

Profili di legittimità per alcune ipotesi di suicidio medicalmente assistito. La soluzione della scriminante procedurale

di

Giuseppe Maria Palmieri*

SOMMARIO: 1. Laicità del sistema penale e principi costituzionali. 2. Il problema della disciplina penale del fine-vita. Ipotesi di non punibilità dell'interruzione di trattamento. 3. La non punibilità del sanitario per le ipotesi di eutanasia passiva di cui alla legge n. 219 del 2017. 3.1. ... E l'assenza di una normativa per il suicidio medicalmente assistito. 4. Possibile identità di disvalore tra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio, in presenza di determinate circostanze. 4.1. La "differente ma equivalente" ipotesi di suicidio medicalmente assistito. Il caso Cappato. 4.1.1. La vicenda giudiziaria: la questione di legittimità costituzionale, l'invito della Corte e l'inerzia del Parlamento, la dichiarazione di parziale illegittimità dell'art. 580 c.p., la discussa formula assolutoria della "insussistenza del fatto". 5. Proposta di elaborazione di una scriminante procedurale come strumento di garanzia per le ipotesi di suicidio medicalmente assistito.

1. Laicità del sistema penale e principi costituzionali.

Il vigente quadro normativo-costituzionale, in evoluzione rispetto alla visione pubblicistica della persona derivante dal codice penale del 1930¹, riconosce la priorità dei diritti inviolabili dell'individuo. In osservanza dell'impianto personalistico-solidaristico della Carta costituzionale², va affermata la prevalenza della salvaguardia

* Professore associato di Diritto penale, Università Giustino Fortunato, Benevento.

¹ Per tutti, fin da ora, G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2009, 485 ss., pone in rilievo la rilevanza delle "libertà negative" «volte ad assicurare all'individuo un ambito giuridicamente riservato e protetto da interferenze, impedimenti, e invasioni altrui, anche pubbliche, con il riconoscimento che in questi ambiti oggettivi di libertà si è liberi e indipendenti dagli altri, anche dallo Stato»; A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore. Reati contro le diverse specie di libertà, l'invulnerabilità del domicilio e dei segreti*, a cura di ID., Torino 2007, pp. 40 ss., 41, parla di «sistematica del codice di chiara marca autoritaria».

² Per tutti, S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss., 1012; P. PERLINGIERI-R. MESSINETTI, *Artt. 2, 3, in AA.VV., Commento alla Costituzione italiana*, a cura di P. Perlingieri, Napoli 2001, p. 6 ss.

dei diritti fondamentali della persona, da intendersi non come strumento, quanto, piuttosto, come fine dell'intervento dello Stato³.

Com'è stato autorevolmente osservato, infatti, «il giurista penalista deve ritenere superate le concezioni che ravvisano un interesse principalmente statale sulla sfera di pertinenza dell'essere umano»⁴; ed anche riguardo alla disciplina di temi permeati in maniera significativa dal dibattito tra "bioetica cattolica" e "bioetica laica"⁵, l'uso dello strumento penale dovrà fondarsi sull'osservanza dei principi normativi sanciti in Costituzione⁶.

La laicità, intesa nel senso di neutralità ed equidistanza rispetto alle differenti opzioni etico-religiose, assume il ruolo di valore fondamentale⁷; pertanto, anche in ordine a

³ A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., pp. 51 ss., 55 ss., 51, nel richiamare la sentenza costituzionale n. 88 del 1979, non manca di ribadire «con forza che la salute, prima di essere un interesse della collettività, costituisce un diritto fondamentale della persona»; L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, p. 26, evidenzia come «la Costituzione repubblicana non tuteli la vita in sé, ma la persona umana, che è cosa ben diversa».

⁴ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna 2015, p. 11; diffusamente sul tema, ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 55 ss., 56.

⁵ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 14 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, pp. 27 ss., 31.

⁶ Per tutti, S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, *passim*, p. 17 ss.

⁷ In tal senso, sul tema che ci occupa, L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in AA. VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e diritto interno*, a cura di L. Panella, Napoli 2018, p. 285 ss.; si segnala anche il precedente lavoro di, ID., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, pp. 1 ss., 12-13 in cui viene evidenziato come «la laicità [sia] un principio basilare per la sussistenza di uno Stato democratico e pluralista, fondato sulla neutralità dell'apparato statale nel contesto di un dialogo aperto tra le diverse componenti istituzionali del tessuto sociale», ed ancora, p. 18, come «il carattere laico del diritto penale moderno [sia] delineato con nitidezza dagli artt. 2, 3, 13, 25 27 e 32 Cost.»; sulla indispensabile laicità del diritto penale, sempre in tema di bioetica, con precipuo riferimento alla procreazione medicalmente assistita, A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. "paternalismo penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1637 ss., 1640, afferma che «uno Stato liberaldemocratico, soprattutto in materia penale, non può che assumere una connotazione di laicità, vale a dire di terzietà rispetto a tutte le dottrine morali e religiose esistenti»; v., anche, *Corte cost.*, n. 203 del 1989 in *Gazz. uff. n. 16 del 1989*; *Corte cost.*, n. 508 del 2000, in *Gazz. Uff.*, n. 49/2000; ed ancora, i fondamentali contributi di, L. FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione del diritto penale*, a cura di S. Canestrari-L. Stortoni, Bologna 2009, p. 130 ss.; A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 80; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 64 ss.; ID., *Problema penale e*

tematiche tanto sensibili quanto lo è la disciplina del trattamento fine-vita, «il diritto penale non è destinato a castigare costumi immorali (...), [quanto piuttosto a perseguire] finalità concrete di prevenzione nell'ottica della tutela di beni giuridici»⁸.

Soltanto tramite l'osservanza, tra gli altri, dei principi di dignità, solidarietà, uguaglianza/ragionevolezza, libertà personale, libertà di autodeterminazione, libertà di manifestazione del pensiero⁹, legalità¹⁰, offensività, tutela dei beni giuridici, personalità della responsabilità penale, integrazione sociale della pena (artt., tra gli altri, 2, 3, 13, 19, 21, 25 co. 2, 27 co. 1 e 3 Cost.)¹¹, risulta possibile perseguire un temperamento quanto più efficace tra le esigenze di libertà e di garanzia.

La stessa idea di laicità è inestricabilmente connessa con il principio del riconoscimento dei consociati come liberi, come responsabili delle proprie scelte, e delle conseguenze delle medesime. Pertanto, la legittimazione dell'intervento penalistico nell'ambito del biodiritto risiede nella conformità al modello delineato dalla Carta fondamentale, che è modello forgiato sulla tutela della libertà e sul valore dell'autonomia, quale aspetto essenziale della dignità della persona¹². L'osservanza dei principi normativi sovraordinati risulta garanzia di laicità del sistema penale¹³.

problemi della laicità, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione del diritto penale*, cit., p. 204 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religione, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 496 ss.

⁸ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 20, ed ancora, a pp. 21-22, l'A. precisa che «l'avvento del costituzionalismo porta a compimento l'opera di fondazione della laicità penalistica: essa infatti si lega strettamente all'insieme dei principi costituzionali»; sul tema, si veda anche, ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, cit., 55 ss., 57 ss.

⁹ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 23, evidenzia la legittimità della «fondazione della rimproverabilità su basi non etico-morali che attribuiscono rilievo giuridico-penale a mere convinzioni o intenzioni».

¹⁰ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 23, sottolinea come «la legittimazione dello *ius puniendi* al solo potere legislativo sovrano esclude interferenze di altri organi – autorità religiosa, movimenti carismatici – nella delimitazione del lecito dall'illecito».

¹¹ Sulla interazione reciproca tra i principi penalistici sanciti in Costituzione e sul metodo fondato sul teleologismo integrato che ne deriva, S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*, p. 32 ss.; ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997, p. 1 ss.; ID., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2018, 1720 ss.

¹² S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 30; sulle differenti “vesti” sotto cui può presentarsi il concetto di dignità, nell'ambito di una distinzione tra una “dignità oggettiva”, vicina ai concetti di moralità pubblica e buon costume, «con buona pace del principio di laicità, che implica una visione tollerante e rispettosa del pluralismo dei progetti di vita degli individui», e una “dignità in senso soggettivo”, intesa come «autodeterminazione, [nel senso di] autonoma determinazione dell'individuo», v., R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione*, in *Forum*

Nel tema oggetto di esame assume un ruolo preminente il legame di complementarità tra i valori di dignità, uguaglianza e libertà¹⁴. Dalla osservanza integrata di tali principi, emerge il concetto di “eguale rispetto” nell’ambito del quale risulta inscindibile il nesso tra dignità ed autonomia morale di ciascuno, nei limiti segnati dal rispetto dell’autonomia morale degli altri¹⁵, e da cui deriva il principio del rispetto come riconoscimento reciproco dell’altro, dovuto da ogni essere umano a ogni altro essere umano¹⁶.

Tali acquisizioni permettono di orientarsi verso una regolazione del fenomeno che risulti condivisibile da parte di tutti i consociati, senza che vengano tenute in considerazione le varie, differenti, ipotizzabili, confessioni di fede, siano esse di tipo

Quad. cost., 26 novembre 2019, 1 ss., 5-6; per, B. MAGRO, *The last dance. Riflessioni a margine del cd. caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.* 12.06.2019, 1 ss., 3, il concetto di dignità corrisponde alla «manifestazione della propria identità personale».

¹³ Per A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. “paternalismo penale”*, cit., 1637 ss., 1649, la laicità non è mero carattere, ma è principio costituzionale «ricavabile da una serie di norme costituzionali che impongono allo Stato di assumere una posizione neutrale rispetto alla religione e alla morale. Più in particolare, (...) la laicità rappresenta un principio giuridico supremo nel nostro ordinamento costituzionale, ricavabile dall’art. 3 Cost. (...), dall’art. 21 Cost., (...), nonché dagli artt. 8, co. 1 e 19 Cost., in tema di eguaglianza e di libertà di tutte le confessioni religiose. Il principio di laicità, inoltre, si collega al principio di offensività (...) ai sensi dell’art. 25, co. 2 Cost.»; per un conforme angolo di visuale, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 30; ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge del 22 dicembre 2017 n. 219*, cit., 70 ss.

¹⁴ Sulla relazione tra dignità e libertà, in un’ottica di tutela della salute e della vita improntata alla prevalenza dell’individuo sugli interessi statali autoritari, G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell’amministratore di sostegno*, cit. 489, afferma che «la trasformazione del diritto alla salute in un dovere alla salute, così come la trasformazione del diritto di vivere in libertà e dignità in un obbligo di vivere secondo precetti etico-religiosi altrui, è inconciliabile con il comma 2 [dell’art. 32 Cost.]»; sul valore fondamentale della dignità della persona costituzionalmente affermata, ma al contempo sulla esclusione che tale valore possa assurgere a ruolo di legittimo bene giuridico, v., L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, cit., pp. 38 ss., 38-39, che evidenzia come «l’idea di dignità umana consenta (...) ricostruzioni pluralistiche, che rischiano di precipitare questo bene giuridico nell’alveo dei concetti strumentali e strumentalizzabili dalle forze sociali, religiose e politiche preminenti in un determinato momento storico».

