Roma, 1929, p. 365.

²⁰ Come osserva MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1985, pp. 1 ss. Concorda ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008, p. 44.

²¹ Si veda MIRRI, voce *Vita e incolumità individuale (delitti contro la)*, in *Enc. giur.* Treccani, XXXVII, Roma, 1988, p. 1.

codicistica maggiormente in linea con i principi fondamentali posti a sostegno dell'intero ordinamento²².

La ricaduta del ragionamento appena svolto è quanto mai apprezzabile sotto il profilo della concreta delimitazione dell'ambito di tutela predisposto (o, in prospettiva futura, predisponibile). La configurazione dei delitti contro la vita come offensivi di un duplice oggetto giuridico – comprensivo, cioè, anche del superiore interesse dello Stato – impone che la difesa apprestata si riveli quanto mai resistente, in forza di quell'indisponibilità tendenzialmente assoluta che connota spiccatamente l'orientamento ideologico posto a fondamento dell'impianto codicistico e che, come visto, è in qualche modo ancora capace di influire su talune opzioni dottrinali. Diversamente, in ossequio alla diversificazione illustrata nel primo paragrafo del presente capitolo, si potrebbe tener distinti il bene protetto – da identificare nel diritto dell'individuo alla vita – dalla *ratio* di tutela, che si comporrebbe anche dell'accennato interesse della collettività²³.

Senonché, un simile itinerario argomentativo non convince chi in esso scorge il tentativo di promuovere un compromesso che, in ultima analisi, può comportare il ridimensionamento dell'affermazione della vita quale unico oggetto giuridico meritevole di essere presidiato. Leggere il dato normativo esistente con lo sguardo critico di chi in esso non vede più sancito il dovere sociale di vivere, ma riaffermato il diritto alla vita dell'individuo potrebbe indurre ad un ripensamento degli attuali confini dell'area presidiata con lo strumento penalistico e, di conseguenza, una valutazione in termini riformistici degli artt. 579 e 580 del codice, persistenti riscontri normativi della indisponibilità in via di principio del bene-vita, ma anche suscettibili di riflessioni accurate alla luce di quel principio di libera autodeterminazione della persona che rinviene soprattutto nel capoverso dell'art. 32 Cost. la sua più nitida espressione²⁴. Senza sottovalutare che l'attenzione all'interesse collettivo alla salvaguardia della vita individuale rischia

²² Sul punto, diffusamente, PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., pp. 59 ss.

²³ In tal senso MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 98; nonché PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., pp. 16 ss.

²⁴ Per l'approfondimento dell'apertura accennata nel testo si rinvia a BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in ID., *Scritti di diritto penale* (a cura di CANESTRARI E MELCHIONDA), II¹, cit., pp. 2081 ss., con la franca ammissione dell'estrema problematicità della questione e del netto ritardo del diritto positivo in proposito; ma anche a FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 2 ss.; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 74 ss.; ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, pp. 34 ss.

di riproporre una sovrapposizione della *ratio* di tutela rispetto al bene presidiato, in modo da perpetuare sotto mentite spoglie la deprecata pubblicizzazione dell'oggetto di tutela, garantito non per quello che di per sé è ma perché asservito strumentalmente a realizzare le finalità che di volta in volta possono essere perseguite.

D'altro canto, proprio con la legge sull'interruzione della gravidanza, la n. 194/1978, che ha prodotto con gli artt. 17 ss. la depenalizzazione in casi specifici dell'aborto, ha da tempo fatto ingresso nell'ordinamento vigente un'incontrovertibile e significativa circoscrizione della rilevanza penale di condotte rivolte contro il bene in esame, dal momento che, per quanto intrauterina e quindi non ancora contrassegnata dall'acquisizione di una chiara individualità, anche quella del prodotto del concepimento può definirsi vita, delineandosi una tutela dell'oggettività giuridica ad ampio spettro²⁵.

2.2. La Costituzione e il diritto di/a morire.

Il diritto di morire è attualmente oggetto di molteplici e convinte affermazioni, radicate in quella che a suo tempo fornì ad Hans Jonas lo spunto per il titolo di un suo celebre libello, il cui spunto iniziale si raccorda perfettamente a quanto finora sottolineato, ossia al riconoscimento implicito del diritto alla vita

²⁵ Sull'attinenza delle ipotesi di aborto alla tematica della estesa protezione penalistica della vita si rimanda alla accurata e dettagliata analisi di MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 22 ss. 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., sostando sulla delimitazione dei confini tra diritto e morale e ribadendo che esula dal compito del legislatore sanzionare penalmente le condotte non offensive di interessi individuali o della comunità – perché prive di dannosità sociale –, afferma che la vita prenatale, fin dalla sua fase embrionale, “va considerata come vita umana *tout court* e, come questa, va incondizionatamente difesa” (p. 873). In senso adesivo si colloca SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., pp. 889 ss. Ulteriori riflessioni in proposito sono svolte da EUSEBI, *La tutela penale della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1052 ss.; ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana (Contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, *ivi*, 1989, pp. 67 ss. PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., pp. 12 ss., opera un preciso richiamo all'art. 1 della l. n. 194/1978, dove si parla di vita umana anche per la fase iniziale del concepimento, pur se l'assenza della capacità di un'esistenza autonoma giustifica la diversificazione della relativa disciplina rispetto a quella riservata dal codice per le ipotesi di cui agli artt. 575 ss. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 26 ss., pur riconoscendo che la vita *in fieri* è meritevole di una doverosa salvaguardia, lamenta “una tutela integralista dell'embrione” apprestata con la complessiva disciplina risalente alla recente l. n. 40/2004; rilievi critici al medesimo prodotto legislativo sono diffusamente svolti da SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., pp. 911 ss., per la pregiudiziale ideologica ed etica che ne ha connotato la genesi e la formulazione. Per i riconoscimenti della giurisprudenza costituzionale si ricordano le decisioni di C. cost., n. 27/1975, in *Giur. cost.*, 1975, pp. 117 ss.; n. 35/1997, *ivi*, 1997, pp. 281 ss.

che il singolo può vantare e che costituisce “il germe di ogni ordinamento giuridico”²⁶, anche di quel diritto di morire che solo apparentemente può essere accomunato all’idea del suicidio e che, invece, ne differisce perché esiste una differenza tra uccidere e lasciar morire e “soltanto una cattiva sofistica può in questo caso (quello dell’interruzione, per volontà del paziente, di un trattamento volto a garantirne la sopravvivenza, *nds*) equiparare omissione e azione, vale a dire lasciar morire e uccidere”²⁷. Ora, il diritto alla propria vita conosce il suo supremo coronamento nel diritto “inalienabile” alla propria morte, sulla scorta del presupposto che “la mortalità è una caratteristica integrale della vita e non una sua estranea e casuale offesa”²⁸, di modo che “è il concetto di vita, non quello di morte, che in definitiva governa la questione del “diritto di morire””²⁹.

La suggestione esercitata dalle conclusioni appena illustrate non ha impedito, tuttavia, di vagliarle in forma critica e di riconoscerne un fondamento che desterebbe più di un’inquietudine nei sostenitori di una radicale separazione tra l’ambito del diritto (penale) e quello della morale, magari teologica. Infatti, il pensiero di Jonas può essere efficacemente condensato in due sole parole, *nach Auschwitz*, dopo Auschwitz, essendo profondamente caratterizzato dall’influsso negativo esercitato dall’immane manifestazione di malvagità umana consumatasi con l’olocausto di milioni di ebrei. E da ebreo Jonas cerca una risposta al lacerante interrogativo sul silenzio di Dio, un Dio muto, pervenendo alla conclusione che, concedendo la libertà all’uomo, Dio ha rinunciato alla sua potenza³⁰. Non sono mancate reazioni di segno divergente, soprattutto da parte di chi ha contestato all’Autore tedesco sia un fuorviante avvicendamento sul banco degli imputati – mettendo sotto accusa Dio e non l’uomo che ha adoperato in maniera crudele la libertà concessagli da Dio – sia un fraintendimento in chiave meramente umana

²⁶ JONAS, *Il diritto di morire* (tr. it.), Genova, 1991, p. 8.

²⁷ JONAS, *Il diritto di morire*, cit., p. 32. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 5, afferma che la non coercibilità del vivere non legittima in alcun modo il diritto al suicidio. REICHLIN, *L’eutanasia in Olanda: contraddizioni, ambiguità, alternative*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire?*, cit., pp. 195 ss., reputa imprescindibile seguire a distinguere tra uccidere e lasciar morire al fine di scongiurare la sostanziale rinuncia ad una regolamentazione normativa complessivamente più utile di quella tesa a soddisfare le preferenze espresse in casi specifici da alcuni individui. In argomento, si vedano anche le annotazioni di VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 180 ss.

²⁸ JONAS, *Il diritto di morire*, cit., p. 28.

²⁹ JONAS, *Il diritto di morire*, cit., p. 50.

³⁰ La domanda innerva di sé il complesso delle riflessioni presenti in JONAS, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz* (tr. it.), Genova, 1991.

del concetto di bontà dell'Onnipotente, trattato alla stregua di un benefattore pronto, su richiesta, ad elargire i favori richiesti, se non pretesi³¹.

È, pertanto, significativo annotare che in una delle sue espressioni più conosciute anche la rivendicazione del diritto di morire – invocato come logico corollario del generale principio di autodeterminazione responsabile di cui all'art. 32 Cost. e presentato quale concreta evoluzione di un diritto conforme al principio di laicità, perché affrancato da ipoteche eticizzanti³² – risulta in qualche modo connotata sotto il profilo di influssi extragiuridici riconducibili all'ambito della speculazione strettamente teologica, rappresentando il diritto di morire l'affermazione della libertà dell'uomo, quella stessa libertà che, per Jonas, nascerebbe da una rinuncia di Dio alla sua potenza³³.

Pur quando si prediligono espressioni meno impegnative come “diritti dei morenti”, si riconnette il diritto del paziente terminale a rifiutare le cure e quello di non prolungare oltre la propria agonia e di morire in pace, delineandosi uno

³¹ Sull'argomento si sofferma MUCCI, *Dopo Auschwitz. Il Dio impotente di Hans Jonas*, in *Civ. catt.*, 1999, n. 3587, pp. 425 ss. Ma si veda altresì POSSENTI, *Dio e il male*, Torino, 1995, in particolare le pp. 36 ss.

³² In tal senso RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 30 ss., la quale corregge, integrandola, l'espressione riportata nel testo con altra più precisa, postulante un “diritto a lasciarsi morire” (p. 31). VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazioni in margine al caso Welby*, cit., pp. 5 ss., reputa che una decisa affermazione del principio di autodeterminazione personale comporti il superamento della concezione della vita come valore impersonale ed oggettivo. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 110 ss., desume l'esistenza nella carta costituzionale di un “vero diritto di morire con dignità, quale specificazione del più generale diritto alla dignità umana”. LECALDANO, *Un'etica per le scelte di fine vita al di là dell'orizzonte del destino*, cit., pp. 60 ss., auspica una scelta legislativa che garantisca il minimo di libertà morale concessa agli uomini nei confronti della propria morte, con particolare riferimento alle carte di autodeterminazione la cui validità si manifesta nelle ipotesi di pazienti in stato vegetativo permanente. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 427, con argomentazioni sostanzialmente riprodotte in ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 77 s., riconnette il diritto del soggetto di lasciarsi morire a quello di non curarsi, che, però, in nessun modo implica la teorizzazione di un diritto al suicidio. RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, cit., pp. 23 ss., ribadisce con forza la necessità di una lettura costituzionalmente orientata della tematica, abbandonando il tradizionale orientamento dell'indisponibilità della vita e riconoscendo, di contro, la rilevanza del diritto di rifiutare le cure e, quindi, di adottare libere decisioni circa la conclusione della propria vita. Per CUPELLI, *Interruzione di cure vitali e il diritto all'autodeterminazione: il caso Welby*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1807 ss., l'occasione fornita dalla sentenza del G.U.P. del Tribunale di Roma del 23 luglio 2007 – con la quale l'anestesista che ha provveduto a dare esecuzione alla volontà di morire espressa da Piergiorgio Welby è stato assolto per la presenza della scriminante dell'adempimento del dovere – è preziosa per rammentare l'evoluzione, anche della giurisprudenza costituzionale, relativa al 2° comma dell'art. 32 Cost. ed al diritto del paziente di rifiutare pure terapie salvavita. Sul punto, infine, sostano anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 3 s.; VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007, pp. 539 ss.; VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 29 ss. e 77 ss.

³³ Così JONAS, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz*, cit., pp. 33 ss.

schema concettuale di fatto identico a quello finora esaminato³⁴. La medesima cautela spinge parte della dottrina a sostenere che non sia necessario pervenire alla definizione di un autonomo diritto a morire, differenziato rispetto al diritto alla vita. Questo non equivale certamente a negare rilevanza giuridica alla morte ma, più semplicemente, mira a rintracciare nel diritto alla vita anche quello a non vivere, a suicidarsi o a lasciarsi morire. Detto altrimenti, il diritto primario alla vita, da ricomprendersi tra quelli definiti come inviolabili dall'art. 2 Cost., si estende fino ad includere il suo inverso, inteso come aspetto negativo e statico³⁵.

L'argomentazione, dal sapore eminentemente logico, è, però, sospettata di intrinseca contraddittorietà e rovesciata nel suo esatto opposto da quanti, invece, radicano ogni diritto della persona in quello fondamentale della vita, sono dell'avviso che l'eliminazione dell'esistenza comporti, di per sé, quella di ogni diritto. Più nel dettaglio, se il concetto di diritto esprime per sua natura una relazione – perché affermare un diritto equivale ad avanzare una pretesa nei confronti di altri –, sostenere la plausibilità di un diritto di/a morire significa contraddirsi, perché si rivendicherebbe come un bene da elargire quella stessa morte che mette fine ad ogni futura realizzazione di valori e beni e che le compagini sociali più evolute rifiutano di infliggere come pena, intendendo presidiare il diritto alla vita anche in favore di chi, ad esempio, si è reso colpevole dell'uccisione di un altro³⁶.

La possibilità di imbastire argomentazioni pro e contro sullo stesso punto dimostra quanto problematico risulti adottare un orientamento che non si esponga al rischio di essere smentito. Né, d'altronde, va taciuta la difficoltà di estendere la portata di assunti a prima vista pacifici: se, ad esempio, appare ormai assodata la sussistenza in capo al soggetto del diritto a non curarsi, stante l'incoercibilità del

³⁴ Di quest'avviso si mostra GIUSTI, *L'eutanasia*, cit., pp. 53 ss. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., pp. 140 ss., reputa la definizione di "diritto a morire" inadeguata a rendere giustizia alle più recenti tesi maturate sul punto negli ultimi anni preferendo, perché più appropriata, quella di diritto all'autodeterminazione sanitaria.

³⁵ Propende per questa ricostruzione MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 54 ss., la quale rammenta come, premettendo l'indisponibilità della vita umana, non sia da tutti condiviso l'orientamento che estende il diritto al rifiuto delle cure fino al rifiuto di terapie salvavita (cfr. p. 57, nota n. 34).

³⁶ Così PESSINA A., *Eutanasia*, cit., pp. 59 ss., il quale accoglie la lettura illustrata nel testo sulla base della pregiudiziale concezione della vita come dono di Dio da vivere responsabilmente (cfr. pp. 105 ss.). Che la giustificazione volontaristica dell'eutanasia conduca ad una relazione intersoggettiva giuridicizzata avente ad oggetto non la promozione dell'essere, bensì la sua negazione è rilevato da EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, cit., pp. 248 ss.

vivere³⁷, non altrettanto consequenziale sembra dedurre da questo il diritto di/a morire, considerando che non manca chi limita l'ambito applicativo del capoverso dell'art. 32 Cost. alle ingerenze di tipo sanitario nella sfera individuale, quali quelle che condussero alle sperimentazioni su esseri umani nei campi di sterminio e tale circoscrizione delle ipotesi di riferimento risulterebbe dagli stessi lavori preparatori³⁸.

Si potrebbe proporre una lettura della specifica disposizione costituzionale finalizzata a non mortificarne il senso autentico e, dunque, ad estenderne i confini, in modo da far rientrare nel potere individuale di autodeterminarsi anche l'estrema manifestazione di autonomia personale, "volta non certo alla ricerca deliberata della morte ma – cosa ben diversa – all'interruzione di una vita la cui qualità sia ormai insostenibile per sofferenza e disagio"³⁹. Ma una simile interpretazione evolutiva è risolutamente contestata come strumentale e confliggente con il principio di legalità da quanti, raccordando gli artt. 2 e 32 della Carta fondamentale, obiettano che, argomentando nei termini appena riferiti, ci si sostituirebbe, contemporaneamente, al Parlamento ed alla Corte costituzionale per procedere, di fatto, all'abrogazione del principio, ampiamente positivizzato, di indisponibilità del bene-vita⁴⁰, sebbene non manchi chi, combinando il disposto dell'art. 32 con quello dell'art. 13 Cost., definisca inesatta la tesi dell'indisponibilità del bene in questione, di modo che il diritto

³⁷ Espressamente in proposito GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 89 ss.; ed anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 3 s.; RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., p. 26. Pur parlando di diritto a lasciarsi morire, e non di diritto a morire, perviene alle medesime conclusioni MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 427; e ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 77 s. In generale, sul diritto a non curarsi: PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto di rifiutare le cure*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, pp. 24 ss.

³⁸ È di tale avviso EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, cit., pp. 241 ss.; ID., *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, p. 215. Sulla genesi storica del 2° comma dell'art. 32 si veda VINCENZI AMATO, *Art. 32 2° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 1976, p. 168. PESSINA A., *Eutanasia*, cit., pp. 49 ss., collocandosi nella scia della differenza tra rifiuto dei trattamenti e richieste di morire, precisa che la rassegnazione alla morte è l'altra faccia del vitalismo che può animare le decisioni umane e che, riducendo l'uomo solamente ad alcuni aspetti della sua esistenza, il cui scadimento inciderebbe considerevolmente sulle manifestazioni di volontà rivolte alla morte, favorisce il diffondersi di una concezione utilitaristica, a tutto danno di quella autenticamente personalistica.

³⁹ Testualmente RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., p. 56. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., pp. 566 s. avalla una valutazione del dettato normativo eccedente la mera formulazione letterale, in ragione della dimensione assiologica tipica dei principi, le cui potenzialità produttive non possono essere esaurite dalle norme che li esprimono.

⁴⁰ Come osserva EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, cit., p. 244.

fondamentale da presidiare ad oltranza è quello dell'autonomia della persona, dinanzi al quale lo stesso potere statale si autolimita⁴¹.

Anche chi assume come fondamento il canone dell'inviolabilità della vita argomenta in favore della differenziazione tra uccidere e lasciar morire e dell'affermazione di un diritto alla morte e dei diritti dei morenti, ma il senso di tali enunciazioni si rivela del tutto opposto a quello che caratterizza le varie tesi accomunate dall'esito di ritenere disponibile la vita. Infatti, presupponendo che esista un diritto inderogabile ed irrinunciabile alla vita, si rivendica in favore del morente il diritto a morire con dignità, ossia a morire bene, in una maniera umana e senza che siano imposte sofferenze insostenibili, con tutta l'assistenza che dev'essere comunque assicurata a chi è malato in fase terminale e mediante il ricorso alla terapia necessaria ad alleviare il suo dolore, non solo fisico⁴².

Senza dimenticare che la prudenza che contrassegna talune concettualizzazioni nasce dal timore che la distinzione tra uccidere e lasciar morire, precedentemente messa in rilievo, diventi più evanescente in ragione delle effettive difficoltà di conservare la capacità di controllo sociale in casi del genere. Più semplicemente, sotto il profilo del condizionamento psichico, l'abitudine all'idea che sia lecito interrompere la vita umana potrebbe provocare in forma sottile e latente l'erosione del principio secondo il quale la dignità umana è incondizionata e, di conseguenza, lo sconfinamento verso nuove forme di eutanasia, anche verso quelle non sorrette dal consenso del paziente. Si tratta della versione psicologica di un noto argomento, quello del "pendio scivoloso" (o *slippery slope*), la cui consistenza è, di fatto, ammessa anche da chi si è dichiaratamente schierato in favore del riconoscimento della morte su richiesta⁴³.

⁴¹ Secondo quanto sostiene RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, cit., pp. 24 ss.

⁴² In proposito, con opportuni approfondimenti: DE ROSA, *C'è un diritto alla morte?*, in *Civ. catt.*, 2000, n. 3589, pp. 42 ss.; nonché ARAMINI, *Eutanasia*, cit., pp. 113 ss.; BONITO OLIVA, *Eutanasia: rassegnazione o scelta?*, cit., pp. 119 ss.; DEMMER, voce *Eutanasia*, cit., pp. 397 ss.; OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., p. 157; PESSINA A., *Eutanasia*, cit., pp. 59 ss.

⁴³ Diffusamente, sul punto, REICHLIN, *L'eutanasia in Olanda: contraddizioni, ambiguità, alternative*, cit., pp. 197 ss. Se in VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., p. 173, s'incontra un perentorio ridimensionamento del rischio connesso all'introduzione di una normativa specifica sul punto, in forza della totale (ma non adeguatamente argomentata) estraneità delle derive eugeniche della politica nazista rispetto all'auspicata depenalizzazione, a precise condizioni, dell'eutanasia, esso è, invece, valutato quanto mai reale da BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, cit. p. 2806; e da MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 426; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 74. PANNAIN B.-SCLAFANI-PANNAIN M., *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, Napoli, 1988, p. 25, non escludono la possibilità che i progetti di regolamentazione della tematica in oggetto possano servire come "cavallo di Troia" per riconoscere espressamente non solo il diritto a morire, ma la vera e propria eutanasia. Ammette il "pericolo dei passi successivi" MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp.

Un'ultima, e non consolante, annotazione è d'obbligo: tra quanti sono stati chiamati a praticare su richiesta l'interruzione di trattamenti terapeutici non è mancato chi ha bollato come inutilmente clamoroso, emotivo, patetico e, in fondo, privo di senso il dibattito acceso sul diritto del malato a scegliere la propria morte, perché alimentato da voci che non sanno di cosa parlano, soprattutto perché ignare del prezzo che altri, magari in silenzio, sono tenuti a pagare per la richiesta altrui di non vivere oltre⁴⁴. Pur non volendo condividere la radicalità di un simile giudizio, esso può servire, se non altro, a misurare le convinzioni personali sul punto con una realtà che non sempre si presta ad essere ricondotta agevolmente entro schemi concettuali ed affermazioni di principio. Probabilmente, proprio una comprensibile ragione di prudenza ha persuaso autorevole dottrina che, partendo dal diritto costituzionale di rifiutare le cure, fosse difficile aprire la strada della liceità a forme di aiuto alla morte che rinverrebbero nel consenso del richiedente la loro legittimazione⁴⁵.

2.3. La Costituzione e la dignità umana.

La trattazione dei punti immediatamente precedenti ha già contribuito a far comprendere quanto, nell'attuale dibattito sul tema in questione, si ricorra ad un concetto, quello della dignità dell'uomo, associandolo ora alla sua esistenza ora alla sua morte. In particolare, si è avuto modo di evidenziare come il concetto di morte dignitosa sia al centro di divergenti interpretazioni da parte dei sostenitori delle due tesi che, di fatto, si contendono il campo, ovverosia quella che esalta la libera decisione del paziente in fase terminale e quella che, di rimando, si richiama alla difesa (ad oltranza) del bene-vita, di per sé indisponibile.

Se ne ricava una certa ambivalenza della nozione in esame, oscillante tra una dimensione individuale/soggettiva ed una sociale/oggettiva. In particolare, la Costituzione del 1948 menziona la dignità o la lascia intendere in più di una disposizione: basti pensare all'art. 3, dove si sancisce la pari dignità sociale di tutti i cittadini; all'art. 36, mediante il quale si afferma il diritto del lavoratore a

230 ss. In NERI, *L'eutanasia in Olanda: una difesa (con qualche riserva)*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire?*, cit., pp. 145 ss.; e TEN HAVE, *L'eutanasia in Olanda: un'analisi critica della situazione attuale*, cit., pp. 121 ss., seppur con prospettive differenti, si riflette sull'argomento in relazione alla disciplina olandese dell'eutanasia.

⁴⁴ Lucide e, nella loro sincerità, lapidarie sono le reminiscenze di DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., pp. 184 ss.

⁴⁵ Tale è l'orientamento di BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, cit., pp. 2804 ss.

percepire una retribuzione che, in ogni caso, sia tale da garantire a lui ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa; al 2° comma dell'art. 41, che limita la libertà dell'iniziativa economica privata in funzione, oltre che della libertà e della sicurezza, anche della dignità umana. Ma un rimando implicito al medesimo concetto è stato ravvisato pure nell'art. 2, che nel riconoscimento e nel presidio dei diritti inviolabili fa riferimento alla persona quale entità autodeterminantesi e meritevole di protezione di per sé; nonché nel 3° comma dell'art. 27, allorché si vincola la pena ad un'irrinunciabile funzione rieducativa e, comunque, si nega perentoriamente che essa possa consistere in trattamenti contrari al senso di umanità.

Se, dunque, manca un'espressa definizione della dignità, nondimeno quest'ultima è talvolta concepita come dimensione garantita dal potere invasivo dell'autorità, così come, d'altro canto, è letta in una prospettiva sociale che postula la partecipazione del singolo alla vita della collettività, finendo con l'identificarsi col concetto stesso di persona e, anzi, divenendo il fondamento dei diritti della personalità⁴⁶. Da essa, a ben vedere, traspare il rifiuto di ogni strumentalizzazione della persona e della sua libertà in nome di scopi trascendenti o superiori⁴⁷. Eppure, proprio la bivalenza semantica del termine *de quo* adombra il rischio, quanto mai accentuato, che esso possa essere piegato ad interpretazioni non univoche, denotando un elevato coefficiente di strumentalizzabilità, in favore dell'una o dell'altra delle forze che controvertono in argomento⁴⁸ e questo in ragione, soprattutto, della carica emozionale che vi è connessa⁴⁹, rifluendo in tale concetto giudizi di valore nei quali è difficile non scorgere al fondo una qualche matrice etica⁵⁰.

Anche il deciso rifiuto di qualsiasi tesi utilitaristica dell'uomo in favore di una autenticamente personalistica non sembra consentire di approdare ad

⁴⁶ Così OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., pp. 9 ss. e 32 s.

⁴⁷ L'osservazione è di VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?* *Considerazioni in margine al caso Welby*, cit., p. 8.

⁴⁸ Come rileva RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 38 ss.

⁴⁹ Si veda FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e «post-secolarismo»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 559.

⁵⁰ OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., pp. 33 ss., sosta opportunamente sul significato metagiuridico della nozione in oggetto. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., p. 40, paventa influssi eticizzanti sulla nozione di dignità. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, cit., p. 176, reputa, invece, che proprio la configurazione laica dei rapporti intersoggettivi presupponga come categoria fondante la dignità, intesa come "l'indisponibilità del criterio comportamentale di fondo verso l'altro". Ammette una ridefinibilità del principio della salvaguardia della dignità umana MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 53.

un'appagante soluzione del dilemma, dal momento che coloro che si mostrano favorevoli al riconoscimento della morte su richiesta del malato terminale si attestano saldamente su posizioni mirate ad esaltare la dignità dell'uomo declinata, in sostanza, come capacità di autodeterminazione⁵¹. Tesi, quest'ultima, che non desta incondizionate adesioni, in particolare perché attinente a scelte individuali, sì, ma destinate pur sempre a produrre effetti nella sfera giuridica di altri soggetti, chiamati a darvi attuazione. Com'è stato autorevolmente osservato, il profilo problematico si manifesta in tutta la sua innegabilità qualora si ponga mente al fatto che la disponibilità del bene-vita non si realizza semplicemente *manu propria*, bensì *manu aliena*; detto altrimenti, si può anche essere disposti ad apprezzare l'autosacrificio compiuto dal soggetto per fini altruistici – tanto per intendersi, allo scopo di salvare un altro –, mentre l'eterosacrificio, attuato da altri, implica di per sé, a causa dell'ineludibile coinvolgimento di un diverso soggetto, la necessaria ricerca di ulteriori parametri di riferimento⁵².

Non è infrequente che la problematica della dignità della vita sia strettamente correlata con l'altra della sua qualità, asserendosi che il riferimento alla prima nozione va inteso nel senso “laicamente pregnante di tutela della qualità dell'esistenza e della libertà morale della persona”⁵³, di modo che nessun altro all'infuori di chi soffre può realmente decidere cos'è meglio per lui e, quindi, procedere a valutazioni realistiche sulla qualità effettiva della sua esistenza⁵⁴. L'argomentazione è decisamente contrastata da quanti rilevano che, così ragionando, si sfumerebbero di gran lunga i confini del concetto di dignità, la cui accezione verrebbe ad assumere una connotazione soggettiva e relativa, dal momento che ciascuno sarebbe l'unico giudice della propria dignità, mentre quest'ultima merita di essere riaffermata e tutelata per il solo fatto di appartenere

⁵¹ In tal senso, ad esempio: RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 53 ss.; VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazioni in margine al caso Welby*, cit., pp. 7 s. Quanto alla recente giurisprudenza, in Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2008, pp. 1725 ss. (con nota di SIMEOLI), si ha cura di rimarcare l'influenza che le convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche esercitano sulle manifestazioni di volontà individuali.

⁵² Il punto è oggetto di attenta riflessione in MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 425; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 47 s.; ma anche in OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., pp. 35 s. Per quanto rammentato precedentemente (cfr. § 2.2) in merito al diritto di morire, riconosce in via di principio una disponibilità della propria vita *manu alius* GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 86 ss.; concorda RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 53 ss.

⁵³ In questi termini RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., p. 56.

⁵⁴ In forza di quanto riportato in VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 175 ss., nel contesto di valutazioni attinenti alla tematica specifica del cd. testamento biologico.

al genere umano. Tale ultima lettura è, in verità, marcatamente condizionata da premesse di carattere ontologico, coincidenti, nemmeno tanto remotamente, con i principi di indisponibilità ed inviolabilità della vita⁵⁵; eppure, anche chi la promuove deve, in ogni caso, riconoscere che “il malato che assiste impotente alla propria degradazione può provare il sentimento di una dignità diminuita”⁵⁶.

La sensazione che affiora sulla base di queste ultime considerazioni è molto prossima a quella di una “tutela da se stessi”, legittimata da una concezione della solidarietà declinata secondo paradigmi paternalistici, per cui essa comporta per sua natura la “imposizione autoritativa di doveri a carico del singolo ma a vantaggio della collettività, come sacrificio individuale in ragione della realizzazione del bene comune”, presupponendo “un senso di appartenenza, un’identità, anche di ideali, che devono essere approvati per essere partecipati”⁵⁷. Quanto questo si ponga in disaccordo con l’impostazione fondamentale dell’ordinamento italiano è di agevole intuizione, se solo si rammenta che l’impronta solidaristica che lo caratterizza è, però, saldamente coniugata con quella personalistica e che, per quanto detto (cfr. il § 2.1 di questo capitolo), l’obiettivo della solidarietà non può mai risultare eversivo del fondamento sul quale quella stessa solidarietà s’impenna, consentendo di legittimare forme di tutela del soggetto da se stesso, in nome di una gerarchia di valori a lui imposta e, per questo, del tutto in antitesi con il pluralismo etico che informa di sé una democrazia autentica, sostanziandosi quella che efficacemente è stata definita una “spietata tutela” della vita⁵⁸.

Sul versante opposto, alla radice delle riflessioni in materia di qualità della vita sono stati rintracciati precisi presupposti filosofici, tali da condizionare l’intero ragionamento: il pragmatismo, l’utilitarismo e l’evoluzionismo sociale accrediterebbero un giudizio negativo sulla vita, in quanto indegna di essere vissuta quando, nell’ordine, non è più produttiva, o fonte di felicità per sé è per gli altri, o ancora perché un soggetto non è in grado di sostenersi e di curarsi da solo.

⁵⁵ Il riferimento è ad ARAMINI, *Eutanasia*, cit., pp. 19 s. Similmente PESSINA A., *Eutanasia*, cit., pp. 100 ss., il quale, presupponendo l’intrinseca dignità della vita umana, reputa non degne dell’uomo talune condizioni estrinseche, comprese le sofferenze, con il che non si apre la strada all’eutanasia, ma a forme differenti di sostegno al morente (sul punto si ritornerà nel corso del cap. 4).

⁵⁶ Testualmente ancora ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 20.

⁵⁷ I periodi virgolettati sono tratti da MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 31 ss., nel corso di un approfondimento quanto mai accurato sulle diverse sfumature assegnate alla nozione di solidarietà.

⁵⁸ Ancora MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 254. In sintonia: SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 670 ss.

Ad accomunare le tre impostazioni teoriche è l'unica condizione di subordinare la vita ad obiettivi estranei al soggetto, con la sua conseguente strumentalizzazione, questa, sì, contraddicente la dignità e l'autonomia dell'essere umano. Ciononostante, anche in questo itinerario logico-argomentativo si può registrare una significativa apertura in favore di una prospettiva che coniughi qualità della vita e valori personali e soggettivi della persona interessata, esaltando il profilo della valutazione espressa dal malato sulla propria capacità di dare un senso alla qualità della vita che potrebbe derivargli da un trattamento particolarmente doloroso o dagli effetti gravosi⁵⁹.

In conclusione, pur quando si parla di dignità del morente è pressoché costante il riferimento a decisioni riconducibili alla sua autonomia, con la valorizzazione di un profilo di autodeterminazione che risulta, in misura più o meno accentuata, assorbente se non del tutto qualificante l'intero discorso sul parametro in oggetto. Non a caso, recuperando lo svolgimento nel corso dei secoli del dibattito sui concetti di persona e dignità, s'incontra inevitabilmente la celebre affermazione nella quale Immanuel Kant condensò l'assunto in forza del quale l'umanità è essa stessa dignità e l'uomo non può mai essere trattato come semplice mezzo al servizio di fini altrui⁶⁰. L'uomo è per se stesso un valore e in tanto ha un senso parlare della sua dignità in quanto egli non è semplicemente uno strumento in mani altrui, ma un'unità decidente, in grado di scegliere autonomamente.

⁵⁹ A queste eloquenti conclusioni perviene CUYÁS, *Lo scoglio della «qualità della vita»*, in *Civ. catt.*, 1996, n. 3505, pp. 58 ss.

⁶⁰ Si rinvia a KANT, *La metafisica dei costumi* (tr. it.), Bari, 1970, p. 164; ID., *Fondazione della metafisica dei costumi* (tr. it.), in *Scritti morali*, Torino, 1970, p. 88. In proposito si segnalano le annotazioni di MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 41 ss., tese a valorizzare l'enunciato kantiano nell'ottica dell'assegnazione alla pena di finalità che, conformemente al complesso dei principi deducibili dalla Carta costituzionale – ed inclusivi anche della inviolabile dignità del condannato –, superino la mera intimidazione-deterrenza e qualifichino la rieducazione, sancita dal 3° comma dell'art. 27 Cost., in chiave positiva, in modo da far consistere la prevenzione generale in un compito criminal-pedagogico, funzionale all'aggregazione del consenso dei consociati intorno ai contenuti precettivi delle norme penali e, dunque, a rinsaldare la loro fiducia nei confronti dell'ordinamento; mentre, per quel che concerne la prevenzione speciale, la connotazione positiva si estrinsecerebbe nel presentare la pena come offerta di recupero sociale, finalizzata a favorire la risocializzazione del condannato. Sul punto si tornerà più diffusamente nel corso del cap. 3.

