

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 30/03/2019

AUTORE: Francesca Paruzzo *

DIRITTO E DIRITTI DI FRONTE ALLA DECISIONE DI MORIRE

Sommario: 1. Diritto di morire o “dovere di essere”? Brevi premesse. - 2. Il suicidio: tra tragicità individuale e rilevanza sociale. - 2.1. Legislazione ordinaria: depenalizzazione del suicidio, nuove forme di reato e principi di indisponibilità. - 2.2. Suicidio e Costituzione. Un mutamento di prospettiva? - 2.3. Diritto alla vita e principio di solidarietà. I diversi fattori in gioco. - 2.3.1. Diritto alla vita e dovere di vivere. Due lati di una stessa medaglia? - 2.3.2. Il principio di solidarietà. Un limite alla configurazione del diritto di morire? - 3. Il suicidio. Libertà di fatto o diritto? - 4. Dal suicidio all'eutanasia. Quadro di analisi e principi in gioco. - 5. Lasciarsi morire. Dare la morte. Accompagnare nella morte. A differenti fenomeni, differenti qualificazioni giuridiche. - 6. Il diritto alla desistenza terapeutica: il rapporto medico – paziente, il consenso informato e il rifiuto di trattamenti sanitari. - 7. Eutanasia attiva e diritto di morire. Esiste davvero un vuoto legislativo? - 7.1. Eutanasia attiva e diritto penale. La sua compatibilità con il dato costituzionale. - 7.2. Eutanasia attiva e trattamento sanzionatorio nella giurisprudenza. Alcuni spunti de iure condito. - 7.3 Dj Fabo. L'occasione per la conferma di un'interpretazione; lo spunto per alcune riflessioni de iure condendo e la legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio. - 8. Conclusioni.

1. Diritto di morire o “dovere di essere”? Brevi premesse

Come viene intesa la morte all'interno di un ordinamento giuridico? Il diritto alla vita comprende anche un diritto *sulla vita* e, quindi, la possibile pretesa giuridica di rinunciare alla stessa? Esiste un diritto di morire costituzionalmente garantito?

A fronte di questi interrogativi, punto di partenza imprescindibile non può che essere il suicidio che, con la carica distruttiva che porta con sé, rappresenta la più piena espressione di sovranità del singolo rispetto alla propria esistenza e chiama in causa questioni estremamente complesse. Tale fenomeno, infatti, impone sia considerazioni relative alla più intima natura umana, alla vita come “dover essere” o, meglio, come “dovere-di-essere”¹, alla possibilità per il singolo di autodeterminarsi in relazione alla propria esistenza, anche qualora ciò

* Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto e Istituzioni presso l'Università di Torino.

¹ VITALE V., *L'antigiuridicità “strutturale” del suicidio*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1983 p. 461.

comporti la scelta estrema del morire, sia un'analisi dei caratteri propri di ogni organizzazione politica, nel necessario rapporto – e spesso scontro – tra la libertà personale dell'individuo e il ruolo dello Stato.

Il primo aspetto porta necessariamente a chiedersi se il diritto alla vita di cui ogni essere umano è titolare, presupposto per il godimento di ogni altro diritto e in funzione della cui protezione la società è originata, contenga in sé anche un comando di vivere a prescindere dal fatto che esso sia o meno previsto da un precetto normativo.

Secondo Jean Améry², prima del “salto” ciascuno, con la propria vicenda interiore, straccia una norma della natura secondo cui *bisogna vivere*. Questo stesso richiamo alla natura si fa emblematico nel dialogo tra Plotino e Porfirio ne *Le operette morali* di Leopardi. In esso si confrontano due visioni radicalmente contrapposte; da una parte quella di Porfirio che si chiede: “*ma con qual barbarie si può paragonare [...] che all'uomo non sia lecito di por fine a' suoi patimenti, ai dolori, alle angosce, vincendo l'orrore della morte e volontariamente privandosi dello spirito? [...] la morte, non che sia veramente un male, come detta l'impressione primitiva; anzi è il solo rimedio valevole ai nostri mali, la cosa più desiderabile agli uomini, e la migliore*”³. Dall'altra, al contrario, quella di Plotino che, con la stessa veemenza, si trova a sostenere come “*la natura stessa par che c'insegni che il levarci dal mondo di mera volontà nostra, non sia cosa lecita. [...]. Anzi, per dir meglio, è l'atto più contrario a natura che si possa commettere. Perché tutto l'ordine delle cose saria sovvertito, se quelle si distruggessero da se stesse*”⁴.