¹⁵ D. PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 486 ss., 511.

¹⁶ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 36; ID., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, cit., 70 ss.; F. PALAZZO, *La tutela della persona: dignità, salute e scelte di libertà*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019, 1 ss., 9 osserva come «Dinanzi alla malattia, al dolore e alla sofferenza di una vita che perde i suoi caratteri di umanità, è la dignità a reclamare che la sua tutela si realizzi con la libertà della rinuncia a vivere».

laico o religioso. «Ciò è possibile solo se le soluzioni risultano orientate ai principi della legge giuridica fondamentale»¹⁷.

Le regole dell'ordinamento da Stato sociale di diritto, derivante dai valori espressi in Costituzione, impongono l'osservanza del pluralismo e della libertà e dignità dell'individuo da cui deriva una inevitabile autonomia nelle scelte di incriminazione rispetto a opzioni di ordine etico¹⁸.

La confusione tra diritto e morale nell'ambito delle scelte di politica criminale determina l'inosservanza del dato secondo cui in uno Stato sociale di diritto, fondato su una democrazia in cui il Parlamento è, e deve essere, espressione della rappresentanza della volontà popolare, i rappresentanti dello Stato sono chiamati ad assicurare la convivenza in un contesto di "rispetto reciproco"¹⁹. In tale ottica, il diritto penale non può essere utilizzato per imporre opzioni morali, quanto piuttosto, esclusivamente, per garantire la pacifica coesistenza dei consociati, in libertà²⁰.

La dignità umana, intesa anche come aspirazione alla maggiore riduzione possibile della propria sofferenza²¹, si pone come principale parametro per la definizione del concetto di solidarietà costituzionalmente affermato che, in quanto elaborato in

¹⁷ S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 863 ss., 864; sul tema, L. EUSEBI, *Vincoli legali nell'attività sanitaria, considerazioni economiche e un quarantennale. Profili di attualità del dialogo in bioetica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 781 ss., 791, osserva che «vi è un rapporto reciproco tra bioetica e biodiritto. Il contributo critico di un'etica del dialogo, non funzionale a dispute di altra natura, può favorire la qualità delle regole».

¹⁸ Per tutti, in questa sede, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1974, 7 ss., 82-83; S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio, dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, p. 11 ss.; ID., *Bioetica o biodiritto?* cit., 866; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G.Giostra-G.Insolera, Milano 1998, p. 154 ss., 155; ID., *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, 1 ss.; sui recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale, con riferimento alla nota sentenza n. 242 del 2019, M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2020, 1 ss., 2, afferma che trattasi del «superamento di una cultura autoritaria verso la costruzione di percorsi attenti al pluralismo delle componenti della società (...). Non è la vittoria dei laici contro i cattolici: è il punto di partenza di un dialogo pluralistico e interculturale sulle vicende sempre più urgenti poste da casi drammatici di richieste di trattamenti di fine-vita».

¹⁹ S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto?*, cit., 868.

²⁰ C. ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Arch. pen.*, 1982, 32 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova 1972, p. 79 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 174 ss.

²¹ In tal senso, M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001, p. 10.

funzione della tutela della persona²², deve fondarsi su basi laiche ed ideologicamente pluralistiche. Se basata su preconcetti ideologico-religiosi, o sugli interessi di coloro che intendono offrirla, la solidarietà cessa di essere tale, per divenire affermazione di una sola parte²³.

2. Il problema della disciplina penale del fine-vita. Ipotesi di non punibilità dell'interruzione di trattamento.

Con riferimento ai confini della rilevanza penale del trattamento fine-vita, con riguardo a pazienti affetti da patologie in particolar modo dolorose, irreversibili e letali, stante l'assenza fino a tempi recenti di una specifica disciplina, per via giurisprudenziale si è andato affermando il diritto al rifiuto e alla interruzione dei trattamenti sanitari indispensabili per la sopravvivenza²⁴.

Nel noto caso Welby, il paziente, che era affetto da una distrofia muscolare amiotrofica, costretto a letto in stato tetraplegico, e tenuto in vita da un respiratore ed un alimentatore artificiali, era in grado di esprimere in maniera lucida e chiara le proprie volontà tramite l'utilizzo di un dispositivo elettronico. Nel 2006, il paziente avanzava richiesta perché venisse autorizzata la interruzione del trattamento artificiale che lo teneva in vita, ed a seguito del diniego da parte del Tribunale di Roma, nel dicembre

²² M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 39, prosegue affermando che «la solidarietà esige un patto anticipato tra chi la propone e chi la riceve: se imposta a chi la rifiuta, perché ritorna a vantaggio degli interessi di colui che si attiva, e non di quelli concreti, individualisticamente e disgiuntamente intesi, del destinatario dell'azione, cessa di essere dettata da emozioni di altruismo e di partecipazione empatica».

²³ L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., pp. 285-286, evidenzia come «la crisi della laicità (...) [sia] in realtà una crisi della democrazia».

²⁴ Per M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017, 26 (già pubblicato in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2016, 555 ss., nonché in *ZStW*, 2016, 1 ss.), «il caso Englaro non è un "modello" di prassi senza legge, ma un grido al parlamento»; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., pp. 287-288, parla di una «giurisprudenza che ha svolto – e svolge ancora – un ruolo di supplenza verso un legislatore latitante, titubante e per nulla laico»; sul tema, si vedano anche, ID., *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico nel disegno di legge sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici*, in AA. VV., *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, a cura di M.G.Furnari-A.Ruggeri, Torino 2010, pp. 250 ss.; C. CUPPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, 123 ss. 123.

dello stesso anno, sostenuto dai propri familiari, e sotto sedazione, chiese al proprio medico anestesista di procedere alla interruzione del trattamento²⁵.

In rapporto alla drammatica vicenda, il medico, imputato per omicidio del consenziente, venne presto prosciolto sulla scorta della scriminante dell'adempimento del dovere *ex art. 51 c.p.*, in relazione agli artt. 13 e 32 Cost., in quanto, viene affermato in sentenza, «la volontà consapevole di rifiutare un trattamento sanitario deve essere rispettata (...), ed esclude la rilevanza penale della condotta del medico che interrompa il trattamento»²⁶.

Nel caso Englaro, per alcuni versi ancor più complesso del precedente, la paziente, a causa di un incidente stradale, si trovava da diciassette anni in uno stato tetraplegico e vegetativo irreversibile. Tale condizione la rendeva incapace di esprimere la propria volontà ed i familiari, in specie il padre, chiesero un intervento di volontaria giurisdizione che li autorizzasse ad interrompere la somministrazione artificiale di alimentazione e idratazione, che tenevano in vita la donna.

La Corte di Cassazione, nell'ambito del provvedimento autorizzatorio, affermava che la non punibilità dell'autore della condotta era fondata su due elementi essenziali, ossia, che il paziente si trovasse in una condizione valutata in base a rigorosi criteri medici come stato vegetativo irreversibile, e che l'istanza di interruzione fosse espressiva, con elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente stesso, «tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti»²⁷.

²⁵ Per una esaustiva ricostruzione della vicenda, per tutti, M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 92 ss.; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., p. 292 ss.; ID., *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico nel disegno di legge sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici*, cit., p. 259 ss.

²⁶ Tribunale di Roma, sent. n.l.p., n. 2049/2007; sul tema, F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 5 ss.; D. PULITANÒ-E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. leg.* 2008, 330 ss.; A. VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, 2008, 54 ss.

²⁷ Cassazione Civ. Sez. I, Sent. n. 21748 del 16 ottobre 2007; sul tema, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberismo penale*, in *Foro it.*, 2009, c. 227 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561 ss.; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., p. 294 ss.; ID., *Autodeterminazione del paziente e*

La Corte, in buona sostanza, fondava la non punibilità dell'autore della condotta sulla base di un consenso presumibile in capo alla persona direttamente interessata alla interruzione del trattamento salvavita²⁸.

Tali e simili precedenti hanno rappresentato le premesse per l'intervento legislativo del 2017 in tema di disposizioni anticipate di trattamento²⁹.

Tuttavia, come si vedrà, da tale intervento legislativo restano escluse fattispecie che, seppure sul piano delle modalità di esecuzione risultano parzialmente differenti (da quelle disciplinate dalla legge del 2017), sul piano sostanziale possono considerarsi, piuttosto, equivalenti.

Il riferimento è alle ipotesi di, cosiddetto, suicidio medicalmente assistito³⁰, in cui il diretto interessato non è in grado di porre fine da solo alla propria sofferenza, e la condotta di colui che lo agevola nel drammatico percorso può risultare penalmente rilevante in un'ottica di aiuto al suicidio, ex art. 580 c.p.³¹.

responsabilità penale del medico nel disegno di legge sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici, cit., p. 262 ss.

²⁸ Sul consenso presumibile, con specifico riferimento al tema che ci occupa, utilizzato come «criterio, "antipaternalistico", risolutivo per la non punibilità del medico in situazioni di emergenza terapeutica, quando, proprio l'insoddisfazione verso l'impostazione tradizionale ispirata a risolvere la questione con il ricorso allo stato di necessità, ha portato a cogliere nel consenso presumibile il naturale sviluppo del diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente», v., A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2018, pp. 258-259; sul tema, v., F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Milano 2016, p. 69 ss.; C. ROXIN, *Sul consenso presumibile* in ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli 1996, p. 151 ss.; in proposito, R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova 1989.

²⁹ Sul valore del "precedente giudiziale" nella relazione tra principio di legalità, in specie riserva di legge e precisione, e missione della magistratura, v., G. COCCO, *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova 2005, pp. 1 ss., 2.; sui rapporti tra giurisprudenza, dottrina e potere legislativo, per tutti, in questa sede, A. MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013, 389 ss.; per una lucida prospettiva sul fenomeno secondo cui, sovente, «il legislatore non anticipa, come dovrebbe essere la regola, la giurisprudenza, ma al contrario, [...] fornisce il crisma della legalità [alla] giurisprudenza, v., ID., *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa 2017, pp. 13 ss., 44-45.

³⁰ S. CANESTRARI, *Relazione al Convegno "Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale"*, Bologna 12 ottobre 2018, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018.

³¹ Per una dettagliata trattazione degli elementi essenziali della fattispecie di cui all'art. 580 c.p., con specifico riferimento alla parte relativa all'aiuto, E.M. AMBROSETTI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova 2014, pp. 90 ss., 91-92.

3. La non punibilità del sanitario per le ipotesi di eutanasia passiva di cui alla legge n. 219 del 2017.

Con la legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento³², il legislatore ha affrontato il tema del consenso del paziente rispetto al trattamento terapeutico *quoad vitam*, che fino a quel momento, invece, era stato rimesso esclusivamente a soluzioni di natura giurisprudenziale.

La legge è fondata esclusivamente sul rapporto medico-paziente, e regola la materia del consenso del secondo in tema di cosiddetta “eutanasia passiva”, equiparando il rifiuto e la interruzione del trattamento salvavita.