2.4. La Costituzione e il principio di autodeterminazione. Il problema dell'eteroattuazione.

Più volte si è avuto modo, finora, di mettere in risalto la centralità della manifestazione di volontà del malato terminale nell'intero svolgimento della tematica in oggetto. Ad ulteriore conferma, nella conclusione del paragrafo precedente si è precisato come anche nelle riflessioni incentrate sulla dignità umana spicca il ruolo di primo piano giocato dalla libera decisione del soggetto interessato. Tutto, dunque, sembra giustificare la massima attenzione rivolta verso questo elemento, la sua esaltazione come fattore di importanza strategica per la soluzione delle dibattute questioni implicate dalla problematica del trattamento di fine-vita.

In effetti, uno sguardo attento alla Carta fondamentale conforta nel considerare nevralgico il discorso relativo alla libera autodeterminazione personale, se è vero che il complesso delle annotazioni riguardanti l'art. 2 Cost. – con la solenne garanzia per i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che come componente delle formazioni sociali dove trova svolgimento la sua personalità – può agevolmente riassumersi nell'evidenziare le potenzialità espansive di un processo che riguarda libertà e valori non espressamente contemplati nel testo costituzionale, di modo che a giusta ragione può affermarsi che “il libero sviluppo della persona è un «compito» da realizzare e non solo un «dato» da rispettare”⁶¹. L'equivalenza tra l'invulnerabilità della persona e la sua libertà è motivata dalla genesi storica delle disposizioni in commento, concepita, per l'appunto, come suprema garanzia della sfera individuale dalle ingerenze del potere pubblico – ovverosia come decisa riaffermazione della «libertà da» – e, al contempo, impiegabile per finalità di promozione della persona anche, se non soprattutto, nelle formazioni sociali con le quali è chiamata ad interagire, allo scopo di realizzare un'effettiva «libertà di e per»⁶².

D'altronde, ed al solo fine di limitarsi a significativi esempi, quando l'art. 19 Cost. sancisce in favore di tutti il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa ed in qualsiasi forma, individuale o associata, non intende garantire unicamente le scelte positive di chi aderisce ad un determinato credo, bensì pure

⁶¹ Come sostiene BARBERA, *Art. 2*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 1975, p. 90, nel corso di un articolato ragionamento volto ad apprezzare la capacità estensiva della norma in commento.

⁶² Sul punto, con ampia trattazione, nuovamente BARBERA, *Art. 2*, cit., pp. 50 ss.

la libertà negativa, manifestata nell'ateismo, proprio per il riconoscimento più ampio possibile alla libertà di coscienza⁶³. E se con l'art. 21 Cost. si presidia il diritto di ognuno di manifestare liberamente il proprio pensiero è per la ragione, tanto elementare quanto basilare, che con le parole, con gli scritti e con altri mezzi idonei si esprime la personalità dell'autore, la cui libertà sarebbe vanificata, e degradata a mera enunciazione di principio, se non messa in condizione di essere diffusa, il che giustifica la presentazione di questo specifico diritto come «pietra angolare» di un regime autenticamente democratico⁶⁴.

Il più volte richiamato capoverso dell'art. 32 Cost. è eloquente espressione di quel principio di validazione consensuale che altro non è che il frutto più maturo dell'evoluzione da una visione paternalistica della salute ad una moderna che, iniziato sul finire degli anni '60 del secolo scorso in seguito alle rivendicazioni avanzate dalla classe operaia per una maggior tutela delle condizioni di salute dei lavoratori nei posti di lavoro, vuole il cittadino consapevolmente partecipe delle scelte, sulla base di corrette informazioni fornite dal medico, delineandosi un modello di *partnership* fondato su informazione e consenso (come già osservato nel cap. 1, § 2.3). Ne consegue la ricostruzione della libertà di decidere della propria salute e del proprio corpo come manifestazione di un'ampia libertà di decidere da sé di sé, al pari di altre forme di libertà, quale appunto quella di pensiero⁶⁵.

La consacrazione costituzionale del principio di autodeterminazione ha comprensibilmente incoraggiato buona parte della dottrina che si è interessata alla presente tematica a sostenere con ferma convinzione che qualsiasi riflessione ordita in proposito non potesse prescindere dalla doverosa valorizzazione del suddetto principio, *condicio sine qua non* per affrontare e risolvere correttamente le spinose questioni sorte in tema di trattamento di fine-vita. E, dunque, si presenta del tutto coerente con quanto finora rilevato l'auspicio di un

⁶³ Secondo quanto osserva FINOCCHIARO, *Art. 19 Cost.*, cit., pp. 238 ss.

⁶⁴ Si ved a PACE, *Art. 21*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 2006, p. 37 ss. La problematica è oggetto di accurate riflessioni pure in FIORE C., *I reati di opinione*, cit., pp. 83 ss.

⁶⁵ Il mutamento del paradigma concettuale nel quale era inquadrato tradizionalmente il discorso sulla salute è ben lumeggiato da MONTUSCHI, *Art. 32 1° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 1976, pp. 146 ss. Quanto alla collocazione della libertà in materia di salute nell'alveo di quella di decidere, si veda D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, V Agg., Milano, 2001, pp. 1028 ss., pur se, a coronamento della propria riflessione, l'Autore opta per la sostituzione del termine «libertà» con quello di «autonomia privata», a suo avviso maggiormente compatibile sia con il condizionamento derivante da limiti correlati ad altri valori fondamentali dell'ordinamento, sia con il richiamo all'autoresponsabilità.

accoglimento crescente del principio di autodeterminazione concepito quale “unico strumento in grado di far realizzare appieno la personalità umana”⁶⁶ e da far opportunamente espandere con la regolamentazione delle direttive anticipate di trattamento (o, correntemente, testamento biologico)⁶⁷. Anzi, memori dell’affermazione autorevole secondo la quale un sistema giuridico moderno è fondato “grazie a Dio, sul diritto all’autodeterminazione, che esclude un’autorità della ragione di terzi sulle decisioni di uomini adulti e sani dal punto di vista psichico”⁶⁸, altri hanno letto la piena capacità di autodeterminarsi del malato come manifestazione del suo essere *dominus* della propria esistenza⁶⁹ ed il riconoscimento del rango costituzionale di tale diritto è, per sua natura, così pregnante e vincolante da rendere, per taluni, per nulla necessaria, pur se auspicabile, una futura disciplina legislativa della materia, potendosi far discendere le soluzioni di casi concreti direttamente da norme costituzionali quali gli artt. 13 e 32, 2° comma, Cost.⁷⁰.

Senonché, da altra sponda si è cercato di integrare le considerazioni appena esposte con alcune diverse e funzionali a presentare un quadro più articolato, e per questo maggiormente complesso, nel quale la manifestazione di volontà del malato, pur rilevante, non gioca un ruolo decisivo. Nel dettaglio, è stato osservato che a legittimare un’interruzione del trattamento al quale viene sottoposto un malato terminale non basta esclusivamente il consenso di quest’ultimo, che si attegga a condizione necessaria ma non sufficiente, spostandosi il fuoco dell’attenzione sul complesso dei fattori in presenza dei quali matura e si esprime la volontà del paziente⁷¹. Per questa ragione si è provveduto ad esplicitare segnatamente l’importanza di un contesto informativo e

⁶⁶ In tali termini VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., p. 67.

⁶⁷ Secondo le riflessioni favorevoli svolte ancora in VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 175 ss.

⁶⁸ È quanto sostiene ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 155, la cui citazione è operata da VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, cit., p. 541.

⁶⁹ Come si legge in RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., p. 58, la quale definisce riduttiva l’interpretazione, blandamente negativa, del principio in commento come mero diritto di rifiutare le cure.

⁷⁰ In questo senso è orientato VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazioni in margine al caso Welby*, cit., p. 10. Su posizioni affini si attestano FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 38.

⁷¹ Tale orientamento emerge in PESSINA A., *Eutanasia*, cit., pp. 17 ss. e 46 ss. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in ID. (a cura di), *I reati contro la vita e l’incolumità individuale*, Torino, 2006, pp. 119 s., dichiara inammissibile una visione individualistica che, trascura di valutare un risvolto dell’autodeterminazione, quello dell’autonomia dei soggetti più deboli, che rischiano di vedersi privati di tale potere in seguito alle pressioni dell’ambiente circostante.

comunicativo – tacitamente presupposto anche da parte di chi ha evidenziato il ruolo svolto attualmente dal consenso informato di colui che dev'essere sottoposto a trattamento sanitario – nel quale una specifica richiesta è destinata ad essere correttamente interpretata⁷².

Ricordando quanto già rilevato (nel § 2.4 del cap. 1), è possibile sovvertire l'assunto dei sostenitori della tesi della sufficienza del consenso ed assegnare alla volontà manifestata dal paziente non il compito di ultimare un processo terapeutico che non si desidera più prolungare, ma quello di iniziare una nuova fase del rapporto tra malato e medico, fase in cui occorre spendere ogni energia per procedere a quello che può definirsi "l'ascolto dell'ambivalenza umana"⁷³ e, quindi, per decodificare esattamente il senso della richiesta proveniente da chi soffre e fronteggiare, proseguendo il rapporto con quest'ultimo, il senso di delusione per una mancata comunicazione che, non di rado, può celarsi dietro richieste di tipo eutanasi, di modo che intervenga quello "scambio che rimetta in discussione la divisione funzionale tra persone in buona e cattiva salute"⁷⁴.

Proprio un simile mutamento di prospettiva consente di soddisfare due esigenze che s'impongono nella loro drammatica verità. In primo luogo, quella di evitare che l'ampio respiro di una relazione a due, quale quella tra paziente e medico – generalmente apprezzata come la prova palese di un nuovo modo d'impostare ogni discorso relativo sia alla salute che alla vita di chi soffre e suscettibile di essere ulteriormente estesa con l'auspicata introduzione delle direttive anticipate di trattamento – risulti, di fatto, mortificato degradando i casi di richiesta orientata alla morte come questioni private, dominate dall'ineluttabile volere di una sola parte⁷⁵.

Ma, in seconda ed anche più pressante istanza, si obietta che a differenza di quanto accade nel suicidio – che può essere inteso come atto supremo di libertà, manifestato nel gesto estremo di rifiuto della vita con una condotta attiva – la domanda di interruzione del trattamento altro non sarebbe che la delega ad altri

⁷² Si vedano VICINI, *Accompagnare, condividendo ed imparando*, cit., p. 247; VOLTAGGIO, *Etiche di fine vita*, cit., pp. 258 ss.

⁷³ L'espressione, esaustiva per quanto sintetica, è usata da DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., p. 110.

⁷⁴ Rinviando ancora una volta a quanto diffusamente annotato sul punto nel corso del § 2.4 del cap. 1, si segnala ulteriormente in proposito DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., pp. 105 ss.

⁷⁵ Paventano il rischio ARAMINI, *Eutanasia*, cit., pp. 63 s.; DEMMER, voce *Eutanasia*, cit., p. 398.

dello stesso gesto, con la conseguente espropriazione di fatto del titolare di quello che nelle intenzioni viene presentato come un atto insindacabile. Questo senza trascurare che, nel momento in cui si delega, si richiede al delegato (*rectius*, si pretende?) di condividere una specifica opzione morale – si pensi alle valutazioni del malato sulla dignità e qualità della propria vita – contaminando la richiesta di por fine alla vita con istanze di tipo eticizzante al pari di quelle che, come obiettano coloro che militano a favore, sono adoperate per negare qualsiasi legittimità all'interruzione della vita su richiesta del malato⁷⁶.

Con questo non s'intende affatto negare il ruolo che assume il consenso in simili evenienze; solo si contesta l'assolutizzazione della giustificazione volontaristica, quella preminenza incontrastata del volere (quanto mai efficacemente espressa nel brocardo *non salus sed voluntas aegroti suprema lex*) che esige dalla medicina una prestazione senza che, però, essa possa essere in qualche modo valutata dal destinatario della volontà dichiarata⁷⁷. Anzi, la volontà del paziente destinata inevitabilmente a ripercuotersi nella sfera d'azione del suo eventuale interlocutore assume la forma di un'ingiunzione, di un mettere l'altro con le spalle al muro, senza che alcun limite possa essere frapposto e deresponsabilizzando il malato nei confronti dell'esecutore (forzato) del suo volere⁷⁸.

In estrema sintesi, il problema sorge quando si esorbita dai confini della esternazione del volere del paziente in fase terminale, per passare a valutare l'incidenza dell'intervento di un soggetto diverso, chiamato a realizzare l'oggetto della dichiarazione a lui indirizzata. Come ricordato, in dottrina si è rimarcata la problematicità della questione allorquando si è posta in discussione la liceità, naturalmente giuridica, dell'eterosacrificio⁷⁹. In questa sede si accede a tale orientamento, anche se si opta per l'adozione di una prospettiva differente, preferendo la qualificazione di «eteroattuazione». E questo perché mentre nel concetto di eterosacrificio è implicato il riferimento all'interesse che viene leso,

⁷⁶ Così REICHLIN, *L'eutanasia in Olanda: contraddizioni, ambiguità, alternative*, cit., pp. 181 ss., prendendo spunto dall'esperienza olandese.

⁷⁷ La constatazione è di EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, cit., pp. 247 ss.

⁷⁸ Sul conflitto di libertà e sulla correlazione tra libertà e responsabilità: DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., pp. 170 ss.; ma anche ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 69; DEMMER, voce *Eutanasia*, cit., p. 398. In PESSINA A., *Eutanasia*, cit., pp. 105 ss., coerentemente con la premessa di fondo che la vita è dono del Creatore, il profilo della responsabilità è sviluppato anche e soprattutto in una dimensione verticale.

⁷⁹ Si richiama ancora una volta MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 425; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 48.

con l'accento all'eteroattuazione si opera una trasposizione di piani, volendosi fissare lo sguardo non sul momento – pure di grande rilevanza – della disposizione del bene coinvolto, ma su quello immediatamente antecedente della concretizzazione della volontà del paziente, dalla quale scaturisce la stessa disposizione, rivelandosi, in questo modo, la necessità di impostare correttamente la soluzione del quesito inerente all'ammissibilità della morte su richiesta integrando la manifestazione di volontà del malato con l'imprescindibile intervento di un altro soggetto.

In tal senso, a questo punto, possono essere recuperate ed interpretate le perplessità esposte da chi si è interrogato in merito alla sussistenza di eventuali limiti alla libertà di autodeterminazione. E non allo scopo di affrontare l'arduo dilemma della contrapposizione tra diritti inviolabili e doveri inderogabili (come quelli di solidarietà)⁸⁰, quanto piuttosto per testimoniare la complessità della tematica che, per quanto evidenziato, non si presta ad essere ricondotta unicamente all'applicazione *tout court* dello schema del consenso di chi desidera morire, ma che postula di necessità un completamento⁸¹. D'altro canto, anche tra le file di coloro che hanno esaltato la centralità del consenso proveniente da chi soffre è emersa nitidamente la consapevolezza della differenza strutturale tra le ipotesi di disposizione della vita *manu propria* e quelle attuate *manu alius* (o *aliena*), proprio al fine di decifrare correttamente il ruolo svolto dal medico chiamato in causa dall'altrui dichiarazione di voler morire⁸².

Senza tralasciare un altro aspetto altamente problematico, questa volta di natura oggettiva, che prende forma non appena ci si interroga sull'effettiva estensione del diritto, costituzionalmente sancito, di rifiutare un trattamento

⁸⁰ Ci si riferisce a MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 51 ss., che nega la conflittualità tra interesse individuale e collettivo in favore della valorizzazione dinamica delle due dimensioni giuridiche in campo, particolarmente del diritto alla vita che includerebbe, come suo risvolto negativo, anche quello di non vivere più, senza che possano interferire dall'esterno altri fattori idonei a privarne il titolare.

⁸¹ Solo a titolo di esempio, si ricorda che in PACE, *Art. 21*, cit., pp. 45 s., relativamente alla libertà di manifestare il proprio pensiero, si chiarisce espressamente che se essa fonda lo Stato democratico, non per questo deve ritenersi che le ragioni ideali di una democrazia si esauriscano nella libera manifestazione del pensiero, a conferma della inevitabilità di un controbilanciamento derivante dalla interrelazione tra la sfera giuridica di chi esprime il proprio pensiero e quella di eventuali destinatari. Il profilo della necessaria cooperazione di altri soggetti, tale da estendere l'attenzione verso ulteriori parametri di riferimento, è presente in OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., p. 35.

⁸² Si allude a GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 88; RISICATO, *Del «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., p. 58. Pure MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., pp. 425 ss.; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 47 ss. e 71 ss., illustra la sostanziale diversità delle due situazioni, anche se, quanto al consenso del malato, ne ridimensiona la rilevanza, definendo non punibile e unicamente in via eccezionale la sola eutanasia passiva consensuale.

sanitario, nel senso che occorre chiedersi se di quest'ultimo valga un'accezione più ristretta – configurantesi come adozione di mezzi diagnostici e terapeutici per prevenire e curare il male – o più ampia, con l'inclusione di ogni attività anche non strettamente curativa, come nel caso della terapia del dolore e dell'alimentazione ed idratazione artificiale; infatti, la prevalenza accordata alla prima opinione renderebbe la somministrazione di sostanze ed acqua in maniera artificiale una misura ordinaria e doverosa di assistenza, derivandone, così, la non rifiutabilità delle stesse da parte del paziente, non trattandosi di trattamenti nel senso proprio del termine adoperato nel capoverso dell'art. 32 Cost.⁸³.

3. Le norme della legislazione ordinaria.

Dopo la ricostruzione delle coordinate costituzionali, occorre ora procedere ad un rapido esame delle disposizioni della legge ordinaria che più da vicino possono interessare la tematica qui trattata. Il riferimento specifico è agli artt. 579 e 580, ma anche all'art. 50 del codice vigente. Come giudizio complessivo, riferito in particolare alle prime due norme riportate, è il caso di ricordare che solo minoritaria e risalente nel tempo è la tesi secondo la quale nel nostro Paese non urgerebbe approntare una disciplina meglio calibrata di quella codicistica, risultando le varie proposte novellistiche non solo ambigue dal punto di vista scientifico, ma per di più del tutto superflue sotto il profilo normativo⁸⁴.

In generale, non sono stati risparmiati rilievi critici al combinato disposto dei due citati articoli, inadeguati a fornire una risposta pertinente ai quesiti sorgenti in proposito, avvertendosi l'esigenza di un intervento del legislatore modellato su misura, in modo da evitare interpretazioni forzate del tenore letterale del dato normativo e, soprattutto, l'effetto quanto mai pregiudizievole di assoggettare ad un trattamento sanzionatorio eccessivamente rigoroso talune

⁸³ Significative riflessioni sulla distinzione tra trattamento sanitario *stricto sensu* ed alimentazione ed idratazione artificiale sono svolte da CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 135; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 99; ID., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 574; MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1987; MARINO, *Testamento biologico: i diritti dei malati e l'operato dei medici*, in BORASCHI-MANCONI, *Il dolore e la politica*, cit., pp. 50 s.; RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, cit., p. 39; VINCENZI AMATO, *Art. 32 2° comma*, cit., p. 176.

⁸⁴ Di quest'avviso si mostrano *expressis verbis* PANNAIN B.-SCLAFANI-PANNAIN M., *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, cit., p. 25. Almeno tacitamente concorda MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pp. 99 ss., il quale, pur non pronunciando alcun tipo di giudizio sulla normativa vigente, non nasconde le sue perentorie riserve di principio nei confronti del fenomeno eutanasi.

ipotesi, quali quelle dell'eutanasia *pietatis causa* non sorretta dal consenso del paziente, che, ricadendo nell'ambito applicativo dell'omicidio doloso comune – e seppur beneficiando dell'attenuante contemplata dal n. 1 dell'art. 62 c.p. – potrebbero ordinariamente, per effetto delle aggravanti della premeditazione e dei rapporti di parentela, essere punite con pene di notevole severità⁸⁵.

Altre censure, poi, sono state avanzate tenendo conto del modo con il quale il legislatore ha costruito le due fattispecie incriminatrici – ben poco differenti quanto a trattamento sanzionatorio, nonostante una palese divergenza strutturale tra le due incriminazioni⁸⁶ – per la presenza di elementi che condizionerebbero in negativo l'applicazione delle due norme alle ipotesi di cui si tratta in queste pagine. Proprio per tale ragione è indispensabile procedere ad una sommaria ricognizione analitica delle stesse, al fine di evidenziare i nodi ermeneutici principali e di accertare, anche, quanto del dato normativo esistente risulti utile allo scopo di congegnare eventuali ipotesi di riforma. Naturalmente, l'esame di peculiari questioni che concernono le singole disposizioni esula dall'obiettivo della presente trattazione, essendo più opportuno fermarsi ad approfondire quelle che, nello specifico, possono influire sullo sviluppo del ragionamento intrapreso in questa sede.

⁸⁵ Con accenti in parte diversi, ma convergendo nella medesima direzione: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 66; CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 123 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 37; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 74 ss.; SANTOSUOSSO, *Diritti del paziente e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire?*, cit., p. 214. Si associa MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 430; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 80, il quale riconduce all'attuale ed inidoneo quadro normativo attuale un duplice effetto, quello di una risposta sanzionatoria troppo aspra, alla quale va abbinato l'altro, opposto, di assoluzioni ingiustificate per ragioni di emotiva indulgenza. PANNAIN B.-SCLAFANI-PANNAIN M., *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, cit., p. 15, ritengono, di contro, che per un giudizio di prevalenza dell'attenuante relativa al motivo *pietatis causa*, operato in astratto dal legislatore in ragione della presenza del consenso, non troverebbero applicazione le aggravanti di cui all'art. 61, ma quelle contemplate dagli artt. 111 e 112 c.p. Menzionando la Relazione ministeriale di accompagnamento, PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., p. 200, a causa dell'irrelevanza dei motivi dell'azione, sostiene che l'art. 579 non si applica ai casi di eutanasia; tuttavia, sia consentito rilevare che il passo riportato dall'Autore sembra, più plausibilmente, prestarsi ad una diversa lettura, mediante la quale neppure la previsione di un trattamento sanzionatorio mitigato rispetto a quello dell'omicidio volontario comune – proprio per la presenza del consenso della vittima – potrebbe far pensare ad una legittimazione minima delle tesi eutanasiche, in ogni caso riprovate come attesterebbe tangibilmente la fattispecie incriminatrice in parola. Sul punto si ritornerà nel corso del prossimo § 3.1.

⁸⁶ Si sofferma in proposito SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 723 s.

3.1. L'art. 579 c.p.

L'omicidio del consenziente, previsto e punito dall'art. 579 del codice del 1930, rappresenta un *novum* nel raffronto con la codificazione previgente, nella quale l'ipotesi delittuosa *de qua* era ricondotta alla figura dell'omicidio volontario, sebbene parte della dottrina non condividesse la scelta del legislatore dell'epoca in ragione del consenso della vittima, la cui presenza veniva valutata come fattore in grado di orientare verso una disciplina differente⁸⁷. Attualmente, quest'autonomo titolo di reato punisce con la reclusione da sei a quindici anni chiunque cagiona la morte di un uomo col consenso di quest'ultimo, ribadendo, con il 3° comma, l'applicazione delle disposizioni in materia di omicidio volontario (di cui agli artt. 575-577) qualora il fatto sia commesso contro un minore degli anni diciotto; contro un infermo di mente o contro chi si trova in condizioni di deficienza psichica dovuta ad altra infermità o all'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; contro una persona, infine, il cui consenso è stato ottenuto dal colpevole con violenza, minaccia, suggestione o inganno.

Rinviando a specifici commenti per la disamina particolareggiata della disposizione⁸⁸, è indispensabile dedicare attenzione ad alcune questioni implicate dalla lettura del dettato normativo. La prima attiene alla decifrazione della norma in oggetto dal punto di vista dell'indicazione di politica criminale che il codificatore ha voluto trasmettere. Appartiene ad un indirizzo ormai datato ed indubbiamente caratterizzato per la ricordata, e non condivisibile, pubblicizzazione dell'oggetto di tutela l'opinione che qualificava quello in oggetto come un delitto sulla persona ma non contro la persona, ledendosi un interesse di immediata pertinenza statale⁸⁹, mentre per l'orientamento tradizionale e ancor oggi perdurante si asserisce che la norma depone inequivocabilmente per l'indisponibilità del bene-vita, peraltro puntualmente ribadita nella Relazione

⁸⁷ Sul punto: PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., pp. 189 ss., con la precisazione che il panorama dottrinale non annoverava solo Autori favorevoli o ad una risposta sanzionatoria più mite o perfino alla non punibilità per assenza di pericolosità sociale, dal momento che altri reclamavano il più completo rigore.

⁸⁸ Si rimanda a D'ANDRIA, *Art. 579*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, II, Milano, 2007, pp. 3456 ss.; GALLI, *Art. 579*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato (artt. 385-734 bis)*, Milano, 2006, pp. 3826 ss.; STRANO LIGATO, *Art. 579*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, pp. 1788 ss.; TASSINARI, *L'omicidio del consenziente*, in CANESTRARI (a cura di), *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., pp. 95 ss.

⁸⁹ Ci si riferisce a VANNINI, *Il delitto di omicidio*, Milano, 1935, p. 115.

ministeriale di accompagnamento⁹⁰ e in alcun modo temperata dalla presenza del consenso della vittima, che non può servire a discriminare il reato di omicidio ma rileva, unicamente, per l'influenza esercitata sulla gravità del delitto, per l'apprezzamento del coefficiente psichico e della personalità del colpevole⁹¹.

Di contro, non sono mancate interpretazioni polarizzate intorno all'assunto che, proprio esaltando la presenza del consenso di chi subisce l'azione omicida, rintraccia nella disposizione in esame un'ammissione significativa, per quanto espressa nei termini della disapprovazione per la condotta tipizzata, di una certa disponibilità del bene-vita, delimitata esclusivamente per il fondamento paternalistico sul quale si poggia l'art. 579, che rappresenterebbe norma eccezionale e derogatoria rispetto all'art. 50 del medesimo codice, posta a presidio simbolico dell'assolutezza di un principio, quello dell'indisponibilità della vita, che non è provvisto di rilevanza giuridica, consumandosi, con tale opzione normativa, un compromesso tra il riconoscimento della libertà di chi intende por fine alla propria vita e le istanze di protezione del più elevato tra i beni giuridici meritevoli di essere difesi⁹². Ma anche chi non intravede tra le righe della disposizione in commento gli indizi per un latente riferimento alla libertà di disporre della vita, invoca il necessario trascendimento del piano della legge ordinaria, per pervenire a quello delle direttive di matrice costituzionale, utili per aprire fin dal momento attuale spiragli decisivi per ritenere lecite alcune forme di interruzione della vita su richiesta dell'interessato⁹³.

Qualora, poi, si ricordi che sussiste un collegamento tra l'attuale art. 579 c.p. e il dibattito sull'eutanasia che ha interpellato la dottrina penalistica fin dal XIX secolo e che, per questa ragione, la scelta del legislatore del 1930 rappresenta una sostanziale chiusura nei confronti di una regolamentazione normativa dell'eutanasia pietosa, altro non si farebbe che ribadire la radicale divergenza tra

⁹⁰ Si veda la *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V³, cit., p. 373.

⁹¹ Tesi riproposta, per limitarsi a qualche esempio, da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 63 s.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pp. 86 ss. (con un ricco *excursus* storico sulle "aberrazioni" legislative e giudiziarie in materia, cfr. pp. 99 ss.); PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., pp. 190 ss. Per MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 114 s., con l'omicidio del consenziente si aggredisce il solo bene indisponibile della vita, a differenza di quanto si verifica con l'omicidio comune, che offende anche la libera volontà di un altro soggetto. Segnala la tendenza dei compilatori del codice a fornire una chiara indicazione in favore dell'assoluta tutela del bene-vita GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 79 ss.

⁹² Per questa lettura occorre rimandare a MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 217 ss.

⁹³ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 33.

l'ipotesi sanzionata – resa speciale rispetto a quella ordinaria di cui all'art. 575 dall'oggettivo richiamo al consenso – e quella schiettamente eutanاسica, imprescindibilmente legata alle motivazioni pietose/altruistiche, che, per la disciplina prescelta dal codificatore di era fascista, potevano assumere, al massimo, rilievo circostanziale. Ma – ed è questa la svolta rispetto all'indirizzo maggioritario – dai rilievi svolti si desume la palese difficoltà, *de iure condito*, ad inquadrare i casi di eutanasia nella cornice tipica dell'art. 579, piuttosto che in quella generale dell'art. 575⁹⁴. Il che equivale a rimarcare che, prendendo posizione in negativo sulla questione, gli autori del codice non solo non hanno risolto quegli interrogativi che la problematica del consenso pone ma, in più, ne hanno, implicitamente, riconosciuta la rilevanza. Anche così argomentando, allora, il tema della libertà di decidere della propria sorte è, seppur indirettamente, rievocato. Non a caso, è stato autorevolmente osservato che si tratterebbe, in ultima analisi, di un “suicidio per mano altrui”⁹⁵.

Ulteriore aspetto meritevole di attenzione è quello della forma e delle modalità di manifestazione del consenso, essendo indifferente che esso si sostanzi in una richiesta, un'impetrazione o un comando provenienti dalla vittima o, piuttosto, nell'accettazione o nel permesso da questa rilasciati, purché venga travalicata la fase del semplice desiderio; così come non va astrattamente esclusa l'ipotizzabilità di un consenso tacito, pur con tutte le cautele del caso, in ragione dell'importanza dell'interesse coinvolto. Ciò che davvero rileva è che chi esprime il consenso sia in grado di rendersi conto di quel che chiede⁹⁶, sì come l'agente deve avere la consapevolezza della presenza del consenso della vittima, in modo che le due volontà s'incontrino fondendosi in un solo intento e giustificando, di conseguenza, un giudizio di riprovazione differente rispetto a quello che inerisce all'omicidio comune⁹⁷.

Il profilo che più di altri appare problematico riguarda, invece, l'invalidità del consenso prestato da persona in condizioni di deficienza psichica per infermità diversa da quella di mente, come espressamente previsto dal n. 2 del 3° comma della disposizione in commento. Il particolare stato psichico di cui si

⁹⁴ Come ritiene GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 80.

⁹⁵ Secondo la definizione data da MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 115.

⁹⁶ In merito, per tutti: PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., pp. 195 s.

⁹⁷ Il profilo è attentamente lumeggiato da MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 219.

discute può essere da alcuni contestato, quanto alla sua esattezza scientifica, perché non si rivela corretto separare *soma* e psiche e, quindi, le alterazioni mentali da quelle relative ad altre funzioni⁹⁸; ciononostante, se anche, per opinione alquanto diffusa, s'intende estenderlo ad ogni forma di attenuazione delle capacità intellettive, critiche, volitive ed affettive del soggetto⁹⁹, si potrebbe ritenere che per ciò solo la norma non potrebbe trovare applicazioni nelle ipotesi di eutanasia, essendo improbabile non riscontrare una simile forma di *deficit* nel malato terminale, "il quale acconsente alla propria uccisione in preda a intollerabili dolori, non influenti sull'equilibrio psicologico, e magari sotto l'effetto di adeguati analgesici narcotici"¹⁰⁰. Con il conseguente rifluire delle relative situazioni nell'ambito operativo dell'art. 575 c.p.

Purtuttavia, è possibile osservare di contro che le censure appena riferite ammettono il rischio, e non la certezza, che il paziente terminale non sia in grado di esternare il proprio consenso e che, ancora, lo stato patologico nel quale egli versa può, senza dubbio, influire sulla sua decisione, pur senza, per questo, viziarla sotto il profilo dell'attendibilità¹⁰¹. In altre parole, il condizionamento del volere del soggetto che esprime il consenso non necessariamente trae origine da una deficienza psichica, da una minorazione delle sue facoltà intellettive e volitive. È innegabile che la decisione da lui adottata maturi in un contesto di sofferenza e da questo sia determinata, ma è proprio tale presupposto che induce alcuni a dichiararsi favorevoli al riconoscimento di certe forme di «morte su richiesta», in forza della considerazione pietosa per il dolore che affligge il richiedente.

D'altro canto, affiora l'impressione che chi lamenta l'inadeguatezza dell'art. 579 a far fronte alla maggior parte delle ipotesi di eutanasia pietosa, essendo esse connotate dal condizionamento del malato, sembri implicitamente

⁹⁸ L'obiezione si trova in PANNAIN B.-SCLAFANI-PANNAIN M., *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, cit., pp. 12 s., con un'accurata motivazione tesa a mettere in risalto la corrispondenza tra infermità di mente ed alterazioni somatiche.

⁹⁹ Come riferisce TASSINARI, *L'omicidio del consenziente*, cit., p. 101.

¹⁰⁰ L'affermazione è di GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 83. Concordano FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 37; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 223. La medesima constatazione serve ad EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, cit., p. 526, per dubitare della plausibilità della valorizzazione del consenso del paziente, sostenuta da chi auspica un'apposita regolamentazione della materia incentrata sul principio di autodeterminazione. Estremizza tali conclusioni MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 88, secondo il quale chi consente alla propria uccisione denota già solo per questo un'alterazione mentale tale da renderlo incapace di un normale consenso.

¹⁰¹ Con argomentazioni simili: OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., p. 144.

accettare una futura disciplina della materia che, in qualche modo, valga anche a prescindere dalla sua manifestazione di volontà. Il che, però, si traduce né più né meno nell'effettivo abbandono dell'assunto che categoricamente è sostenuto da quanti si dichiarano favorevoli ad una specifica normazione, ossia quello della indiscussa centralità del principio di autodeterminazione. E un simile esito non appare del tutto scongiurato neppure nel caso in cui si sostenga l'ammissibilità delle direttive anticipate di trattamento, che implicano la complessa, e per questo tutt'altro che pacifica, questione dell'attualità del consenso¹⁰².

3.2. L'art. 580 c.p.

Alcune delle ipotesi generalmente ricomprese negli esempi di eutanasia potrebbero ricadere nell'ambito applicativo della norma con la quale si è provveduto a tipizzare l'istigazione o l'aiuto al suicidio. Si pensi al medico che fornisce al paziente le istruzioni o l'ausilio necessario per consentirgli di attuare i suoi propositi autolesionistici. L'art. 580 è stato presentato da parte della dottrina come "una tra le più ostiche disposizioni del nostro codice penale, un vero rompicapo di cui si è costretti a prendere atto, a capitolare, non essendo agevole individuare una giustificazione convincente alle scelte tecniche e di politica criminale relative alla descrizione delle condotte incriminate"¹⁰³.