Sono concezioni inconciliabili, non riducibili a un compromesso e che, come detto, si innestano su un discorso più ampio che impone di soffermarsi sulla percezione che ogni organizzazione collettiva ha sviluppato riguardo a tale gesto, nonché sull'analisi del rapporto tra Stato e individuo; si deve, infatti, valutare come tale atto si definisca dall'esterno, dal punto di vista dei doveri del singolo nei confronti della società o di se stesso, per poi arrivare a cercare di dare una risposta a un'unica questione fondamentale: chi sia il titolare ultimo dell'esistenza umana e se si possa pervenire a un'affermazione di liceità della condotta del suicida – a prescindere dalla sua non sanzionabilità – tale per cui questo gesto possa configurarsi come pretesa giuridica nei confronti dei terzi e della collettività.

Affrontate queste tematiche, si potrà, quindi, procedere nell'esame di questioni ulteriori e logicamente successive, quali quelle attinenti alle scelte di fine vita in ambito medico che, a causa dell'impatto sempre più pervasivo delle scoperte scientifiche sui momenti fondamentali dell'esistenza umana, chiamano a riflessioni urgenti sulla loro legittimità, sulla loro configurabilità come diritti e pretese nei confronti dello Stato o, al contrario, sul loro costituire un'imprescindibile sfera di azione dell'ordinamento.

² AMERY J., *Levar la mano su di sé*, prima edizione italiana, Bollati Boringhieri, Torino, 1990.

³ LEOPARDI G., *Operette morali*, nell'edizione Barbera, Trento, 2010, p. 274.

⁴ LEOPARDI G., *Operette morali*, cit. p. 276.

2. Il suicidio: tra tragicità individuale e rilevanza sociale

Del suicidio si sono occupate e si occupano tuttora tanto le scienze sociali quanto le scienze morali: dalla psicologia alla sociologia, dalla filosofia alla religione fino alla letteratura⁵, che, in molti casi, ha ben descritto questa scelta di “morte libera”⁶ da parte di chi, indipendentemente dalla più o meno importante giustificazione o comprensione razionale, avverta di trovarsi in una situazione di vacuità inconfondibile e unica⁷.

In tutti questi casi, il comune denominatore è dato dalla presenza di una persona che, uccidendosi, decide di disporre della propria esistenza, sceglie il quando e il come della propria morte e agisce contro il proprio corpo che diventa mero involucro di una vita considerata non più “degnata di essere vissuta”. Tale gesto costituisce, quindi, la risposta estrema a una condizione di sofferenza, qualunque ne sia la causa⁸, avvertita come senza rimedio o via d'uscita.

Affrontare tale gesto da un punto di vista giuridico, però, implica la consapevolezza di come esso, pur nella sua tragicità individuale, assuma una rilevanza sociale immanente in ogni organizzazione collettiva⁹.

⁵ Si può pensare, solo per citarne alcuni, a Goethe ne *I dolori del giovane Werther*, a Foscolo ne *Le ultime lettere di Jacopo Ortis* o a Dostoevskij ne *Il diario di uno scrittore* o ne *I Demoni*. Si passa dal suicidio per un amore tormentato a quello logico, razionale, concepito come atto di estrema libertà. In tutti questi casi, però, si afferma come senza la paura del dolore e dell'“altro mondo”, nessuno avrebbe più remore ad uccidersi.

⁶ AMERY J. *Levar la mano su di sé*, cit.; nel testo, la locuzione “morte libera” traduce la parola Freitod.

⁷ Emblematica, a riguardo, è una delle ultime interviste a Primo Levi dal titolo *Ad Auschwitz non si pensava al suicidio*, pubblicata dal quotidiano La Stampa in data 27.01.2007 in cui, poco tempo prima di togliersi la vita, afferma che “nessuno [...] è in grado di capire un suicidio. Per lo più non lo capisce neppure il suicida: è raro che chi si uccide sappia la vera ragione per cui lo fa. Non c'è un rapporto preciso fra l'esperienza del lager e il suicidio. Anzi nel lager il suicidio era praticamente assente. [...] Io ho una mia teoria personale e penso che il suicidio sia un atto altamente personale ed intellettuale, se si vuole patologico, ma gli animali non si suicidano. Ed in lager la vita era quella dell'animale: non c'era tempo per pensarci, c'era da pensare a mangiare, a proteggersi dal freddo, a proteggersi dalle botte. Il tempo per meditare sulla vita e sulla morte e di scegliere per il suicidio non c'era”.