Mediante tale intervento legislativo viene affermato «il diritto alla intangibilità e inviolabilità della propria sfera corporea – diritto all’*habeas corpus* – che è diritto che non è comprimibile né negoziabile»³³, anche perché costituzionalmente previsto dagli artt. 2, 3, 13, 32 Cost³⁴.

Il primo articolo - comma 1 - del provvedimento legislativo in esame sancisce che, «la presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13, 32 Cost., e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità, e all’autodeterminazione della persona, [e che] nessun trattamento

³² Per tutti, in questa sede, S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, cit., 55 ss., 78 ss.; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, cit., 123 ss.

³³ S. CANESTRARI, *Relazione al Convegno “Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale”*, Bologna 12 ottobre 2018, cit.

³⁴ G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell’amministratore di sostegno*, cit., 488, evidenzia come si tratti del «diritto all’integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati. (...) Si tratta di una “libertà negativa” imprescindibile riconosciuta quale area di libertà, o di autonomia, della persona nelle scelte che più intimamente la riguardano»; nell’ambito di una lucida analisi della normativa in esame, con specifico riferimento al testo del comma quinto dell’art. 1, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o “diritto di morire”? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell’art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 415 ss., 421, osserva che «vi sono senza dubbio motivi sia giuridici che etici perché la volontà del malato venga rispettata anche quando la si reputi eticamente discutibile: la regola è che non si può gestire il corpo di un individuo capace di intendere e di volere – quel corpo attraverso il quale si esprime la sua soggettività – senza il coinvolgimento di quest’ultimo. Ma la situazione per cui, in assenza del consenso, è inammissibile agire sul corpo di una persona capace di intendere e di volere, non risulta in tutto speculare rispetto a quella per cui in forza della volontà, a fini interruttivi di un trattamento, si debba agire sul corpo della medesima».

sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata».

Ai commi successivi è affermato, in sintesi, che è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, che si basa sul consenso informato. Che ogni persona ha diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo. E che il consenso informato viene acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente.

Al comma 5 dello stesso articolo, viene previsto che «ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, (...) [nonché interrompere], qualsiasi trattamento sanitario per la sua patologia, o singoli atti del trattamento stesso, [tenendo in considerazione, peraltro, che], ai fini della presente legge sono considerati trattamenti sanitari [anche] la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici»³⁵.

Al comma 6, è previsto che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. [Al contempo, continua la norma,] il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali»³⁶.

All'articolo 2 vengono disciplinati la terapia del dolore, il cosiddetto accanimento terapeutico, e la sedazione palliativa profonda; al riguardo, viene affermato che «il

³⁵ Con riferimento alla equiparazione tra trattamenti sanitari e nutrizione e idratazione artificiali, si segnalano le critiche osservazioni di, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p., cit., 424.*

³⁶ Al riguardo, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p., cit., 422*, lamenta l'assenza di una previsione quale la «cd. clausola di coscienza di cui all'art. 22 cod. deont. med., ai sensi del quale il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici»; *contra*, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2019, 1 ss., 5, secondo cui «appare assolutamente condivisibile la scelta del legislatore di non contemplare un'apposita norma che regolamenti l'obiezione di coscienza del medico», in alternativa, la conseguenza è il rischio che il diritto formalmente riconosciuto dalla Consulta possa rimanere inattuato; in senso sostanzialmente conforme, si segnala, C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa, La sentenza costituzionale n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sist. pen.*, 12/2019, 33 ss., 50.

medico (...) deve adoperarsi per alleviare le sofferenze [del paziente], anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato, (...) [e che] a tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore (...). Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente».

Sul piano dommatico, dal momento che emerge il «ruolo cruciale del consenso informato, fondato su un'interpretazione dell'art. 32 co. 2 Cost. che, in rapporto anche all'art. 13 Cost., riconosce la massima ampiezza possibile alla autodeterminazione terapeutica, estesa sino alla libertà del paziente di lasciarsi morire attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare»³⁷, la causa esimente prevista dalla legge del 2017 va collocata nell'ambito del consenso scriminante.

3.1. ... E l'assenza di una normativa per il suicidio medicalmente assistito.

La normativa su riportata reca con sé l'indubbio merito di aver disciplinato un delicato tema, rimesso, fino a quel momento, esclusivamente a soluzioni giurisprudenziali, tuttavia, lascia prive di regolamentazione le ipotesi di "suicidio medicalmente assistito" che, seppur caratterizzate dalle medesime condizioni – con riferimento allo stato patologico e al rapporto medico-paziente incentrato sul consenso informato –, continuano ad essere riconducibili alla sfera di punibilità di cui all'art. 580 c.p., con riferimento all'aiuto³⁸.

Riguardo a tali fattispecie, si anticipa, sarebbe auspicabile una disciplina legislativa che, fondata sui principi normativi dello Stato sociale di diritto³⁹, prescindendo dalle differenti posizioni di fede, di tipo laico o religioso.

³⁷ C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, cit., 127; sul tema, L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., p. 289, afferma che «l'art. 32 co. 2 Cost., può essere pienamente compreso ove lo si interpreti come principio cardine della tutela dell'autonomia dell'individuo rispetto a qualsiasi imposizione o strumentalizzazione».

³⁸ V., D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 7/18, 57 ss., 70.

³⁹ Per tutti, S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto?*, 863 ss., 864; ID., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.; ID., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, cit., 1720 ss.

Nel rispetto reciproco del pluralismo e della libertà e della dignità dell'individuo, si esclude che il diritto penale possa perseguire finalità di ordine meramente etico⁴⁰; ancor più, in osservanza delle libertà di fede religiosa e di manifestazione del proprio pensiero, espressamente affermate in Costituzione, in virtù delle quali deve escludersi che la sanzione penale possa essere posta a presidio di meri principi morali⁴¹.

Le possibili soluzioni da proporre non possono prescindere dalla natura personalistico-solidaristica del nostro ordinamento, affermata, su tutti, dall'art. 2 della Costituzione⁴², e dal valore primario che l'art. 3 Cost. riconosce alla dignità dell'individuo⁴³.

Le incriminazioni di cui agli artt. 579 e 580 c.p. trovano la propria origine in una concezione illiberale, fondata sulla indisponibilità del bene vita, ed in cui l'individuo è considerato in un'ottica di funzionalità rispetto agli interessi dello Stato⁴⁴. La impostazione autoritaria accolta all'interno del codice del 1930 risulta superata dai valori-principi sovraordinati, alla luce dei quali l'estremo atto dispositivo, in talune circostanze, va considerato un diritto o un mero esercizio di una libertà⁴⁵.

Pertanto, la possibilità di disporre del bene giuridico della propria vita, mediante rinuncia/rifiuto di trattamenti sanitari salvavita, risulta legittimata dall'ispirazione

⁴⁰ S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto?*, cit., 866; in senso conforme, v., A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, cit., 1 ss., 5 ss.

⁴¹ V., S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto?*, cit., 868, secondo cui «lo Stato non è legittimato ad educare il singolo sul piano etico, né a sottoporlo a tutela morale con lo strumento del diritto penale»; sul tema, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 79 ss.; G. FIANDACA, *Tutela del buon costume. Profili penali e costituzionali*, Palermo, 1979, p. 70 ss.

⁴² S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto?*, cit., 1012; P. PERLINGIERI-R. MESSINETTI, *Artt. 2, 3*, cit., p. 6 ss.

⁴³ Sulla relazione tra dignità e autodeterminazione, L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., p. 289, evidenzia come sia necessario «interpretare il riferimento alla "dignità umana" nel significato laicamente pregnante di tutela della qualità dell'esistenza e della libertà morale della persona: un significato che può contribuire in modo decisivo alla definizione della rilevanza penale dei confini estremi della vita».

⁴⁴ Per tutti, in questa sede, sia pur in precedenza rispetto alla entrata in vigore della legislazione in materia di DAT, v., A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 40 ss.; più recente, e con espresso riferimento alla legge del 2017, v., S. CANESTRARI, *Relazione al Convegno "Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale"*, Bologna 12 ottobre 2018, cit., secondo cui «è irragionevole che la legge sulle DAT non comprenda anche le fattispecie quali quella di Cappato, perché il 580 c.p. fu pensato per tutto altro, concepito in una stagione autoritaria e illiberale e non conosce le situazioni attualmente degne di rilievo e attenzione»; in senso conforme, si segnala, B. MAGRO, *The last dance*, cit., 22 ss.

⁴⁵ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 66.

personalistica posta a fondamento della nostra Carta fondamentale, nell'ambito di un sistema laico e pluralistico⁴⁶.

In tempi precedenti rispetto alla introduzione della disciplina del 2017, con riferimento alla interruzione di trattamento sanitario salvavita su volontà del paziente, veniva osservato che si trattava di una condotta sì tipica, ma non antiggiuridica in virtù della sussistenza della scriminante dell'adempimento del dovere terapeutico, scaturente dal dovere di interrompere il trattamento sanitario rifiutato dal paziente informato e competente, *ex art. 32 co. 2 Cost.*

Nell'ambito di tale bilanciamento di interessi, i principi di autodeterminazione e dignità della persona risultano prevalenti rispetto all'incondizionata tutela della vita umana⁴⁷.

In circostanze di tal fatta, il fondamento della liceità della condotta del sanitario va ravvisato non in un diritto di morire del paziente, quanto piuttosto in «un diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà»⁴⁸.

Se, da un lato, la recente normativa in materia di DAT rende non punibili, in presenza di determinate condizioni, alcune ipotesi di rifiuto e interruzione di trattamento salvavita, come anticipato, la condotta di "aiuto al suicidio medicalmente assistito", in presenza delle medesime condizioni, resta ancora priva di una specifica disciplina, e dunque riconducibile nell'ambito della punibilità *ex art. 580 c.p.*⁴⁹.

Si assiste, dunque, ad una disparità di trattamento, laddove potrebbe prospettarsi una sostanziale equiparazione tra le due ipotesi; sia il medico che omette/interrompe la

⁴⁶ S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 73.

⁴⁷ In tal senso, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 81; sul fondamentale ruolo dell'art. 32 Cost. nell'ambito del tema che ci occupa, v., A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 51 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74 ss.; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, 1195 ss.

⁴⁸ Così, già prima della riforma del 2017 in materia di DAT, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 84.

⁴⁹ Sulla parzialità delle ipotesi disciplinate dalla legge n. 209 del 2017, D. L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita*, in *Dir. pen. glob.*, 4/2018, 1 ss., 4, evidenzia come «la l. n. 209/2017, è considerata dalla dottrina, già all'indomani della sua entrata in vigore, settoriale in quanto afferma e disciplina il rilievo dell'autodeterminazione solo in alcune tipologie di casi», l'A., 5, continua affermando che «si può quindi constatare che l'attuale quadro normativo italiano lascia del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto al suicidio ai pazienti nelle condizioni di Antoniani».

terapia, sia il medico, ed il privato cittadino eventualmente concorrente, che ne agevolano il suicidio, rispettano in egual modo la volontà della persona gravemente malata⁵⁰.