In effetti, una conclusione del genere si comprende appieno qualora non si reputi appagante presentare il suicidio come un fatto di per sé non illecito penalmente perché non vietato dall'ordinamento, una mera questione personale che in tanto non assume rilevanza giuridica in quanto non fuoriesce dalla sfera intima individuale e non si traduce in relazioni *ad alteros*¹⁰⁴. Ed infatti,

¹⁰² Il riferimento è a GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 106 ss. Peraltro, l'Autore torna sul punto (cfr. p. 121), prospettando un aggiornamento dell'art. 579 tale da eliminare ogni accenno alla deficienza psichica, sostituito dall'assenza, nel malato terminale, di disturbi psichici che rendano la volontà manifestata non corrispondente all'intimo volere. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, una simile reimpostazione dei termini del ragionamento non sembra mutare la precedente prospettiva, se la mancanza di disturbi psichici equivale a quella di situazioni nelle quali la non corrispondenza tra ciò che si vuole e ciò che si esprime è comunque radicata in una minorazione delle facoltà intellettive e volitive del paziente. In pratica, spostare l'attenzione dalla causa del disturbo a quest'ultimo non rende meno problematico l'interrogativo sulla sussistenza o meno di un consenso correttamente formatosi e validamente espresso.

¹⁰³ Il severo giudizio è espresso da MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 177, nell'ambito di un'articolata riflessione sulla opinabilità dell'assunto secondo il quale il suicidio costituirebbe un atto illecito o anche semplicemente tollerato.

¹⁰⁴ Principalmente MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pp. 109 ss.; ma anche MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 119 ss., che annovera il suicidio tra gli atti tollerati perché espressivi di un disvalore, ma che tuttavia non è punito, prevalentemente, sia per l'assenza di un coinvolgimento di altri che per ragioni d'inopportunità pratica, legate ad

sganciandosi da una concezione paternalistica della tutela della vita, che si spinge fino a configurare il vivere come un dovere (sociale), il contrapposto indirizzo colloca la questione nello scenario costituzionale che identifica la vita come bene giuridico dal profilo principalmente soggettivo-individualistico, e solo in subordine solidaristico, di modo che il giudizio d'indifferenza del legislatore nei confronti di tale fenomeno non può fondarsi esclusivamente sul suo essere circoscritto in un confine di totale privatezza, spiegandosi, invece, in ragione dell'essere manifestazione di quella libertà della persona che, in quanto tale, dev'essere rispettata, anche dall'ordinamento, perché perfettamente lecita¹⁰⁵.

Quale che sia, allora, il convincimento personale che ciascuno può nutrire nei confronti di questo fenomeno, in nessun modo, però, esso può fungere da presupposto per asserire l'illiceità penale della condotta autolesionistica, soprattutto quando nella valutazione soggettiva è più che probabile che rifluiscono considerazioni di matrice etica o religiosa o, in ogni caso, visioni della vita che pregiudizialmente qualificano l'atto in parola come rivelativo di un disvalore di per sé¹⁰⁶. Questo è quanto, secondo alcuni, sarebbe avvenuto con la previsione della fattispecie criminosa in commento, espressiva di un giudizio in termini di illiceità del suicidio che, però, non trova solidi riscontri positivi ed è anzi, confutabile alla luce di quelli forniti dagli artt. 2, 13 e 32, 2° comma, Cost., nonché dall'art. 5 c.c., disposizione, quest'ultima, la cui *ratio* va rinvenuta esclusivamente nella necessità di porre un limite ad atti negoziali di disposizione del proprio corpo e non per introdurre un principio generale di indisponibilità dei beni della persona¹⁰⁷.

un'inefficace deterrenza. Dissente, almeno parzialmente, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 67, in forza dell'assunto che la reale ragione della esenzione da pena è individuabile solo in ragioni di politica criminale, coincidenti con la pratica impossibilità di una repressione efficace. Per MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 48, la categoria del giuridicamente tollerato si espone a contaminazioni eticizzanti che la rendono non accoglibile. In proposito, si veda anche CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 139.

¹⁰⁵ In tal senso MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 193 ss.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 674 ss. Registra le sfumature tra le varie teorie sull'argomento TASSINARI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, in CANESTRARI (a cura di), *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 106.

¹⁰⁶ Una puntuale rassegna delle varie teorie sul suicidio, suddivise per ambiti scientifici diversificati, si trova in MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 121 ss. Sull'argomento sostano pure MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 180 ss., con l'opportuna accentuazione delle ripercussioni in chiave giuridica; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pp. 109 s.

¹⁰⁷ Sul punto: GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 83 ss. Ad identiche conclusioni giungono FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 41, nella prospettiva che qualifica quello in esame come un atto di libertà individuale. MANTOVANI, *Diritto*

L'analisi delle attività punite dal legislatore può servire ad una corretta lettura della norma in oggetto, con la quale è sanzionato chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito suicida, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione. Il trattamento sanzionatorio consiste nella reclusione da cinque a dodici anni se il suicidio avviene; da uno a cinque anni se il suicidio non avviene ma dal relativo tentativo deriva una lesione personale grave o gravissima. Ricordato che, ai sensi del 2° comma, se la persona istigata, eccitata o aiutata è minore degli anni diciotto, inferma di mente o affetta da deficienza psichica si verifica un inasprimento della sanzione e che se si tratta di minore infraquattordicenne si applica l'art. 575¹⁰⁸, è ora il caso di esaminare le condotte richiamate nel testo dell'articolo. Le prime due sono associate, in linea con l'interpretazione generalmente affermata, dal comune intento di incidere sull'attività volitiva del soggetto passivo, o facendo insorgere in esso il proposito suicida (determinazione in senso stretto) o rinsaldandone uno già esistente (istigazione), mediante l'uso di qualsiasi mezzo, come ad esempio il consiglio, la suggestione, l'esortazione, la persuasione, l'insinuazione¹⁰⁹. Nondimeno, in dottrina non è mancato chi ha giudicato poco convincente la tesi secondo la quale la nozione di rafforzamento implicasse il riferimento all'istigazione e, pur potendosi generalmente ricondurre a quella di determinazione, fosse stata esplicitata per chiarezza dal legislatore¹¹⁰, optando, al contrario, per l'inclusione dell'istigazione nel concetto di determinazione e riferendo il rafforzamento a quei comportamenti di aiuto morale più blandi, perché dotati di un minor potere di influire sul processo motivazionale della vittima, come nel caso dei consigli o delle istruzioni¹¹¹.

L'altra forma di intervento del soggetto attivo è quella dell'agevolazione, ossia dell'aiuto che, secondo quanto precisato nel 1° comma, può estrinsecarsi in qualsiasi modo, come nel caso di chi appresta i mezzi necessari ad attuare il proposito autolesionistico o, ancora, di chi rimuove gli

penale. Parte speciale, cit., p. 121, aderendo alla tesi della mera tollerabilità del suicidio, rammenta le conseguenze che, in termini di liceità di una serie di condotte, deriverebbero dalla sua presentazione come vero e proprio diritto.

¹⁰⁸ Per ulteriori ragguagli sulla disposizione si rinvia ai commenti di D'ANDRIA, *Art. 580*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., pp. 3460 ss.; GALLI, *Art. 580*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato (artt. 385-734 bis)*, cit., pp. 3832 ss.; STRANO LIGATO, *Art. 580*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, cit., pp. 1791 ss.

¹⁰⁹ *Ex multis*: MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 124.

¹¹⁰ Come ritiene MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 116.

¹¹¹ Di tale parere è MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 207.

ostacoli che si frappongono o, di converso, impedisce che si dia soccorso al suicida. In ogni caso, quest'ultimo deve conservare il dominio finalistico del fatto, che dev'essere realizzato *manu propria* da chi intende privarsi della vita, per non configurarsi, invece, il delitto più grave di omicidio del consenziente. La condotta agevolatrice può sostanziarsi anche in un'omissione, sempre che il soggetto attivo sia gravato da un obbligo di garanzia nei confronti di quello passivo, dal momento che nessun privato è tenuto ad impedire episodi del genere¹¹².

Gli eventi contemplati dal legislatore – vale a dire il suicidio avvenuto e le lesioni gravi o gravissime – devono essere causalmente collegati ad una delle condotte incriminate, non bastando l'idoneità astratta a provarli¹¹³. Questo presuppone che ciascuno di essi rappresenti non una mera condizione obiettiva di punibilità, ma un elemento costitutivo del reato, perché, al di là della suggestione ricavabile dal tenore delle espressioni adoperate, gli stessi eventi sono rilevanti per l'offesa¹¹⁴. Proprio per questa ragione sono state avanzate serie riserve relative alla parificazione, sotto il profilo punitivo, di condotte evidentemente eterogenee, accomunate unicamente dal ruolo causale svolto rispetto ad un evento che, come rilevato, nella valutazione legislativa è intriso di una carica di disapprovazione¹¹⁵.

È, ormai, invalsa la qualificazione delle attività elencate nella disposizione in commento come partecipative, concretandosi con le stesse l'adesione all'altrui condotta. Ciononostante, dev'essere precisato che la partecipazione di cui trattasi nulla ha a che vedere col concorso di persone, non configurabile in quanto a mancare è l'illiceità del suicidio. Se, dunque, il legislatore ha attinto alla tecnica di tipizzazione normalmente utilizzata per le

¹¹² Esemplicativamente MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 124 ss. Tuttavia, TASSINARI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, cit., p. 111, osserva che gli esempi in genere adottati – attinenti a posizioni di garanzia assunte, tra gli altri, dai genitori, dal tutore e dal medico – non tengono nella giusta considerazione il problema del possibile arresto del dovere impeditivo di intervento per rispettare l'autodeterminazione del soggetto passivo, ricordando, peraltro, la difficoltà d'individuare concretamente il contenuto dell'obbligo d'intervento in relazione alle condotte di matrice più strettamente psicologizzante, come la determinazione ed il rafforzamento, non essendo chiaro in cosa dovrebbe consistere la persuasione dell'aspirante suicida a desistere dal proprio gesto.

¹¹³ In questo senso, diffusamente, PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., pp. 209 ss. e 219 ss.; ed anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 68; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 124. Per l'opinione contraria: MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 114.

¹¹⁴ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 42; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 126; PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., pp. 209 ss. *Contra* MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 122 s.

¹¹⁵ Per quest'obiezione: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 42; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 209; MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 49; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 725.

fattispecie concorsuali, il contributo fornito dal soggetto attivo non si inserisce nello schema classico della realizzazione in comune di un fatto corrispondente ad una figura di reato. Per tale ragione si è preferito qualificare quella in analisi come ipotesi di delitto *sui generis*, strutturato come fattispecie plurisoggettiva necessaria ma anomala, caratterizzata dalla punibilità limitata solo ad uno dei soggetti necessariamente coinvolti¹¹⁶ o, ancora, come reato monosoggettivo autonomo, integrato dalla condotta non punibile del suicida¹¹⁷.

Ora, che si aderisca all'una o all'altra di tali due ultime teorizzazioni, è evidente che con l'incriminazione presente si è perseguito lo scopo di punire l'interferenza di un terzo nel processo di formazione della volontà autolesionistica, di modo che una simile interazione psichica determina forme di collegamento intellettuale che vengono a perfezionarsi nel momento in cui il soggetto passivo accoglie l'altrui intervento, facendolo proprio ed agendo personalmente, sì, ma in un contesto motivazionale che registra la presenza influente del soggetto attivo¹¹⁸. E una simile lettura è sostenibile non solo qualora si presenti il suicidio come atto esclusivamente personale del tutto lecito, ma anche quando, invece, lo si configuri come comportamento solo tollerato: infatti, l'intromissione di un terzo si atteggia ad indebita partecipazione al compimento di un atto espressivo della libertà suprema, che, in quanto tale, appartiene al solo (aspirante) suicida; o di una condotta che l'ordinamento relega a fatto esclusivamente privato e che, per questo, preferisce non stigmatizzare come illecita. E questo senza voler dimenticare l'intrinseca problematicità della rilevanza penale di attività come quelle di determinazione ed istigazione, da un lato, e di aiuto, dall'altro, le quali, dando tutte luogo alle accennate forme di collegamento intellettuale, possono essere ricondotte alla libertà di associazione in senso lato, munita di garanzia di rango costituzionale in forza dell'art. 18 della Carta fondamentale¹¹⁹.

¹¹⁶ Opta per questa ricostruzione MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 177 s.

¹¹⁷ Sostiene l'assunto MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 125. Sulla natura partecipativa si soffermano anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 41; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 113; PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., pp. 218 ss.

¹¹⁸ Per tutti: MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 200 ss.

¹¹⁹ Ancora MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 209 s., che anche prima (cfr. pp. 177 ss.) evidenzia l'anomalia dell'incriminazione di cui all'art. 580, peraltro annotata, pur se con accenti differenti, anche da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 41; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 122 s. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 726, circoscrive la finalità di protezione accennata nel testo alle decisioni di individui deboli e facilmente suggestionabili, di modo che lo scopo della difesa verrebbe meno nel

3.3. L'art. 50 c.p. Il consenso informato.

Se, come ricordato (si veda *supra*, § 2.4), in materia di salute si è registrata un'autentica rivoluzione, dallo schema paternalistico a quello della partecipazione consapevole del paziente, questo è dovuto all'innegabile forza propulsiva dei due commi di cui si compone l'art. 32 Cost. e all'influenza che esso ha esercitato sull'impegno profuso da dottrina e giurisprudenza in proposito. Di più, la nuova prospettiva ha arricchito di apporti contenutistici ulteriori la lettura della scarna formulazione dell'art. 50 c.p., nella parte in cui esso dichiara non punibile colui che lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre, con la conseguenza di un intreccio significativo tra il profilo costituzionalistico e quello penalistico.

Per quanto non manchi una diversa configurazione sotto il profilo dommatico del consenso dell'avente diritto – risalente ad un indirizzo di matrice germanica e tesa a presentarlo come causa di esclusione della tipicità del fatto¹²⁰ – è generalmente invalsa la lettura orientata ad includerlo tra le cause di giustificazione, di modo che il fatto posto in essere sarebbe tipico ma non antigiusuridico, a differenza di quanto avviene nel caso in cui il consenso impedisce la configurazione del fatto tipico, elidendo il dissenso quale elemento strutturale della fattispecie, come nell'ipotesi di atto sessuale con una persona consenziente, tale da escludere la condotta tipizzata nell'art. 609 *bis*, che sanziona la violenza sessuale. E dunque, un determinato comportamento, per quanto riconducibile ad una delle norme incriminatrici di parte speciale, è, al contempo, sussumibile anche

caso di agevolazione di coloro che già liberamente e consapevolmente avevano deciso nel senso di por fine alla propria vita, con conseguente sindacabilità della norma alla luce dei principi costituzionali dai quali si può desumere l'assunto dell'incoercibilità del vivere.

¹²⁰ ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., pp. 119 ss., prendendo atto della tutt'altro che agevole distinzione tra assenso (escludente la tipicità) e consenso in senso stretto ed adottando la concezione liberale del bene giuridico, orientata all'individuo, approda al superamento della detta diversificazione, osservando che se i beni giuridici servono al libero sviluppo della personalità del singolo, ogni azione fondata su un atto di disposizione del titolare stesso e che risulti espressione del libero sviluppo della sua personalità non comporta alcuna lesione giuridicamente rilevante. Per l'avviso opposto si rinvia a VIGANÒ, *Art. 50*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato (artt. 1-384 bis)*, cit., p. 508, dove si puntualizza che tale ordine di idee sposta l'asse della tutela dal bene giuridico specificamente tutelato dalla singola norma incriminatrice alla libertà di disposizione dello stesso. Merita di essere segnalata la controparte (presente sempre in ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., pp. 127 ss.), che dissente sul punto, lamentando la disaggregazione di quanto non è separabile, ossia bene giuridico e potere di disporre dello stesso.

nel campo applicativo della norma permissiva la quale, in forza di quanto disposto dall'art. 15 c.p., prevale perché dotata di un elemento specializzante¹²¹.

In linea generale, il consenso ha efficacia scriminante solo quando è prestato liberamente e con piena consapevolezza in ordine ad un diritto di cui si può disporre. Questa precisazione si rivela in tutta la sua significatività in relazione alla tematica specifica dei trattamenti sanitari, allorché il paziente può acconsentire validamente agli stessi – che si traducono in un'invasione della inviolabile sfera della sua persona – unicamente se è stato doverosamente reso edotto di tutte le prevedibili conseguenze che da quel genere di atti possono scaturire. Il suo, pertanto, dev'essere necessariamente un consenso informato. Ulteriori conferme sono rinvenibili nell'art. 35 del vigente codice di deontologia medica, nonché nella l. n. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, il cui art. 33 esclude la possibilità di accertamenti e trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se costui è in grado di fornire il proprio consenso e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità previsto dall'art. 54 c.p.; ed ancora, dall'art. 3 della l. n. 219/2005, che detta la nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati, e dall'art. 6 della già menzionata l. n. 40/2004, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Senza tralasciare che l'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 1996 è specificamente dedicato al punto.

Il consenso informato, allora, non solo è indispensabile per valutare il corretto adempimento dell'obbligazione assunta da parte del sanitario, ma prima ancora serve a garantire al malato la possibilità di esercitare scelte di carattere esistenziale attinenti alla sfera del proprio corpo e, in tal senso, diviene espressione di diritti fondamentali della persona. Invero, la tematica rievoca questioni ampiamente dibattute: si pensi a quella inerente all'atto chirurgico considerato in sé, se cioè esso, pur eseguito nel rispetto delle *leges artis*, integri per sua natura una malattia – a prescindere dall'esito finale, fausto o meno – per il fatto di produrre un'apprezzabile, anche se transitoria, menomazione funzionale

¹²¹ Per la ricostruzione in questi termini: DEL CORSO, *Art. 50*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, I, cit., pp. 390 ss.; FIANDACA-COSENTINO, *Art. 50*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, cit., pp. 223 ss.; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale. Art. 50*, I, Milano, 2004, pp. 527 ss.; VIGANÒ, *Art. 50*, cit., pp. 507 ss. Esemplicativamente, per la manualistica corrente: FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit. pp. 290 ss. e 303 s.

dell'organismo del paziente e, quindi, necessita sempre del suo consenso¹²²; o se, di contro, identificandosi la malattia con un'alterazione fisica di natura patologica, la volontà del paziente si rivela decisiva solo quando assume forma negativa, nei termini di un esplicito dissenso, di modo che unicamente in presenza di quest'ultimo si delinerebbe, a carico di chi esegue l'operazione nonostante tutto, una responsabilità penale per il delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p., giammai per lesioni personali o, in caso di esito infausto, per omicidio preterintenzionale quando sono state rispettate le regole dell'arte, poiché l'azione terapeutica corrisponde ad un alto interesse sociale, attuando essa in concreto il diritto alla salute deducibile dall'art. 32 Cost. ed essendo, per questa ragione, immune da connotazioni di antigiuridicità¹²³.

¹²² Secondo l'assunto condiviso dalla Cassazione nei seguenti pronunciamenti: sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, in *Cass. pen.*, 1993, pp. 63 ss. (con nota di MELILLO); sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1572, *ivi*, 2002, pp. 2041 ss. (con nota di IADECOLA).

¹²³ Così Cass., sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 2659 ss. (con nota di IADECOLA); sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077, *ivi*, 2009, pp. 2381 ss. (con nota di ROIATI). Riproposte ultimamente dalla decisione delle sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, *ivi*, 2009, pp. 1793 ss. (con nota di VIGANÒ). Quanto a quest'ultimo pronunciamento, esso sembra, almeno larvamente, riaccettare una concezione paternalistica del bene salute, affidato alle cure del medico e la cui offesa è fatta dipendere dall'esito finale dell'intervento realizzato. Nella prospettiva di un malato arbitro insindacabile della sua salute, sarebbe giocoforza ammettere, invece, che già l'intervento in sé produce una sofferenza di natura psicofisica a danno di chi lo subisce e, pertanto, necessita di una copertura giustificativa. A tale proposito, la prospettazione di una scriminante di natura costituzionale, diversa da quella di cui all'art. 50 c.p., lascia perplessi. In primo luogo, asserire che l'attività medica si autolegittimi perché destinata alla tutela del bene salute, costituzionalmente garantito e alla cui cura il medico è abilitato dallo Stato e, poi, postulare comunque il consenso del malato come presupposto di liceità è quantomeno problematico. Un'attività autolegittimata non dovrebbe richiedere un'ulteriore condizione per renderla lecita. Mentre è senza dubbio più lineare sostenere che in tanto l'attività medica si legittima in quanto fondata sul consenso del titolare del bene salute, bene di rango costituzionale e al quale la stessa attività risulta funzionale. Se così è, non si rivelerebbe necessario distinguere tra una scriminante di carattere penale ed una costituzionale, evitando acrobazie dialettiche che, per quanto suggestive, possono risultare di dubbia consistenza. In seconda istanza, e di conseguenza, se il primato spetta al consenso del titolare del bene – e si tratta di condizione imprescindibile, al punto da essere definita dalla Suprema corte presupposto di liceità – è inevitabile ritenere che al di fuori di questo consenso ogni intervento sia privo di legittimazione, mentre le sezioni unite, invece, hanno comunque qualificato come lecito l'intervento non coperto da consenso per il solo fatto di essere eseguito conformemente alle regole dell'arte e di aver avuto esito fausto, sposando, al contempo, un concetto di malattia intesa solo in chiave di alterazione funzionale dell'organismo. In ossequio alla premessa di partenza si sarebbe rivelata più razionale una soluzione tesa ad affermare la legittimità di un intervento coperto da consenso, per cui quello sprovvisto può configurarsi come lecito non in ragione dell'esito fausto – perché, in ogni caso, si tradurrebbe in un'intrusione nell'inviolabile sfera personale del paziente – ma in forza di una specifica causa di giustificazione che non può essere identificata nel mero adempimento del dovere professionale ex art. 51 c.p. – senza dubbio insufficiente a legittimare la stessa intrusione – bensì soltanto nella situazione di necessità riconducibile all'art. 54 c.p. In mancanza di essa il medico, in altre parole, sarebbe tenuto ad astenersi e a porre fine all'intervento, rinviando il trattamento di un'eventuale patologia riscontrata in corso d'opera ad un momento successivo, nel quale assumerebbe un ruolo centrale un nuovo consenso fornito dal paziente.

Tuttavia, merita di essere segnalata una diversa teorizzazione che, ricusando la tesi della malattia come semplice alterazione anatomica e fedele agli assunti della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, legge l'intervento del medico operato secondo le regole dell'arte nell'ottica

A prescindere da questi aspetti controversi, rileva l'indiscussa centralità del consenso del paziente, saldamente elevato a presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, il quale non può curare senza che il malato l'abbia preventivamente autorizzato in seguito ad un'informazione esaustiva ricevuta dal medico stesso e relativa ai possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni inerenti alla gravità degli effetti del trattamento, in modo da porre il soggetto in condizione di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico ed anche, se del caso, di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in ogni fase della propria esistenza, compresa quella terminale¹²⁴. L'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza maturata sul punto – sebbene oscillante tra i poli opposti dell'assoluta preminenza del consenso, da un lato, e della concorrente autolegittimazione dell'attività medica, dall'altro – depone, senza dubbio, nel senso della pacifica valorizzazione della volontà di chi deve sottoporsi ad un determinato trattamento¹²⁵.

In questa prospettiva, allora, può essere accreditata una diversa configurazione dei rapporti intercorrenti tra l'art. 50 c.p. di cui si discute e l'art. 5 c.c. Tale ultima norma, vietando gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica o che sono contrari alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume, è stata costantemente presentata come dotata di per sé di una funzione limitativa che, *ab externo*, consentiva di desumere l'indisponibilità del bene-vita proprio in relazione a quegli

della diminuzione del rischio non consentito e dello scopo di tutela della norma, dal momento che l'attività del sanitario sarebbe rivolta alla diminuzione del rischio per l'integrità del malato e l'evento (anche infausto) che ne consegue rientrerebbe tra quelli consentiti dall'ordinamento. Detto altrimenti, la questione andrebbe risolta in sede di tipicità, più esattamente per la mancata configurazione del fatto tipico. In questo senso, relativamente all'intero itinerario giurisprudenziale venutosi a delineare in merito nel corso degli anni: MASARONE, *Profili di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico arbitrario*, di prossima pubblicazione in *Crit. dir.* Per l'analisi dei criteri dell'imputazione oggettiva dell'evento si suggerisce l'approfondimento in DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 588 ss.; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 192 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 130 ss.; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 779 ss.; ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 83 ss.

¹²⁴ Si veda ancora Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, cit., pp. 1793 ss.

¹²⁵ *Ex professo* si occupano del riconoscimento giurisprudenziale del consenso informato MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 116 ss.; OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, cit., pp. 49 ss. e 69 ss.; VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, cit., pp. 141 ss. In argomento si veda anche C. cost., n. 438/2008, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 4945 ss. (con note di BALDUZZI e PARIS).

atti che, interessandolo, riguardavano il logico presupposto del bene-integrità fisica, oggetto di disciplina nella norma del codice civile.

Appellandosi alla reale *ratio* dell'art. 5 c.c., di contro, un orientamento differente, diffusosi prima ancora nell'ambito dottrinale civilistico, evidenzia la peculiare finalità per la quale si è provveduto a riconoscere la liceità di quegli atti di disposizione del proprio corpo come il contratto di baliatico e la cessione del sangue a scopo di trasfusione. In ragione della natura eminentemente negoziale delle esigenze che s'intendevano regolamentare, la disposizione risulterebbe del tutto eterogenea rispetto a comportamenti che non sono compiuti in vantaggio di terzi, come quelli scaturenti da decisioni inerenti alla fine della propria vita. Ne consegue che se l'art. 5 c.c. può fungere da limite all'art. 50 c.p. è solo nella misura in cui la diminuzione permanente dell'integrità fisica deriva da atti di disposizione che, sostanziando la personale rinuncia al suddetto bene, lo espongono all'azione offensiva di altri. Di più, il superamento di una concezione del corpo come entità a tal punto oggettuale da potersi concepire quasi come altro da sé e l'affermazione, per converso, di una dimensione personalistica favoriscono l'interpretazione della norma civilistica nel senso del rovesciamento della prospettiva precedente, di modo che il generale divieto di disposizione si tramuta in una limitata interdizione per atti di carattere esclusivamente negoziale, per cui le condotte interessate dallo specifico divieto non possono formare oggetto di obbligazioni giuridicamente vincolanti, senza che da questo discenda l'ulteriore corollario di un divieto assoluto per tali atti dispositivi¹²⁶.

La reimpostazione del discorso nei termini appena riferiti serve ad una duplice finalità. Da un lato evita che una norma ordinaria come l'art. 5 c.c., per di più correlata chiaramente nella propria genesi ad un ambito ben definito di situazioni, possa fungere da argine a quel principio di autodeterminazione che trova nel capoverso dell'art. 32 Cost. il suo massimo ed incontrovertibile riconoscimento, scongiurando quindi quel sovvertimento dei rapporti che subordinerebbe la vigenza della disposizione di rango superiore alla condizione

¹²⁶ Per l'accennata riconfigurazione dei rapporti tra l'art. 5 c.c. e l'art. 50 c.p. si rinvia alle puntuali osservazioni di GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 86 ss.; e MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 61 ss., con una particolare attenzione dedicata alla rivalutazione del ruolo della vittima. Sull'argomento anche MORCAVALLO, *Un'etica di fine vita per la ευδαιμονία*, cit., pp. 237 ss.

del rispetto di quella ordinaria¹²⁷. Dall'altro ristabilisce la «verità dommatica» sull'esatta lettura delle due disposizioni in esame: infatti, e per quanto già ricordato, è proprio delle scriminanti, come l'art. 50 c.p., essere dotate di quella valenza generale che, nella contestata lettura, veniva attribuita all'art. 5 c.c., che rimane norma che detta una disciplina particolare e sanziona le obbligazioni confliggenti col divieto in esso espresso¹²⁸.

4. Un breve *excursus* comparatistico.

Nelle pagine precedenti si è avuto modo di accennare alla regolamentazione del trattamento di fine-vita nella legislazione olandese. È opportuno ora, a corredo delle osservazioni svolte in merito alla disciplina italiana, operare un raffronto tra quest'ultima e quelle di altri Paesi, allo scopo di poter ricavare da tale raffigurazione sinottica possibili spunti per un eventuale e futuro intervento del legislatore italiano che si occupi dell'argomento. Senza dubbio, le rievocazioni più frequenti in proposito sono quelle relative ai casi di Olanda e Belgio.

A) La regolamentazione olandese ha conosciuto due diverse fasi, una anteriore e l'altra successiva rispetto alla l. n. 194/2001. Prima di questa erano state apportate, nel 1991 con la l. n. 133, modifiche al regolamento di polizia mortuaria con le quali si consentiva al medico di attuare la decisione di fine-vita del paziente terminale in presenza di precisi requisiti – situazione di sofferenza in una fase patologica terminale, richiesta seria e ponderata, esauriente informazione sul decorso della patologia, assenza di possibili alternative, consulto di più medici – con la redazione di un dettagliato rapporto sulle cause della morte del paziente. Nel rispetto di tali presupposti il P. M. si asteneva dall'esercitare l'azione penale. La citata legge del 2001 ha fatto registrare un passo avanti, disponendo espressamente la non punibilità del medico che, sulla scorta dei medesimi requisiti dinanzi ricordati, si è conformato ai criteri evidenziati con l'intervento novellistico: verifica del referto stilato dal medico circa l'estinzione della vita del paziente da parte di una delle cinque commissioni regionali di controllo, che esprime parere vincolante sul rispetto da parte del sanitario delle regole di diligenza poste a suo carico. In caso di esito positivo si procede all'archiviazione,

¹²⁷ Secondo quanto rammentato da BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, cit., p. 2804.

¹²⁸ Così MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 89.

altrimenti il rapporto è trasmesso al P. M. il quale, se non ritiene sussistenti gli estremi della forza maggiore, avvia l'azione penale.

In pratica, se per la legge penale olandese sono punibili l'omicidio del consenziente (art. 293) e la partecipazione al suicidio (art. 294), con l'innovazione legislativa del 2001 si introduce una considerevole eccezione al sistema normativo vigente, sotto forma di un 2° comma aggiunto ad ognuno dei due articoli suelencati, disponendo la non punibilità per una situazione particolare connotata dai requisiti già rammentati. La precisa qualificazione dommatica di tale causa di non punibilità è alquanto incerta, sembrando essa ricalcare una sorta di giustificazione conseguente dal rispetto delle procedure previste¹²⁹. In ogni caso, manca l'individuazione in via generale, cioè normativa, di un interesse prevalente che renda lecito quel determinato comportamento, di modo che sono il paziente ed il medico a decidere sulla valutazione degli interessi in gioco¹³⁰. Probabilmente, è per questa ragione che sono nutrite serie riserve sull'attendibilità di un tale modello di disciplina, che sembra esporsi alle obiezioni di quanti ravvisano in esso il rischio di un progressivo slittamento dal lasciar morire all'uccidere vero e proprio¹³¹, con il concomitante accrescimento del potere dei medici e del pericolo che essi siano disposti a coprirsi tra di loro nel caso di eventuali abusi¹³².

B) Differente è l'esito del percorso seguito in Belgio, dove la legge approvata nel maggio del 2002 ed entrata in vigore nel settembre successivo non solo detta la disciplina inerente alle dichiarazioni anticipate di trattamento per i casi di sopravvenuta incapacità, ma ancor prima, integra il complesso delle disposizioni risalenti agli artt. 393 (omicidio volontario), 394 (omicidio premeditato) o per avvelenamento (art. 397) del relativo codice penale. Infatti, con gli artt. 2 e 3 della predetta legge si identifica l'eutanasia con le forme di intenzionale interruzione della vita su richiesta di altri e nel rispetto di condizioni

¹²⁹ In tal senso MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 251 ss.; MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 65.

¹³⁰ Si veda MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 253.

¹³¹ Netta la presa di posizione in questa direzione di CALLAHAN, *The troubled dream of life. Living with morality*, New York, 1993, pp. 112 ss.; REICHLIN, *L'eutanasia in Olanda: contraddizioni, ambiguità, alternative*, cit., pp. 193 ss.; TEN HAVE, *L'eutanasia in Olanda: un'analisi critica della situazione attuale*, cit., pp. 134 ss. Di diverso avviso NERI, *L'eutanasia in Olanda: una difesa (con qualche riserva)*, cit., pp. 170 ss., che, invece, riconosce proprio nella disciplina introdotta una modalità di controllo del fenomeno.

¹³² Secondo quanto paventano ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 48; REICHLIN, *L'eutanasia in Olanda: contraddizioni, ambiguità, alternative*, cit., pp. 193 ss.; TEN HAVE, *L'eutanasia in Olanda: un'analisi critica della situazione attuale*, cit., pp. 138 ss. *Contra* NERI, *L'eutanasia in Olanda: una difesa (con qualche riserva)*, cit., p. 170 che è, invece, dell'avviso che il modello complessivamente stabilito gravi i medici di "un pesante fardello".

che, di fatto, ricalcano quella già contemplate nella legislazione olandese, con una particolare sottolineatura delle connotazioni della richiesta del paziente, che dev'essere fatta spontaneamente, ripetutamente e con ponderazione.

La relazione dettagliata sulla procedura seguita dal medico va trasmessa ad una Commissione federale di controllo e valutazione la quale, in caso di vizi, rimette gli atti al procuratore del Re competente. La soluzione prescelta appare modellata su quella olandese, ma le analogie sono solo apparenti, dal momento che l'assenza di ogni incriminazione sia dell'omicidio del consenziente che della partecipazione al suicidio altrui comporta, di fatto, la legalizzazione dell'eutanasia a patto che avvenga nei limiti prestabiliti per legge, residuando solo in caso contrario la responsabilità penale per omicidio o per omissione di soccorso. In pratica, pur seguitandosi a condannare l'omicidio nelle forme preesistenti alla novella del 2002, si opera una vistosa eccezione con l'ammissione di una precisa forma di eutanasia, purché conforme alla procedura richiesta¹³³.

C) Non è meno significativo lo spunto di riflessione indotto dallo studio della l. n. 370/2005 con la quale la Francia si è dotata di una regolamentazione della materia articolata e meritevole d'attenzione. La "legge Léonetti" ha, infatti, introdotto un limite alle terapie, consistente nella "ostinazione irragionevole" (*obstination déraisonnable*) ed identificabile in cure inutili, sproporzionate e finalizzate unicamente al mantenimento artificiale della vita. Oltre questo limite è lecito *laisser mourir*, che non equivale a *donner la mort*. Nel dettaglio, il paziente che vive la fase avanzata o terminale di una malattia grave ed inguaribile diviene egli stesso la misura della predetta ostinazione irragionevole, avendo il diritto di non sottoporsi ancora ad alcun trattamento medico, inclusi quelli relativi ad alimentazione ed idratazione artificiale, pur se tale estensione non è unanimemente condivisa; in tali casi il medico, dopo averlo informato sulle conseguenze della sua decisione, attivandosi ciononostante per convincerlo ad accettare le cure necessarie, è tenuto a rispettare la sua volontà se reiterata, sospendendo ogni assistenza medica a conclusione di un *iter* comunque proceduralizzato.

¹³³ Rileva il carattere compromissorio della disciplina belga ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 48. Sul punto si vedano anche MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., pp. 65 s.; VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 229 ss.