Appare contraddittorio e irragionevole che condotte sostanzialmente equivalenti vengano disciplinate in maniera tanto differente⁵¹, laddove, peraltro, è stato osservato, le fattispecie di omicidio e di omicidio del consenziente sono anche più gravi di quella di aiuto al suicidio⁵².

Come per ogni altro settore di interesse penalistico, bisogna procedere in osservanza dei principi fondamentali, tenendo in considerazione la significatività dei beni in gioco e gli eventuali conflitti tra i diritti fondamentali connessi a tali situazioni di valore⁵³, su tutti, in questa sede, dignità, libertà personale e autodeterminazione.

4. Possibile identità di disvalore tra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio, in presenza di determinate circostanze.

Va tutelata e difesa con gli strumenti del diritto la posizione di coloro che decidano di por fine alla propria vita trovandosi in condizioni insopportabili legate al decorso di malattie molto dolorose ed irreversibili, che determinino “lo sfacelo del corpo o della mente” con conseguente annullamento dell’essere⁵⁴.

⁵⁰ A tale specifico riguardo, E.M. AMBROSETTI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, cit., p. 95 afferma che è scottante il tema del “suicidio medicalmente assistito a scopo eutanasi”, laddove, in tali circostanze, ciò che distingue le ipotesi di omicidio del consenziente da quelle di aiuto al suicidio «è soltanto il diverso soggetto che dà direttamente la morte»; in tal senso, diffusamente sul tema, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 327 ss.

⁵¹ G. DI COSIMO, *Relazione al Convegno “Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale”*, Bologna 12 ottobre 2018, cit.; Sent Cost. n. 242 del 2019, p. 9; in tal senso, M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 19, 20 ss.; G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell’aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sist. pen.* 11 giugno 2020, 8, nota n. 17; *contra*, M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia*, in *Sist. pen.*, 08 gennaio 2020, 1 ss., 7 ss.

⁵² In tempi precedenti rispetto alla emanazione della legge del 2017, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 4; successivamente alla sentenza costituzionale n. 242 del 2019 ID., *Libera nos a malo*, cit., 23-24, in riferimento a tali situazioni, parla di «disparità di trattamento ex art. 3 co. 1 Cost. Infatti, [continua l’Autore], quando si esercitano questi diritti, cominciano a non esserci più le figure del suicidio o dell’omicidio, è più sensato parlare di una fattispecie di aiuto a morire, vuoi per mano propria, vuoi per mano altrui».

⁵³ Per tutti, in questa sede, S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto?* cit., 872.

⁵⁴ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 2; sul punto, L. EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1155 ss., 1158, osserva che «certi messaggi diffusi secondo cui, ove siano venute meno determinate condizioni di efficienza, sarebbe dignitoso fare un passo indietro, (...) risultano quanto mai equivoci e la loro incidenza

Naturalmente, tali esigenze sorgono in rapporto all'evoluzione dei moderni strumenti tecnologici che sono in grado di protrarre la vita del paziente in modo artificiale, per lunghissimo tempo, in condizioni che legittimamente si possano considerare prive di senso e di dignità⁵⁵.

In tempi precedenti rispetto alla emanazione della legge del 2017 in materia di DAT, alla ordinanza n. 207 del 2018, e alla sentenza n. 242 del 2019, entrambe della Corte costituzionale, nonché al relativo monito mosso al Parlamento in occasione del "caso Cappato"⁵⁶, è stato osservato che il «riconoscimento di un diritto di morire implicherebbe la conseguenza di dover rivedere i vigenti artt. 579 e 580 c.p.»⁵⁷; chi non è malato, in altro modo, può continuare a essere tutelato dalle norme incriminatrici così come tradizionalmente disposte⁵⁸.

Tali riflessioni trovano il proprio fondamento nella affermazione di un diritto a una vita dignitosa, secondo cui «al concetto di dignità della persona appartiene la valutazione del livello di accettazione di una diminuzione radicale delle proprie capacità fisiche e psichiche, sotto il quale la persona non possa più considerare

nel caso concreto deve essere contrastata; ne deriva la necessità di escludere che agiscano pressioni, anche indirette, sul malato, a che rinunci alle terapie per liberare la società o i congiunti dall'impegno e dai costi della cura nei suoi confronti»; l'Autore continua, *op loc. cit.*, 1164, affermando che «dovrebbe evitarsi in ogni modo che considerazioni attinenti a profili economici (...) vengano difatti gestite attraverso l'enfaticizzazione del diritto del malato di rifiutare le terapie».

⁵⁵ A tal riguardo, A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 42, «a parziale giustificazione del codice del 1930, [rileva come] a quel tempo i progressi della medicina non erano certo tali da porre un problema di accanimento terapeutico, e quindi di tutela del singolo nei confronti dello strapotere della tecnica»; sul tema della necessità di intervenire sulla formulazione dell'art. 580 c.p., in quanto risalente ad un tempo precedente rispetto alle moderne tecnologie, e sulle relative riflessioni della Corte costituzionale, proprio in relazione al Caso Cappato, v., D. L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita*, cit., 4; sul pluralismo interpretativo cui si presta il concetto di dignità, v., L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, cit., p. 38 ss.

⁵⁶ V. *infra*, par. 4.1.

⁵⁷ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 6; sul tema della necessaria riforma della disciplina, in precedenza rispetto all'intervento legislativo del 2017, per tutti, in questa sede, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in AA. VV., a cura di C.M. Mazzoni, *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna 1998, p. 286 ss.; A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 51 ss.; F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in onore di P. Nuvolone*, II, Milano 1991, p. 201 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 ss.

⁵⁸ Per tutti, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 3.

accettabile la prosecuzione della vita»⁵⁹. In tali situazioni dovrebbe perdere di rilievo la differenza di trattamento tra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio⁶⁰.

Una trattazione differenziata delle descritte ipotesi, che perseguono il medesimo legittimo scopo, configura una rappresentazione falsa e dissimulata della realtà.

In casi come questi, il differente significato etico, sociale e giuridico delle due differenti condotte di “uccidere” e “lasciar morire”, assumendo un analogo disvalore, perde la propria rilevanza⁶¹.

A tal riguardo, la Corte costituzionale, in relazione al procedimento Cappato, nell’ambito di un ragionamento di commento alla legislazione vigente e finalizzato alla equiparazione sostanziale delle due situazioni (di cui agli artt. 579 e 580 c.p.), afferma che «entro lo specifico ambito [che ci occupa], il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13, e 32 co. 2 Cost., imponendogli in ultima analisi un’unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.)»⁶².

⁵⁹ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 15-16.

⁶⁰ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 24, osserva anche che «fornire la pillola o il liquido letale al paziente perché lo assuma, e iniettarlo direttamente in vena a sua identica richiesta, e dunque in situazione di controllo sanitario, hanno lo stesso significato sociale, se attuati con scopo terminale».

⁶¹ Per, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 25, comprendere «che la differenza tra *killing* e *letting die* non è poi così decisiva in tali situazioni terminali, ci aiuta a individuare una soluzione umanitaria»; in tal senso, *Corte di Assise di Milano, ordinanza 14 febbraio 2018*, di rimessione della questione alla Corte costituzionale – caso Cappato –, secondo cui «i principi costituzionali che hanno ispirato solo alcuni mesi fa la formulazione e l’approvazione della l. n. 219/2017 devono presidiare [...] anche l’esegesi della norma [di cui all’art. 580 c.p.]»; in senso conforme, R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità di aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2018, 97 ss., 102; nonché ID., *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine della ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Martini-C. Cupelli, Napoli 2019, p. 1 ss., 6.

⁶² *Ordinanza cost. n. 207 del 2018*, p. 6; in commento v., R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, cit., p. 1 ss.; A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell’ordinanza della Consulta n. 207 del 2019*, in *Dir. pen. cont.*, 06 maggio 2019, 1 ss.; D. PULITANÒ, *L’aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine della ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Martini-C. Cupelli, cit., p. 277 ss.; L.

L'identità del significato umano e politico-criminale delle due condotte, sia pur differenti sul piano delle modalità di esecuzione, dovrebbe trovare il proprio fondamento, come già si è accennato, nel diritto del malato ad una vita e ad una morte dignitose⁶³. E la soluzione della non punibilità dell'autore delle descritte fattispecie è da rinvenire in una ipotesi scriminante⁶⁴.

Può osservarsi infatti, che, in casi di trattamento *quoad vitam* espressamente rifiutato dal paziente, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non risponderebbe a una reale funzione di tutela della vita. Conservare il divieto per situazioni quali quella qui considerata non appare neppure compatibile con il rispetto del rapporto umano tra la persona gravemente malata e sofferente e le persone che le sono vicine. Accettare la fine delle sofferenze, preferire tale soluzione, dunque prestare aiuto al suicidio, può essere, come è nei casi di cui si viene a conoscenza, espressione di sentimenti di affetto, solidarietà, compassione, che pur non potendo accampare pretese di assolutezza o superiorità, di certo appartengono al contesto pluralista della nostra società⁶⁵.

RISICATO, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine della ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Martini-C. Cupelli, cit., p. 289 ss.; sul punto, C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nella autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.* 3 dicembre 2018, parr. 4, 7.1, evidenzia che «il divieto assoluto di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p. integra una **limitazione dell'autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie**, comprese quelle appunto finalizzate a liberarlo dalle sofferenze e a condurlo alla morte, e dunque una **lesione degli artt. 2, 13 e 32 Cost**; nell'indistinto divieto è ravvisata pure un'**irragionevole disparità di trattamento fra malati incurabili** che sono comunque in grado di togliersi la vita da soli e malati altrettanto incurabili che invece, impossibilitati a farlo, sono costretti a sottoporsi al percorso scaturente dall'interruzione del trattamento di sostegno vitale, con l'ulteriore sotto-sperequazione fra coloro ai quali l'interruzione dei trattamenti assicura comunque una morte rapida e coloro che invece, come nel caso di Fabiano Antoniani, siano costretti a passare attraverso un drammatico decorso agonico»; si segnala anche, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, cit., 434.

⁶³ A tal riguardo, D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71, afferma espressamente che «in tali specifiche situazioni, rifiuto di cure e suicidio, pur essendo strade fattualmente diverse, sono equivalenti rispetto ai diritti in gioco, la vita e la libertà di autodeterminazione della persona, In tale situazione i principi costituzionali additano la prevalenza del diritto di autodeterminazione: interpretabile non come diritto a morire, ma come diritto a morire con dignità».

⁶⁴ Per tutti, in questa sede, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 24; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., *passim*, pp. 247 ss., 305 ss.; v., *infra*, par. 5.