La legge in esame si segnala, dunque, per la traduzione normativa del rifiuto dell'accanimento terapeutico, declinata non solo sotto il profilo oggettivo dell'esistenza di una patologia grave ed inguaribile, ma anche, se non soprattutto, soggettivamente, nella forma della valutazione effettuata dal paziente terminale; inoltre, occorre annotare sia l'attenzione dedicata alle direttive anticipate di trattamento – e, contemporaneamente, alla valorizzazione del ruolo di un eventuale fiduciario, previamente designato dal malato per l'attuazione delle sue indicazioni, segnatamente nell'ipotesi di sopravvenuta incapacità – che il deciso favore mostrato per le cure palliative, già oggetto della legge n. 477/1999 ed ulteriormente riconosciute come modalità alternativa di accompagnamento del malato nella fase estrema della sua esistenza¹³⁴.

D) Di tutt'altro tenore le indicazioni che si possono ricavare dall'esame della regolamentazione maturata in terra germanica. Nel 1986 l'*Alternativ Entwurf* si proponeva di disciplinare direttamente le ipotesi di eutanasia passiva ed indiretta, e quella di omesso impedimento al suicidio, qualificate come lecite se fondate su espressa richiesta del paziente, debitamente informato; così come s'interessava dell'omicidio su richiesta, sanzionato con una pena alla quale, tuttavia, si poteva rinunciare qualora il fatto fosse stato commesso per fronteggiare uno stato di sofferenza intollerabile e non diversamente alleviabile¹³⁵.

Le prospettate innovazioni al codice penale tedesco non incontrarono il favore di parte consistente della dottrina, che preferì seguire ad affidarsi alla normativa esistente – che non prevede la sanzionabilità dell'aiuto al suicidio – nel corso degli anni oggetto di integrazione da parte del “diritto vivente”, di matrice giurisprudenziale, che in più di un caso è pervenuto all'esito di escludere la punibilità dell'agente o per l'insussistenza in capo allo stesso di una posizione di garanzia o, più significativamente, propendendo di fatto, in presenza di precisi requisiti, per la liceità della condotta volta all'interruzione di terapie salvavita e

¹³⁴ La disamina complessiva dell'intervento normativo francese è compiuta da VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 219 ss.

¹³⁵ Per ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, cit., p. 89, la clausola di rinuncia non incide sul giudizio di colpevolezza, limitandosi a mandare esente da pena l'agente per mere ragioni di opportunità politico-criminale. *Contra* MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., pp. 62 e 66 ss., che legge la stessa clausola proprio nella prospettiva dell'esclusione della colpevolezza, sulla base della tesi del conflitto di doveri, che verrà approfondita nell'ultimo paragrafo del prossimo capitolo.

dell'alimentazione artificiale, a tutti gli effetti ritenuta trattamento rifiutabile¹³⁶. In aggiunta, il 25 giugno scorso la Corte costituzionale ha affermato che non può essere definita omicida l'azione di chi aiuta un malato terminale o già in coma a morire, evitando un prolungamento artificiale della vita contrastante con la sua volontà espressa.

L'esaltazione del "diritto vivente" conosce la sua massima espressione nel sistema giuridico degli Stati Uniti e del Regno Unito. Quanto ai primi, ogni Stato ha il potere di legiferare in materia di eutanasia e di suicidio assistito, e non presenta incongruenze la scelta, in via generale, di vietare il secondo lasciando, però, al paziente il diritto di rifiutare le cure, assodato che in quest'ultimo caso la morte consegue da una patologia preesistente, ben diversamente dall'ipotesi in cui si ingeriscono farmaci letali su prescrizione del medico. Spicca l'opzione dello Stato dell'Oregon, che ha approvato il suicidio assistito per i malati terminali, seppur con molte restrizioni. La tutela in via generale ed astratta della vita non ha impedito, comunque, che si sviluppasse una decisa tendenza giurisprudenziale a non punire per vicende del genere di quello considerato – si pensi ai casi Quinlan, Cruzan e Schiavo – in considerazione della volontà, anche presumibile, del paziente¹³⁷.

Del tutto in linea si presenta l'impulso registratosi in materia di direttive anticipate di trattamento, che costituiscono oggetto di specifici *Natural death acts* adottati da tutti gli Stati e che si diversificano secondo due forme, il *living will*, contenente indicazioni sui trattamenti da effettuare o evitare, e il *durable power of attorney*, che rimette la decisione ad un sostituto, spesso però combinati nell'*health care advance directive* o *health care attorney power*, atto unico col quale si nomina un procuratore e gli si affida la realizzazione di istruzioni specifiche, mirate ad evitare i rischi connessi a direttive troppo generiche¹³⁸.

¹³⁶ In proposito si veda MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 240 ss.; MANNA, Artt. 579-580 – *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., pp. 61 ss.

¹³⁷ È opportuno il rinvio ad ARAMINI, *Eutanasia*, cit., pp. 41 ss.; MANNA, Artt. 579-580 – *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., pp. 59 s.; VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 184 ss. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 233 ss., manifesta il proprio apprezzamento per il "modello di soluzione giudiziario", che consente al sistema giuridico "un rapporto di costante sincronia con i mutamenti di valutazioni etiche, che si traducono in questioni giudiziarie, ben presto trasfuse in strumenti ufficiali legislativi" (cfr. p. 234).

¹³⁸ Le distinzioni riportate nel testo sono esaminate accuratamente da D'ALOIA, *Autonomia individuale e situazioni critiche. Il problema giuridico delle direttive anticipate*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 264 ss.; VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 192 ss.

Nel Regno unito il quadro si presenta alquanto affine a quello appena passato in rassegna, poiché anche in esso è dato riscontrare l'esistenza di un principio generale che assegna valenza criminale all'uccisione effettuata trasgredendo un patto suicida – col quale una parte si obbliga a privare della vita l'altra e poi ad uccidersi – qualora una delle parti attui solo per l'altra l'evento programmato (*voluntary manslaughter*, previsto dall'art. 4 dell'*Homicide Act* del 1957). A ben vedere, la citata disposizione altro non riconosce che la libertà del paziente disporre di se stesso e del proprio corpo, il che implica il logico corollario di autodeterminarsi in merito ai trattamenti da ricevere, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente. Ad ulteriore conferma vale rammentare che il *Suicide Act* del 1961 ha riconosciuto l'irrilevanza penale del suicidio, conservando quella della partecipazione altrui.

In un celebre caso (quello Bland), la *House of Lords* (o Corte suprema) fece applicazione di un criterio differente, quello del *best interest*, ricostruendo il miglior interesse del paziente sulla scorta di una qualificata valutazione medica. La diversità del parametro di riferimento adottato non implica, però, una divergenza profonda tra l'esperienza britannica e quella statunitense¹³⁹, se si riflette sul dato che anche l'indirizzo teso a valorizzare il *best interest*, per quanto espressione di un punto di vista oggettivo, ricalca il modello della *substitute decision making*, ossia di una decisione nell'interesse altrui adottata da persona diversa dal paziente, il che, come riferito, avviene anche per talune delle direttive anticipate di trattamento¹⁴⁰. Se, dunque, il principio è quello di concedere rilevanza a manifestazioni di volontà espresse da soggetti diversi dall'interessato, sembra obbedire alla stessa *ratio* anche la valutazione posta in essere da uno o più medici. E non appare convincente l'obiezione secondo la quale il parere di un "fiduciario" rispecchierebbe la volontà di chi lo ha designato più di una decisione che, per quanto qualificata, proviene pur sempre da un estraneo. Infatti, l'assimilazione prospettata in questa sede è giustificata dal rilievo accordato ad un'intromissione: se, cioè, si ammette che altri possano decidere per il paziente, dovrebbe risultare indifferente che la sostituzione riguardi una persona da lui designata o meno. Il vero nodo da sciogliere prende forma nel momento in cui ci si chiede se decisioni così personali e delicate possano essere delegate o, in ogni

¹³⁹ Si mostra, invece, di quest'avviso MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 238.

¹⁴⁰ In proposito, si veda D'ALOIA, *Autonomia individuale e situazioni critiche*, cit., pp. 265 s.

caso, ricostruite sulla base di valutazioni rimesse a chi, pur partecipandovi in qualsiasi forma, non vive direttamente quella situazione così peculiare¹⁴¹.

¹⁴¹ Similmente a quanto sostenuto nel testo anche MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 116 ss.

CAPITOLO 3

LE SOLUZIONI DOMMATICHE NELLA RIFLESSIONE DOTTRINALE

SOMMARIO. 1. Il trattamento di fine-vita: spazio libero dal diritto o risposta normativa ad un quesito radicato nella Costituzione? 2. Le coordinate fornite dalle speculazioni della dottrina sulla teoria generale del reato. 3. Funzione della pena e funzioni politico-criminali delle singole categorie del reato. 4. La rilevanza penale delle situazioni di fine-vita e le soluzioni prospettate dalla dottrina. Cenni preliminari. 4.1. L'inquadramento del trattamento di fine-vita nella categoria della tipicità. 4.2. L'inquadramento del trattamento di fine-vita nella categoria dell'antigiuridicità. 4.3. L'inquadramento del trattamento di fine-vita in riferimento alla categoria della colpevolezza.

1. Il trattamento di fine-vita: spazio libero dal diritto o risposta normativa ad un quesito radicato nella Costituzione?

Prima di impegnarsi nell'inquadramento del trattamento di fine-vita nell'ambito di categorie classificatrici quali quelle offerte dalla teoria generale del reato, è necessario preliminarmente affrontare una questione che non pochi interrogativi ha suscitato e che in questa sede è il caso di esaminare. Non solo per la delicatezza del tema oggetto della presente trattazione, ma anche, se non soprattutto, per le difficoltà di soluzione che ne discendono, si è sostenuto che proprio in forza delle implicazioni di tipo etico rievocate, lo Stato dovrebbe astenersi dall'intervenire e lasciare che sia il soggetto, nella sua libertà responsabile, a scegliere la soluzione migliore per lui. Diversamente opinando, si finirebbe con l'adottare una delle "visioni della vita e del mondo" in contrasto, legittimandola in dispregio di quella neutralità imposta dalla connotazione laica dello Stato.

L'esistenza di uno spazio libero dal diritto (o *rechtsfreier Raum*), allora, soddisferebbe l'esigenza di non coinvolgere il legislatore nella regolamentazione di una situazione il cui elevato tasso di conflittualità consiglierebbe al diritto una posizione neutrale, di per sé suggerita proprio dalla molteplicità di profili pregiudiziali, specialmente ideologici o ideologizzabili, che più di una volta è stata richiamata all'attenzione di chi legge. Un certo agnosticismo, dunque, sortirebbe dall'essere la tematica in oggetto un problema teorico che travalica e, per essere esatti, precede la riflessione strettamente giuridica¹. Da qui ad affermare che l'astensione del legislatore da ogni possibile forma d'intervento risulterebbe

¹ Su questo punto si veda MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 12 ss.

atteggiamento non solo saggio, ma addirittura doveroso, il passo è breve, se è vero che, pur partendo da una premessa opposta – ossia quella della qualificazione dei problemi di fine-vita come questioni di carattere esclusivamente pratico – si approda al medesimo esito argomentativo, sostenendosi la sottrazione della materia alle competenze del giurista per rimetterle a quelle di chi opera nel campo biomedico, al quale si chiede una precisa assunzione di responsabilità, favorita da un indispensabile arretramento della soglia di attenzione da parte del diritto².

Nello spazio libero dal diritto confluirebbero, pertanto, tutte le vicende non vietate, ma nemmeno approvate, che comporrebbero una sorta di *tertium genus* in posizione intermedia tra il lecito e l'illecito, caratterizzato dall'assenza di ogni disciplina giuridica al fine di non ingabbiare decisioni fondamentali come quelle sulla vita e sulla morte nell'angusto ed asettico confine di una norma, inadeguata a fornire soluzioni calibrate sul caso concreto e, per di più, a causa della prevalenza con essa decretata in favore di uno degli interessi in gioco, prova di un'ingiustificabile contraddizione del rispetto del pluralismo etico che è posto a fondamento delle moderne democrazie³.

Purtuttavia, le osservazioni ora riferite non convincono quanti, all'opposto, hanno argutamente definito questo tentativo di una diversa lettura teorica del fenomeno un'autentica tentazione, poiché esso celerebbe l'insidia di privare di un'apposita normazione ambiti di tale rilevanza che sarebbe sconsiderato affidare (*rectius*, abbandonare?) ad una sorta di codice di autodisciplina elaborato dalla società. In verità, la illustrata concettualizzazione presuppone la raffigurazione dello Stato in vesti rinunciarie o pilatesche, senza dimenticare che l'assunto di fondo che si pretende di accreditare dà per dimostrato ciò che, invece, è tutto da dimostrare, ossia che, in tale settore, un'opzione normativizzata sia di per sé partigiana e tale da tradire una sana concezione della laicità⁴. Le riflessioni a suo tempo proposte su quest'ultimo argomento (cfr. cap. 1, § 3) si prestano, anzi, a smentire una simile impostazione pregiudiziale.

² Ancora MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 13 ss.; nonché VIAFORA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Quando morire?*, cit., pp. 15 ss.

³ Come riporta DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 906. In proposito si vedano anche MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 424; PORZIO, voce *Eutanasia*, cit., p. 112.

⁴ Ancora DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., pp. 906 s.

Un interessamento del giurista, quindi, non incarnerebbe un'arrogante intrusione nell'ambito sacro delle coscienze individuali⁵. Ben si comprende, quindi, per quale ragione parte della dottrina interessatasi alla problematica abbia, di contro, sostenuto con risolutezza l'avviso opposto, in forza del quale la necessaria presa d'atto della dimensione pregiuridica del fenomeno non basterebbe ad estromettere il giurista dal discorso; anzi, proprio per tale motivo s'imporrebbe un intervento del legislatore, maturato sulla base delle svariate riflessioni dottrinali sorte in merito, perché l'agitarsi di contrapposti orientamenti su un tema che chiama in causa la libertà della persona di decidere da sé di sé comporta necessariamente che il diritto – per sua natura funzionale alla salvaguardia dei diritti dell'uomo, con particolare attenzione ai diritti di libertà – si pronunci, sconfessando il fallace presupposto in forza del quale libertà e diritto sarebbero solo inversamente proporzionali, nel senso che l'espansione della prima è resa possibile solo dalla compressione degli spazi riservati al secondo⁶.

Questa conclusione è ancor più convalidata dal ruolo giocato, nella problematica *de qua*, dall'intervento del medico, al quale è indirizzata la richiesta di por fine alla vita in fase terminale: qui si manifesta in tutta la sua incontrovertibile rilevanza l'evidenziato (si veda *supra*, cap. 2, § 2.4) problema dell'eteroattuazione, della necessaria traduzione della scelta personale di non vivere oltre nell'attività di altri, chiamati ad operare a questo scopo⁷. Proprio in forza di tale aspetto è stato affermato che l'intervento del legislatore, lungi dal sostanziare un'intollerabile «invasione di campo», rappresenta l'ineludibile condizione per un riassetto della materia che tenga conto delle peculiarità della situazione normata e, per questo, eviti che essa sia ancora disciplinata dalle norme attualmente vigenti, con il loro carico sanzionatorio fin troppo rigoroso; detto altrimenti, il Parlamento deve farsi carico di regolamentare con chiarezza il

⁵ È d'obbligo segnalare sull'argomento contributi d'indiscutibile rilevanza, quali quelli di ENGISCH, *Suizid und Euthanasie nach deutschen Recht*, in ESER (a cura di), *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976, pp. 312 ss.; HIRSCH, *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, in *Festschrift für Bockelmann*, Berlin-New York, 1974, pp. 89 ss.; e KAUFMANN ARTH., *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 327 ss.

⁶ In questo senso si orientano le riflessioni di CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 117 s.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 20 s.; STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, pp. 1019 ss.

⁷ Come osservano anche EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, cit., p. 509; RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., p. 202.

trattamento di fine-vita, pena un'inaccettabile, questa sì, deresponsabilizzazione dell'ordinamento⁸.

Non si rivelano, allora, allarmistiche le voci che, nel panorama dottrinale, si sono levate per mettere in guardia contro l'auspicato riconoscimento di un *rechtsfreier Raum*, perché se è vero che ci si preoccupa di garantire la posizione di colui che è coinvolto nella decisione di fine-vita dal paziente, è altrettanto vero che suscita inquietudine, quando non è ritenuta "spaventosa"⁹, l'idea che la determinazione del confine tra vita e morte sia rimessa alle decisioni che di volta in volta sono assunte dal medico di turno, che diventerebbe il vero arbitro della sorte altrui, con il gravosissimo corollario di estromettere la situazione dei malati terminali dall'ambito di tutela predisposto normativamente¹⁰.

Né lo scenario muta se la discrezionalità del medico è sostituita con quella del giudice, esposto a più che prevedibili condizionamenti emotivi, che non si può pretendere di fronteggiare semplicemente confidando nel suo equilibrio e nella sua rettitudine, fattori peraltro estremamente variabili. Dunque, appare del tutto coerente con il complesso delle considerazioni appena riportate il timore di un insostenibile prezzo da pagare, derivante dalla pratica trasformazione dello "spazio libero dal diritto" in uno "spazio di diritto libero"¹¹. Un intervento riformistico dovrebbe, di conseguenza, tradursi in una soluzione normativa tale da presentare una regolamentazione sufficientemente precisa, in grado, al contempo, di definire i compiti del medico e di orientare correttamente le valutazioni di chi è chiamato a giudicare¹².

Un'ultima ragione soccorre ad accreditare maggiormente la necessità di un irrinunciabile e responsabile impegno del legislatore per approntare una disciplina della problematica. Nel corso del capitolo precedente si è cercato di mettere in luce la prospettiva di alto profilo nella quale s'inserisce (o dovrebbe

⁸ È di quest'avviso GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 110.

⁹ La qualificazione, manifestata con impareggiabile franchezza, è di BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, cit., p. 2802.

¹⁰ Valutano questo rischio MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 425; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 73; NERI, *L'eutanasia in Olanda: una difesa (con qualche riserva)*, cit., p. 167; REICHLIN, *L'eutanasia in Olanda: contraddizioni, ambiguità, alternative*, cit., pp. 196 s.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 688 s.; STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, cit., pp. 1020 ss.

¹¹ Testualmente SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 688.

¹² Secondo l'auspicio fatto proprio da BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, cit., p. 2808, che SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 688, ritiene di difficile attuazione fin quando si seguirà a giudicare come estranea all'ambito giuridico l'opportuna chiarificazione normativa delle condizioni in forza delle quali è possibile aderire alle richieste di buona morte.

inserirsi) ogni ragionamento in proposito, individuandola nel complesso delle direttive che nella Costituzione conoscono la loro più compiuta espressione, con un peculiare riferimento a quella deducibile dal capoverso dell'art. 32 Cost. Ora, se è pacifico che tale disposizione sancisce il diritto del malato a rifiutare le cure, non altrettanto incontestabile, come si è rimarcato, è la definizione precisa dell'estensione dello stesso diritto. Detto altrimenti, non sono chiari i confini di quel principio di autodeterminazione che, giovi ancora ribadirlo, necessita di un'eteroattuazione.

Se, quindi, la norma costituzionale fornisce la base insostituibile per strutturare l'intervento normativo specificamente relativo al settore in questione, occorre anche che, forti delle indicazioni ricavabili dalla stessa Carta fondamentale, si lavori per congegnare la regola (o le regole) da osservare perché quanto prescritto dalla Costituzione non resti lettera morta. Probabilmente, non si erra quando si pensa che è questo il motivo che ha spinto autorevole dottrina ad esaltare il ruolo del referente normativo del massimo rango e, allo stesso tempo, a confessare che "la strada dell'art. 32 della Costituzione appare molto difficile da percorrere"¹³.

2. Le coordinate fornite dalle speculazioni della dottrina sulla teoria generale del reato.

Posto che l'opportunità di un'innovazione legislativa inerente alla tematica qui trattata è riconosciuta pure da chi è dell'avviso che essa non sia strettamente necessaria, potendosi derivare la soluzione dei casi maggiormente ricorrenti direttamente dalle norme della Costituzione¹⁴, è doveroso premettere un sintetico rinvio al complesso delle riflessioni che hanno corredato la teoria generale del reato di un apparato argomentativo che può risultare senza dubbio prezioso per indirizzare correttamente gli sforzi finalizzati ad approdare ad un coerente inquadramento sistematico del futuro prodotto legislativo.

Finalità di una indagine del genere è quella di muovere ancora una volta dalle norme costituzionali per svelare "il volto dell'illecito penale"¹⁵, quello che in

¹³ La realistica ammissione appartiene a BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, cit., p. 2806.

¹⁴ Basti ricordare VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?* *Considerazioni in margine al caso Welby*, cit., p. 10.

¹⁵ La felice espressione, ripetutamente rievocata da chi si è dedicato allo studio dell'argomento, è presente in BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 8.

precedenza è stato identificato con l'offesa ad un bene giuridico di spessore costituzionale e che, per questo, impone una serie di garanzie prestabilite allo scopo di evitare che l'aggressione ad un bene inviolabile come la libertà di chi commette un fatto penalmente rilevante sia esposto ad una reazione dell'ordinamento ingiustificabile. Più nel dettaglio, proprio l'articolata scansione del reato secondo il paradigma generale che lo presenta come fatto tipico, antigiusuridico e colpevole soddisfa le accennate esigenze garantistiche, componendo lo schema di un giudizio ponderato sulla condotta del soggetto agente che non ceda alle ricorrenti suggestioni colpevoliste da cui pure è insidiata la valutazione di determinate azioni. Di modo che l'analisi con la quale si rapporta la condotta alla fattispecie incriminata consente quella finale *reductio ad unum* indispensabile per qualificare come reato il fatto commesso, fornendo al giudice punti di riferimento sicuri per la decisione dei casi concreti¹⁶. Sotto un versante diverso, ma complementare, il consolidamento della teoria generale del reato, e delle categorie che ne costituiscono l'oggetto di riflessione, evita la prevalenza del diritto del caso concreto, cosa che avverrebbe se predominasse semplicemente il "diritto delle circostanze"¹⁷.

È quanto mai significativo ricordare che la storia della teoria generale del reato ha conosciuto tre "epoche". Quella classica, a cavallo tra 1880 e 1900, espressa esemplarmente dalla tripartizione concettualizzata da Ernest Beling nelle forme della tipicità, scolpita in termini puramente oggettivi, al fine di ancorare saldamente il diritto penale al fatto commesso; dell'antigiuridicità, rispetto alla quale il fatto tipico si pone come elemento indiziante; e, infine, della colpevolezza, nella sua versione psicologica di manifestazione del nesso psichico tra autore e fatto nelle forme del dolo e della colpa¹⁸. Con il periodo neoclassico, radicato nella filosofia dei valori e nel neokantismo, si registra la traduzione del *Tatbestand* in un'antigiuridicità tipizzata e la traslazione della colpevolezza dal piano psicologico a quello normativo, con la sua progressiva connotazione in

¹⁶ Secondo quanto lumeggiato ancora da BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 15 ss. e 24 s., nel corso di un'approfondita digressione che, saldamente ancorata ai principi di rango costituzionale, coniuga insieme le concezioni analitica ed unitaria del reato.

¹⁷ Efficacemente in questi termini DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 261, il quale annota che il poderoso consolidarsi del diritto giurisprudenziale avviene a spese della teoria generale del reato e delle categorie sulle quali essa è edificata. Si può agevolmente intuire quanto queste osservazioni siano importanti, soprattutto alla luce dell'indagine svolta in precedenza sulla plausibilità (peraltro contestata anche da questo Autore, come visto) di uno spazio libero dal diritto.

¹⁸ Per la preziosa disamina storica si rinvia a BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 27 ss.; nonché a DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., pp. 238 ss.

termini eticizzanti, preludio a quel processo di erosione delle categorie dommatiche e all'apertura a valori e condizionamenti irrazionali che approderà alla configurazione del reato in termini unitari, come violazione del dovere di fedeltà, sostituendosi, di fatto, la dommatica del reato con la dommatica dell'autore, come testimoniato dall'esperienza della Germania nazionalsocialista. Infine, con la concezione finalistica, che ha in Hans Welzel il suo esponente di punta, si ripropone la dommatica del reato evidenziando, altresì, il momento personalistico dell'illecito penale, grazie ad una razionalizzazione delle istanze della scuola neoclassica, che però non vengono portate alle estreme conseguenze della dommatica d'autore.

Volendo approfondire quest'ultimo punto, va premesso che la categoria della tipicità ha una sua dimensione ermeneutica, essendo costruita con norme che rispecchiano i mutamenti che attraversano la compagine sociale in un determinato momento storico e che forniscono la materia del divieto, circoscrivendo l'ambito della fattispecie ai confini tracciati tassativamente dal legislatore¹⁹. Nella disputa dottrinale che vede come protagonisti Beling e Welzel si palesa la divergenza tra una concezione del *Tatbestand* in chiave del tutto oggettiva ed una, invece, declinata anche in termini soggettivi, in forza del dato secondo cui l'azione umana, per sua natura, è espressione di una finalità perseguita dall'agente, la cui considerazione è indispensabile per operare la corretta sussunzione del fatto materiale nell'ambito di una precisa fattispecie tipizzata dal legislatore. L'azione, finalizzata a scopi approvati o disapprovati dai consociati, diviene portatrice di significati sociali, anche perché ha ad oggetto i beni giuridici, considerati non in quanto tali, ma perché funzionali alla vita sociale. Accedendo a tale impostazione dolo e colpa sono essenziali per la tipicità e per la descrizione in termini tassativi dell'illecito penale, sì da non ridurre l'azione a mero accadimento causale, ma da conferirle un senso secondo il coefficiente psicologico che la informa di sé.

E dunque, la spina dorsale dell'azione finalistica è la volontà cosciente dello scopo. Il mero disvalore di evento non basta a motivare il giudizio di riprovazione per un fatto di reato, occorrendo altresì anche il disvalore di azione. Questo chiaramente soddisfa esigenze di certezza del diritto e, dunque, di tutela della libertà. L'illecito così concepito è «personale» (*personales Unrecht*), legato

¹⁹ Secondo quanto annota DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 260, dove si precisa, altresì, che solo dalla correlazione tra tutte le categorie del reato deriva la connotazione in termini di illiceità di una certa condotta.

alle posizioni di dovere ed alla contestualizzazione dell'azione finalizzata ad uno scopo illecito nel quadro della vita sociale²⁰. Parte della dottrina, probabilmente perché ancora spiritualmente legata all'indirizzo tecnico-giuridico, geloso custode di una pretesa purezza del diritto, non ha nascosto le proprie riserve nei confronti della concezione finalistica²¹, segnatamente per la presenza di presupposti ontici²² sospettabili di nascondere un'insidia per il legislatore, minacciato nella prerogativa d'incriminare, di sua esclusiva competenza. Timore, questo, destinato però a svanire se solo si considera che chi legifera resta libero di tipizzare o meno una certa condotta, ma nel momento in cui procede non può mutare a suo piacimento le entità cui si riferisce²³.

Le argomentazioni appena esposte conoscono il loro più limpido riflesso in due «storiche» sentenze della Corte costituzionale, la n. 364/1988 e la n. 1085/1988, con le quali il Giudice delle leggi ha contribuito a chiarificare il contenuto del 1° comma dell'art. 27 Cost., precisando i termini entro i quali è possibile affermare la «personalità» della responsabilità penale. Con i suddetti

²⁰ Sulla ricostruzione dell'azione nell'ottica finalistica si segnalano: FIORE C., *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, pp. 283 ss., con una particolare attenzione alla confutazione delle ricorrenti obiezioni opposte alla ricostruzione dell'azione in chiave finalistica; ID., voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur.* Treccani, V, Roma, 1988; MOCCIA, *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la prospettiva finalistica*, in ID. (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., pp. 41 ss., il quale mette in particolare risalto le implicazioni di natura sistematica dell'impostazione welzeliana; ROXIN, *Pregi e difetti del finalismo. Un bilancio*, *ivi*, pp. 145 ss., apprezzabile per la lucida disamina complessiva, coronata da un giudizio chiaramente positivo; SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, monografia indispensabile per uno studio critico dell'argomento; VOLK, *Che cosa voleva veramente Welzel. Riflessioni su origini e presupposti della sua dottrina*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., pp. 163 ss., che, in chiusura della propria riflessione, sintetizza l'intenzione di Welzel nello scopo di ristabilire l'«antica verità» di matrice aristotelica, quella, cioè, secondo la quale l'azione va intesa come unità di momenti esteriori ed interiori. Sul raffronto tra la concezione belinghiana del *Tatbestand* e quella welzeliana si rinvia a MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 124 ss.

²¹ Per appunti critici rivolti all'impostazione di fondo della teoria finalistica si vedano FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 216 s.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 123 s.; MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, pp. 68 ss.; ID., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., pp. 179 ss.

²² La concezione welzeliana risentiva di influssi eticizzanti – presupponendo premesse di carattere ontologico, individuate in valori tali da non dipendere (come per le concezioni neoidealistiche) dalla volontà dello Stato, ossia nelle *sachlogische Strukturen*, regole di carattere oggettivo alle quali il legislatore è vincolato, per cui il concetto stesso di azione è preesistente ed il legislatore può solo recepirlo, non plasmarlo *ex novo* o modificarlo arbitrariamente – ma questo non impedisce di depurarla e di presentarla ancora attuale, perché radicabile in un dato di comune esperienza, qual è quello dell'intenzionalità dell'agire umano, comunque suscettibile di riscontro normativo nel richiamo contenuto nel 1° comma dell'art. 27 Cost alla personalità della responsabilità penale. Sul punto si rinvia alle indicazioni bibliografiche della nota n. 20.

²³ La confutazione dell'obiezione riportata nel testo è presente in FIORE C., *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica*, cit., pp. 291 ss.

interventi la Consulta non si è limitata ad escludere la responsabilità per fatto altrui, ma ha richiesto che il fatto, per il quale una persona è punita, le appartenga, sia «suo», non solo sotto il profilo della pura causazione dello stesso. Infatti, dal collegamento tra l'accennato 1° comma ed il 3° dello stesso articolo emerge che, comunque s'intenda la funzione rieducativa della pena, essa richiede almeno la colpa dell'agente in relazione a quegli elementi della fattispecie tipica che concorrono a contrassegnarne il disvalore, non avendo senso altrimenti la rieducazione. Ne consegue che il fatto punibile, perché sia «proprio», va inteso secondo un'accezione estesa anche alle connotazioni soggettive, tanto da potersi parlare di una tipicità complessiva, oggettiva e soggettiva insieme, che costituisce il primo, necessario «presupposto» della punibilità ed è distinta dalla valutazione e rimproverabilità dello stesso. In conclusione, secondo la Corte costituzionale è palesemente confliggente col dettato del 1° comma dell'art. 27 Cost. la punizione di fatti che non risultino essere espressione di un consapevole e rimproverabile contrasto con i valori della convivenza espressi dalle norme penali²⁴.

Pertanto, l'assenza del coefficiente psichico, com'è stato precisato, comporterebbe come inevitabile conseguenza la violazione del principio di tipicità²⁵. D'altronde, la funzione tipizzante dell'elemento soggettivo è, per lo più, riconosciuta anche da chi ha nutrito e nutre tuttora riserve nei confronti della concezione finalistica²⁶, rappresentando un'acquisizione ormai consolidata che, anticipando la rilevanza dell'elemento psichico già all'interno della tipicità, struttura al contempo quello che sarà l'oggetto della valutazione da compiersi in sede di colpevolezza; quest'ultima, pertanto, è riconfigurata secondo una

²⁴ Per approfondimenti: C. cost., sent. n. 364/1988, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 1504 ss.; sent. n. 1085/1988, *ivi*, 1988, pp. 5270 ss.

²⁵ Come opportunamente rileva MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 143 ss.

²⁶ L'ammissione è di FIANDACA, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., pp. 249 ss., che, riferendosi all'impostazione del manuale FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., giustifica la mancata inclusione dei capitoli su dolo e colpa nella trattazione del fatto tipico asserendo che il riconoscimento della funzione tipizzante dell'elemento soggettivo si motiva da sé, senza che occorra condividere l'eredità finalistica del disvalore di azione, dall'Autore precedentemente criticato (cfr. pp. 247 s.) perché carico di "un alone etico e soggettivizzante", non compatibile con le aspirazioni di un diritto penale laico e liberale. Per le implicazioni di natura sistematica derivanti dalla connotazione di dolo e colpa come elementi strutturali della fattispecie, si veda, per esempi relativi alla manualistica corrente, la comune impostazione di FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., includenti lo studio del dolo e della colpa in quello della tipicità. Sulla funzione costitutiva del dolo si segnala anche la lucida disamina di SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961, pp. 18 ss., nonché pp. 42 ss., dove la suddetta funzione è analizzata con particolare riferimento al tentativo ed al concorso di persone.

prospettiva distante da quella psicologica schiettamente belinghiana, basata sulla presenza del nesso psichico tra autore e fatto, e connotabile come giudizio di tipo individualizzante, che parla il linguaggio del contrasto tra la condotta dell'agente e le pretese dell'ordinamento giuridico²⁷. Non si tratta, dunque, di «trasferire» il dolo e la colpa dalla colpevolezza alla tipicità, quanto di considerarne, da un lato, il ruolo costitutivo del fatto tipizzato dal legislatore e, dall'altro, quello di indice per il giudizio individualizzato ai fini dell'affermazione della responsabilità penale. In tal senso è stato acutamente osservato che quello dell'appartenenza del dolo al *Tatbestand* o alla colpevolezza è “un falso problema”²⁸.

In forza dell'incidentale accenno effettuato in precedenza, va precisato che l'antigiuridicità per i sostenitori della “dottrina degli elementi negativi del fatto” va accorpata alla tipicità, nel senso che essa costituisce il presupposto della tipicità: la fattispecie del reato, dunque, si configura come antigiuridicità tipizzata e la presenza di cause di giustificazione escluderebbe lo stesso fatto tipico. Una tale concezione nasce in Germania allo scopo di trovare una collocazione all'errore sulle scriminanti che, in mancanza di una norma corrispondente all'art. 59 del c.p. italiano, consisterebbe in un errore sul fatto. Di conseguenza, l'antigiuridicità, indiziata dalla commissione del fatto tipico in una teorizzazione come quella tripartita, non si situerebbe al di fuori dei confini della tipicità, postulando un giudizio ulteriore rispetto alla qualificazione già operata con la tipizzazione²⁹.

La bipartizione in esame, pur modificando l'ordine e la composizione degli elementi contemplati dalla concezione tripartita, ne postula comunque l'esistenza e, per questo, prende le distanze dalla bipartizione carrariana, eminentemente naturalistica, che fa nascere il reato dall'interazione di due elementi, quello oggettivo o materiale e quello soggettivo o psichico, di modo che l'antigiuridicità non sarebbe un elemento distinto, bensì la risultante della predetta integrazione, l'in sé del reato³⁰. Ciò chiarito, è proprio la natura delle cause di

²⁷ In tal senso BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, cit., p. 2806; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 388 s. In proposito si veda pure SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, cit., pp. 36 ss. MOCCIA, *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la prospettiva finalistica*, cit., p. 53, rileva che il riconoscimento della funzione costitutiva del dolo non è stato rispondente alle attese in ragione della resistenza di parte della dottrina italiana.

²⁸ Così ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 78.

²⁹ Per tutti: GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 775 s.

³⁰ Per un esempio di tale impostazione rinvenibile nella manualistica ricorrente, basti rammentare la distinzione tra elemento soggettivo ed oggettivo ancora sostenuta da ANTOLISEI,

giustificazione ad esigere la presenza di un fatto tipico da giustificare, per cui la distinzione tra tipicità ed antigiuridicità risponde alla necessità di non confondere l'oggetto della valutazione – il fatto tipico, appunto – e la valutazione dell'oggetto, nei termini della sua contrarietà rispetto al diritto, così da tener distinti i piani della rilevanza penale del fatto e della sua liceità per la presenza di norme permissive³¹.

Un certo indirizzo dottrinale³² ha ulteriorizzato il processo di scomposizione appena illustrato teorizzando una sistematica quadripartita, che identifica nella punibilità l'ultimo livello che consente di qualificare una condotta come reato. In tal modo si risponderebbe all'esigenza di dare rilevanza strutturale unitaria a tutte quelle situazioni che implicano una valutazione in merito alla punibilità di talune fattispecie. Pertanto, tale ulteriore insieme risulterebbe composto dalle condizioni oggettive di punibilità estrinseche, dalle cause personali di non punibilità (come le immunità di diritto internazionale, di cui all'art. 3 c.p., o come l'esimente contemplata dall'art. 649 c.p.), dalle cause di non punibilità sopravvenuta (si pensi, per limitarsi ad esempi noti ricavabili dal codice, alla desistenza prevista dal 3° comma dell'art. 56 o alla ritrattazione, ex art. 376), dalle cause di estinzione del reato (artt. 150 e ss.). E la proliferazione di nuove cause sopravvenute di non punibilità – per esempio, in materia di delitti con finalità terroristiche o eversive (cfr. art. 15 l. n. 15/1980) – deporrebbe in questo senso. La punibilità rappresenterebbe, allora, l'insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto tipico antigiuridico e colpevole, che possono fondare o escludere l'opportunità di punirlo. Il più delle volte tale valutazione è compiuta

Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2003, pp. 196 ss. e 209 ss., rievocando ROCCO ART., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, p. 475.

³¹ Sul punto: DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., pp. 243 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 164 s.; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 124 ss. L'opzione per l'autonoma configurazione dell'antigiuridicità come categoria penalistica, secondo una concezione teleologica dell'illecito penale radicata nella funzione della pena, è chiaramente condivisa da CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, pp. 430 ss.; e da SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, pp. 78 ss.

³² Ci si riferisce a MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, pp. 105 ss. e 235 ss. Più risalentemente, BATTAGLINI, *Gli elementi del reato nel nuovo codice penale*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, pp. 1089 ss.; ID., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949, pp. 275 ss., propugnava una tripartizione che al fatto tipico ed alla "colpa" sommava la punibilità quale terza categoria, mentre era negata autonoma sussistenza a quella dell'antigiuridicità. Sul tema si vedano anche DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, pp. 107 ss.; PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., pp. 121 ss.

dal legislatore (come nell'art. 44, per la fondazione della punibilità; o negli artt. 3, 376, 649 e 56, 3° comma, per la sua esclusione), ma può essere demandata al giudice (si pensi alla disciplina dell'oblazione o del perdono giudiziale nel dir. pen. minorile).

In un'impostazione del genere la punibilità, lungi dall'essere soltanto un "predicato" del reato – tendenzialmente irrinunciabile, salve espresse eccezioni contemplate dal legislatore – ne integra la struttura, prendendosi atto della scissione di un binomio ritenuto tradizionalmente indissolubile, quello reato-pena. E questo anche nella variante proposita, mirata a profilare una soluzione che, adottando la punibilità come concetto di genere, ne definisce il contenuto ricorrendo alle cause di non punibilità, di modo che l'elemento in questione costituirebbe il presupposto in base al quale si legittimerebbe il potere del giudice di procedere alla valutazione del precetto secondario della fattispecie incriminatrice, comprensivo della pena prevista dal legislatore, non venendo quindi meno l'inflizione della pena in concreto, ma la possibilità per chi giudica di risalire fino alla cornice edittale. Tale ultima categoria, inoltre, potrebbe assolvere alla funzione politico-criminale di evitare il ricorso alla sanzione penale in tutti i casi in cui, per valutazioni di opportunità politico-criminale, ci si rende conto che non sarebbero conseguiti gli scopi general e specialpreventivi della pena³³.

In dottrina non si manca, tuttavia, di contestare fermamente la fondatezza di un simile ampliamento della struttura del reato, dal momento che la punibilità, caratterizzata da un'accentuata disomogeneità, non avrebbe valore sistematico-classificatorio, costituendo, al più, un effetto del completamento dell'illecito penale, riguardante criteri di meritevolezza e di bisogno di pena che sono al di là dell'edificio sistematico del reato. In effetti, il binomio reato-pena non appare scindibile, per cui se la definizione dell'illecito penale è per sua natura tale da comportare la punibilità, ogni vicenda che attiene a quest'ultima, fondandola o escludendola, rappresenta un'eccezione espressamente prevista in sede legislativa. In sintesi, l'illecito penale implica la punibilità come sua conseguenza logica, tranne che in alcune singole ipotesi dove, per ragioni di opportunità politico-criminale, si opta per soluzioni diverse³⁴.

³³ Nell'ambito di un'indagine sul fondamento politico-criminale e sull'inquadramento dottrinale della ritrattazione, sostiene l'assunto riportato nel testo AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, pp. 200 ss.

³⁴ In tal senso, esemplificativamente, DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., pp. 111 ss.; DONINI, *Non punibilità ed idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, pp. 1036 ss.

3. Funzione della pena e funzioni politico-criminali delle singole categorie del reato.

In virtù del complesso delle considerazioni appena precedenti, non si può omettere di rammentare l'influenza dispiegata sull'analisi dell'illecito penale nei termini dinanzi riferiti dalla individuazione della funzione della pena, dal momento che proprio il modo di concepire la pena può condizionare la determinazione dei connotati essenziali del reato³⁵. Sul solido fondamento dell'integrazione tra politica criminale e diritto penale (in proposito, si rinvia a quanto osservato nel cap. 1, § 1) è possibile inquadrare le categorie del reato nella prospettiva di una precisa funzione politico-criminale loro assegnata in conformità della precipua finalità assegnata alla sanzione penale.

Ora, se essa, per quanto dispone il 3° comma dell'art. 27 Cost., deve tendere alla rieducazione del condannato, la necessità di una prevenzione del crimine e di una stretta proporzione tra l'illecito e la sanzione, la rilevanza della dignità del reo e, al contempo, il ruolo condizionante giocato dal suo appartenere, comunque, al contesto sociale nel quale ha delinquito influiscono sulla configurazione del predetto e costitutivo compito rieducativo. A tal fine, i principi sanciti da numerose disposizioni della Carta fondamentale forniscono un prezioso ed irrinunciabile parametro di riferimento: se, infatti, nella Costituzione italiana si ha cura di precisare che ognuno, in quanto uomo, gode di diritti inviolabili sia come singolo che nelle formazioni sociali dove si dispiega la sua personalità (art. 2); che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzioni legate a ragioni di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali (art. 3, 1° comma); che è garantito a chiunque il diritto di professare il proprio credo – e, quindi, anche di non professarlo – (art. 19) e di esprimere il proprio pensiero (art. 21); che i condannati restano uomini e che, pertanto, le pene non possono essere contrarie al senso di umanità (art. 27, 3° comma) e che, ancora, esiste un vincolo di solidarietà politica, economica ed anche sociale che unisce i membri della Repubblica (artt. 3, 2° comma; 4, 2° comma), allora la suddetta funzione preventiva della pena non può essere declinata né come mera intimidazione – fino a giungere alla

³⁵ Sul punto si vedano le osservazioni di BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 25 e 82 ss., GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 8 s.; RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, in *Festgabe für R. Frank*, I, Aalen, 1969, p. 163.

strumentalizzazione del reo, comminando pene esemplari, perché sproporzionate rispetto al fatto commesso, allo scopo di dissuadere ancor più efficacemente i consociati; quando esse non pervengono, addirittura, alla neutralizzazione del condannato per appagare esigenze di difesa sociale – né in chiave di emenda, operando forzatamente una correzione di tipo eticizzante³⁶.

Il rapido *excursus* sulle disposizioni costituzionali imporrebbe, al contrario, di concepire la funzione della pena secondo un'accezione positiva³⁷. In chiave di prevenzione generale, dovrebbe consistere in un compito criminal-pedagogico, funzionale all'aggregazione del consenso dei consociati intorno ai contenuti precettivi delle norme penali e, dunque, rinsaldando la loro fiducia nei confronti dell'ordinamento. Per quel che attiene alla prevenzione speciale, inoltre, la connotazione positiva si estrinsecerebbe nel presentare la pena come offerta di recupero sociale, tesa a favorire la risocializzazione del condannato, in virtù di quel legame che vincola il reo alla società³⁸ e che non può essere inteso unicamente nel senso di obbligare il primo a pagare il proprio debito nei confronti della seconda, ma anche nell'altro, strettamente correlato, di rendere responsabile la comunità dei consociati – per l'evidenziata impronta personalistico-solidaristica della sua Carta fondamentale – in vista della reintegrazione nel proprio contesto di chi ha delinquito.

³⁶ Per una critica alla concezione della finalità preventiva in chiave negativa si ricorda l'approfondita analisi di MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 47 ss. e 96 ss. L'accurata disamina della tematica è presentata da FIANDACA, *Art. 27, 3° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 1991, pp. 222 ss.

³⁷ Così MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 101 ss.; e, dello stesso Autore, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., pp. 1012 ss. Problematizzano l'impostazione generalpreventiva in chiave positiva, rilevando il rischio che la valorizzazione della finalità di orientamento culturale si traduca nell'intercettazione dei consensi della collettività e nell'appagamento di esigenze diffuse di sicurezza, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 713; nonché MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, pp. 21 ss. La replica tesa ad osservare che la ricerca di consensi, di per sé, non manifesta derive autoritarie e che, semmai, il vero pericolo consiste nell'eventuale selezione mirata di "valori" intorno ai quali aggregare consensi è presente ancora in MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 63 s.

³⁸ Non a caso nel corso del § III del *Dei delitti e delle pene* Beccaria annotava che "se ogni membro particolare è legato alla società, questa è parimente legata con ogni membro particolare per un contratto che di sua natura obbliga le due parti". Il teologo gesuita WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena* (tr. it.), Milano, 1987, al culmine di una precedente disamina quanto mai accurata ed articolata sul tema della giustizia divina nell'Antico e nel Nuovo Testamento, riconosce alle sanzioni secondo la Bibbia un "programmato intento centripeto", allo scopo di evitare l'allontanamento del reo dalla società consentendone, invece, il reinserimento (p. 119), per quella che l'Autore qualifica come una "giustizia dai contorni umani" (p. 118).

Quanto appena annotato non è altro che il risultato di quel processo di attenta riflessione sul punto che Cesare Beccaria intraprese col suo *Dei delitti e delle pene* (1764), culminata nell'enunciazione della "dolcezza delle pene" radicata proprio nella stretta proporzione fra delitti e pene, che decretava la totale disfunzionalità di sanzioni eccessive e, perciò, crudeli (§§ VI e XXVII). Tale "dolcezza" si presenta come la miglior cura preventiva a disposizione dello Stato³⁹ e, al contempo, come una lezione d'insuperata attualità⁴⁰, meritevole della più seria meditazione⁴¹, particolarmente per quel che concerne l'impossibilità di strumentalizzare il reo (§ XX), la cui dignità è messa in debito risalto dal complesso delle considerazioni svolte su funzione e limiti dell'intervento penale⁴². All'influsso di queste enunciazioni – oggetto di entusiastiche adesioni, ma anche di accesi dissensi⁴³ – non si sottrarrà neppure Kant – certamente non annoverabile tra i più convinti sostenitori di tali tesi – nella già citata formulazione dell'imperativo categorico che impedisce la strumentalizzazione dell'uomo, degno di essere trattato come fine, per quanto tale ispirazione non basti al celebre filosofo tedesco per evitare di qualificare la norma penale, al pari di quella morale, come imperativo categorico e cadere, quindi, nella vistosa aporia della confusione tra l'ambito etico e quello giuridico – mirabilmente distinti dal Beccaria – tanto da connotare la pena secondo "rozzi ed antiumani automatismi retributivi"⁴⁴.

Ne consegue, allora, che la rieducazione, postulata dal 3° comma dell'art. 27 Cost., va intesa proprio nel senso di risocializzazione. A tal proposito è necessario ricordare quell'indirizzo che, accreditato dalla Corte costituzionale in una nota sentenza⁴⁵, si è dimostrato propenso a combinare le differenti finalità, al

³⁹ In questi termini VENTURI, *Introduzione* a BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1965, p. XXVII.

⁴⁰ MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, Napoli, 2002, p. 15, definisce il celebre "libriccino" una di quelle "opere seminali" che "fanno dell'autore un perenne contemporaneo".

⁴¹ Come riconosciuto da PISAPIA G. D., *Presentazione* a BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1964, p. XXVII.

⁴² Sul punto: MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, cit., p. 30; MOCCIA, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, cit., p. 477.

⁴³ Secondo quanto attestano minuziosamente PISAPIA G. D., *Presentazione*, cit. pp. XIV ss., e VENTURI, *Introduzione*, cit., p. XI ss.

⁴⁴ Così MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 41. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita*, cit., qualifica la teoria kantiana come "mistica retributiva" (p. 129) e la paragona al naufragio di buona parte degli impulsi propri dell'epoca dei lumi (cfr. p. 154).

⁴⁵ Il riferimento è a C. cost., n. 313/1990, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 1981 ss.

punto da sostenere una “polifunzionalità” della pena⁴⁶. Correggendo un proprio orientamento precedente, il Giudice delle leggi ha progressivamente riconosciuto l’ampia valenza del principio rieducativo, estendendolo ben oltre la sola fase esecutiva della sanzione, ammettendo che la tendenzialità alla quale fa espressamente riferimento la disposizione costituzionale in esame non dev’essere intesa come semplice eventualità della prospettiva rieducativa, dal momento che il trattamento sanzionatorio non può prescindere da tale ultimo profilo, anche se la libertà di non aderire da parte del destinatario del processo di recupero⁴⁷ struttura quest’ultimo secondo uno schema di tipo dialogico e non impositivo⁴⁸. A conferma di tale assunto può, d’altronde, essere invocato il tenore letterale della disposizione in commento, essendo il verbo “tendere” preceduto da quello servile “dovere”, la cui perentorietà è senza dubbio incompatibile con l’ipotesi che la rieducazione possa presentarsi come meramente eventuale.

L’asserita polifunzionalità è stata, dunque, recepita da parte della dottrina, convintasi a coniugare la funzione di orientamento culturale con quella di deterrenza per una configurazione composita della finalità generalpreventiva, dominante nella fase della minaccia della pena, marginale in quelle della sua inflizione ed esecuzione. Il profilo specialpreventivo della risocializzazione, invece, s’insinuerebbe già nel primo degli accennati momenti della dinamica sanzionatoria col requisito della proporzione tra illecito e sanzione – irrinunciabile perché il reo possa riconoscere la norma penale come giusta e degna di disciplinare in futuro la sua condotta – e come barriera per la previsione legislativa, non potendosi ritenere costituzionalmente legittima la comminazione

⁴⁶ Si sofferma sull’argomento PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 40 ss. MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2005, p. 118, legge la decisione della Consulta nell’ottica dell’abbandono della concezione polifunzionale della pena e dell’individuazione, nella finalità rieducativa, della funzione primaria della stessa. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 82 ss., combinando il disposto degli artt. 25, 2° e 3° comma, e 27, 3° comma, della Costituzione, attribuisce alla pena la duplice finalità di retribuzione per un fatto lesivo di interessi costituzionalmente rilevanti e, insieme, di misura funzionale al reinserimento sociale.

⁴⁷ Il rifiuto da parte del condannato dell’offerta di reintegrazione sociale assegna alla pena lo scopo di evitare l’ulteriore desocializzazione del soggetto interessato, come hanno precisato FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 706; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 103 ss.

⁴⁸ WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita*, cit., p. 123, intende l’espiazione in senso biblico unicamente come “*processo dialogico di riconciliazione*, non come offerta unilaterale e passiva di soddisfazione in rapporto all’inflizione di un male penale”.

di pene prive di connotazione rieducativa; risaltando al massimo grado, poi, nelle sedi della commisurazione giudiziale e dell'esecuzione⁴⁹.

Probabilmente, le ragioni di tale combinazione perdono consistenza se si considera che l'intimidazione/deterrenza rappresenta più un effetto che uno scopo da perseguire, una conseguenza naturalmente derivante dalla prospettazione e dall'inflizione di una misura, la pena, per sua natura afflittiva⁵⁰, ma funzionale agli scopi positivi di rafforzamento della coscienza dei consociati intorno ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, per quel che concerne la prevenzione generale, e di risocializzazione del condannato, sotto l'aspetto della prevenzione speciale⁵¹. Senza dimenticare, a proposito di asserite armonizzazioni polifunzionalistiche, che l'impegno attivo al servizio dei carcerati ha indotto riflessioni radicalmente critiche in chi ha bocciato qualsiasi compromesso tra la finalità squisitamente retributiva e quella risocializzante, dal momento che la prima poggerrebbe su una triplice finzione – relativa all'agente di reato, alla pena ed alla espiazione – tale da provocare effetti negativi sui condannati e sulle rispettive famiglie e da far degenerare in pura velleità ogni obiettivo di recupero sociale⁵².

Recuperando la premessa di partenza, la configurazione in chiave positiva della prevenzione sia generale che speciale può consentire di finalizzare le tre categorie del reato a precisi scopi di politica criminale, segnando il passaggio da una sistematica meramente categoriale ad una teleologica⁵³. In particolare, la tipicità, rispondendo ad ineludibili esigenze di determinatezza e tassatività, si rivela utile ad un'effettiva tutela della libertà; l'antigiuridicità, animata dalla contrapposizione di interessi – il più delle volte quelli individuali contro altri collettivi –, si presenta come l'ambito di soluzione degli relativi conflitti sociali; mentre la colpevolezza, valutandosi le circostanze nelle quali si

⁴⁹ In tal senso FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 591 ss.; ed anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 714 e 717 s.

⁵⁰ Tali rilievi sono evidenziati pure da MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 109 ss. E, almeno ad avviso di chi scrive, la diversificazione tra natura, effetto e funzione della sanzione penale farebbe venir meno la ricostruzione in termini di polifunzionalità propugnata dalla Consulta con la riferita sent. n. 313/1990.

⁵¹ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 735 ss., sposa la tesi della polifunzionalità assegnando, tuttavia, alla risocializzazione un ruolo non necessario, ma eventuale, ed ammettendo, di contro, che la pena possa svolgere compiti d'intimidazione o, perfino, di neutralizzazione, per talune categorie di soggetti, come mafiosi o terroristi.

⁵² È il caso di WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita*, cit., pp. 128 ss.

⁵³ Come sostiene RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, cit., pp. 158 ss. Aderisce MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 115 s.

trova l'agente, funge da limite all'esercizio della pretesa punitiva dello Stato, circoscrivendola nell'ambito dell'effettiva responsabilità del soggetto attivo ed escludendola in presenza di particolari situazioni che fanno venir meno la corretta realizzazione di istanze di prevenzione⁵⁴.

Nel solco di tale percorso argomentativo, ancora, è possibile teorizzare l'interazione delle tre finalità all'interno di ogni singola categoria, al fine di far aderire meglio le elaborazioni sistematiche alle esigenze effettive della realtà sociale e per soddisfare ancor più le aspettative di tutela dei consociati, col e dal diritto penale. Di conseguenza, la descrizione sufficientemente determinata della fattispecie serve sia ad una soluzione dei conflitti sociali – è su questo che si fonda l'operatività di criteri come quello dell'adeguatezza sociale e dell'esiguità – sia, in chiave general e specialpreventiva, a rendere riconoscibile ed evitabile la condotta vietata; l'enucleazione di principi che regolano la vita sociale e le loro interrelazioni rilevano sia per le esigenze di tutela della libertà che per quelle di prevenzione, perché queste ultime non giustifichino una compressione eccessiva della stessa libertà; l'ancoraggio all'entità del fatto razionalizza, secondo i parametri di riferimento di uno Stato sociale di diritto, la realizzazione di istanze preventive, mentre proprio la finalità di risocializzazione connessa alla pena consente di tener conto, in presenza di un reato, sia delle attese punitive della vittima e della società, sia delle giuste garanzie dell'autore del fatto⁵⁵.

4. La rilevanza penale delle situazioni di fine-vita e le soluzioni prospettate dalla dottrina. Cenni preliminari.

Occorre, a questo punto, recuperare l'articolazione tra le diverse situazioni di fine-vita sommariamente presentate nel corso del primo capitolo (al § 2) e che, volendo ricorrere alle definizioni comunemente invalse, sono distinte in eutanasia attiva e passiva, consensuale e non, nonché indiretta, anche al fine di recuperare ed approfondire la differenza tra "aiuto a morire" e "aiuto nel morire" riportata nella stessa sede.

⁵⁴ La descritta funzionalizzazione delle categorie del reato risale all'elaborazione programmatica di ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 50 ss., ripresa anche da FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 147 ss., con un puntuale approfondimento della fecondità delle prospettive dischiuse dalla riportata lettura di tipicità, antigiuridicità e colpevolezza in chiave politico-criminale.

⁵⁵ Lo sviluppo della riflessione roxiniana è dovuto a MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., pp. 1015 ss.

In via di massima, è stata autorevolmente esclusa la liceità di ogni forma d'intervento che si sostanzia in un far cessare la vita altrui e, quindi, nell'aiuto "a" morire. Diverse le ipotesi di partecipazione che, a causa della loro finalizzazione ad accompagnare il malato nell'estrema fase della sua esistenza e ad alleviarne le sofferenze, si traducono nell'aiuto "nel" morire. La *summa divisio* appena tratteggiata consente di qualificare come illecita l'eutanasia attiva (*mercy killing*), sia quella non consensuale – non solo perché attuata in assenza di alcun consenso, ma principalmente per il suo essere volta alla soppressione diretta della vita mediante condotte commissive, in quanto tali integranti il delitto di omicidio volontario – che quella consensuale che, per quanto fondata sull'espressa volontà del paziente, incontra un ostacolo insuperabile nella specifica incriminazione contenuta nell'art. 579 c.p. Quanto all'eutanasia passiva (*letting die*), la forma non consensuale ha incontrato un'opposizione non meno ferma, perché l'omissione di un trattamento confliggerebbe col generale obbligo a carico del medico di assistere il malato che non ha espresso la volontà di non essere curato⁵⁶.

Semmai, un'apertura è ipotizzabile nei casi di eutanasia passiva consensuale e di eutanasia indiretta. Quanto alla prima, la presenza del consenso e la copertura costituzionale fornita dal capoverso dell'art. 32 Cost. favoriscono una posizione incline a ravvisarne la liceità, anche in assenza di una specifica disciplina, per il diritto del paziente di rifiutare le cure e di lasciarsi morire⁵⁷.

⁵⁶ Così MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., pp. 425 ss.; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 73 ss. Sulla differenza tra aiuto "a" e "nel" morire si vedano anche BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, cit., pp. 2805 ss.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 133 ss.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 704 ss. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 30 ss., pur attestandosi su posizioni affini, lamenta, nell'ipotesi di eutanasia passiva non consensuale, il mancato esercizio da parte del malato del diritto di scegliere tra vita e morte, mostrandosi favorevole ad ammettere la piena liceità di condotte interruttrive delle terapie di sostegno vitale con il ricorso ad una regolamentata procedura di disattivazione tale da integrare il modello delle scriminanti procedurali (cfr. p. 78), sul quale si sosterrà in seguito, nel corso di questo capitolo. Come già ricordato (cfr. cap. 1, § 2), RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., pp. 204 ss., sostituisce il termine "eutanasia" con "aiuto a morire", pur se nel corso di un articolato ragionamento ha cura di differenziare tra le forme di aiuto a morire consentite o meno, ricalcando le distinzioni di cui nel testo.

⁵⁷ Con argomentazioni alquanto simili, si esprimono in proposito: CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 129 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 38; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 89 ss.; GIUSTI, *L'eutanasia*, cit., pp. 53 ss.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 133 ss.; MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., pp. 56 ss.; MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., pp. 427 s.; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 77 s.; RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., pp. 222 ss.; RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 32 ss.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 692 ss.; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?* *Considerazioni in margine al caso Welby*, cit., p. 8. Dissente EUSEBI, *Omissione dell'intervento*

Circa l'eutanasia che si suole definire indiretta – e preso atto dell'ampiezza dell'ambito di estensione dell'atto medico, che oltrepassa i rigidi confini del mero contrasto opposto alla malattia, riguardando invece più in generale il benessere psico-fisico del paziente – va precisato che l'abbreviazione della vita sortisce dall'effettuazione di terapie destinate ad alleviare le sofferenze dei malati terminali. Si è in presenza di un duplice effetto, quello diretto, teso a lenire il dolore di chi soffre, e l'altro solo indiretto; la somministrazione di antalgici (o un trattamento equivalente), proporzionati al dolore patito, potrebbe dunque ritenersi consentita anche quando ne derivi l'accelerazione della morte, non essendo quest'ultima ricercata in alcun modo, configurandosi di conseguenza una situazione condivisa anche da chi muove da assunti di matrice etico-religiosa⁵⁸.

Pertanto, risalterebbe come ipotesi classica di aiuto “nel“ morire, connotata da una liceità intrinseca, radicata nella necessità di ricorrere ad un mezzo adeguato alle esigenze poste dal decorso patologico, non esistendo rimedi diversi e non nocivi⁵⁹. In ogni caso, dapprima con la l. n. 12/2001, ma soprattutto

terapeutico ed eutanasia, cit., pp. 525 ss., il quale lega il proprio convincimento negativo anche alla dubbia attendibilità del consenso espresso da un paziente in fase terminale. Non opera differenze, riprovando come omicidio qualunque forma di eutanasia, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pp. 98 ss. DEMMER, voce *Eutanasia*, cit., pp. 405 s., non riscontrando un vero consenso della pubblica opinione sul punto, ritiene non solo non necessaria qualsiasi attivazione da parte del legislatore, ma anche non consigliabile, per evitare forme di cedimento della diga posta a presidio dei morenti e delle loro famiglie.

⁵⁸ Per la giustificazione morale della morte quale effetto indiretto si rimanda esemplificativamente alla posizione ufficiale assunta nel *Catechismo della Chiesa cattolica*, parte III, sez. II, cap. II, art. 5, § 2279, dove si puntualizza che la morte non dev'essere voluta né come fine, né come mezzo, essendo solo prevista e tollerata come inevitabile, incoraggiandosi le cure palliative in quanto forma privilegiata della carità disinteressata. Per la dottrina espressasi sul punto: ARAMINI, *Eutanasia*, cit., pp. 75 ss.; BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, cit., p. 2805; CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 125 ss.; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 95 ss.; ID., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., pp. 557 ss.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 155 ss.; RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., pp. 215 s.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 702 ss.; STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, cit., pp. 1015 s. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 76, deprecando la disinvolta condivisione dell'ideologia eutanasiaca, auspica la riscoperta della “cultura dell'accompagnamento del malato alla morte”, nel senso di quella prossimità solidale in grado di dare una risposta davvero adeguata alle richieste del malato terminale, espressione della sua solitudine e traducibili, in realtà, nel desiderio di non esser lasciato solo, anche col ricorso a terapie palliative (si veda, in particolare, la nota n. 70).

⁵⁹ Di quest'avviso si mostrano MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 425; ID., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 73; PORZIO, voce *Eutanasia*, cit., p. 106; RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., p. 216. Ben prima delle novelle legislative accennate nel testo, GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 120, ha ribadito l'importanza del requisito della proporzione, il cui rispetto consentirebbe a chi procede di beneficiare della scriminante dell'adempimento del dovere. Secondo CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 127 s., non occorre predisporre un'apposita scriminante, rientrando il criterio della proporzione tra le *leges artis* tipiche del trattamento sanitario, di modo che la morte

con la l. n. 38/2010 si è espressamente riconosciuta l'importanza di un approccio palliativo; in particolare, l'art. 2 della l. del 15 marzo 2010, n. 38, elenca, tra le altre, le definizioni di malato, cure palliative e terapie del dolore, anche se è opportuno osservare che le ultime due, per quanto distinte, sono collegabili mediante una relazione di inclusione, dal momento che la terapia del dolore rientra nell'obiettivo più ampio di supporto psicologico, socio-assistenziale e solidaristico mirato ad accompagnare chi è affetto da patologie inguaribili, in fase avanzata e terminale⁶⁰.

4.1. L'inquadramento del trattamento di fine-vita nella categoria della tipicità.

Se il presupposto sul quale si fonda l'eutanasia passiva consensuale è pacificamente rintracciabile nella volontà espressa dal malato terminale, debitamente informato, di non essere sottoposto ad alcun tipo di trattamento che lo mantenga in vita e se il fondamento della liceità della conseguente condotta del medico è saldamente ancorato a tale manifestazione del volere – la cui rilevanza in termini di principio è, come ripetutamente detto, rintracciata nel disposto del 2° comma dell'art. 32 Cost. –, non è parimenti semplice configurare in termini giuridici la variante che consiste in un'omissione sotto forma di sospensione di terapie dirette al prolungamento artificiale della vita e già attivate, allorquando si richiede pur sempre un intervento finalizzato a rimuovere ogni tipo di sostegno che tenga in vita il paziente: si pensi al respiratore artificiale, la cui disattivazione pone problemi sotto il profilo dell'esatta qualificazione del tipo di condotta posta in essere.

Ad un primo sguardo essa assume i contorni di un *facere*, più precisamente di un attivarsi del medico per interrompere il trattamento già in atto.

conseguente alla terapia del dolore non è imputabile al sanitario che ha agito osservando le regole prescritte.

⁶⁰ Riafferma la complementarità delle due definizioni MONTRONE, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, cit., pp. 148 ss., il quale aggiunge l'ulteriore puntualizzazione finalizzata ad una correzione terminologica, con la quale si sostituisce al termine "cure" quello di "terapie", più idoneo del primo poiché non si può parlare propriamente di cure allorquando mancano possibilità di guarigione, mentre è più esatto qualificare l'attività posta in essere come terapia, vocabolo riferibile ad un complesso di atti che non presuppongono necessariamente il fine di guarire. Inoltre, l'Autore propone una riconfigurazione dell'opera *in toto* svolta per il malato terminale, preferendo ragionare in termini di "terapia della sofferenza" e non "del dolore", ricomprendendosi nella prima definizione anche il disagio psichico/emotivo del malato. Relativamente al senso della palliazione testimonia la propria esperienza personale DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., pp. 279 ss.; ID., *La morte amica*, pp. 207 ss.

Se, ora, si trattasse di un *agere*, l'assimilazione all'eutanasia attiva, come vero e proprio caso di aiuto "a" morire, e la conseguente rilevanza penale sarebbero evidenti. In pratica, si è posto l'accento sulla diversità materiale delle due situazioni ipotizzabili, dal momento che l'iniziale omissione di cure sarebbe cosa ben diversa dal sopravvenuto spegnimento di un macchinario, comportando quest'ultimo, indubbiamente, un'azione.

Ciononostante, in dottrina è sempre più emersa una differente lettura, tesa a superare il divario tra le due prospettate evenienze e ad affermare la sostanziale equivalenza di esse non appena le si valuti sotto l'aspetto normativo, in particolare alla luce di quanto prescritto dal 2° comma dell'art. 32 Cost. Se, infatti, tale disposizione vincola al consenso del paziente qualsiasi tipo di intromissione di tipo medico nella sua sfera giuridica e se, pertanto, la prospettiva da adottare è quella del soggetto consenziente o meno, non differirebbero in alcun modo i casi di un trattamento non ancora intrapreso e di un altro già in corso ma da interrompere, accomunati dall'essere entrambi oggetto di un rifiuto dell'interessato.

Su questa premessa si basa la ricostruzione, di matrice germanica, dell'omissione mediante azione (o *Unterlassung durch Tun*), in forza della quale una condotta naturalisticamente attiva può essere definita omissiva valorizzandosi il profilo normativo di essa, incentrato sul senso sociale dell'interruzione o sospensione. Di modo che il significato della condotta del sanitario che procede a rispettare la volontà del malato terminale viene ancorato non all'atto di disattivazione effettuato, ma all'intero processo nel quale esso s'inquadra ed acquista un senso. Ne consegue la qualificazione in termini normativamente omissivi di quella condotta volta a far mancare l'ulteriore trattamento, realizzata tramite un *facere* consistente nel disattivare il sostegno artificiale⁶¹.

⁶¹ Sul *Unterlassung durch Tun*, pur nella peculiarità delle singole teorizzazioni, si vedano, per l'area germanica, i contributi di ENGISCH, *Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe*, in *Festschrift für E. Dreher*, Berlin, 1977, pp. 309 ss.; ID., *Suizid und Euthanasie nach deutschem Recht*, cit., pp. 315 ss.; ID., *Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für Gallas*, Berlin-New York, 1973, pp. 163 ss.; ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, in *Festschrift für Engisch*, Frankfurt am Main, 1969, pp. 380 ss.; VOLK, *Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme*, in *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin-New York, 1989, pp. 219 ss. Quanto alla dottrina nostrana occupatasi della problematica: CUPELLI, *Interruzione di cure vitali e il diritto all'autodeterminazione: il caso Welby*, cit., pp. 1824 ss.; ID., *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1145 ss.; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 92 ss.; ID., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., pp. 563 ss.; MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, cit., pp. 1986 ss.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 153 ss.; RAMACCI,

E dunque, l'attivarsi del medico non rappresenterebbe altro che la modalità attraverso la quale si realizzerebbe l'omissione delle ulteriori terapie conforme al dissenso esternato dal paziente in proposito. In ultima analisi, e volendo recuperare l'esempio correntemente addotto, il distacco del respiratore artificiale sarebbe il mezzo necessario per omettere l'ulteriore trattamento. Nella diversificazione tra la dimensione naturalistica della condotta ed il suo significato normativo risiede la chiave di lettura della ricostruzione teorica in esame, nonché la ragione per il favore mostrato da chi è dell'avviso che, così argomentando, si spiegherebbero l'insufficienza respiratoria e, di conseguenza, la morte del paziente non come conseguenza immediata del distacco operato dal sanitario, ma come fattore di rischio già presente nel quadro clinico del paziente a causa di quella patologia che, non più contrastata artificialmente, segue il suo corso letale⁶².

In tali eventualità, dunque, si è giunti a definire il respiratore come una sorta di *longa manus* del medico per una ventilazione che, piuttosto che essere effettuata manualmente, è praticata attraverso un macchinario che regola il ritmo respiratorio⁶³; in aggiunta, si è rilevato che la disattivazione, per quanto naturalisticamente connotabile in termini attivi, non si traduce in un intervento sul corpo del malato, ma sull'apparecchio che lo tiene in vita, per cui esisterebbe una distanza tra medico e paziente ribadita dall'interruzione di cure, con la quale si prenderebbero le distanze da quel corpo non assicurandogli più il sostegno artificiale⁶⁴.