⁶⁵ D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, pp. 71-72; a tal riguardo, si segnalano le fondate e sensibili osservazioni di, L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico nel disegno di legge sulle direttive anticipate di trattamento. Profili problematici*, cit.,

Al contempo, al di là delle ipotesi di pazienti, consenzienti, affetti da patologie terminali o comunque irreversibili, e in condizioni di grave sofferenza, per i quali, come si vedrà, risulta opportuna l'introduzione di una specifica ipotesi scriminante⁶⁶, permane, si intenda, l'opportunità e la legittimità della incriminazione dell'aiuto al suicidio⁶⁷.

p. 277, secondo cui, «una normativa che impedisca alla persona di cercare di entrare nella morte ad occhi aperti, valutando il corpo inerte come oggetto anatomico da preservare a tutti i costi in nome dell'indisponibilità della vita, non è semplicemente illegittima: è addirittura inumana»; ancora, ID., *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, cit., p. 26, nell'ambito di una analisi della disciplina improntata a laicità e pluralismo in un'ottica di tutela della persona costituzionalmente fondata, afferma che «persona non è più chi si trovi in stato vegetativo permanente. Proprio tale condizione di vulnerabilità, [continua l'Autrice], sollecita il ponderato intervento del legislatore, non certo preso sulla base di opzioni ideologiche predefinite e/o prevaricanti»; sul tema, G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno*, cit., pp. 488-489, esclude che possa considerarsi legittima la tutela di un bene giuridico di «chiara matrice religiosa – la sacralità della vita –, cioè la salvaguardia (...) della vita intesa come una sorta di entità esterna all'uomo, tutelata quale principio di ordine pubblico, (...) [laddove una tale impostazione rappresenterebbe] l'affermazione di una morale di stato anteposta alla libertà individuale, dunque la negazione all'individuo di un ambito giuridicamente protetto da interferenze altrui, anche pubbliche, insomma, la negazione dello stato liberale».

⁶⁶ V., *infra*, par. 5; fin da ora, per la rappresentazione di una moderna ed esaustiva prospettiva di riforma del settore che ci occupa, in cui "la laicità costituzionale" costituisca il metodo per la introduzione all'interno del sistema di specifiche cause di giustificazione procedurali, in specie riferite al settore della bioetica, v., A. SESSA, *Le Giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 306 ss.; F. CONSULICH-C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *Giur. pen. web*, 2019, 1 bis, 41 ss., 44, nell'ambito di un ragionamento finalizzato alla individuazione di una 'scriminante costituzionale', affermano che è sicuramente auspicabile «una rimodulazione legislativa dell'art. 580 c.p.».

⁶⁷ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 2, 3 ss.; sulla necessità di conservare la punibilità dell'aiuto al suicidio al di fuori dei casi limite trattati in questa sede, per tutti, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, cit., 8 ss., 13 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 674 ss., 727; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 76; in commento alla sentenza costituzionale n. 242 del 2019, C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., 44-45; M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia*, cit., 1 ss., 12 ss.; Ord. Cost. n. 207 del 2018, in www.cortecostituzionale.it, p. 4 ss.; Sent. Cost. n. 242 del 2019, in www.cortecostituzionale.it; per un orientamento favorevole alla conservazione del testo originario dell'art. 580 c.p., v., L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato. Sulla ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine della ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini-C. Cupelli, cit., p. 131 ss.; di diverso avviso il *Bundesverfassungsgericht*, che, nell'affermazione di un recente orientamento fortemente antipaternalistico, con sentenza del 26 febbraio 2020, ha dichiarato la illegittimità costituzionale della incriminazione dell'aiuto al suicidio, in quanto "il diritto di autodeterminazione, in riferimento alla propria morte, è diritto fondamentale della personalità, e non può essere soggetto a limitazioni relative al tipo di situazione in cui la decisione viene presa", «tale diritto esiste in ogni fase dell'esistenza umana. La decisione del singolo di porre fine alla propria vita,

4.1. La “differente ma equivalente” ipotesi del suicidio medicalmente assistito. Il caso Cappato.

Nel noto “caso Cappato”, il dj Fabiano Antoniani, a seguito di incidente stradale, restava tetraplegico in maniera irreversibile, sottoposto a enormi sofferenze fisiche, ma mentalmente lucido.

L’Antoniani, non riuscendo più a considerare degna la propria esistenza, manifestava ripetutamente la volontà di porre fine alle proprie sofferenze.

Tuttavia, in tale circostanza, a differenza dei due casi sopra sinteticamente ricordati⁶⁸, non risultava prospettabile la interruzione delle terapie cui era sottoposto il paziente, in quanto tale pratica lo avrebbe condotto ad *exitus* in tempi lunghi e, per quel tempo, lo avrebbe sottoposto a sofferenze ancora più strazianti⁶⁹. La strada percorribile, dunque, sarebbe stata quella della eutanasia attiva, nella specifica forma del suicidio medicalmente assistito⁷⁰.

in accordo con la propria concezione della qualità e del senso dell’esistenza, deve essere rispettata dallo stato e dalla società in quanto atto autonomo di autodeterminazione»; in commento, v., G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell’aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, cit., 4 ss.; F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma “commerciale*, in *Sist. pen.*, 24 giugno 2020, 1 ss.; N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Sist. pen.*, 28 luglio 2020, 1 ss.

⁶⁸ V., *supra* par. 2.

⁶⁹ A tal riguardo, B. MAGRO, *The last dance*, cit., 18 ss., solleva alcune criticità in ordine alla sedazione palliativa profonda, di cui all’art. 2 l. n. 207 del 2019, per via delle quali tale soluzione non può considerarsi una valida alternativa alla richiesta di suicidio medicalmente assistito, nel caso Cappato, ma non solo, l’Autrice, 20-21, evidenzia come, oltre al dolore fisico, in tali casi «la sofferenza intollerabile è di tipo psicologico, e consiste nell’attesa della morte per un tempo indeterminato in una condizione biologica assai innaturale e artificiale costituita dall’assenza di coscienza. La sedazione continua profonda rappresenta il passo successivo rispetto alle cure palliative, il *last resort* della palliazione ma ne incarna il misero fallimento, laddove l’ultima *chance* di eliminare la sofferenza è quella di annientare la coscienza di chi soffre. (...) ma la scienza medica non ci spiega completamente cosa accade quando non si è coscienti, mentre il corpo biologico va verso la morte, durante la sedazione profonda, quando non si sente alcun dolore fisico, quando manca la coscienza ma la nostra mente è ancora viva».

⁷⁰ S. CANESTRARI, *Relazione al Convegno “Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale”*, Bologna 12 ottobre 2018, cit.; nell’ambito di una accurata ricostruzione della vicenda, D. L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita*, cit., 4, evidenzia come «la legislazione attualmente in vigore non permette (..) al medico di mettere a disposizione del paziente trattamenti diretti che ne determinino la morte. I trattamenti disponibili costringono invece il paziente a subire un processo lento in ipotesi non corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e carico di sofferenze per le persone che gli sono care. In virtù di ciò, Antoniani scartava la soluzione dell’interruzione

L'esponente del partito radicale, Marco Cappato, contattato dai familiari dell'Antoniani, fornì loro materiale informativo su una clinica svizzera ove si praticava il suicidio assistito, li mise in contatto con questa e, infine, vi accompagnò Fabiano Antoniani con la propria automobile.

In quella sede, la tecnica utilizzata per l'estremo atto fu quella della preparazione da parte dei sanitari della soluzione letale che il paziente stesso si sarebbe dovuto iniettare nelle vene premendo un bottone con i denti – l'unico modo che avesse a disposizione –, ed attivare, in tal modo, il rilascio della sostanza.

Al rientro in Italia, il Cappato, consapevole di aver realizzato una condotta formalmente corrispondente a quella del reato di aiuto al suicidio⁷¹, di cui alla seconda parte dell'art. 580 c.p., si andò a costituire⁷².

Nel procedimento che ne seguì, nonostante i PM avessero proposto il sollevamento della questione di legittimità costituzionale, nonché richiesta di archiviazione, il GIP formulò l'imputazione coatta. Alla conclusione del dibattimento, sia la difesa dell'imputato sia i PM avanzarono nuovamente questione di costituzionalità, questa volta accolta dalla Corte di Assise di Milano, che la sottoponeva al Giudice delle leggi⁷³.

dei trattamenti di sostegno vitale, con contestuale sottoposizione a sedazione profonda, proprio perché quest'ultima non gli avrebbe garantito una morte rapida (...); la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata quantificabile in giorni e tale modalità di morire veniva reputata non dignitosa».

⁷¹ Sul rapporto tra legalità e giustizia, che di certo caratterizza il caso che ci occupa, E.M. AMBROSETTI, *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in *Studi in onore di M. Ronco*, Torino 2017, pp. 19 ss., 22, 28-29, ricorda, con riferimento ai crimini perseguiti sotto il regime nazista, come uno dei contenuti della formula di *Radbruch* fosse quello secondo cui, «in via eccezionale, quando la legge abbia le caratteristiche di una intollerabile ingiustizia, essa non è solamente "diritto ingiusto", ma è addirittura priva di natura giuridica. Da ciò consegue l'invalidità della legge intollerabilmente ingiusta e l'obbligo per il giudice di non applicarla».

⁷² Sulle problematiche riguardanti la dubbia adeguatezza della vigente formulazione dell'art. 580 c.p., in relazione alle più moderne problematiche, cfr., F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in AA.VV., *Trattato di biodiritto*, a cura di S.Canestrari-G.Ferrando-S.Rodotà-P.Zatti, Milano 2011, p. 1801 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, cit., p. 272 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 175 ss.; A MANNA, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 51 ss., 70 ss.; V. MANZINI, *Diritto penale italiano*, vol. VIII, Torino 1950, p. 84 ss.; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., p. 299 ss.; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in AA.VV., *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, a cura di S.Canestrari-G.Cimbalò-G.Pappalardo, Torino 2003, p. 90 ss.

⁷³ Per una lucida ricostruzione della vicenda, per tutti, D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 57 ss.; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete*

4.1.1. La vicenda giudiziaria: la questione di legittimità costituzionale, l'invito della Corte e l'inerzia del Parlamento, la dichiarazione di parziale illegittimità dell'art. 580 c.p., la discussa formula assolutoria della "insussistenza del fatto".

Nella richiesta di archiviazione avanzata dai PM, i magistrati nell'ambito di un, sia pur ammirevole, tentativo di interpretazione restrittiva dell'originale testo dell'art. 580 c.p. finalizzato alla esclusione della responsabilità del Cappato, utilizzano alcuni argomenti che, in più di una sede, *de lege lata*, sono stati considerati pretestuosi e deboli⁷⁴. Il riferimento è sia ad una proposta di definizione delle modalità di agevolazione, che per testo della norma sono indefinite, sia al concetto di esecuzione⁷⁵.

A tal riguardo, infatti, i magistrati inquirenti hanno proposto un'interpretazione eccessivamente restrittiva della formula contenuta nell'art. 580 c.p. con cui viene incriminata la condotta di colui che, in relazione al suicidio, «ne agevoli in qualsiasi modo l'esecuzione». La pubblica accusa, nell'avanzare la richiesta di archiviazione, afferma che tale formula si riferisca esclusivamente alla fase strettamente esecutiva dell'atto del suicidio, in specie, propone una interpretazione secondo cui «soltanto la condotta di chi abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, possa essere oggetto di rimprovero penale»⁷⁶, ed attribuendo, dunque, rilevanza penale soltanto a quelle condotte di agevolazione nell'ambito della fase terminale, strettamente e materialmente esecutiva, dell'atto estremo.