La conseguenza immediatamente ricavabile dalle argomentazioni finora esposte è di chiara evidenza: se la condotta del medico è qualificabile come omissione dell'ulteriore intervento e trova la sua ragion d'essere nel dissenso espresso dal paziente, allora proprio tale manifestazione di volontà negativa esonera il medico da quel ruolo di garante della salute del malato ricoperto fino all'insorgere del dissenso, per cui la successiva omissione non rileverebbe

Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire, cit., p. 216; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 694 ss.; STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, cit., pp. 1017 ss.; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?* Considerazioni in margine al caso Welby, cit., pp. 6 s.

⁶² In tal senso CUPELLI, *Interruzione di cure vitali e il diritto all'autodeterminazione: il caso Welby*, cit., p. 1828.

⁶³ La similitudine risale ad ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, cit., p. 82.

⁶⁴ Così ENGISCH, *Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe*, cit., p. 311.

penalmente ai sensi dell'art. 40 capoverso c.p., non essendovi più alcun obbligo giuridico in capo al medico di impedire l'evento morte. Una soluzione del genere precluderebbe, quindi, il collegamento di tipo eziologico tra condotta ed evento, elidendo la stessa tipicità oggettiva del fatto⁶⁵.

La tesi appena passata in rassegna suscita, però, più di un dubbio. Per quanto si ammetta che è “affascinante”⁶⁶, non viene taciuta una certa artificiosità della stessa, insita nella problematica equiparazione tra due condotte indubbiamente differenti sotto il profilo naturalistico. In particolare, l'omissione mediante azione si presenta come l'inversione concettuale della commissione mediante omissione: le due ricostruzioni, accomunate da “una concezione antinaturalistica dell'azione penalmente rilevante”⁶⁷, differiscono quanto a referenti normativi e soluzioni dommatiche, poiché a fondamento dei reati omissivi impropri è posto il 2° comma dell'art. 40 c.p. – che rende equivalenti il non impedire ed il cagionare un evento in forza dell'obbligo giuridico di impedirlo – mentre, di converso, la doverosità dell'interruzione è direttamente desumibile dal capoverso dell'art. 32 Cost. Tuttavia, unicamente nel caso di interruzione pura e semplice non si configurerebbe un fatto tipico omissivo, dal momento che – anche in ossequio al tradizionale insegnamento che, nel dubbio, fa propendere per l'azione – la disattivazione della macchina, stante l'intervallo temporale che la distanzia dall'attivazione, si presenta come condotta diversa, valevole come vero e proprio intervento attivo, che potrebbe essere solo scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p.⁶⁸. Non sorprende, allora, che qualche Autore si sia spinto a ravvisare nella concettualizzazione *de qua* un *escamotage* per

⁶⁵ In questi termini CUPELLI, *Interruzione di cure vitali e il diritto all'autodeterminazione: il caso Welby*, cit., pp. 1829 ss.; ID., *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, cit., pp. 1170 ss. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 35 ss., pur non prendendo esplicitamente posizione sulla qualificazione della condotta in termini attivi o omissivi, concludono tuttavia per il venir meno della posizione di garanzia del sanitario in seguito alla rinuncia del malato ad un prolungamento artificiale dell'esistenza. Similmente CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 130.

⁶⁶ Espressamente MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 154 s., la quale, comunque, si mostra incline ad accogliere la teorizzazione in parola.

⁶⁷ Così GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 94.

⁶⁸ Ancora GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 95; ID., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 565. Sull'argomento: JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1988, pp. 546 ss.; SAMSON, *Begehung und Unterlassung*, in *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin-New York, 1974, pp. 579 ss.

dissimulare la verità, quella della causazione della morte di un uomo consenziente⁶⁹.

Una seconda, e ancor più stringente, obiezione sorge quando si constata che la posizione di garanzia del medico non verrebbe meno, ma muterebbe di contenuto, verificandosi in capo allo stesso un avvicendamento tra il precedente dovere di curare (ad ogni costo) la salute del malato e quello sopraggiunto di informare quest'ultimo sugli effetti connessi al rifiuto del trattamento e, soprattutto, di eseguirne la volontà così come esternata⁷⁰. Nonostante si sia replicato che l'originaria posizione di garanzia già comprende in sé gli oneri d'informazione del malato che riguardano non solo l'*an* ma anche il *quomodo* della morte, questo servirebbe a ridimensionare solo in parte il nuovo configurarsi della posizione di garanzia, essendo innegabile che in seguito al dissenso espresso muta il rapporto tra medico e paziente e quell'alleanza che prima poteva definirsi curativa/terapeutica dopo è rivolta esclusivamente ad attuare l'estrema volontà del secondo⁷¹.

Un'ultima perplessità sorge quale immediata derivazione da quanto appena rimarcato, nel senso che parte della dottrina dubita della doverosità dell'interruzione tecnica del trattamento, dal momento che il sanitario, avvalendosi dell'obiezione di coscienza, non può essere costretto ad uniformarsi violando i propri convincimenti etico-religiosi⁷². Invero, ammettendosi la possibilità del medico di rinunciare del tutto alla propria posizione di garanzia, lasciando ad altri il compito di provvedervi, si ribadirebbe che egli è comunque tenuto a non procedere oltre nel trattamento rifiutato e, ancora, a mettere i colleghi

⁶⁹ Come ritiene DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., p. 911.

⁷⁰ Sebbene non si esprima con termini simili a quelli adoperati nel testo, di fatto rileva un mutamento del contenuto della posizione di garanzia del medico GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 91.

⁷¹ Se CUPELLI, *Interruzione di cure vitali e il diritto all'autodeterminazione: il caso Welby*, cit., p. 1823, annota la portata solo parziale del "diverso atteggiarsi della posizione di garanzia penalmente rilevante", lo stesso Autore in *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, cit., pp. 1170 ss., sosta nuovamente sul punto, analizzando nel dettaglio la novità della posizione di garante assunta dal medico – più precisamente, garante della libertà morale del paziente – dopo che quest'ultimo ha manifestato la volontà di non sottoporsi più ad ulteriore trattamento. Tale novità, però, non precluderebbe il ricorso alla soluzione dell'atipicità in radice del fatto, perché il medico avrebbe svolto correttamente la propria funzione.

⁷² Si vedano le osservazioni in merito di CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 130; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 696.

disposti ad ottemperare alla richiesta nelle condizioni di farlo⁷³. In ogni caso, la difformità di indirizzi emersa nel dibattito dottrinale consente di nutrire più di una giustificata riserva sull'opportunità di aderire alla ricostruzione nei termini dell'omissione mediante azione, contrariamente a quanti l'hanno reputata preferibile per evitare il non facile bilanciamento tra interessi contrastanti che sarebbe imposto dalla differente opzione che leggerebbe nella condotta in esame un fatto tipico ma giustificabile a vario titolo⁷⁴. Le riflessioni dinanzi proposte dimostrano che la soluzione in chiave di atipicità non si presenterebbe meno controversa.

4.2. L'inquadramento del trattamento di fine-vita nella categoria dell'antigiuridicità.

Il terreno dell'antigiuridicità è quello che, *ictu oculi*, appare destinato a catalizzare le attenzioni di quanti intendono ricercare una possibile soluzione al quesito della liceità delle forme di eutanasia passiva consensuale. In effetti, un orientamento del genere è indotto dalla convinzione che i piani della tipicità e della colpevolezza non costituiscano l'ambito ottimale per dare risposte appaganti ai quesiti posti dalla tematica in oggetto: escludere che vi sia un fatto tipico equivale a pronunciare un giudizio di irrilevanza penale relativamente ad una condotta che chiama in causa il bene-vita, il cui valore quanto mai elevato impedisce di accettare pacificamente un giudizio di indifferenza da parte dell'ordinamento giuridico; insistere sulla mancanza di colpevolezza implica, d'altro canto, la focalizzazione sull'agente e il passaggio in secondo piano della richiesta del titolare del bene, prospettando un rovesciamento di quell'ordine che, per quanto ampiamente considerato, si fonda incontestabilmente sulla centralità del consenso di chi desidera non vivere ancora⁷⁵.

In questa direzione si muovono i passi di quanti, non temendo di definire attiva la condotta del medico che distacca il respiratore – tanto per riconsiderare uno dei casi più problematici –, ravvisano in questa ipotesi la sussistenza di un fatto certamente tipico, ma scriminato dall'adempimento del dovere, auspicando a

⁷³ Secondo quanto chiarisce CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, cit., pp. 1174 s.; ID., *Interruzione di cure vitali e il diritto all'autodeterminazione: il caso Welby*, cit., p. 1831.

⁷⁴ Si rinvia a CUPELLI, *Interruzione di cure vitali e il diritto all'autodeterminazione: il caso Welby*, cit., p. 1831.

⁷⁵ In tal senso si esprime SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 719.

questo proposito la creazione di una norma specifica che, prevedendo tale causa di giustificazione, precluderebbe sul nascere possibili incertezze interpretative. La finalità di assicurare il rispetto della volontà manifestata dal paziente terminale permetterebbe di definire doverosa anche la condotta di persona diversa dal medico, come un parente del malato richiedente⁷⁶.

Sulla stessa lunghezza d'onda appare sintonizzato il pensiero di chi, sempre definendo come condotta attiva il distacco compiuto dal medico in quanto implicante specifiche competenze sanitarie – perché, ad esempio, occorre procedere a sedazione –, lo scrimina sotto forma di adempimento del dovere, perché ottemperante ad una legittima richiesta, e questo anche a prescindere dalla fase di avanzamento del processo patologico. Trattandosi, però, di pretese rivolte ad ottenere un'azione, e non una mera astensione, si reputa sussistente in favore del medico il diritto all'obiezione di coscienza, poiché l'attuazione della volontà del malato concretizzerebbe, a tutti gli effetti, un'interruzione obiettivamente omicida. Invece, in caso di interruzione terapeutica tale da non richiedere competenze sanitarie, bastando la sola disattivazione del respiratore, si dovrebbe regolamentare l'intervento del terzo in modo da non renderlo penalmente responsabile di un evento che il malato si sarebbe procurato da solo, se avesse potuto procedere autonomamente; anche una tale eventualità, a ben vedere, risponderrebbe all'esigenza di adempiere un dovere di interruzione⁷⁷.

La combinazione tra richiesta del malato terminale e dovere del medico di ottemperarvi è il fulcro della elaborazione teorica che prende forma in quell'indirizzo propenso a legittimare le ipotesi di eutanasia passiva consensuale – tra le quali potrebbe ricomprendersi anche la crisi irreversibile superabile con terapie di sostegno e dovuta a tentato suicidio, che costituirebbe prova evidente della volontà di morire già manifestata in precedenza – riconducibili alle vigenti

⁷⁶ Si veda GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 98 ss. e 119 s. In merito al “caso Welby” la sussistenza del dovere del sanitario è stata ravvisata dal G.u.p. del Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007, riportata in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1791 ss.; critico sul punto CUPELLI, *Interruzione di cure vitali e il diritto all'autodeterminazione: il caso Welby*, cit., pp. 1812 ss. e 1829 ss.

⁷⁷ Secondo l'avviso di DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, cit., pp. 913 ss., il quale, in riferimento all'intervento del terzo non sanitario, espressamente lo qualifica come scriminato; tuttavia, a causa della presenza nell'ordinamento italiano di norme come l'art. 579 e, soprattutto, di quella problematica di cui all'art. 580 c.p., ai sensi del quale è punibile l'aiuto al suicidio, occorrerebbe prevedere un'articolata procedura che renda non punibile, perché giustificato, l'evento morte riconducibile ad una precisa scelta dell'agente che, né più né meno, è in tutto assimilabile ad un suicidio. Per questa ragione l'Autore ravvisa nel caso di specie un “suicidio obiettivamente scriminato, dove l'evento stesso oltre che la condotta, non sono impedibili” (cfr. p. 915).

incriminazioni di cui agli artt. 579-580 c.p. e scriminabili con l'applicazione di una specifica causa di giustificazione⁷⁸.

La riconduzione nell'ambito applicativo dell'adempimento del dovere ha l'indubbio pregio di evidenziare, ancora una volta, che il problema cruciale posto dalla richiesta del paziente terminale è quello del coinvolgimento del medico, dell'eteroattuazione a lui rimessa, emergendo in tutta la sua urgenza il quesito di escludere la sua responsabilità penale. Purtroppo, lo sbilanciamento sul versante della doverosità della condotta del medico rischia di ridimensionare il ruolo giocato dal consenso del malato, che nelle concettualizzazioni appena esaminate sembra degradare da condizione legittimante a quello, in verità più modesto, di mero presupposto, o al massimo di requisito implicito, per l'applicazione di una scriminante diversa da quella pianamente riconducibile al consenso dell'avente diritto.

In ragione di ciò si può apprezzare lo sforzo ricostruttivo che, in primo luogo, riconosce nei casi di eutanasia passiva consensuale il diritto del malato di rifiutare le cure e di lasciarsi morire, con la conseguenza che la condotta del medico che si uniforma è giustificata in forza di ciò⁷⁹; mentre, in una prospettiva di riforma, auspica per l'eutanasia attiva consensuale l'elisione dell'antigiuridicità del fatto mediante una causa di giustificazione pensata *ad hoc* e, per questo, costruita in modo da risultare a tal punto determinata da "escludere che la legalizzazione dell'eutanasia consensuale pregiudichi la funzione generalpreventiva c.d. positiva del diritto penale, indebolendone il messaggio culturale e l'autorevolezza socio-psicologica proprio rispetto alla protezione del bene primario della vita"⁸⁰.

Sulla scorta di tale premessa ci si orienta, dunque, a configurare precisamente il contesto nel quale deve inserirsi la richiesta dell'interessato, motivata dall'inutilità della terapia e dal grave stato di sofferenza provocato da una patologia irreversibile ed allo stadio terminale, in modo da compiere il

⁷⁸ La soluzione è prospettata da RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., p. 224.

⁷⁹ Per tale conclusione propende SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 692 ss. MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., pp. 56 ss., fonda la propria posizione sull'abbinamento tra il diritto di rifiutare le cure per il paziente ed il dovere del medico di rispettare tale volontà, risolvendo altresì i casi di eutanasia passiva per pazienti incoscienti alla stessa stregua, correlando la loro situazione col divieto di accanimento terapeutico.

⁸⁰ Tali sono le osservazioni di SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 719.

passaggio da una semplice uccisione su richiesta ad una speciale autorizzazione valevole per i casi limite. A tal fine, per scongiurare i rischi legati, da un lato, a valutazioni soggettive del sanitario di turno e, dall'altro, alla fuorviante accentuazione della componente della sofferenza da parte di chi soffre e vive la solitudine del trapasso – potendosi celare nella sua istanza di morte una disperata invocazione di aiuto – l'accertamento delle condizioni autorizzative dovrebbe essere affidato ad una commissione istituita presso un ente pubblico, qualificata non solo per quel che concerne l'aspetto medico, ma anche quello psicologico. Vero è che, così come formulata, la proposta novellistica palesa un certo grado di complessità, che però ben si spiega se si tiene conto dell'estrema rilevanza del bene la cui “aggressione” dev'essere, a certe condizioni, giustificata. Ciononostante, proprio l'Autore al quale va ascritto il merito di averla elaborata dubita della sua effettiva utilità, dal momento che i tempi e le formalità burocratiche imposti dall'accennato procedimento potrebbero risultare poco compatibili, se non irriguardosi, rispetto alla condizione del malato terminale⁸¹.

L'elaborazione concettuale appena presentata offre lo spunto per esaminare succintamente la tematica delle giustificazioni procedurali (*beratene Lösung*), in qualche modo implicata anche dalle riflessioni che sono precedentemente emerse (cfr. cap. 2, § 4). Trattasi dell'esito di un'indagine che ha avuto ampio risalto in terra germanica, inducendo autorevole dottrina a tener conto della sentenza con la quale la Corte costituzionale tedesca, occupandosi del § 218a, 1° comma, del codice penale tedesco – che prevede la non punibilità della donna se sceglie una “soluzione consultativa”, ossia se richiede l'interruzione della gravidanza e comprova con certificazione al medico che si è fatta consigliare almeno tre giorni prima dell'intervento; se l'intervento interruttivo è eseguito da un medico e se non si sono superate le dodici settimane dal concepimento – ha concluso per la qualificazione della condotta come non tipica (“il fatto non viene realizzato”, come recita la norma in commento), e quindi non indiziante l'antigiuridicità, ma anche come antigiuridica, tentando così una malriuscita “quadratura del cerchio sistematico”, con l'intento di estromettere dall'ambito

⁸¹ Ancora SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 719 ss.

penale la soluzione consultativa ma pretendendo, al contempo, che essa restasse illecita⁸².

Ispirandosi a tale vicenda giudiziale autorevole dottrina⁸³ ha colto l'occasione per un approfondimento sotto il profilo dottrinario-sistemico, mirato a rimarcare la presenza, accanto alle cause di giustificazione tradizionali o sostanziali, di giustificazioni di carattere procedurale, la cui utilità strategica risalta nel caso di "competenze private", come quelle eticamente sensibili (quali, appunto, eutanasia ed aborto), ad elevato potenziale di conflittualità. Infatti, allorché lo Stato non intende sbilanciarsi sulla preferenza accordata ad un "diritto migliore", come nelle scriminanti sostanziali, pur non ritenendo certe condotte indifferenti per l'ordinamento, si affida alla decisione responsabilmente adottata dalla persona interessata, senza che essa possa essere in qualche modo sindacata dal giudice. Per usare un'efficace metafora, il terreno di coltura è lo stesso dello "spazio libero dal diritto", anche se, con le giustificazioni procedurali, un intervento del diritto c'è e consiste nella proceduralizzazione delle decisioni dei singoli, con la quale si ammette la lesione di un bene in presenza della procedura descritta, senza che questo implichi una presa di posizione definitiva in favore di un interesse ritenuto meritevole di tutela. Le giustificazioni procedurali, per esser semplici, costituiscono una soluzione provvisoria, in mancanza di una conoscenza specifica che fondi un giudizio di valore, di modo che l'attività interessata dalla giustificazione non può dirsi strettamente né vietata né liberalizzata.

Ora, se l'accento è posto sulla libera decisione responsabile del soggetto coinvolto, ben si comprende il motivo per il quale parte della dottrina ha salutato nella teorizzazione in parola la migliore soluzione disponibile in materia di trattamento di fine-vita. Il presupposto della questione ad alto tasso di conflittualità emotiva c'è tutto, così come la centralità del principio di autodeterminazione, sul quale s'impenna ogni riflessione in materia di scelte di fine-vita, sembra collimare appieno con la manifestazione di volontà responsabile da parte dell'interessato e, per questo, rappresenta un'altra ragione più che valida

⁸² Secondo i rilievi mossi da ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1278 ss.

⁸³ Ci si riferisce segnatamente ad HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für Mahrenholz*, Baden-Baden, 1994, pp. 731 ss.; ma anche a WOLTER, *Verfassungsrechtliche Strafrechts, Unrechts und Strafausschlußgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 206 ss.

per adottare il modello delle giustificazioni procedurali, la cui attuazione appare preferibile per regolamentare i casi di eutanasia passiva, consensuale e non⁸⁴. Certo, anche tra coloro che si mostrano favorevoli ad un'opzione siffatta si segnala chi, pur riconoscendone in astratto i pregi, dubita però che la situazione culturale e le condizioni della sanità in Italia consentano di ricorrervi⁸⁵.

Di ben altro tenore, invece, sono i rilievi critici mossi da quella parte della dottrina che dubita della consistenza dogmatica di tale nuova categoria di scriminanti, abbinate a quelle tradizionali. Ed infatti, l'osservanza di una certa procedura, prevista per legge, ove non si traduca in una causa di esclusione del fatto tipico – ad imitazione di quella formulata nel § 218a, 1° comma, del codice penale tedesco –, autorizza il soggetto a compiere la condotta tipica, né la presenza di un preciso *iter* attuativo si rivela di per sé decisiva per la sussistenza di una scriminante procedurale, perché il rispetto di alcune modalità è ricompreso nell'ambito applicativo anche di una scriminante classica come l'adempimento del dovere. Pertanto, più che l'indifferenza per un fatto, né permesso né vietato, la scriminante in parola lascerebbe trasparire la preferenza, seppur travagliata, che l'ordinamento accorderebbe al soggetto che, in piena consapevolezza e libertà, decide di sé e della propria esistenza. Si sarebbe in presenza, allora, di una causa di giustificazione vera e propria, per quanto corredata di una specifica procedura, con la conseguenza che il giudice sarebbe legittimato a controllare l'avvenuta manifestazione del consenso e l'operato del medico⁸⁶. E quest'osservazione

⁸⁴ Di quest'avviso si mostra RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 77 ss.. L'Autrice, richiamando DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., pp. 907 ss., differenzia la procedura per l'eutanasia passiva consensuale – che avrebbe un'efficacia scriminante solo dichiarativa in forza di presupposti sostanziali già esistenti, massimamente del consenso del malato – da quella per l'eutanasia consensuale non passiva, ad efficacia costitutiva, segnatamente per l'assenza del predetto consenso, affidata per l'esecuzione a soggetti qualificati.

⁸⁵ In tal senso MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 253 ss., con l'interessante confronto con le situazioni esistenti in altri Paesi, come la Germania, l'Olanda e gli Stati Uniti; nonché MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 48, il quale, dopo aver rilevato a suo avviso l'insanabile contrasto tra la disposizione dell'art. 580 c.p. ed il 2° comma dell'art. 32 Cost., dubita invece della praticabilità della soluzione procedurale, relativamente all'omicidio del consenziente, per la persistente opposizione del pensiero cattolico fortemente attestato su posizioni difensive del principio dell'assoluta indisponibilità del bene-vita. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 140 ss., avendo precedentemente ammesso la piena liceità dell'eutanasia passiva consensuale (cf. pp. 129 ss.), giudica teoricamente plausibile il ricorso al modello in parola per le pratiche di eutanasia attiva consensuale ma, a causa dei rischi connessi soprattutto alle pressioni coercitive alle quali possono essere sottoposti i soggetti più deboli, conclude per la preferibilità dell'alternativa consistente in un'autonoma incriminazione con trattamento sanzionatorio di favore.

⁸⁶ Come sostenuto da ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, cit., pp. 1284 ss.

appare tanto più calzante se si rammenta che su problematiche del genere è decisamente auspicata, come ampiamente riferito, una presa di posizione del diritto, una risposta in termini positivi, non essendo ritenute affatto appaganti soluzioni di “mera neutralità agnostica, di mera neutralizzazione o di saldo aritmetico delle posizioni antagoniste”⁸⁷.

4.3. L'inquadramento del trattamento di fine-vita in riferimento alla categoria della colpevolezza.

Diversamente dalle riflessioni contestualizzate nelle due categorie precedenti, quanti si muovono sul terreno della colpevolezza intendono riproporre risolutamente la connotazione dell'illiceità della condotta di chi interviene per realizzare l'altrui richiesta di morte. In particolare, la comune preoccupazione che anima tale parte della dottrina è quella di non lasciar passare un messaggio che, una volta immesso nel circuito penalistico, potrebbe implicare una serie rischiosa di “passi successivi”, ossia la legalizzazione dell'eutanasia ad ampio spettro.

Approfondendo le motivazioni poste a fondamento delle relative argomentazioni si può notare che l'apertura eventuale verso una particolare causa di esclusione della colpevolezza è subordinata all'attivazione di tutti i mezzi solidaristici a disposizione del sanitario, che potrebbe non rispondere penalmente del suo operato qualora risulti che egli non si sia adoperato per l'utilizzo di altri mezzi, finalizzati alla salvezza del malato mediante coazione fisica. La premessa di fondo prende forma nella concezione del diritto che riconosce l'indisponibilità del bene-vita e che non può assumere che una relazione intersoggettiva possa avere un contenuto diverso da quello teso alla promozione, e non alla negazione, dell'essere, ostando a questo scopo la connotazione solidaristica dell'ordinamento giuridico⁸⁸. Al di fuori di questa ipotesi nulla impedirebbe di configurare ampi margini di commisurazione della risposta sanzionatoria, che tengano conto delle circostanze oggettive e soggettive nelle quali si inserisce la situazione in esame⁸⁹.

Del medesimo tenore, anche se più articolate, si rivelano le obiezioni con le quali autorevole dottrina ha inteso mettere in guardia contro la paventata

⁸⁷ Testualmente DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, cit., p. 917, nel contesto di una riflessione complessiva sui “passi successivi” che il Parlamento è pur chiamato a compiere.

⁸⁸ Secondo l'assunto di EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, cit., pp. 235 ss.

⁸⁹ Si veda EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, cit., p. 539.

liberalizzazione delle pratiche eutanasiche. Pertanto, le soluzioni alle quali il legislatore potrebbe ricorrere nel caso di eutanasia attiva consisterebbero nella predisposizione di una cornice edittale con un minimo alquanto ridotto, oppure nella previsione di una specifica attenuante o, infine, in presenza di circostanze tassativamente individuate, della mera esenzione da pena dell'agente, di modo che si ribadirebbe, in ogni caso, il principio che la rilevanza del bene-vita è tale da non consentire alcuna comparazione con altri beni, rimanendo ogni atto di disposizione relativo alla stessa sia tipico che antigiuridico. Quest'ultima strada appare percorribile almeno in astratto – perché si situa al di fuori di ogni discorso mirato alla giustificazione del fatto commesso – anche se, poi, sul piano pratico presenta l'inconveniente di non fugare del tutto i dubbi che, anche così opinando, non si scongiurerebbe un'ulteriore diffusione dell'eutanasia attiva. Circa quella passiva, se da un lato si riafferma decisamente la vincolatività del volere espresso dal paziente di non esser curato, dall'altro si precisa che per i pazienti colpiti da perdita di coscienza reversibile permarrebbe a carico del medico l'obbligo del mantenimento in vita, avendo il malato anche una sola possibilità di realizzazione di se stesso, mentre per i casi di perdita irreversibile esso cesserebbe, per quanto si possa ancora discutere sull'attendibilità di prognosi inerenti all'irreversibilità dello stato di coscienza⁹⁰.

A tale scopo altro orientamento, concordando sull'estrema problematicità delle situazioni relative a pazienti non coscienti, valorizza l'utilità delle direttive anticipate di trattamento, utili per orientare la discrezionalità del sanitario chiamato in causa, anche se argomentazioni siffatte sembrano riproporre il criterio del miglior interesse del paziente, per quanto mediato da sue dichiarazioni che, tuttavia, proprio perché anticipate rispetto al momento in cui la decisione andrebbe presa, lasciano affiorare più di un dubbio sulla piana riconducibilità di una siffatta ricostruzione al principio di autodeterminazione⁹¹.

Anche chi apre alla liceità dell'eutanasia passiva consensuale, non mette in discussione la colpevolezza per la restante ipotesi di eutanasia consensuale

⁹⁰ Tali sono le conclusioni di STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, cit., pp. 1009 ss. Analogamente GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 100 ss., il quale, a corredo delle proprie osservazioni, afferma che protrarre il mantenimento in vita dei malati in stato d'incoscienza irreversibile equivale a tutelare il funzionamento della macchina in sé, per cui è lecita la sospensione delle cure farmacologiche, ma non la disattivazione del sostegno artificiale della vita, che l'Autore ritiene integrare una condotta attiva.

⁹¹ Il riferimento è a CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 131 ss.

autenticamente pietosa, riservandosi, al contempo, di auspicare un trattamento sanzionatorio di maggior favore rispetto all'omicidio comune – nel senso delle due opzioni, dinanzi suaccennate, della previsione di un'attenuante o di una fattispecie autonoma, punibile in forma più lieve – e sempre che si sia in presenza di una patologia causa di gravi sofferenze e tale da rendere imminente o inevitabile il decesso⁹². Per le uccisioni compiute contro o senza la volontà del soggetto interessato *nulla quaestio* per chi ritiene che esse esulino dall'ambito della pietà per sconfinare in quello della crudeltà o delle scelte di comodo⁹³, mentre altro indirizzo sostiene anche in relazione ad esse la necessità di un ripensamento *in melius* a favore del reo⁹⁴.

Predilige il terreno dell'esclusione della colpevolezza quella impostazione concettuale che, assodata la liceità dell'eutanasia passiva (anche non consensuale), risolve i dilemmi inerenti a quella attiva col ricorso alla tesi del conflitto di doveri e con l'esclusione della punibilità del medico che, tra quello di salvare la vita del malato e l'altro di non prolungare inutilmente le sue sofferenze, sceglie il secondo. In tal modo, sulla scorta della già ricordata sent. n. 364/1988 della Corte costituzionale, il piano coinvolto è quello dell'impossibilità di poter muovere un rimprovero all'agente fondato sul poter agire altrimenti. La concezione della colpevolezza accolta è, dunque, quella normativa e la chiave di volta dell'intera argomentazione risiede nella inesigibilità della pretesa normativa; per quanto appaia preferibile, a chi sostiene l'assunto in esame, l'introduzione futura di una scusante extra-legale⁹⁵. Sia consentito annotare, tuttavia, che la preferenza accordata al giudizio esclusivo del medico circa la necessità di non lasciar soffrire ulteriormente il paziente e, prima ancora, l'estensione della soluzione prospettata a tutti i casi di eutanasia attiva sembrano profilare il rischio,

⁹² Linea di pensiero seguita da MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 80. Favorevole all'autonoma incriminazione dell'eutanasia attiva consensuale si mostra GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 120 s.

⁹³ Come sostengono MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 80; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 718.

⁹⁴ Nel senso di attenuazioni di pena si esprimono CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 140; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 121; RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., pp. 225 ss., il quale auspica l'introduzione di un'apposita norma che, per le ipotesi dubbie nelle quali non è possibile distinguere tra omicidio del consenziente ed aiuto al suicidio, riconduca alla seconda di esse quella che fenomenologicamente si presenta come omicidio del consenziente. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 66 s.; e FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 37 propendono per la tesi della fattispecie incriminatrice autonoma per tutti i casi di eutanasia attiva.

⁹⁵ In tale direzione si orienta MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., pp. 67 ss.

quanto mai considerevole, di presentare sotto le mentite spoglie di una morte data per pietà un'uccisione radicata in una valutazione soggettiva del sanitario che potrebbe essere animata anche da intenti diversi.

Per concludere, occorre rendere conto dell'indirizzo, piuttosto risalente, secondo il quale sarebbe indispensabile esorbitare dai confini della teoria generale del reato e applicare ai casi di eutanasia l'istituto della grazia. Il fatto commesso – tipico, antiggiuridico e colpevole – richiederebbe un giudizio eccezionale ed estremo di equità, nel senso che al rispetto formale dei principi si assocerebbe uno sguardo indulgente sui limiti della condizione umana⁹⁶. Nondimeno, un simile ordine d'idee non incontra il favore di quanti obiettano che, così opinando, si elude il problema invece di affrontarlo, relegandolo, contro ogni esatta percezione della realtà, ad ipotesi eccezionale⁹⁷ o, ancora, ritenendo che basti attingere ad un istituto che persegue scopi più modesti e si affida esclusivamente al saggio apprezzamento di chi ha il compito di applicarlo⁹⁸.

Senza tralasciare che, a titolo di ulteriore rilievo, accordare la grazia a chi pratica la “dolce morte” equivale, da un lato, ad accreditare l'assunto, in verità più che problematico, che il rispetto della volontà del malato terminale – comunque riconducibile al dettato costituzionale – è destinato a tradursi in un illecito, con l'unica possibilità di beneficiare di una causa di estinzione della pena (cfr. art. 174 c.p.); e, dall'altro, ad accettare, in buona sostanza, le ragioni che militano a favore di uno spazio libero dal diritto, rinunciando di fatto ad una regolamentazione della materia e rimettendola non più alla discrezione del medico, ma a quella del Capo dello Stato.

⁹⁶ Richiamandosi ad ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, pp. 207 ss., difende l'assunto PORZIO, voce *Eutanasia*, cit., pp. 113 s. Rammenta il favore incontrato dalla opinione in commento presso la letteratura medico-legale GIUSTI, *L'eutanasia*, cit., p. 27.

⁹⁷ Così SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 715.

⁹⁸ Secondo STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, cit., p. 1014.

CAPITOLO 4

PER UN PERCORSO ALTERNATIVO

SOMMARIO. 1. Le direttive anticipate di trattamento. 2. La medicina palliativa. 3. L'opzione politico-criminale per una causa di giustificazione speciale. 4. Conclusioni.

1. Le direttive anticipate di trattamento.

Il clamore, anche mediatico, suscitato dalle vicende Welby ed Englaro, tanto per limitarsi ad esempi nostrani e più vicini nei tempi, ha rilanciato la discussione, in verità mai sopita, sulla opportunità di affrontare le problematiche questioni relative alla fine della vita con strumenti che siano in grado di veicolare la volontà del paziente, soprattutto nelle ipotesi di sopravvenuta perdita della coscienza. Discutere di testamento biologico altro non significa che addentrarsi in un dibattito che, secondo facili previsioni, ha contrapposto posizioni favorevoli e contrarie, sebbene nel confronto sul varo di una legge dedicata all'argomento – e ancora allo studio delle Camere¹ – non emerga la medesima sensazione di uno scontro frontale simile a quello fatto registrare sull'ammissibilità, almeno in certe forme ed a certe condizioni, dell'eutanasia.

La ragione per apprezzare il favore riscosso da tale documento² – con il quale il paziente impartisce direttive atte a regolamentare per lui il ricorso o meno ad un determinato trattamento qualora egli non sia in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso – riposa, pacificamente, sull'esaltazione del diritto del malato di scegliere se e come essere curati. Innegabile il collegamento col principio del consenso informato, anche se nel caso in esame non solo si estende l'ambito applicativo di quest'ultimo ma, al contempo, si prosegue idealmente il dialogo medico-paziente nelle ipotesi in cui il secondo non è in grado di parteciparvi coscientemente³. Proprio il già riferito passaggio da una visione paternalistica ad una partecipativa del rapporto tra il sanitario ed il malato rappresenta il contesto nel quale si collocano appropriatamente le rivendicazioni relative ad una legge

¹ Per la presentazione di precedenti disegni di legge si rinvia ad ARAMINI, *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, Milano, 2007, pp. 104 ss.; MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 78.

² Sulla diffusione del testamento biologico negli ordinamenti stranieri riferisce MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 76. In proposito si veda anche quanto riportato nel corso del § 4 del cap. 2.

³ Come annota ARAMINI, *Testamento biologico*, cit., pp. 24 s.

che, conferendo validità a tale strumento di manifestazione della volontà del soggetto per le ipotesi di sue patologie, riconosca un suo preciso diritto evitando, contemporaneamente, un inutile accanimento terapeutico⁴.

Per questa ragione non si è mancato di sottolineare come lo sperato riconoscimento legislativo produrrebbe il duplice esito di tutelare sia i pazienti che gli stessi medici, la cui conoscenza dell'argomento risulta ancora sommaria⁵, senza trascurare l'addebito che qualcuno muove alla cultura sanitaria italiana di professare risolutamente il rifiuto dell'ostinazione terapeutica, salvo, poi, consumare quotidianamente "un indicibile scialo di sofferenza", manifestato da cure superflue, perché non sedano il dolore, e da una loro protrazione oltre ogni ragionevolezza⁶. In particolare, il testamento biologico non solo darebbe traduzione fattiva al principio secondo il quale ognuno è libero di governare da sé la propria vita (della quale la morte farebbe parte integrante), ma rispecchierebbe fedelmente l'umanità di una condizione che "rischia di essere espropriata dalla tecnica" e che è altro dalla "cieca volontà di morire"⁷.