Pur nell'apprezzabile tentativo, non può dirsi che una simile interpretazione possa considerarsi osservante del principio di legalità/tassatività. A tal proposito, infatti, non possono considerarsi prive di fondamento le ragioni del GIP, secondo cui «la

e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita, cit., p. 299 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nella autodeterminazione alla morte*, cit, 1 ss.

⁷⁴ Sulla debolezza delle argomentazione proposte dai PM nell'ambito della richiesta di archiviazione nel caso Cappato, per R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio. Tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, 143 ss., 143-144, «gli sforzi dei magistrati milanesi risultano però a tratti incoerenti e giungono a conclusioni non pienamente accettabili sul piano del diritto (...). Tali incongruenze non sono certo frutto dell'operato degli organi inquirenti (...), ma costituiscono necessario corollario di una disposizione di parte speciale che fatica oggi a trovare una sua ragion d'essere nel sistema penale italiano».

⁷⁵ Cfr., Tribunale di Milano, *Ord. GIP di imputazione coatta*, del 18.09.2017 – Caso Cappato.

⁷⁶ P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto a una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2017, 1 ss.

formulazione della norma in esame appare evidentemente orientata a riassumere in sé, e dunque a punire, ogni condotta che abbia dato un apporto causalmente apprezzabile ai fini della realizzazione del proposito suicidario. Restringere la applicazione alla sola fase che immediatamente precede l'evento mortale (nel caso di specie, alla predisposizione dell'iniezione letale in Svizzera) comporterebbe quindi togliere ogni rilevanza a condotte che, invece, hanno agevolato in modo palese la concretizzazione del suicidio»⁷⁷.

Anche la parte della ricostruzione giuridica operata dai PM, secondo cui si vorrebbe affermare la non punibilità del concorrente nel suicidio sulla base del diritto a rifiutare i trattamenti sanitari *ex art. 32 co. 2 Cost.* non può dirsi risolutiva a favore di una soluzione assolutoria⁷⁸. Infatti, come anticipato, nel caso Antoniani, a differenza che nei due precedenti casi di Englaro e Welby, non si trattò di rifiuto o interruzione di trattamenti sanitari, che, come detto, avrebbe inflitto al paziente sofferenze ancora più atroci, quanto piuttosto della realizzazione di una condotta suicidaria attiva.

Al di là della su descritta proposta interpretativa restrittiva avanzata dai PM, finalizzata alla archiviazione del procedimento penale e seguita invece dalla formulazione dell'imputazione coatta da parte del GIP, all'esito del dibattimento, da parte della difesa e dei Pubblici Ministeri è stata nuovamente avanzata, e questa volta accolta dalla Corte di Assise di Milano, la questione di legittimità costituzionale in

⁷⁷ Tribunale di Milano, *Ord. GIP di imputazione coatta*, cit., p. 8, il GIP trova fondamento per le proprie motivazioni anche nella sentenza n. 3147/1998 della Cassazione penale secondo cui «la legge, nel prevedere all'art. 580 c.p. tre forme di realizzazione della condotta penalmente illecita, ha voluto punire (...) qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo, ad esempio fornendo i mezzi per il suicidio, [o anche soltanto] offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongono alla realizzazione del proposito», in tal modo, pertanto, risultandovi pacificamente sussumibile anche la condotta di Marco Cappato; per una attenta ricostruzione della portata applicativa della fattispecie in esame, da cui non può che desumersi che la vicenda descritta rientri nel tenore descrittivo della all'ora vigente fattispecie di aiuto al suicidio, v., per tutti, E.M. AMBROSETTI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, cit., p. 90 ss.; a conclusioni uniformi può giungersi alla luce della efficace ricostruzione giurisprudenziale dei confini della fattispecie elaborata da P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale, Vol. I, Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, Padova 2014, pp. 111 ss., 113-114; in senso conforme, R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio. Tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, cit., 143 ss.

⁷⁸ Sull'apprezzabile tentativo dei magistrati milanesi di escludere la punibilità nel caso concreto, R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio. Tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, cit., 150.

relazione alla compatibilità dell'art. 580 c.p. con gli artt. 2, 3, 13 co. 1 e 2, 25 co. 2, 27 co. 3 e 117, Cost., e artt. 2 e 8 CEDU⁷⁹.

La questione sollevata ha ad oggetto l'equiparazione tra due condotte che incidono in maniera differente sulla risoluzione suicidaria⁸⁰.

Nel proporre la questione di costituzionalità, viene denunciata la irragionevolezza della equivalenza di trattamento tra il mero aiuto e l'istigazione, laddove, il primo non incide sulla libertà di autodeterminazione dell'individuo; nonché il fondamento 'statalistico' della previsione dell'art. 580 c.p., riguardo al quale, la Corte di Assise propone una lettura della norma osservante dei valori costituzionali, tra cui, su tutti, la dignità, la libertà personale e di autodeterminazione, il divieto di cure contro il volere del destinatario.

Il bene giuridico proposto dall'interpretazione della Corte di Assise sarebbe, non più la tutela della vita in un'ottica funzionale agli interessi statuali, quanto, piuttosto, la libertà di autodeterminazione dell'aspirante suicida; a fronte di tale oggettività giuridica potrebbe considerarsi dotata di portata offensiva soltanto la istigazione, e non anche il mero aiuto, che si instaurerebbe, piuttosto, su una volontà suicidaria già radicata nella volontà del soggetto⁸¹.

Al di là della condivisione o meno delle argomentazioni adottate dalla Corte di Assise di Milano⁸², il dato rilevante che emerge è la necessità che le fattispecie di "suicidio

⁷⁹ Per una attenta e lucida analisi sulla questione si veda, D. L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita*, cit., 2 ss.

⁸⁰ Tribunale di Milano, *Ordinanza della Corte di Assise di Milano 1/18 del 14 febbraio 2018*, in cui, p. 16, la Corte sospende il giudizio e solleva questione di legittimità costituzionale sull'art. 580 c.p. nella parte in cui «incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e quindi a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio».

⁸¹ La Corte di Assise di Milano, con ordinanza n. 1/2018 di questione di costituzionalità – Caso Cappato –, prospettata una articolazione dei valori fondamentali nell'ambito della quale la libertà di autodeterminazione del singolo, posta come oggetto di tutela delle norme di cui agli artt. 579 e 580 c.p., escluderebbe l'offensività della condotta di aiuto al suicidio; sul tema v., R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità di aiuto al suicidio*, cit., 98-99.

⁸² Per una disamina critica sui contenuti della questione sollevata dalla Corte di Assise di Milano, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219 del 2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, cit., 434, evidenzia come non sia condivisibile l'ordinanza in esame, in specie, nella parte in cui perviene «a considerare il suicidio non come esercizio di una mera facoltà dell'individuo, bensì come esercizio di un diritto, rilevante – in quanto tale – anche

medicalmente assistito” di pazienti in stati patologici tetraplegici, vegetativi e irreversibili – ancor più a seguito della esclusione dall’intervento legislativo del 2017 – risultino oggetto di una adeguata disciplina giuspenalistica.

Ed infatti, la Corte costituzionale, in data 24 ottobre 2018 emette un comunicato stampa in cui «rileva che l’attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti. [Pertanto] per consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un’appropriata disciplina, la Corte ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell’art. 580 c.p. all’udienza del 24 settembre 2019»⁸³.

Tale monito, mosso dalla Corte al Parlamento, pone in evidenza anche il *vulnus* legislativo di cui alla legge del 2017 in materia di DAT.

Com’è noto, stante la inerzia del legislatore⁸⁴, la Corte costituzionale ha emesso sentenza di accoglimento manipolativa additiva n. 242 del 25 settembre 2019, mediante cui, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 co. 2 Cost., ha dichiarato la «illegittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017, agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di

nei rapporti intersoggettivi e, dunque, suscettibile di rendere lecito l’aiuto altrui, così che rimarrebbero vietate solo le condotte (istigatorie) idonee a condizionare l’autodeterminazione del potenziale suicida»; a riguardo, v., per tutti, D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 58-59, 70 ss.; R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell’aiuto al suicidio*, cit., 97 ss.; G. DI COSIMO, *Relazione al Convegno “Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale”*, Bologna 12 ottobre 2018, cit.

⁸³ V., *Ord. Cost. n. 207 del 2018*, cit., p. 7, in cui la Corte costituzionale sospende il giudizio e rinvia la decisione al 24 settembre 2019, in attesa della «sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela»; in commento, v., C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nella autodeterminazione alla morte*, cit., 1 ss.; sulla occasione persa dalla Corte costituzionale «di “laicizzare” sul punto l’ordinamento statale», v., D. L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita*, cit., 1 ss., 6.

⁸⁴ A tal riguardo, si veda R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione*, cit., 13-14 che evidenzia come alla Corte manchi «un interlocutore affidabile, che si assuma l’onere di mediare tra diritti e interessi coinvolti fornendo alla comunità la regola. Manca, cioè, il legislatore, anche quando venga invocato con forza, come nella ordinanza Cappato. Cosicché la Corte si trova, suo malgrado, a assolvere un compito che non le è proprio».

prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»⁸⁵.

Dalla decisione della Corte emergono due ulteriori passaggi, degni di essere segnalati. Il primo è la previsione della applicabilità della sentenza anche ai fatti anteriori, purché realizzati con «modalità anche diverse da quelle indicate ma idonee, comunque sia, a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti»⁸⁶ – di talché da rendere la decisione estendibile anche al caso in occasione del quale è stata sollevata la questione; il secondo, in contrasto alla sia pur richiamata normativa del 2017, è rappresentato dalla previsione della possibilità per il sanitario di ricorrere alla obiezione di coscienza⁸⁷.

⁸⁵ In commento si veda, M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 2, secondo cui tali acquisizioni rappresentano «diritto giurisprudenziale (...), è *ius* cogente e paralegislativo, non è mera dottrina o cultura. E' *lex* e *ius* insieme. E che estend[ano] i diritti dei consociati, purché malati in quelle condizioni, non può dubitarsi»; sulla problematica tassatività, ed arbitrarietà, in ordine al trattamento di sostegno vitale, quale elemento fondante la legittimità dell'aiuto al suicidio, v. *ivi*, 16; nel recente, cosiddetto, caso Trentini, la Corte di Assise di Massa, con sentenza n. 1 del 27.07.20, dep. il 02.09.20, pp. 34-35 della motivazione, in ordine alla definizione del requisito del trattamento di sostegno vitale, ha affermato che «non significa necessariamente ed esclusivamente dipendenza da una macchina (...). Il riferimento è da intendersi a qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici. [Sono compresi] anche la nutrizione e idratazione artificiali»; in commento v., F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre dj Fabo: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini*, in *Sist. pen.*, 14 settembre 2020, 1 ss., 6 ss.