Invero, il termine adoperato finora si mostra suscettibile d'essere sostituito con altra classificazione più corretta, quella di direttive anticipate di trattamento, dal momento che le pur diffuse definizioni di testamento biologico o di vita non rendono sufficientemente ragione del fatto che le indicazioni provenienti dal soggetto interessato sarebbero destinate a produrre effetti prima della morte – e non dopo come un vero e proprio testamento – e che non esternano solo decisioni relative al morire, ma più in generale all'essere curati o meno in qualsiasi fase della vita biologica⁸.

Sotto il profilo contenutistico, e in via generale, condizione per l'efficacia delle direttive in commento è lo stato d'incapacità del sottoscrittore, in presenza del quale assume rilevanza la manifestazione, auspicabilmente espressa o comunque indubitabile, di una volontà esclusivamente sua, frutto di un'accurata

⁴ Tale è significativamente l'esordio di RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, cit., p. 23. Concordano BORASCHI-MANCONI, *Scialo di dolore e autodeterminazione*, in ID., *Il dolore e la politica*, cit., pp. 15 s.; D'ALOIA, *Autonomia individuale e situazioni critiche*, cit., pp. 269 s.

⁵ Si veda MARINO, *Testamento biologico: i diritti dei malati e l'operato dei medici*, cit., pp. 46 s.

⁶ Così BORASCHI-MANCONI, *Scialo di dolore e autodeterminazione*, cit., pp. 19 s.

⁷ Le citazioni sono presenti in RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, cit., p. 27.

⁸ In ossequio alle precisazioni di PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, cit., p. 9; RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, cit., p. 23; VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 4 ss. Seppur non motivando esplicitamente la scelta, adotta la definizione di direttive anticipate di trattamento anche ARAMINI, *Testamento biologico*, cit., p. 12. In proposito si pronuncia anche MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 113 (nota n. 7).

informazione ricevuta da soggetti competenti in merito a diagnosi, prognosi, finalità e natura del trattamento (o dei trattamenti) che formano oggetto delle direttive, nonché circa i benefici ed i rischi prospettabili, gli effetti collaterali derivanti dalla decisione che s'intende adottare e le eventuali alternative disponibili. Secondo quanto già evidenziato (nel § 4 del cap. 2), è ricorrente che tra le indicazioni risalti la nomina di un fiduciario. Nessun dubbio sulla revocabilità in ogni momento del consenso/dissenso precedentemente esternato⁹.

Una tra le più ferme obiezioni avanzate nei confronti della utilità, e ancor più della vincolatività, delle direttive anticipate di trattamento concerne la loro mancanza di attualità, trattandosi di una volontà sorta prima e fuori dello stato patologico che richiede il trattamento che si desidera accettare o rifiutare. Infatti, tra il momento in cui si esprime il proprio volere e quello in cui esso dovrebbe trovare attuazione intercorre un lasso temporale che potrebbe più che plausibilmente far dubitare della persistenza del soggetto interessato nel desiderio in precedenza manifestato, poiché potrebbero insorgere situazioni del tutto nuove e nemmeno prevedibili, stati d'animo differenti da quello preventivato, scoperte scientifiche tali da migliorare le prospettive esistenti al tempo della formulazione delle direttive. E, in più, osterebbe anche un certo ed inevitabile tasso di genericità di queste ultime, potendo la situazione concreta richiedere interventi più circostanziati e non rientranti, perciò, tra quelli presi in considerazione dal soggetto interessato.

A tal fine si è proceduto ad elaborare un modello di direttive comprensivo di un termine per la loro validità, sull'esempio del *Natural death act of California* (1976), dalla durata quinquennale¹⁰. Vero è che, inoltre, è stata proposta una lettura del requisito dell'attualità tesa a superare le accennate difficoltà. Si tratta di uno sforzo ricostruttivo mirato ad intenderla non nel senso meramente cronologico/temporale, ma sotto l'aspetto logico. In pratica, la "sfasatura temporale" tra i due momenti sarebbe cancellata dalla corrispondenza tra il fatto voluto e la ricorrenza delle condizioni contemplate dal paziente con le

⁹ Sulla condizione d'efficacia e sui requisiti della manifestazione di volontà si rinvia all'approfondimento contenuto in PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, cit., p. 9; VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 89 ss. Ma si veda anche GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 109.

¹⁰ Come rammentano VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 99 s.

direttive, di modo che l'attualità si dilaterrebbe fino al verificarsi della condizione futura¹¹.

Nel suo condivisibile intento di ovviare all'inconveniente di carattere cronologico, la rilettura del requisito dell'attualità consente, senza dubbio, di recuperare sotto il profilo della perdurante validità quelle indicazioni che, antecedenti al momento in cui sono chiamate a dispiegare i propri effetti, trovano un riscontro nella realtà fattuale concretamente verificatasi. Ma, in questo modo, sarebbe fatto salvo il solo effetto della corrispondenza o, per esser più precisi, della coincidenza tra quanto previsto e quanto accaduto, evenienza questa che appare di difficile realizzazione se solo si pone mente alla suaccennata e, per così dire, scontata genericità delle direttive. In aggiunta, va considerato che il vero punto cruciale non è tanto quello dell'azzeramento dell'illustrata distanza diacronica, bensì quello della decontestualizzazione della dichiarazione del soggetto, non ancora inserita nel quadro situazionale e motivazionale che giustifica il consenso o il dissenso ad un determinato trattamento. Con il conseguente svilimento di quell'alleanza tra medico e paziente tante volte esaltata e, così opinando, ridotta a pura subordinazione del primo in forza delle richieste antecedenti del secondo.

Se a tale difficoltà strutturale se ne somma una di ordine «strategico», non è davvero arduo comprendere i motivi della diffidenza verso uno strumento del tipo di quello in esame. Infatti, il timore non celato è che avvalendosi di esso si riesca ad aggirare l'opposizione frontale all'eutanasia, ricorrendosi ad una modalità più *soft*, appunto perché isolata dal contesto doloroso e quanto mai impegnativo della situazione in cui versa un malato terminale. Non sorprende, allora, che le direttive anticipate di trattamento siano paragonate al «cavallo di Troia»¹² e che il giudizio espresso si traduca in una decisa bocciatura senza

¹¹ La tesi è di GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 107 ss. Aderisce RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., p. 75; ed anche, almeno implicitamente, MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 116 (cfr. nota n. 13). Del punto si occupa pure NERI, *Note sul documento del CNB sulle Dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Bioetica*, n. 2, 2004, pp. 188 ss.

¹² Secondo le annotazioni di ARAMINI, *Testamento biologico*, cit., pp. 18 s., che in seguito (p. 112), dissertando sull'eventuale contenuto di una direttiva, esclude espressamente disposizioni che abbiano finalità eutanasiche.

appello del *living will*, incluso tra i “metodi abrogativi della vita che sono tutti brutali”¹³.

Con la presenza di un’ulteriore corollario negativo, rappresentato dalla pratica contraddizione della finalità propria dell’informazione che doverosamente il medico è tenuto a fornire al paziente: se, infatti, scopo della stessa è di porre il destinatario in condizione di decidere scientemente e convenientemente, con l’adozione del modello delle direttive anticipate, che postula, sì, un’informazione, ma prima che si concretizzino le effettive condizioni per l’efficacia della volontà manifestata, si realizzerebbe una vera e propria *fictio* riguardante la piena autenticità della volontà espressa dal paziente. E i tentativi volti a rimediare all’inconveniente dell’inattualità, e prima passati in rapida rassegna, non sarebbero altro che conferme indirette della esattezza di tale ultimo assunto. Ne consegue che si ridimensionerebbe, quanto ad importanza, anche la dibattuta questione sulla vincolatività o meno delle indicazioni, inficiata proprio dalla carente attualità delle stesse, che rileverebbero, invece come criterio orientativo per il sanitario effettivamente coinvolto¹⁴. In tal senso si sono espressi sia l’art. 9 della Convenzione di Oviedo che l’art. 34 del codice di deontologia medica¹⁵.

2. La medicina palliativa.

L’entrata in vigore della già menzionata l. n. 38/2010 potrebbe rappresentare un punto di svolta nell’elaborazione di soluzioni dedicate al trattamento di fine-vita. Ma, prima ancora, essa segna il punto di approdo di un

¹³ Testualmente VERZÉ, *Io e Cristo*, cit., p. 585, il quale prosegue nel suo risoluto dissenso affermando di non sapere se definire il testamento biologico “patto scellerato” o “frigo funerario”.

¹⁴ In tal senso PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, cit., p. 10; nonché CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 136 s. Concorde D’ALOIA, *Autonomia individuale e situazioni critiche*, cit., pp. 273 s., il quale reputa irrinunciabile l’inserimento delle indicazioni fornite dall’interessato in una serie di controlli e confronti tra più soggetti. Per la vincolatività si pronuncia decisamente, tanto per limitarsi ad un esempio, RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, cit., p. 29, subordinandola alla condizione che non muti sensibilmente il quadro esistente al momento della compilazione delle direttive. In generale, sull’argomento: MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 114 ss.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 697 ss.

¹⁵ Dissente rispetto all’interpretazione dell’art. 9 della Convenzione di Oviedo accolta nel testo GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., pp. 567 ss., ad avviso del quale la riferita disposizione va letta nell’ottica della vincolatività per non privarla di effettiva applicabilità; pertanto, trattasi di norma completa, che non abbisogna di integrazioni da parte del diritto interno, a patto che ricorrano due condizioni, quella positiva della corrispondenza tra la direttiva anticipata e la situazione per la quale è stata impartita, nonché quella negativa dell’assenza di una revoca, anche informale. Ulteriori ragguagli in MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell’alimentazione artificiale: profili penalistici*, cit., p. 1989 s.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 78.

orientamento alternativo, di quello che non a caso è stato definito il “processo di sviluppo della cultura palliativa”¹⁶. In effetti, esso prende le mosse dagli interrogativi che si addensano sulla decifrazione delle richieste di morte e, sposando l’atteggiamento prudentiale di chi intravede in esse una domanda di aiuto rovesciata (sul punto si è già avuto modo di sostare nel corso del § 2.4 del cap. 1), un appello disperato che cerca di infrangere il cerchio di solitudine e dolore nel quale il malato terminale si sente imprigionato, percorre una strada diversa, quella dell’assistenza rivolta ad umanizzare le condizioni dei malati terminali, arginando, per quanto è possibile, il dolore, non solo fisico¹⁷, che li tormenta. È questo, appunto, un modo differente d’intendere la generica enunciazione del “morire con dignità” il cui rispetto è tante volte invocato¹⁸.

Nel dettaglio, si tratta di migliorare la qualità della vita, non di prolungarla invano¹⁹, secondo un approccio maturato in Inghilterra e poi rapidamente progredito su scala mondiale. Il metodo è di tipo multidisciplinare, dal momento che la palliazione non si limita solamente alla somministrazione di antidolorifici di varie famiglie (oppioidi e non), ma postula l’approntamento di una strategia articolata, che chiama in causa non solo medici ed infermieri, ma anche psicologi, volontari e familiari adeguatamente informati, per cui può ben dirsi che essa si fonda su un sapere, prima che tecnico, comunicazionale²⁰. Lo sviluppo dei moderni metodi di medicina palliativa svincola, dunque, la ricerca di una soluzione dalla stringente alternativa tra accanimento terapeutico – col suo corredo inevitabile di dolore – ed eutanasia, imboccando il percorso di un accompagnamento, naturalmente fondato sul consenso del malato terminale, che parli il linguaggio dell’attenzione ai bisogni, anche emotivi e spirituali, di quest’ultimo; la promozione della medicina palliativa, allora, non può ridursi ad “una buona gestione tecnica degli antalgici”²¹, postulando, invece, la diffusione di un’educazione specifica, di quello spirito nuovo tale da coinvolgere anche il

¹⁶ Secondo la definizione adoperata da ARAMINI, *Testamento biologico*, cit., p. 98.

¹⁷ Opportunamente MONTRONE, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, cit., p. 149, sostituisce il termine “dolore” con “sofferenza”, volendo includere in esso anche il disagio psichico/emotivo del malato.

¹⁸ Con dovizia di spunti di riflessione: ARAMINI, *Eutanasia*, cit., pp. 101 ss.

¹⁹ Come puntualizza VENTAFRIDDA, *Le terapie del dolore in fase terminale*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire?*, cit., p. 254. In senso adesivo ARAMINI, *Eutanasia*, cit., p. 107. In argomento anche VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi*, cit., pp. 128 ss.

²⁰ Secondo quanto rileva MONTRONE, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, cit., p. 150.

²¹ In questi termini DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., pp. 277 s.

mondo universitario e da superare la lentezza del ricorso alla medicina palliativa²².

E lo spirito nuovo è quello di credere che il dolore può essere non solo affrontato, ma anche annullato. La morte no, ma il dolore sì. Su quest'assunto si è arrivati ad affermare che la lotta al dolore svuota di ogni contenuto una richiesta eutanassica e che la stessa eutanassia può dirsi superata²³, mentre proprio il riferimento alla cultura palliativa può consentire di strutturare un *ethos* civile più sensibile²⁴, per una riappropriazione del morire da parte del malato terminale, perché esso non sia subito ma vissuto, per fare della morte la morte di ciascuno²⁵.

In concreto, le tipologie assistenziali si diversificano fino a ricomprendere numerose offerte di servizi, non solo quelli di carattere ospedaliero – del tipo del ricovero ordinario o del *day hospital* – ma anche gli altri riassumibili nella *home care*, ossia nell'assistenza a domicilio, a sua volta suddivisibile in quella pura e semplice, estrinsecatesi in prestazioni socio-assistenziali e non sanitarie (AD); nell'assistenza domiciliare programmata (ADP), fornita da personale medico e paramedico secondo un programma prestabilito; nell'assistenza domiciliare integrata (ADI), soprattutto per pazienti anziani e più complessa, perché composta da prestazioni di medicina generale e specialistica, infermieristiche, di riabilitazione, di assistenza sociale, di aiuto domestico ai familiari; nell'ospedalizzazione domiciliare (OD), comprensiva di interventi diagnostici e terapeutici compiuti sotto la direzione del medico dell'ospedale, che coordina un'*équipe* tale da garantire un'assistenza a domicilio continua. In particolare, l'assistenza domiciliare soddisfa l'esigenza di una migliore individualizzazione ed umanizzazione dei servizi al malato²⁶.

Se, però, il tipo di patologia o anche le condizioni dei familiari non consigliano una gestione di tipo domiciliare, è più che mai opportuno procedere al

²² Si vedano a tal proposito DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., pp. 277; VENTAFRIDDA, *Le terapie del dolore in fase terminale*, cit., p. 259.

²³ Ci si riferisce ad un articolo apparso sulla prima pagina del quotidiano francese *Le Monde* del 1 giugno 2002, firmato da Paula LA MARNE ed intitolato *L'euthanasie est dépassé*.

²⁴ Come auspicato da REICHLIN, *L'eutanassia in Olanda: contraddizioni, ambiguità, alternative*, cit., p. 205. RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, cit., p. 40, vede nella promozione delle cure palliative in generale il vero banco di prova per "una politica davvero umana".

²⁵ Sull'appartenenza personale della morte riflette con accenti quanto mai coinvolgenti DE HENNEZEL, *La dolce morte*, cit., pp. 146 ss.

²⁶ L'illustrazione delle molteplici forme assistenziali sinteticamente ricordate nel testo è presente in MONTRONE, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, cit., pp. 150 ss.

ricovero, pur se già col d.l. n. 450/1998, convertito con modifiche nella l. n. 39/1999 si prevedeva l'istituzione di strutture specifiche dedicate all'assistenza palliativa. Il modello è, ancora una volta, di derivazione anglosassone e s'identifica nell'*hospice*, che consente una degenza alternativa in ambiente adeguato e con caratteristiche molto diverse da quelle di un ricovero ordinario. Il principio informatore è di prendersi cura della persona tenendo conto della qualità, e non della quantità, della vita restante, organizzando apposite strutture in edifici abitativi (modello inglese) o "umanizzando" l'ospedale o la casa di cura (modello canadese). L'assistenza è fornita da un'*équipe* che annovera le presenze di uno o più specialisti e del medico di base, di un infermiere professionale, di uno psicologo, di un assistente sociale, di un dietista, di un tecnico della riabilitazione ed anche di volontari, di modo che le differenti competenze professionali interagiscano per formare un quadro complessivo di sostegno e di accompagnamento nella fase conclusiva dell'esistenza del malato, con una spiccata propensione alla massima familiarità, comprovata anche dall'abolizione di ogni orario di visita perché i congiunti e chiunque altro lo desideri siano sempre accanto al paziente. La particolarità della situazione di quest'ultimo richiede una preparazione, non solo professionale, quanto mai peculiare²⁷.

Un deciso impulso alla valorizzazione delle risorse per l'umanizzazione della malattia proviene dall'entrata in vigore della menzionata l. n. 38/2010, contenente disposizioni per garantire il diritto del cittadino, specie se malato terminale, di accedere alle cure palliative ed alla terapia del dolore, mediante un programma individualizzato per il malato ed i suoi familiari, nel pieno rispetto dei principi di tutela della dignità e dell'autonomia del paziente, senza alcuna discriminazione; della protezione e della promozione della qualità della vita fino al suo termine; nonché dell'adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale da fornirsi alla persona malata ed alla sua famiglia (cfr. artt. 1-2).

Se il legislatore si è premurato, com'è ormai suo uso, di definire le nozioni di cure palliative, terapie del dolore e malato, nella stessa disposizione (l'art. 2) ha anche precisato in cosa consistono le reti nazionali di per le cure palliative e la terapia del dolore, descrivendo sinteticamente, altresì, le tipologie assistenziali alle quali si accennava poco sopra, incluso l'*hospice*. Ancora, si mette in risalto che le cure palliative e la terapia del dolore costituiscono obiettivi

²⁷ Per approfondimenti sul modello dell'*hospice* ancora MONTRONE, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, cit., pp. 156 ss.

prioritari del Piano sanitario nazionale e che, a tale scopo, sono promosse campagne istituzionali di comunicazione per informare i cittadini su modalità e criteri di accesso alle prestazioni e ai programmi di assistenza in materia di cure palliative e di terapia del dolore, con particolare riferimento alle malattie neoplastiche e a patologie croniche e degenerative, anche coinvolgendo personale di medicina generale e di pediatria, delle farmacie pubbliche e private ed anche delle organizzazioni private senza scopo di lucro sorte con la specifica finalità di cui si discute. Finalità primaria è quella di sensibilizzare la pubblica opinione circa la consapevolezza della rilevanza delle cure palliative e, dunque, di diffondere la cultura della lotta contro il dolore e il superamento del pregiudizio relativo all'utilizzazione dei farmaci per il trattamento del dolore (artt. 3-4).

Nell'ambito delle succitate reti nazionali è prevista, poi, la realizzazione del progetto "ospedale-territorio senza dolore" (art. 6), nel quale il personale chiamato ad operare dev'essere dotato di un'adeguata preparazione, garantita da percorsi formativi e di aggiornamento specificamente dedicati alla medicina palliativa (art. 8). Peraltro, è previsto l'obbligo di riportare nella cartella clinica propria di ciascun malato le caratteristiche del dolore rilevato e della sua evoluzione nel corso del ricovero, nonché la tecnica antalgica e i farmaci utilizzati, i relativi dosaggi e il risultato ottenuto (art. 7). Così com'è attivato presso il ministero della salute il monitoraggio per le cure palliative e per la terapia del dolore connesso alle malattie neoplastiche e a patologie croniche e degenerative, con particolare attenzione ai dati concernenti la prescrizione e l'utilizzazione di farmaci nella terapia del dolore, soprattutto gli analgesici oppiacei; allo sviluppo delle due reti; alle prestazioni erogate ed ai relativi esiti; alle attività di formazione ed informazione a livello nazionale e regionale; alle attività di ricerca e, infine, agli aspetti economici relativi alla realizzazione e allo sviluppo delle due reti (art. 9). Mentre si dispone una semplificazione delle procedure di accesso ai medicinali impiegati nella terapia del dolore (art. 10) e si prevede la presentazione al Parlamento di una relazione annuale, curata dal ministro della salute, sullo stato di attuazione della legge in commento (art. 11).

Lo sforzo recentemente compiuto dal legislatore indirizza, quindi, il dibattito sulla regolamentazione del trattamento di fine-vita verso l'effettivo impiego di risorse umane, professionali e, perché no, economiche a favore della diffusione di un tipo particolare di medicina, quella palliativa appunto,

manifestante una mentalità alternativa, efficacemente sintetizzata nelle parole di chi, nell'intento di esprimerne la vera natura, ricusa decisamente la sua identificazione con un tentativo, sommamente discreto, "di mascherare l'aspetto penoso e sordido della morte", come se si trattasse di "un mortorio di lusso", poiché – conformemente alla traduzione di *pallium*, che significa "mantello" – lo scopo è quello, invece, di cingere le spalle del malato "con un manto di calore e di tenerezza", perché la sua sofferenza "sia un po' più leggera da portare"²⁸.

3. L'opzione politico-criminale per una causa di giustificazione speciale.

È giunto il momento di tirare le fila dell'intero ragionamento fin qui svolto per tentare di abbozzare una conclusione che, in qualche modo, possa presentarsi come ipotizzabile epilogo della trattazione e, al contempo, s'inserisca plausibilmente nel novero delle riflessioni condotte sul tema.

A tale scopo è necessario recuperare sotto forma di punti fermi alcune delle considerazioni tratteggiate in precedenza. Quanto a quelle relative al capitolo iniziale, è opportuno ribadire la complessità del tema affrontato: le questioni di fine-vita implicano svariati profili dei quali occorre irrinunciabilmente tener conto, per non pagare il prezzo di un'inevitabile dissociazione tra la realtà che s'intende disciplinare e la regolamentazione da approntare. Proprio per questo non si può non porre nel giusto risalto che la richiesta di non vivere oltre proveniente da un malato terminale si colloca in un contesto relazionale, segnatamente quello del rapporto col medico, che può far registrare un andamento non sempre lineare, essendo possibile anche che affiori, da parte del paziente, la sofferenza per lo scacco nel quale viene a trovarsi la medicina di fronte alla sua situazione patologica. Questo, come ricordato, può innescare una dinamica che culmina nella richiesta di non soffrire più, che può, sì, identificarsi con quella di morire, ma potrebbe nascondere altresì una domanda rovesciata di aiuto e di prossimità. La difficile decodificabilità della manifestazione di volontà espressa da chi soffre impone giocoforza un atteggiamento di massima ponderazione in chi è chiamato a darvi attuazione. A questo si aggiunga che sulla scelta del malato possono influire fattori esterni tali da orientare, se non condizionare pesantemente, la sua opzione, di modo che ben si giustifica un'attenta verifica del volere rivelato.

²⁸ Tutti i periodi virgolettati sono presenti in DE HENNEZEL, *La morte amica*, cit., pp. 207 s.

Certo è che, sulla scorta delle argomentazioni sviscerate successivamente (cfr. cap. 2), l'art. 32, 2° comma, Cost. – che consacra tra i principi fondamentali quello di autodeterminazione – rappresenta inequivocabilmente la fonte di legittimazione della richiesta di non effettuare o di interrompere i trattamenti sanitari non desiderati dal malato. Per quanto in proposito non manchino pareri divergenti, a chi scrive appare possibile convenire su un punto: il rifiuto delle cure riempie di contenuto il relativo diritto e, se riguarda trattamenti di fine-vita, non potrebbe non comportare il diritto di lasciarsi morire. Il problema più ostico non riguarda tanto, perciò, la ragionevole derivazione del diritto di lasciarsi morire da quello di non volersi più sottoporre ad alcun trattamento, quanto quello del coinvolgimento di un'altra persona, integrante la questione dell'eteroattuazione. Se, quindi, la volontà del paziente funge da *condicio sine qua non*, è del pari rilevante l'intervento che il medico è chiamato a porre in essere. Anche per questo motivo si può sovvertire l'argomento corrente che fa risalire alla richiesta del malato la mera interruzione di un processo terapeutico; ponendosi in una prospettiva come quella implicata dalla considerazione per l'eteroattuazione, si può ravvisare nella domanda del malato lo *step* iniziale di una nuova fase del rapporto col personale sanitario, avente ad oggetto la realizzazione di quanto richiesto. D'altro canto, anche il confronto con la più che nota disciplina belga ed olandese (senza trascurare quella francese) in materia di trattamento di fine-vita colloca la riflessione in un quadro più ampio, essendosi in quei Paesi privilegiata una soluzione che assume la volontà del paziente come momento iniziale di una complessa procedura attuativa.

Volendosi far confluire l'insieme delle osservazioni svolte in una soluzione di stampo penalistico – e tenendosi nel dovuto conto le ipotesi ricostruttive profilate in ambito dottrinale (come riportato nel cap. 3) – si dovrebbe, preliminarmente e in ossequio all'esaltazione del principio di autodeterminazione, focalizzare l'attenzione solo sulle ipotesi di fine-vita risalenti alla volontà espressa dal malato. In altre parole, il campo applicativo di una futura soluzione legislativa sarebbe circoscritto a quei casi che tradizionalmente sono inclusi nella definizione di eutanasia consensuale; più precisamente, la sola eutanasia passiva consensuale, dal momento che per quella attiva il dettato dell'art. 579 c.p. rappresenta un ostacolo che non appare sormontabile, al punto da convincere la generalità degli Autori ad ipotizzare solamente una rimodulazione

in melius del trattamento sanzionatorio ove si agisca *pietatis causa*²⁹. Argomentare diversamente significherebbe privare di consistenza la distinzione tra lasciar morire ed uccidere tanto ricorrente nelle argomentazioni di coloro che sono favorevoli ad un certo riconoscimento del diritto a lasciarsi morire, aprendo al contempo più di uno spiraglio per vestire di concretezza il rischio dei “passi successivi”, di quel “pendio scivoloso” che condurrebbe progressivamente a legalizzare l’eutanasia vera e propria.

Così delimitato il raggio d’azione, si potrebbe propendere per l’irrelevanza penale del fatto, valorizzandosi al massimo la volontà del malato, al punto da rimuovere in capo al medico la posizione di garanzia precedentemente assunta e rendere, così, non doverosa la prosecuzione da parte sua del trattamento. L’intento sotteso a quest’opzione è, chiaramente, di evitare che la condotta del sanitario sia letta come causazione della morte, almeno sotto il profilo naturalistico, non integrando essa il fatto tipico formulato con la previsione normativa. Ciononostante, permangono, come visto, i dubbi sulla qualificazione in termini giuridicamente omissivi di una condotta naturalisticamente attiva e, ancor di più, sul venir meno della posizione di garanzia, apparendo persuasivo l’assunto secondo il quale, invece, essa muterebbe aspetto in seguito alla trasformazione (e non cessazione) del rapporto paziente-medico.

All’opposto si situa l’indirizzo incline a lasciare inalterata sia la tipicità che l’illiceità del fatto, ammettendosi al massimo un temperamento sotto il profilo della colpevolezza, esclusa per ragioni di inesigibilità della pretesa normativa. Privilegiare una soluzione del genere significa indirizzare ai consociati un messaggio altrettanto forte come il precedente, nel senso di ritenere comunque antiggiuridico il comportamento di chi, mosso da fini altruistici/pietosi, si determina a soddisfare la richiesta di morte rivoltagli dal malato. E questo varrebbe se si procedesse a coniare una scusante intesa sia come causa di esclusione della colpevolezza³⁰ sia come esimente nella quale il giudizio di

²⁹ Anche chi, sommessamente, apre all’ipotesi di una liceità in astratto dell’eutanasia attiva consensuale, non può fare a meno di annotare l’elevata percentuale di rischio connessa alla rimozione di un freno inibitorio, preferendo pertanto ripiegare sulla più comoda soluzione di una fattispecie autonoma a pena diminuita (così CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 140 ss.); quando, invece, non si registra la presenza di una norma, quale appunto l’art. 579, che, a suo avviso, discrimina apertamente chi ha bisogno dell’altrui collaborazione per veder esaudito il proprio desiderio di morte (in tal senso RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., pp. 78 ss.).

³⁰ Come ritiene MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l’eutanasia*, cit., pp. 67 ss., secondo quanto riferito nel cap. 3, § 4.3.

inesigibilità è predeterminato normativamente³¹, restando intatto il giudizio di disvalore del fatto per entrambe le opzioni dommatiche prescelte.

Sia consentito osservare che né l'uno né l'altro degli accennati inquadramenti appare appagante per quel che concerne le funzioni di orientamento esercitate, dal momento che nel primo caso si passerebbe direttamente dalla astratta sussumibilità della condotta in una fattispecie criminosa alla sua irrilevanza penale, effetto questo della cui opportunità politico-criminale potrebbe fortemente dubitarsi, anche qualora si propendesse, sull'esempio dell'ordinamento tedesco, ad adottare il modello delle giustificazioni procedurali per affermare che il rispetto di un preciso *iter* predisposto dal legislatore precluderebbe la commissione del fatto tipico. Nel secondo, invece, si esonererebbe l'agente solo dal punto di vista penalistico, lasciando sussistere però ogni altro profilo di responsabilità, segnatamente civilistica se non anche disciplinare, a suo carico, avendo egli posto in essere una condotta comunque illecita, il che renderebbe il più delle volte (se non sempre) inoperosa l'eventuale soluzione normativa congegnata, stante il prevedibile rifiuto del medico di ottemperare; senza dimenticare che, in questo modo, si perverrebbe all'esito alquanto paradossale di definire illecita la condotta del sanitario fondata comunque su quel consenso del malato che, per quanto ampiamente analizzato, ottiene un esplicito riconoscimento di rango costituzionale.

Proprio quest'ultimo profilo potrebbe indirizzare la ricerca di una nuova disciplina delle situazioni di fine-vita nella direzione della giustificazione della condotta posta in essere dal medico su richiesta del paziente. Ovvero, ferme restando le condizioni oggettive nelle quali quest'ultimo deve trovarsi – e consistenti nell'essere sofferente a causa di una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale le terapie non esistono o si rivelano inadeguate o inefficaci anche sotto il profilo della stabilizzazione della malattia³² – occorre che proprio a causa di tali condizioni il malato esprima la volontà di non voler vivere oltre. Prendendone atto, il medico che lo assiste ricopre pur sempre una posizione di garanzia nei suoi confronti, ma non più per curarlo, bensì per attuare il desiderio da lui espresso. Presupposto imprescindibile è che la volontà sia

³¹ Sul punto si rinvia al cap. 2, § 1.

³² In proposito si rammenta non solo quanto precisato nel § 2 del cap. 1, ma anche la definizione di malato contenuta nella lett. c dell'art. 2 della l. n. 38/2010.

manifestata nel corso della situazione patologica, ossia che sia contestualizzata in quel processo terapeutico che ha fatto insorgere il rapporto tra paziente e medico.

A questo punto la nuova fase di tale rapporto, inaugurata dalla richiesta del paziente di non essere curato, impone che si segua un'attenta procedura tesa a verificare primariamente non solo la sussistenza, ma anche la persistenza nella volontà esternata. Non a caso le discipline proceduralizzate sia belga che francese richiedono che la domanda proveniente dal paziente sia ponderata e reiterata (si veda quanto precisato *supra*, al § 4 del cap. 2) e questo suggerimento di natura comparatistica appare quanto mai prezioso al fine di ipotizzare una soluzione efficace per il problema dell'eteroattuazione. Infatti, valorizzando anche il modello delle giustificazioni procedurali, si può prevedere l'instaurarsi di un *iter* con il quale il paziente è assistito secondo una delle tipologie, come l'*hospice*, previste dalla recente l. n. 38/2010. Tale modalità si presenta alternativa alla richiesta inoltrata dal malato e risponde ad una duplice finalità: da un lato si seguita a prendersi cura del soggetto sofferente, dall'altro si verifica ulteriormente se, nonostante il nuovo tipo di assistenza fornita, egli ribadisce la volontà di non vivere più. In tale caso – e decorso un periodo di tempo almeno ragionevole, utile proprio ad esperire la predetta verifica e condizionato dal tipo di patologia e dalla situazione in cui versa il malato – si può ritenere ferma la sua decisione e si dovrebbe rispettarla, venendo altresì giustificati per aver dato corso al desiderio espresso e reiterato, secondo le procedure prestabilite.

Analizzando nel dettaglio la ricostruzione appena esposta, è il caso di precisare che la scelta dell'elisione dell'antigiuridicità serve ad apprezzare la portata legittimante del consenso del paziente, in conformità alla sua rilevanza costituzionale, e, di conseguenza, ad ovviare agli inconvenienti surriferiti di ritenere non tipico o non colpevole il fatto commesso. Quanto posto in essere, pertanto, pur potendosi astrattamente sussumere nell'ambito applicativo dell'art. 579 c.p.³³, sarebbe scriminato in forza di un'apposita procedura che rinverrebbe la propria fonte in quella volontà che altro non è che incarnazione di quel principio di autodeterminazione la cui solida radice è individuata nel capoverso dell'art. 32 della Carta fondamentale. L'attivazione, poi, di una delle tipologie assistenziali

³³ La delimitazione dell'ipotizzata disciplina ai soli casi di eutanasia consensuale passiva esclude ogni riferimento all'art. 580, per il quale, come visto, occorre che il fatto lesivo sia realizzato *manu propria* da chi intende privarsi della vita, limitandosi l'altro soggetto solamente ad interferire secondo una delle forme contemplate dal dettato normativo.

previste dalla l. n. 38/2010 consentirebbe di valorizzare al meglio anche le più recenti indicazioni provenienti dal legislatore nostrano, includendole nell'ipotizzata procedura giustificante e, quindi, impiegandole per una finalità che combinerebbe insieme sia lo scopo – proprio dell'ultimo intervento normativo – di predisporre in favore del malato un'alternativa alla cessazione *tout court* di ogni trattamento, sia quello di lasciare comunque al paziente la parola ultima sulla prosecuzione della terapia palliativa, in ossequio ad un principio che non può veder esaurita la sua funzione nel mero dare impulso alla suddetta procedura³⁴. Se, in aggiunta, si considera, come già evidenziato (si rinvia al § 3 del cap. 3), che la funzione politico-criminale assegnata alla categoria dell'antigiuridicità consiste nella regolamentazione socialmente giusta dei conflitti sociali, ben si comprende che il quesito posto dalla “contrapposizione” tra il diritto del paziente a non essere curato ed il dovere del medico di assisterlo sembra trovare la risposta più appropriata appunto nell'ambito di tale categoria.

La nuova scriminante, così come abbozzata in questa sede e magari formulata in un nuovo 4° comma aggiunto all'art. 579 del codice (o in un art. 579 *bis*), potrebbe contribuire a ridimensionare anche il carattere controverso di alcune questioni esaminate precedentemente. In primo luogo, l'attualità e la contestualità della volontà manifestata dal paziente, requisiti indispensabili per l'auspicata giustificazione, non si concilierebbero con altre forme del volere esternate, sì, ma fuori della procedura prevista, di modo che per le direttive anticipate di trattamento si potrebbe pensare ad una loro utilità unicamente come supporto integrativo di una volontà portata a conoscenza del medico in forma tacita, in modo da conferire ad essa il carattere dell'inequivocabilità³⁵.