⁸⁶ In commento, sulle incertezze derivanti dalla indeterminatezza di tale formula, v., C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., 51.

⁸⁷ Per condivisibili riflessioni critiche in ordine alla contraddittorietà di tale previsione, v., C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., 50, che osserva come «al riconoscimento di un diritto del malato ad essere agevolato nel morire (...) dovrebbe fare da *pendant* un corrispondente obbligo di assicurare questa prestazione in capo alla struttura sanitaria interessata [mediante la predisposizione] di una organizzazione interna che, nel rispetto di possibili obiezioni di coscienza, garantisca che vi sia almeno un medico pronto a darvi attuazione». In alternativa, la conseguenza è il rischio che il diritto formalmente riconosciuto dalla Consulta possa rimanere inattuato; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, cit., 5, in relazione al rapporto «di cura e fiducia tra medico e paziente basata sul consenso informato», su cui si fonda la non punibilità di cui alla legge n. 219 del 2017, il cui contenuto è richiamato dalla sentenza n. 242 del 2019 in tema di aiuto al suicidio, evidenzia come, in quella sede (così come lo sarebbe stato anche in relazione all'ipotesi in esame), come anticipato *supra*, par. 3, «appare assolutamente condivisibile la scelta del legislatore di non contemplare un'apposita norma che regolamenti l'obiezione di coscienza del medico».

Alla luce di tali sviluppi, e dunque dei nuovi confini di applicabilità dell'art. 580 c.p., con sentenza del 23 dicembre 2019, Marco Cappato viene assolto «perché il fatto non sussiste».

La Corte di Assise di Milano, con l'adozione di tale formula assolutoria, fa propria la posizione secondo cui le indicazioni della Corte costituzionale incidono sul perimetro della tipicità della fattispecie, e non piuttosto sulla relativa non antiggiuridicità in presenza dei requisiti descritti⁸⁸.

Tale soluzione rischia di risultare non soddisfacente sul piano della salvaguardia delle garanzie tradizionalmente connesse con la categoria della tipicità.

5. Proposta di elaborazione di una scriminante procedurale come strumento di garanzia per le ipotesi di suicidio medicalmente assistito.

In relazione alle situazioni trattate in questa sede, con speciale riferimento al suicidio medicalmente assistito, permane l'esigenza, anche evidenziata dalla Corte costituzionale nella su trattata sentenza n. 242 del 2019, di un intervento legislativo⁸⁹.

La regolazione di tali fattispecie richiede che venga posto un bilanciamento tra la inviolabilità della vita e la indisponibilità della persona, sulla base di una rilettura degli artt. 579 e 580 c.p. costituzionalmente orientata, e in specie fondata sugli artt. 2, 3, 13, 32 co. 2 Cost.⁹⁰.

⁸⁸ Sul punto, si veda, C. CUPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sist. pen.*, 06 febbraio 2020, 1 ss., 5 ss.; per M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 3, e 14 ss., e 21, «anche se nel testo della motivazione non compare mai l'espressione esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, le categorie basiche del pensiero giuridico non si possono cancellare. [Dal momento che si tratta di un diritto rispetto al quale esercizio ed esistenza giuridica vengono proceduralizzati, si tratta di] una scriminante procedurale capace di rendere costituzionalmente compatibile la disciplina della non punibilità nei casi regolati».

⁸⁹ Per tutti in questa sede, CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., 53 ss.

⁹⁰ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., pp. 78 ss., 81-82; al riguardo, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 34, evidenzia come, «il codice penale del 1930, nella sua originaria edizione, realizzava un pieno programma di violazione e anzi di repressione del pluralismo esterno»; per una salvaguardia della libertà di autodeterminazione del paziente fondata sui valori affermati in Costituzione, tra cui, su tutti, artt. 3, 13, 19, 32 Cost., v., G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita, tra attualità della sua espressione, rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno*, cit., 485 ss., 499 ss., 502.

Sul piano delle proposte avanzate⁹¹, non può considerarsi soddisfacente quella relativa alla elaborazione di “spazi liberi dal diritto”, secondo cui, in relazione a problematiche di tipo etico quali quelle che ci occupano, l’ordinamento si asterebbe dall’intervenire, si attesterebbe in una posizione di neutralità, e lascerebbe la scelta alla coscienza di un soggetto responsabile, in assenza di una previsione normativa, né di approvazione né di condanna⁹².

Il riconoscimento di tali spazi, pur risultando sensibile a profili bioetici molto delicati, nonché ispirato al pluralismo costituzionalmente affermato e caratterizzante la nostra società, non può trovare accoglimento, in quanto, proprio perché riferito alla disciplina di situazioni che interessano i diritti fondamentali della persona, li lascerebbe, in violazione della legalità/riserva di legge/determinatezza, privi di una indispensabile disciplina legislativa.

Infatti, le teorie dello “spazio libero dal diritto”, che prevedono, dunque, “fatti non vietati, né approvati”, risultano tradizionalmente esposte alla critica secondo cui, questioni tanto rilevanti e drammatiche, che coinvolgono beni fondamentali della persona, è necessario che vengano normativamente regolamentate, senza poter essere lasciate ad una sorta di codice di autodisciplina da parte della società⁹³.

⁹¹ Per una attenta rassegna delle soluzioni proposte per individuare la natura giuridica della non punibilità nelle situazioni patologiche oggetto del presente lavoro, v., A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 67 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 153 ss.; per, F. PALAZZO, *La tutela della persona umana: dignità, salute, scelte di libertà*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019, 9, «nel momento in cui la malattia entri quale condizione di riconoscimento della libertà di autodeterminazione a morire, sorge subito la necessità di un rigoroso e dettagliato disciplinamento delle condizioni e delle modalità di riconoscimento ed esercizio di quella libertà».

⁹² M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, cit., 97 ss., afferma che «da questo stallo finirebbe per nascere un “rechtsfreier Raum”, uno spazio giuridicamente libero dove la condotta non è né lecita, né vietata, ma semplicemente non disciplinata giuridicamente: una sorta di *tertium genus* fra il lecito e l'illecito, il “non vietato” (ma neppure “approvato”) reso opportuno dall'esigenza di dare spazio al pluralismo etico senza operare scelte coercitive e necessariamente di parte»; al riguardo, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., pp. 222-223, osserva che «le teoriche sopra esaminate – [tra cui quella relativa al] lo spazio libero dal diritto – non hanno mancato di denunciare il loro limite sistematico, ovvero il non essere in grado di scongiurare effetti paradossali, se non in virtù di ragionevoli deroghe ermeneutiche»; sul tema, si veda, F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in AA.VV., *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, a cura di M. Donini-R.Orlandi, Bologna 2010, pp. 293 ss., 314.

⁹³ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, cit., 98.

Laddove, dunque, il modello teorico dello spazio libero dal diritto non prevede nessuna procedura legislativamente tassativizzata, una differente, e più soddisfacente, soluzione mediante cui dare riconoscimento all'autonomia del singolo, in combinato con l'arretramento di opzioni paternalistiche⁹⁴, potrebbe risultare la elaborazione di una causa di giustificazione procedurale⁹⁵.

In tali circostanze, lo Stato riconosce che una decisione sulla legittimità sostanziale del fatto è problematica, tuttavia non rinuncia a disciplinare la materia, descrivendo una procedura che, tenendo conto dei bilanciamenti degli interessi in gioco, lascia al singolo individuo la scelta autonoma⁹⁶. Senza il rispetto della procedura l'opzione non è consentita, pertanto si tratta di "giustificazioni procedurali".

La procedura, che dovrà essere legislativamente determinata, non ha soltanto un carattere meramente formale, quanto piuttosto il sostanziale compito di disciplinare l'articolazione di situazioni etiche e tecniche, la cui sussistenza determina la legittimazione di fatti lesivi altrimenti punibili⁹⁷.

⁹⁴ Sulla necessità di superare incriminazioni di natura paternalistica, a favore di incriminazioni di offese che determinino "danno ad altri", con specifico riferimento al tema del biodiritto penale, in relazione alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, v. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. "paternalismo penale"*, cit., 1637 ss., 1641 ss.

⁹⁵ Sulla proposta introduzione della scriminante procedurale con riferimento al tema che ci occupa, cfr., senza pretese di esaustività, M. DONINI, *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in AA.VV., a cura di M. Donini-R.Orlandi, *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, cit., p. 263, secondo cui, «non si tratta di spazio libero dal diritto»; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 27 ss., 30; ID., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 92. ss.; ID., *La necessità di diritti infelici*, cit., 555 ss.; con riferimento alle fattispecie di cui all'art. 579 c.p., A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 79; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., p. 308 ss.; ID., *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., pp. 73 ss., 77-78; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., pp. 153 ss., 247 ss.; ed ancora, fondamentali, A. ESER, *Sanktionierung und Rechtfertigung durch Verfahren*, in W. Hassemer zum 60. Geburtstag, in *KritV, Sonderheft, Nomos*, Baden Baden 2000, 43 ss.; W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für E.G. Mahrenholz*, Baden Baden 1994, p. 731 ss.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali. Tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 1269 ss.

⁹⁶ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 100.

⁹⁷ V., A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., pp. 137 ss., 141, che evidenzia come, «il nuovo modello legislativo procedurale di giustificazione (...) sembra destinato a contribuire alla individuazione di forme di legittimazione *ex ante* di condotte che, seppur lesive di beni, vengono valutate come non antigiusuridiche nel diritto penale della società dei diritti».

Si tratta di una nuova idea di giustificazione che determina una legittimazione *ex ante*, fondata su condizioni di liceità che rendono non vietata e non impedibile la lesione realizzata⁹⁸.

A tal riguardo, è stato osservato in senso critico che il riconoscimento di tale soluzione comporterebbe l'introduzione di una scriminata nell'ambito della quale il bilanciamento tra i beni dell'autodeterminazione e della vita del paziente propenderebbe a favore del primo, e le modalità procedurali che renderebbero lecita la fattispecie, sarebbero sempre soggette *ex post* al controllo del giudice⁹⁹. Tuttavia, tali perplessità vanno considerate alla luce del riconoscimento di una struttura procedurale che non abbia natura meramente dichiarativa, quanto piuttosto, costitutiva¹⁰⁰.

Al fine di trovare un contemperamento tra la inviolabilità del bene vita e la indisponibilità della persona, e di tutelare la dignità di individui in situazioni di sofferenze quali quelle trattate in questa sede, si impone la definizione di strumenti dommatici di garanzia che, neutri rispetto ad eventuali opzioni etiche, risultino compatibili con il pluralismo dei valori che impronta il nostro ordinamento, «in nome di un ragionevole compromesso per una bioetica costituzionalmente laica ed in grado di garantire un dialogo tra "stranieri morali" su cui fondare un biodiritto penale di uno Stato non confessionale»¹⁰¹.