Di seguito, l'accento posto sulla percezione da parte del paziente della sofferenza derivategli dalla patologia da cui è affetto consentirebbe di ravvisare nella sua volontà la misura della protrazione di ogni tipo di trattamento, di modo che si risolverebbe in un accanimento terapeutico – declinato anche in chiave soggettiva, quindi – ogni prosecuzione contrastante con la sua volontà e, adottandosi la soluzione descritta (sull'esempio fornito anche dalla “legge

³⁴ Pertanto non appare superfluo ricordare con SANTOSUOSSO, *Diritti del paziente e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, cit., pp. 230 s., che le cure palliative non potrebbero mai essere obbligatorie, costituendo esse soltanto “una possibilità che viene offerta al paziente, che rimane comunque l'arbitro delle decisioni”.

³⁵ La giurisprudenza di legittimità esige che il consenso tacito sia comunque non equivocabile. Per tutte: Cass., 13 ottobre 1987, n. 3675, in *Cass. pen.*, 1989, p. 373.

Léonetti”), si normerebbe in maniera accettabile un concetto quanto mai dibattuto, perché finora limitato alla mera dimensione oggettiva dell’inutilità e della sproporzione della cura di per sé, e non nel concreto vissuto del malato.

Ancora, il ricorso alle forme assistenziali tipiche della medicina palliativa implicherebbe il coinvolgimento di personale medico appositamente preparato a fronteggiare le particolari emergenze che potrebbero verificarsi, come confermato puntualmente dall’art. 8 della l. n. 38/2010, che prevede peculiari percorsi formativi e di aggiornamento. E con questo si potrebbe sormontare un’altra difficoltà, inerente, secondo quanto annotato (nel corso del § 4.1 del cap. 3), all’eventuale obiezione di coscienza del medico chiamato a dare attuazione alla volontà di morte del paziente, dal momento che proprio la specificità della formazione impartita – calibrata sulla preparazione ad accompagnare il malato nell’ultima fase della sua esistenza e a rispettarne comunque il volere, anche qualora egli dovesse decidere di non usufruire più di tale assistenza – dovrebbe precludere in partenza che insorgano casi del genere.

Né andrebbe sottovalutata la presenza, contemplata dalla legge, di volontari, implicata dalla polidimensionalità propria delle cure palliative, dal momento che in questa fase potrebbe legittimamente inserirsi un’opera pastorale in favore della vita, svolta da chi professa un credo religioso, in modo che l’influenza di essa si limiterebbe, come appare giusto, a proporre un’opzione di fede, senza imporla, anche indirettamente, con battaglie o crociate bandite per la riaffermazione, anche mediante una legge, di valori e della cui correttezza morale è lecito dubitare, poiché nessun atto, nemmeno il vivere la propria morte, può dirsi davvero virtuoso quando l’adesione ad un principio – in questo caso quello dell’intangibilità della vita – è frutto di una coazione e non di una consapevole e libera scelta del soggetto³⁶.

Infine, il coinvolgimento del paziente nel programma alternativo palliativo presenterebbe sotto una diversa luce ogni attività svolta in suo favore, che integrerebbe quel complessivo accompagnamento caratteristico del tipo di medicina di cui si discute; e questo varrebbe anche per la prosecuzione

³⁶ Sia consentito, solo fugacemente, ricordare a mo’ di esempio che il *Catechismo della Chiesa cattolica*, parte I, sez. II, cap. III, art. 9, §§ 849 ss., delinea l’attività missionaria della Chiesa di Roma come dialogo rispettoso con chi non crede, quale offerta di quella salvezza donata dal Redentore. Sul profilo decisivo della libertà fondamentale per un agire autenticamente morale si rinvia alle lucide riflessioni del teologo gesuita Josef FUCHS, *Essere del Signore. Un corso di teologia morale fondamentale*, Roma, 1986, pp. 108 ss.

dell'alimentazione ed idratazione artificiale. Se così è, e fermo restando che il paziente conserverebbe intatto il diritto di rifiutare qualsiasi tipo di assistenza, anche alternativa, la richiesta di non essere più "accompagnato" interesserebbe anche l'alimentazione e l'idratazione artificiale che, per quanto appena osservato, rientrerebbero a tutti gli effetti in quel trattamento palliativo complessivo che può essere pacificamente definito sanitario e che, quindi, sarebbe legittimamente rifiutabile in virtù del 2° comma dell'art. 32 Cost. Se, più semplicemente, egli chiede che non ci si prenda ancora cura di lui, dovrebbero essere interrotte anche le due attività in questione, che innegabilmente rappresentano forme con le quali si assiste e ci si prende cura del malato. E dunque, non valutando le stesse isolatamente, ma inserendole in un contesto più ampio ed appropriato, la controversia sulla loro esatta qualificazione – se, cioè, esse rientrino o meno tra i trattamenti sanitari di cui alla citata disposizione della Carta fondamentale e siano, dunque, suscettibili di essere rifiutate (il punto è stato trattato nel § 2.4 del cap. 2) – potrebbe anche ritenersi superabile.

Il tenore delle riflessioni deputate a sorreggere l'ipotesi normativa delineata in questo paragrafo lascia intendere piuttosto agevolmente che la scriminante di cui si è cercato di profilare la fisionomia rientrerebbe a pieno titolo tra quelle che si suole definire tradizionali o sostanziali, vale a dire tra quelle con le quali l'ordinamento accorda la preferenza ad un interesse perché reputato superiore. Per quanto ci si possa avvalere di una procedura scandita per successivi passaggi, è comunque fuor di dubbio che, alla fine, si sancirebbe la preminenza della volontà manifestata dal paziente che, debitamente informato, decide di iniziare e, poi, di proseguire tale itinerario procedurale fino a richiedere di non essere più destinatario di alcun trattamento, né di sostegno né palliativo.

E dunque, il contributo fornito dal modello delle giustificazioni procedurali sarebbe limitato al suggerimento di un certo tipo di modalità da seguire, mentre il senso della scelta della non punibilità risiederebbe nel riconoscimento della conformità al diritto di un'opzione che, vale ancora ribadirlo, ottiene nella Costituzione un inequivocabile rilievo³⁷. Certamente, si tratterebbe, come già annotato, di una preferenza "laboriosa" (ma, più in generale,

³⁷ La conclusione di cui al testo recupera le osservazioni, già messe in risalto in chiusura del capitolo precedente, svolte in tal senso da ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, cit., pp. 1284 ss.

è la logica della giustificazione a richiedere, di per sé, un certo impegno, con le valutazioni sottese a tradurre praticamente la prevalenza tributata, in astratto, ad un determinato interesse), perché accordata all'esaurirsi di una sequenza articolata per fasi, ma comunque esprimerebbe la posizione assunta dall'ordinamento dinanzi ad una problematica di non agevole soluzione. E sconfiggerebbe la ricorrente tentazione dello "spazio libero dal diritto".

4. Conclusioni.

A chiusura di questa trattazione è corretto tener conto di due possibili obiezioni, prima di ricollegare le riflessioni appena tratteggiate a quelle presentate nel paragrafo iniziale e in quello finale del primo capitolo e di verificare, quindi, se la soluzione ipotizzata può costituire un esperimento coniugato correttamente secondo le ragioni di una politica criminale ispirata al paradigma della laicità.

La prima delle prevedibili osservazioni critiche potrebbe far leva sulla complessità della ricostruzione prospettata in questa sede, rammentando anche i dubbi sollevati da attenta dottrina che, in relazione all'eutanasia attiva consensuale, ha, sì, proposto di eliminare l'antigiuridicità del fatto ricorrendo ad una specifica scriminante concepita secondo uno schema procedurale, al fine di evitare l'inevitabile soggettivismo proprio di valutazioni del singolo medico e, allo stesso tempo, l'accentuazione emotiva del profilo connesso alla sofferenza del malato, ritenendo necessario l'intervento di una commissione qualificata, istituita presso un ente pubblico; ma, d'altro canto, ha concluso che la complessità, anche burocratica, di un simile procedimento ne avrebbe compromesso l'effettiva utilità³⁸.

Sia consentito replicare che, a ben vedere, è la problematicità dei profili implicati dalla tematica ad imporre una soluzione complessa che, così come pensata, serve a dare attuazione alla volontà del malato senza, però, sacrificare l'indispensabile ponderazione imposta dalla rilevanza del bene interessato, quello della vita – se non del tutto indisponibile, comunque fondamentale – e dalla irreversibilità delle conseguenze che discendono dall'estrema decisione ad esso inerente³⁹. La scansione secondo passaggi distinti e posti in successione consente,

³⁸ Ci si riferisce a quanto riportato nel cap. 3, § 4.2, sulla ricostruzione, e sulla relativa "autocritica", effettuate da SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 719 ss.

³⁹ In tal senso anche D'ALOIA, *Autonomia individuale e situazioni critiche*, cit., p. 274.

allora, di sottoporre ad un ulteriore controllo l'autenticità del desiderio manifestato dal paziente, in modo da evitare anche che il relativo accertamento sia rimesso alla valutazione compiuta da un solo soggetto ed una volta per tutte. Francamente, questo non sembra celare affatto il rischio di una burocratizzazione del morire⁴⁰, rivelandosi, invece, utile a scongiurare l'acritica attuazione di indicazioni che potrebbe risolversi in un'eutanasia più o meno mascherata. Non a caso i modelli correntemente presi ad esempio da quanti si dichiarano favorevoli ad aperture più o meno ampie ad una regolamentazione delle situazioni di fine-vita contemplano sempre una procedura, talvolta anche più dettagliata, in forza del presupposto che il solo consenso del malato a por fine ai suoi giorni non basta⁴¹.

Quest'ultima precisazione funge da preziosa premessa per imbastire una nuova argomentazione, con la quale fronteggiare la seconda delle suaccennate obiezioni, quella di una sorta di costrizione del malato a subire l'accompagnamento di tipo palliativo, previsto come rifiutabile, ma solo dopo la sua attivazione. In proposito è sufficiente riallacciarsi a quanto puntualizzato appena sopra per superare anche quest'ulteriore ostacolo dialettico; ed infatti, se è vero che la nuova fase innescata dalla richiesta del malato di morire obbedisce alla *ratio* del dovere d'informazione del paziente – che è quella di metterlo nella migliore condizione per poter decidere da sé di sé – e serve, dunque, a verificare l'autenticità della volontà da lui manifestata, allora è di tutta evidenza che il ricorso alla “complicazione” procedurale è realizzato nell'interesse del paziente stesso, e non contro di lui; e, avendo egli demandato ad una persona diversa da sé il compito – e, soprattutto, la responsabilità – di tradurre in pratica il suo desiderio, è utile pure a soddisfare legittime esigenze di garanzia del soggetto coinvolto, perché nessun giudizio di disvalore possa essere pronunciato quando la sua condotta ha rispettato la procedura prudenziale prevista dalla legge. Seguendo questo filo logico, la libertà del paziente è ragionevolmente controbilanciata dall'appagamento della necessità di non esporre penalmente il medico chiamato in causa⁴².

⁴⁰ Pure RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., pp. 223 s., è dell'opinione che la corretta interpretazione di una regolamentazione *ad hoc* non può determinare la burocratizzazione della morte.

⁴¹ Relativamente alla disciplina olandese, una conferma in questa direzione è data da NERI, *L'eutanasia in Olanda: una difesa (con qualche riserva)*, cit., pp. 158 ss.

⁴² La puntualizzazione operata nel testo consente di replicare a SANTOSUOSSO, *Diritti del paziente e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, cit., p. 231, il quale testualmente asserisce che il paziente vanta la “libertà di chiedere e accettare cure palliative e, può piacere o meno, anche

Qualora si ritenga meritevole di essere considerato lo spunto di riflessione illustrato poco sopra, si potrebbe ravvisare in esso uno degli ipotizzabili contributi a quella mediazione utile a far nascere un prodotto legislativo condivisibile. Se, in forza delle premesse di natura metodologica fissate nel primo e nell'ultimo paragrafo del capitolo iniziale, il diritto (anche penale) è politica ed una politica (criminale) laica è, in primo luogo, conoscenza approfondita di una problematica⁴³ e, quindi, apertura equilibrata alle diverse istanze emergenti in relazione ad essa, la soluzione tratteggiata precedentemente potrebbe rappresentare uno sforzo compiuto proprio in questa direzione. Si badi, non nel senso che si porrebbe riduttivamente come salomonico compromesso tra credenti e non, tra coloro che professano l'indisponibilità del bene-vita e quanti, all'opposto, ammettono l'ipotesi contraria; ma, volendo adottare una chiave di lettura più consona, come "esperimento di comunicazione" tra l'istanza di quanti focalizzano la loro attenzione sul principio di autodeterminazione e quanti, invece, anche partendo da presupposizioni religiose/morali, preferiscono comunque soffermarsi sulla responsabilità che il medico è chiamato ad assumere in prima persona. Detto altrimenti, si tratterebbe di un passo compiuto in direzione di quella "laicità integratrice" auspicata in chiusura del primo capitolo.

Invero, potrebbe sorgere il dubbio – in verità alquanto malizioso, ma non del tutto destituito di fondamento – che con la recente l. n. 38/2010 il legislatore nostrano abbia voluto rispondere indirettamente, e negativamente, alla pressanti richieste di una disciplina in materia di eutanasia, approntando una regolamentazione alternativa, secondo quella che è la concezione comune. Se così fosse, si tratterebbe di un "tentativo inidoneo", perché, l'incoraggiamento alla medicina palliativa, come sottolineato, nulla toglie alla possibilità per il paziente di non accettarla, riproponendosi così il problema di come regolamentare la perdurante richiesta di morire da parte sua. Ne consegue che, invece, accogliendo l'esito argomentativo illustrato in queste pagine, la stessa palliazione si presenta non come itinerario praticabile in sostituzione di quello favorevole ad esaudire la richiesta di buona morte, ma come suo necessario completamento⁴⁴. E, quindi,

libertà di chiedere aiuto a porre fine a una vita residua, prolungata in modo artificioso e ritenuta perciò non più degna di essere vissuta".

⁴³ Valga ancora richiamare HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., p. 39.

⁴⁴ Anche SANTOSUOSSO, *Diritti del paziente e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, cit., p. 230, dissente rispetto all'opinione che legge un'antitesi costitutiva tra i due modelli di regolamentazione del problema di fine-vita.

permane l'esigenza di far seguire al recente intervento normativo un altro, finalizzato ad ulteriorizzarne gli effetti.

La sofferenza di chi è prossimo alla morte si atteggia, quindi, ad appello, rivolto non solamente a quanti possono porvi fine ma, prima ancora, all'organo dotato della massima rappresentatività democratica, al Parlamento, che ha il compito di tenere nella più alta considerazione lo stesso appello e la responsabilità da esso suscitata⁴⁵. E su questo terreno che si può sperimentare la sapienza politico-criminale di uno Stato laico, investito del compito di non arretrare di fronte ad una problematica così irta di difficoltà, approntando una soluzione che, per quanto possa non rappresentare la parola ultima sull'argomento, denoti una sensibilità in grado di tradursi nell'invocata solidarietà per il malato terminale⁴⁶. Ma anche, per quanto osservato, nell'altrettanto necessaria solidarietà per il medico, gravato da un incarico oneroso oltre ogni immaginazione.

⁴⁵ Sulla connessione tra appello e responsabilità si esprime LISSA, *Fragilità e responsabilità*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 22 s.

⁴⁶ Sul punto: GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 124; ID., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 576.

BIBLIOGRAFIA

- AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006.
- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp. 107 ss.
- , *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- , *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008.
- ARAMINI, *Eutanasia. Spunti per un dibattito*, Milano, 2006.
- , *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, Milano, 2007.
- ARISTOTELE, *Metafisica* (a cura di REALE), Milano, 2003.
- ATTILI, *Introduzione alla psicologia sociale*, Roma, 2000.
- AUBERT, *Compendio della morale cattolica* (tr. it.), Cinisello Balsamo, 1991.
- BARBERA, *Art. 2*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pp. 50 ss.
- , *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.
- BARCARO, *Decidere la fine della propria vita? Eutanasia attiva volontaria e suicidio assistito dal medico*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, Napoli, 2004, pp. 211 ss.
- BARTH, *Kirchliche Dogmatik*, III/4, Zürich, 1951.
- , *L'umanità di Dio* (tr. it.), Torino, 1997.
- BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949.
- , *Gli elementi del reato nel nuovo codice penale*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, pp. 1089 ss.
- BERTOLISSI-VINCENTI, *Laicità e diritto*, in BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, 2006, pp. 70 ss.
- BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997.
- BONHOEFFER, *Resistenza e resa. Lettere dal carcere* (a cura di BETHGE), Cinisello Balsamo, 1988.
- BONIOLO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, cit., pp. IX ss.
- BONITO OLIVA, *Eutanasia: rassegnazione o scelta?*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 109 ss.
- BORASCHI-MANCONI, *Scialo di dolore e autodeterminazione*, in ID., *Il dolore e la politica. Accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura*, Milano, 2007, pp. 1 ss.
- BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in ID., *Scritti di diritto penale* (a cura di CANESTRARI E MELCHIONDA), I², Milano, 1997, pp. 1587 ss.
- , voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss.
- , *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in ID., *Scritti di diritto penale* (a cura di CANESTRARI E MELCHIONDA), II¹, cit., pp. 2081 ss.
- BUBER, *Il problema dell'uomo* (tr. it.), Torino, 1983.
- , *L'Io e il Tu*, in ISTITUTO RICERCA SESSUALITÀ E FECONDITÀ (a cura di), *Problemi di sessualità e fecondità umana*, n. 3, Pavia, 1991.
- BUCCELLI-PATERNOSTER, *La morte per la scienza medica*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 27 ss.
- CALLAHAN, *The troubled dream of life. Living with morality*, New York, 1993.

- CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle moderne democrazie occidentali*, in DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, pp. 139 ss.
- , *Le diverse tipologie di eutanasia*, in ID. (a cura di), *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, pp. 117 ss.
- CAPANNA, *Il sessantotto al futuro*, Milano, 2008.
- CARDIA, voce *Stato laico*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 884 ss.
- CARDINI *Abbiamo ucciso la speranza*, in *Il Tempo*, 14 novembre 2008, p. 1.
- CARUSO, *L'eutanasia nell'ordinamento giuridico italiano: problemi medico-legali de iure condito e de iure condendo*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, pp. 697 ss.
- CASAVOLA, *La linea d'ombra fra laico e religioso*, in *Il Messaggero*, 11 gennaio 2001, pp. 1 s.
- CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000.
- CECCANTI, *Laicità e istituzioni democratiche*, in BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, cit., pp. 27 ss.
- COLTORTI, *Etica di fine vita: quali scelte? Casi emblematici*, in ID. (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 183 ss.
- CONSORTI, *Profili giuridici dell'eutanasia*, in *Dir. eccl.*, 1981, pp. 469 ss.
- CUPELLI, *Interruzione di cure vitali e il diritto all'autodeterminazione: il caso Welby*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1807 ss.
- , *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1145 ss.
- CUYÁS, *Lo scoglio della «qualità della vita»*, in *Civ. catt.*, 1996, n. 3505, pp. 58 ss.
- D'AGOSTINO, *Avallata l'eutanasia senza il coraggio di chiamarla per nome*, in *Avvenire*, 14 novembre 2008, p. 1.
- DALLA TORRE, *Dio o Marianna? Annotazioni minime sulla questione del crocifisso a scuola*, in *Giust. civ.*, 2004, I, pp. 510 ss.
- D'ALOIA, *Autonomia individuale e situazioni critiche. Il problema giuridico delle direttive anticipate*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 261 ss.
- D'ANDRIA, *Art. 579*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, II, Milano, 2007, pp. 3456 ss.
- , *Art. 580*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., pp. 3460 ss.
- D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, V Agg., Milano, 2001, pp. 1009 ss.
- DE BERTOLIS, *Una possibile evoluzione del diritto*, in *Civ. catt.*, 2000, II, n. 3599, pp. 461 ss.
- DE HENNEZEL, *La dolce morte* (tr. it.), Milano, 2002.
- , *La morte amica* (tr. it.), Milano, 2007.
- DEL CORSO, *Art. 50*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, I, cit., pp. 390 ss.
- DEMMER, voce *Eutanasia*, in COMPAGNONI-PIANA-PRIVITERA (a cura di), *Nuovo dizionario di teologia morale*, 1999, pp. 394 ss.
- DE ROSA, *C'è un diritto alla morte?*, in *Civ. catt.*, 2000, n. 3589, pp. 42 ss.
- DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
- DI SALVO, *Medicina ed etica di fine vita*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 177 ss.

- DI STEFANO, *Se un malato in coma ci parla con la mente*, in *Corriere della Sera*, 5 febbraio 2010, pp. 1 e 46.
- DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 902 ss.
- , *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 588 ss.
- , voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, pp. 221 ss.
- EDITORIALE, *Laici, laicità e laicismo*, in *Civ. catt.*, 2000, n. 3609, pp. 211 ss.
- ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953.
- , *Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe*, in *Festschrift für E. Dreher*, Berlin, 1977, pp. 309 ss.
- , *Suizid und Euthanasie nach deutschen Recht*, in ESER (a cura di), *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976, pp. 312 ss.
- , *Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für Gallas*, Berlin-New York, 1973, pp. 163 ss.
- ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992, pp. 71 ss.
- ESPOSITO A., *La Corte di Strasburgo, un postulato debole e lo «scandalo» della croce*, in *Diritto e religioni*, n. 1, 2010, pp. 230 ss.
- , *Riflessioni dommatiche e politico-criminali sui reati contro le confessioni religiose*, in *Crit. dir.*, 2008, nn. 1-2, pp. 149 ss.
- EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, pp. 163 ss.
- , *La tutela penale della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1052 ss.
- , *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, pp. 508 ss.
- , *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Padova, 1996, pp. 233 ss.
- FIANDACA, *Art. 27, 3° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 1991, pp. 222 ss.
- , *Art. 27 4° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 1991, pp. 346 ss.
- , *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e «post-secolarismo»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 546 ss.
- , *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 42 ss.
- , *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in PISANI (a cura di), *Studi in onore di Pietro Nuvoletto*, I, cit., pp. 167 ss.
- , *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, pp. 237 ss.
- FIANDACA-COSENTINO, *Art. 50*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, pp. 223 ss.

- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010.
- , *Diritto penale. Parte speciale*, II¹, Bologna, 2006.
- FINOCCHIARO, *Art. 19 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1977, pp. 238 ss.
- FIORE C., voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur.* Treccani, V, Roma, 1988.
- , *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., pp. 283 ss.
- , *Dommatica della giustificazione e tutela dei diritti fondamentali*, in HASSEMER-KEMPF-MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, München, 2009, pp. 161 ss.
- , *I reati di opinione*, Padova, 1972.
- FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008.
- FUCCILLO, *Ma la croce in aula è un conforto per tutti*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 12, pp. 73 s.
- FUCHS, *Essere del Signore. Un corso di teologia morale fondamentale*, Roma, 1986.
- GALANTINO, *Dire "uomo" oggi. Nuove vie dell'antropologia filosofica*, Cinisello Balsamo, 1993.
- GALLI, *Art. 579*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato (artt. 385-734 bis)*, Milano, 2006, pp. 3826 ss.
- , *Art. 580*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato (artt. 385-734 bis)*, cit., pp. 3832 ss.
- GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 750 ss.
- , *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 1 ss.
- GILBERT, *Libertà e impegno*, in *Civ. catt.*, 1996, n. 3505, pp. 17 ss.
- GIORELLO, *Di nessuna Chiesa. La libertà del laico*, Milano, 2005.
- GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 74 ss.
- , *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2004, pp. 553 ss.
- GIUSTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere-diritto di morire*, Padova, 1982.
- HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica* (a cura di CEPPA), Torino, 2001.
- , *Tra scienza e fede* (tr. it.), Bari, 2006.
- HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für Mahrenholz*, Baden-Baden, 1994, pp. 731 ss.
- HEIDEGGER, *Essere e tempo* (a cura di CHIODI), Milano, 1982.
- HIRSCH, *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, in *Festschrift für Bockelmann*, Berlin-New York, 1974, pp. 89 ss.
- IADECOLA, *Eutanasia e sue problematiche*, in *Giust. pen.*, 1985, cc. 186 ss.
- ITALIA, *Relazione del Guardasigilli sul progetto definitivo del codice penale, in Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V², Roma, 1929.
- JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957.
- JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1988.
- JONAS, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz* (tr. it.), Genova, 1991.
- , *Il diritto di morire* (tr. it.), Genova, 1991.

- JOST, *Das Recht auf den eigenen Tod. Eine soziale Studie*, Gottingen, 1895.
- KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (tr. it.), in *Scritti morali*, Torino, 1970, pp. 43 ss.
- , *La metafisica dei costumi* (tr. it.), Bari, 1970.
- KAUFMANN ARTH., *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 327 ss.
- LA MARNE, *L'euthanasie est dépassé*, in *Le Monde*, 1 giugno 2002, p. 1.
- LECALDANO, *Un'etica per le scelte di fine vita al di là dell'orizzonte del destino*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 49 ss.
- LISSA, *Fragilità e responsabilità*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 3 ss.
- MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1985 ss.
- MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001.
- MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2005, pp. 97 ss.
- , voce *Vita (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, pp. 982 ss.
- MANCINA, *Laicità e politica*, in BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, cit., pp. 5 ss.
- MANNA, *Artt. 579-580 – Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Torino, 2007, pp. 40 ss.
- MANSUY, *Laïcité versus laïcisme: l'esperienza francese*, in DE FRANCESCO G.-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, pp. 307 ss.
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009.
- , *Diritto penale. Parte speciale*, I, Padova, 2008.
- , voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, pp. 422 ss.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1985.
- MARINO, *Nelle tue mani. Medicina, fede, etica, diritti*, Torino, 2009.
- , *Testamento biologico: i diritti dei malati e l'operato dei medici*, in BORASCHI-MANCONI, *Il dolore e la politica. Accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura*, cit., pp. 41 ss.
- MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, Napoli, 2002, pp. 15 ss.
- , *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., pp. 179 ss.
- , *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- , *Profili di una riforma del diritto penale*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, pp. 19 ss.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001.
- , *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004.
- MARTINA, *Storia della Chiesa da Lutero ai nostri giorni. III: l'età del liberalismo*, Brescia, 1995.
- MARTINI, *Io, Welby e la morte*, in *Il Sole-24 Ore*, 21 gennaio 2007, p. 31.

- MARZANO, *Il vincolo delle risorse e la sanità, con più specifico riferimento all'etica di fine vita*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 287 ss.
- MASARONE, *Profili di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico arbitrario*, di prossima pubblicazione in *Crit. dir.*
- MIRRI, voce *Vita e incolumità individuale (delitti contro la)*, in *Enc. giur.* Treccani, XXXVII, Roma, 1988.
- 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.
- , *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica a quella laica del diritto penale*, Napoli, 1979.
- , *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in HASSEMER-KEMPF-MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, cit., pp. 469 ss.
- , *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 343 ss.
- , *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- , *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.
- , *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la prospettiva finalistica*, in ID. (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., pp. 41 ss.
- , *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1006 ss.
- MONTANELLI, *Le stanze. Dialoghi con gli Italiani*, Milano, 1998.
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (tr. it.), Milano, 2004.
- MONTRONE, *Chi è il malato terminale, cure palliative e ostinazione terapeutica*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 141 ss.
- MONTUSCHI, *Art. 32 1° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 1976, pp. 146 ss.
- MORCAVALLO, *Un'etica di fine vita per la εὐδαιμονία*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 223 ss.
- MORMANDO, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, Padova, 2005 (vol. V del *Trattato di diritto penale. Parte speciale* curato da MARINUCCI-DOLCINI).
- MUCCI, *Dopo Auschwitz. Il Dio impotente di Hans Jonas*, in *Civ. catt.*, 1999, n. 3587, pp. 425 ss.
- , *Laicità e laicismo*, in *Civ. catt.*, 2004, n. 3706, pp. 325 ss.
- NERI, *L'eutanasia in Olanda: una difesa (con qualche riserva)*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, cit., pp. 143 ss.
- , *Note sul documento del CNB sulle Dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Bioetica*, n. 2, 2004, pp. 188 ss.
- OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino, 2008.
- PACE, *Art. 21*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 2006, pp. 1ss.

- PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1991.
- PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1964, pp. 391 ss.
- , *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 779 ss.
- PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2010.
- , voce *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 294 ss.
- PANNAIN B.-SCLAFANI-PANNAIN M., *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, Napoli, 1988.
- PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984.
- PELZL, *An der Grenze von Leben und Tod. Euthanasie und Strafrecht*, in *Krit. just.*, 1994, pp. 179 ss.
- PESSINA A., *Eutanasia. Della morte e di altre cose*, Siena, 2007.
- PISAPIA G. D., *Presentazione a BECCARIA, Dei delitti e delle pene*, Milano, 1964, pp. V ss.
- PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, pp. 1 ss.
- , voce *Diritto di rifiutare le cure*, in *Dig. disc. pen.*, IV, cit., pp. 22 ss.
- PORZIO, voce *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 103 ss.
- POSSENTI, *Dio e il male*, Torino, 1995.
- PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009.
- PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 55 ss.
- RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe für R. Frank*, I, Aalen, 1969, pp. 158 ss.
- RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in PISANI (a cura di), *Studi in onore di Pietro Nuvolone*, II, Milano, 1991, pp. 201 ss.
- RATZINGER, *L'Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, Roma-Siena, 2005.
- RAWLS, *Liberalismo politico* (tr. it.), Milano, 1994.
- REICHLIN, *L'eutanasia in Olanda: contraddizioni, ambiguità, alternative*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, cit., pp. 173 ss.
- RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008.
- ROCCO ART., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913.
- RODOTÀ, *La legge e i dilemmi della libertà*, in BORASCHI-MANCONI, *Il dolore e la politica. Accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura*, cit., 2007, pp. 23 ss.
- ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1269 ss.
- , *Commentario sistematico del codice penale. Art. 50, I*, Milano, 2004, pp. 527 ss.
- , *Legislazione penale e tutela della persona umana (Contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 67 ss.

- ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, cit., pp. 15 ss.
- RONCO, *Introduzione alla psicologia. Conoscenza e apprendimento*, Roma, 1977.
- ROSTAGNO, *La morte elemento della vita*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, Napoli, 2004, pp. 71 ss.
- ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, in *Festschrift für Engisch*, Frankfurt am Main, 1969, pp. 380 ss.
- , *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale* (a cura di MOCCIA), Napoli, 1996.
- , *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, 1966, pp. 33 ss.
- , *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato* (a cura di MOCCIA), Napoli, 2000.
- , *Pregi e difetti del finalismo. Un bilancio*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., pp. 145 ss.
- , *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, pp. 1 ss.
- RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Torino, 2000.
- , *Laicità ed etica pubblica*, in BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, cit., pp. 47 ss.
- SAMSON, *Begehung und Unterlassung*, in *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin-New York, 1974, pp. 579 ss.
- SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, Napoli, 1961.
- , *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955.
- , *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, in ID., *Scritti di diritto penale* (a cura di LA MONICA), Milano, 1996.
- SANTOSUOSSO, *Diritti del paziente e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, cit., pp. 207 ss.
- SARTRE, *L'essere e il nulla* (tr. it.), Milano, 1970.
- SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.
- SCOPPOLA, *La democrazia dei cristiani. Il cattolicesimo politica nell'Italia unita*, Bari, 2005.
- SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 670 ss.
- SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. pen.*, 2004, pp. 889 ss.
- SGRECCIA, *Manuale di bioetica. I. Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 2007.
- SIMONE, *La presenza del crocifisso nelle scuole pubbliche*, in *Civ. catt.*, 2005, n. 3710, pp. 180 ss.
- SORGE, *Il simbolo della croce*, in *Agg. soc.*, 2003, n. 12, pp. 765 ss.
- SPINSANTI, *Etica bio-medica*, Cinisello Balsamo, 1992.
- , *Medicina ed etica di fine vita*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 317 ss.
- STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, pp. 1007 ss.

- , *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 309 ss.
- STRANO LIGATO, *Art. 579*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, cit., pp. 1788 ss.
- , *Art. 580*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, cit., pp. 1791 ss.
- STRONG, *Eutanasia: is the concept really nonevaluative?*, in *J. med. phil.*, n. 5, 1980, pp. 313 ss.
- TASSINARI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, in CANESTRARI (a cura di), *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., pp. 106 ss.
- , *L'omicidio del consenziente*, in CANESTRARI (a cura di), *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., pp. 95 ss.
- TEN HAVE, *L'eutanasia in Olanda: un'analisi critica della situazione attuale*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, cit., pp. 119 ss.
- VANNINI, *Il delitto di omicidio*, Milano, 1935.
- VECCHI, *Martini e la proposta di stop alle cure. La Chiesa si interroga (e si divide)*, in *Corriere della Sera*, 23 gennaio 2007, p. 3.
- VENTAFRIDDA, *Le terapie del dolore in fase terminale*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, cit., pp. 251 ss.
- VENTURI, *Introduzione* a BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1965, pp. VII ss.
- VERONESI-DE TILLA, *Nessuno deve scegliere per noi. La proposta del testamento biologico* (a cura di MILITERNI), Milano, 2007.
- VERZÉ, *Io e Cristo*, Milano, 2007.
- VIAFORA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, cit., pp. 13 ss.
- VICINI, *Accompagnare, condividendo ed imparando*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 243 ss.
- VIGANÒ, *Art. 50*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato (artt. 1-384 bis)*, cit., pp. 507 ss.
- , *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 5 ss.
- , *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 141 ss.
- VILLONE BETOCCHI, *La psicologia di fronte alla morte*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 123 ss.
- VINCENZI AMATO, *Art. 32 2° comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 1976, pp. 167 ss.
- VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1029 ss.
- VOLK, *Che cosa voleva veramente Welzel. Riflessioni su origini e presupposti della sua dottrina*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, cit., pp. 163 ss.
- , *Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme*, in *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin-New York, 1989, pp. 219 ss.

- VOLTAGGIO, *Etiche di fine vita (Quali le scelte possibili)*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 253 ss.
- VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905.
- WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena* (tr. it.), Milano, 1987.
- WOLTER, *Verfassungsrechtliche Strafrechts, Unrechts und Strafausschlußgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 206 ss. *La domanda di giustizia*, Torino, 2003, pp. 3 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Imparare la democrazia*, Roma, 2005.
- , *L'idea della giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia*, in MARTINI-ZAGREBELSKY G., VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007, pp. 539 ss.
- ZANONE, voce *Laicismo*, in BOBBIO-MATTEUCCI-PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, pp. 573 ss.
- ZATTI, *Valori morali e regola legale: verso una neutralità del diritto?*, in VIAFORA (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, cit., pp. 47 ss.
- ZEPPETELLA, *Il diritto a non soffrire: ha senso parlare di eutanasia?*, in COLTORTI (a cura di), *Medicina ed etica di fine vita*, cit., pp. 169 ss.