Per il perseguimento di tale finalità, e a salvaguardia delle garanzie necessarie, risulta auspicabile una soluzione di natura personalistico-solidaristica, improntata alla laicità e al pluralismo ideologico-culturale costituzionalmente affermato¹⁰², ed in cui riserva di

⁹⁸ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., pp. 27 ss., 141-142, 221 ss., 244, 300-301.

⁹⁹ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali. Tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, cit., 1286.

¹⁰⁰ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 221 ss., 223, 228.

¹⁰¹ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., pp. 126-127; S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, cit., 58; sul tema, per L. EUSEBI, *Vincoli legali nell'attività sanitaria, considerazioni economiche e un quarantennale. Profili di attualità del dialogo in bioetica*, cit., 788, «il problema di fondo dal punto di vista bioetico non è dato dal fatto che esistano sensibilità differenti. Piuttosto la bioetica fallisce nel suo ruolo critico, ove non vi sia la disponibilità a un reciproco ascolto serio delle analisi e delle argomentazioni proposte in buona fede da ciascun interlocutore, né a ricercare, valorizzandolo, quanto non di meno si possa condividere. Appare opportuno, allora, riconsiderare il ruolo dell'etica, e segnatamente della bioetica, come terreno (pluralistico, ma non divisivo) dell'interrogarsi e del dialogo».

¹⁰² Molto chiaro, in proposito, il contributo di, L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere al "diritto di morire"*, cit., p. 84, secondo cui, «una normativa laica garantisce la libertà di scelta e di coscienza

legge e determinatezza si impongono quali strumenti indispensabili per una determinazione normativa di “diritti infelici – quello di morire e di aiuto nel morire”, che è indispensabile che vengano messi al riparo da eventuali, mobili, applicazioni giurisprudenziali¹⁰³.

In accoglimento di tali acquisizioni, il ricorso alla giustificazione procedurale si rende necessario per l’affermazione della non anti-giuridicità di una condotta che, seppur lesiva, risulta legittimata *ex ante* in quanto proceduralmente non vietata, e dunque lecita¹⁰⁴.

Sul piano politico-criminale, la giustificazione procedurale svolge un ruolo di salvaguardia di valori fondamentali mediante la legittimazione, in via legislativamente predeterminata, di condotte pur sempre lesive.

di tutti. Una normativa ideologicamente connotata criminalizza le condotte di vita di chi la pensa diversamente»; in tal senso, si veda, D. L. NOVIA, *Caso Cappato: il non liquet della Corte costituzionale. Al Parlamento ogni opportuna riflessione ed iniziativa in materia di fine vita*, cit., 6, che evidenzia come, «i principî costituzionali di laicità e pluralismo, comuni ai moderni Stati liberali, escludono (...) che il diritto possa sanzionare una condotta per il solo fatto che essa contrasti con concezioni morali o religiose altrui, per quanto dominanti. Ciascuno ha diritto di comportarsi secondo le proprie convinzioni morali, fintanto che la sua condotta non leda o ponga in pericolo i diritti e le libertà altrui, compresa la libertà di agire secondo altre convinzioni morali. In uno Stato laico, non è compito del diritto penale imporre concezioni morali a cittadini adulti, ma soltanto tutelare i consociati da condotte altrui, offensive (...) di beni giuridici di una o più persone. Non si può, quindi, punire la persona che abbia leso o messo in pericolo esclusivamente beni giuridici propri, per quanto si ritenga immorale tale condotta».

¹⁰³ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 129; M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali. Tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, cit., 1269 ss., 1285-1286 osserva che le giustificazioni procedurali rischiano di riecheggiare il cd. spazio libero dal diritto, e, a tal riguardo «non riesce a convincere l’idea che il medesimo fatto possa essere non conforme al diritto ma non vietato, e pertanto non permesso e non vietato nello stesso tempo. Indispensabile è invece che (...) si ricavi dalla legge se un fatto è vietato oppure no, e se è vietato a cosa si debba la liceità»; sul fondamentale ruolo del principio di legalità anche in ambito di anti-giuridicità, v., P. PISA, *Le scriminanti non codificate*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di C.F.Grosso-M.Pelissero-D.Petrini-P.Pisa, Milano 2017, p. 309.

¹⁰⁴ M. DONINI, *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno*, cit., p. 233 ss., 261; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 235; diversamente, M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia*, cit., 9 ss., propone l’introduzione di una causa di esclusione della colpevolezza, «una speciale causa scusante».

Sul piano dommatico, la giustificazione procedurale, prevede tassative condizioni di liceità, che attraverso la legittimazione predeterminata di condotte lesive, si pongono come strumento per l'affermazione di uno "spazio di diritto libero dall'illecito"¹⁰⁵.

Riguardo al tema che ci occupa¹⁰⁶, la procedura giustificante, improntata all'osservanza del principio di autodeterminazione terapeutica¹⁰⁷ ex art. 32 co. 2 Cost., potrebbe risultare fondata sulla presenza di alcune condizioni, fondamentali ai fini della disciplina delle fattispecie concrete da sussumervi, tra cui quelle descritte nella su citata ordinanza costituzionale n. 207 del 2018¹⁰⁸, e recepite nella successiva sentenza

¹⁰⁵ V., A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 221 ss., 244; a tal riguardo M. DONINI, *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno*, cit., p. 263, evidenzia che «in materia di bioetica entra in gioco il pluralismo dei valori in un conflitto etico così evidente, che può funzionare solo un permesso anticipato, ma mai tale da elidere il fatto tipico. Il meccanismo è semplicissimo: lo Stato non impone una scelta autoritativa, e dunque fa un passo indietro rispetto al passato. Non si tratta tuttavia di "spazio libero dal diritto". Consente un aborto, una interruzione di terapia salvifica, oppure forme di suicidio assistito o di eutanasia consensuale. Lo fa, però, a determinate condizioni, il cui rispetto è essenziale per la liceità del fatto»; sull'imprescindibile ruolo della determinatezza, oltre che in ambito di descrizione del tipo, per finalità parzialmente differenti, anche nel campo delle cause di giustificazione, v., fondamentale e sempre attuale, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 1998, pp. 60 ss., 67; sul concetto del "catalogo aperto delle cause di giustificazione" in cui «può assumere rilievo qualsiasi criterio di giustificazione desumibile dall'ordinamento», v., E.M. AMBROSETTI, *Antigiuridicità*, in *Il reato. Trattato breve di diritto penale*, a cura di G.Cocco-E.M.Ambrosetti, Padova 2017, pp. 137 ss., 139; per alcune riflessioni critiche su tale modalità di "legalizzazione" dell'aiuto al suicidio, in quanto «occorre effettuare una valutazione accurata dei rischi connessi alle scelte di legalizzare le condotte eutanasiche e il cd. suicidio assistito», v., S. CANESTARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, cit., 19, «una simile disamina [, continua l'Autore,] dovrebbe essere svolta alla luce di maggiori e approfondite conoscenze empiriche sui criteri che consentono di verificare con certezza la validità e la genuinità della richiesta del paziente in stretta correlazione con le patologie prese in considerazione»; sul tema dell'appiattimento della Corte, in ordine alla fissazione dei criteri su cui fondare la non punibilità, sulle particolarità del caso Cappato, ed in specie in senso critico sul criterio della dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale, v., G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, cit., 2.

¹⁰⁶ Per una esaustiva catalogazione delle differenti categorie di cause di giustificazione procedurali, riferite ai differenti settori del diritto penale, v. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 305 ss.

¹⁰⁷ Sulla ampia portata del concetto di autodeterminazione, L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., p. 289; sull'imprescindibile ruolo della autodeterminazione del paziente su cui fondare la non punibilità nelle circostanze che ci occupano in questa sede, v., A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 79 ss.

¹⁰⁸ Corte cost., *Ord. n. 207 del 2018*, cit., p. 5; S. CANESTARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, cit., 1 ss., 9 ss.

costituzionale n. 242 del 19 settembre 2019¹⁰⁹. Il riferimento è alla irreversibilità della patologia, alla intollerabilità delle sofferenze fisiche e/o psicologiche, alla sopravvivenza del malato che si realizzi attraverso trattamenti di sostegno vitale¹¹⁰, alla capacità del paziente di prendere decisioni libere e consapevoli, o avere espresso chiare volontà in tempi in cui ne deteneva le facoltà, nonché ad un processo decisionale ed esecutivo che si risolva nell'ambito del rapporto di fiducia tra medico e paziente, all'interno di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale.

L'accoglimento di una simile soluzione potrebbe risultare utile ad escludere la punizione di condotte indispensabili per il riconoscimento del diritto del malato, che, in osservanza del dettato costituzionale e nel rispetto del proprio concetto di dignità, risulta legittimato a poter scegliere per sé¹¹¹.

Tale proposta risulta finalizzata al perseguimento delle garanzie connesse con le funzioni politico criminali assegnate, in una moderna dottrina teleologicamente orientata, alle categorie della tipicità e della antigiuridicità – tutela della libertà personale e risoluzione dei conflitti sociali, individuali e/o super individuali¹¹².

Ad ogni modo, stanti le differenti posizioni in ordine alla procedura di “legalizzazione” dell'aiuto al suicidio, nonché le difficoltà connesse con la complessa

¹⁰⁹ *Sent cost. n., 242 del 2019*, cit.

¹¹⁰ Sulla potenziale ampiezza di tale parametro, v., per tutti, M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 16; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., 51; F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre dj Fabo: la nozione di “trattamenti di sostegno vitale” nella sentenza sul caso Trentini*, cit., 1 ss., 6 ss.

¹¹¹ Per un ulteriore contributo in termini di regolazione tassativa della materia, in un'ottica secondo cui tale disciplina venga inserita nel contesto della l. n. 219 del 2017, v., *Ord. Cost. n. 207 del 2018*, cit., pp. 5-6, in cui la Corte fa riferimento ad ulteriori elementi da tenere in considerazione, quali, ad esempio, «le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo processo medicalizzato, l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura»; sui suggerimenti di riforma prospettati dalla Corte, v., C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nella autodeterminazione alla morte*, cit. par. 5; L. EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, cit., 1159, nell'ambito di un'analisi delle prospettive connesse con l'alleanza terapeutica condivisa tra medico e paziente e il modello unidirezionale rappresentato dai testamenti biologici e le DAT, afferma che il secondo confinerebbe «il medico in un ruolo, deontologicamente e professionalmente, improponibile, di carattere soltanto esecutivo».

¹¹² Per tutti, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit, *passim*; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*; ID., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.

tassativizzazione dei relativi parametri¹¹³, ai fini del perseguimento del diritto umano fondamentale di ricevere, nella parte finale della propria esistenza, un adeguato supporto finalizzato al controllo della sofferenza, nel rispetto della dignità, risulta indispensabile la diffusione della terapia del dolore e delle cure palliative, in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale, al fine di escludere che la estrema richiesta – di aiuto a morire – possa essere determinata dalla necessità di evitare sofferenze che, piuttosto, potrebbero risultare evitabili¹¹⁴.

¹¹³ Per una analisi critica sui rischi derivanti dalla tassativizzazione delle condizioni di liceità, G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, cit., 2.

¹¹⁴ S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, cit., 20-21.