⁸ Si pensi al tasso di suicidi correlato ai momenti di crisi economica, particolarmente aumentati negli ultimi anni. In quest'ultimo caso, gli individui sono chiamati improvvisamente a ridurre le proprie esigenze, a porsi dei limiti dati dal trovarsi costretti a condizioni diverse da quelle a cui erano abituati e dal non riuscire più ad assicurare uno stile di vita dignitoso al proprio nucleo familiare. La sofferenza che queste situazioni causano determina, così, “una inidoneità alla condizione sopravvenuta la cui semplice prospettiva è intollerabile. http://www.eures.it/upload/doc_1305878239.pdf. Suscitano, poi, particolari interrogativi e richiedono analisi approfondite i casi in cui tale atto è compiuto all'interno di particolari istituzioni “obbliganti” quali il carcere (Cfr. MANCONI L. e TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*. Carocci Editore, Roma, 2015; PELANDA D., *Mondo recluso: vivere in carcere in Italia oggi*, Effatà Editrice, Cantalupa (TO), 2010, p. 45; BERTANI M., *Si continua a morire nell'indifferenza del mondo*, in *Carceri strapiene... addio art. 27 della Costituzione? Dossier sovraffollamento – testimonianze e informazioni*, Ristretti Orizzonti, 2009, p. 41; *Nuovo suicidio in carcere: eguagliato il record nella storia della Repubblica*, 20 dicembre 2000, comunicato stampa, Osservatorio permanente sulle morti in carcere) o l'esercito (GIAMPIERI E., CLERICI M., *Il suicidio oggi. Implicazioni sociali e psicopatologiche*, Edizioni Springer Verlag, Milano, 2013, p. 221 e ss; il tema del suicidio tra militari e forze dell'ordine oscilla, in genere, tra estremo riserbo degli organi ufficiali e “grida d'allarme” della stampa e dall'opinione pubblica. Allo stato attuale, si rileva come tra le Forze armate il suicidio costituisca la terza causa di morte. Cfr. anche CENDON P., GAUDINO L., *Il suicidio e la responsabilità*, Key Editore, Vicalvi (FR), 2015 p. 45 ss.).

⁹ Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità, in base alle stime riportate nel primo rapporto globale sulla prevenzione del suicidio – *Preventing Suicide. A global imperative* -, ogni anno si suicidano circa 800.000 persone - http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/ e http://www.sieds.it/oldsite/pdf_word/focus/Economic_%20and_Social_Focus_SIEDS0111.pdf. Per ciò che attiene

Dall'analisi del rapportarsi tra lo Stato e l'individuo con le sue scelte, emerge, infatti, come, a partire dalla Rivoluzione francese, si sia assistito a un processo in cui la morte volontaria, inizialmente penalmente sanzionata¹⁰, ha incominciato ad affermarsi come spazio di

alla situazione italiana, invece, in base al comunicato stampa trasmesso dall'ISTAT in data 8 agosto 2012 e relativo a "Tendenze, confronti internazionali e avvertenze per l'uso delle statistiche sui suicidi" inerente al periodo 1993/2009 si evince come, in Italia si "registra uno dei più bassi livelli di mortalità per suicidio. Tra il 1993 e il 2009 la mortalità è diminuita significativamente da 8,3 a 6,7 suicidi ogni centomila abitanti, con piccole variazioni su livelli storicamente bassi negli ultimi anni"; inoltre "analizzando i quozienti per classe di età, risulta evidente come il fenomeno dei suicidi cresca all'aumentare dell'età: da 1,4 suicidi per centomila abitanti fra gli under 25 si arriva a 6,1 tra i 25-44enni, 8,4 fra i 45-64enni fino a 11,3 fra gli ultra sessantacinquenni che è otto volte più alta rispetto alla classe più giovane. La composizione per sesso evidenzia la maggiore propensione dei maschi al suicidio, più di tre volte superiore a quella delle femmine. Il tasso più alto è raggiunto dagli uomini anziani con 21 per centomila abitanti". Altresì, di particolare interesse è il working papers dell'Istat n. 15/2015 che ha analizzato le diverse cause di morte. http://www.istat.it/it/files/2015/07/Istat-Working-Papers_15_2015.pdf, o il Rapporto Osserva Salute 2017 sullo stato di salute della popolazione e sull'assistenza sanitaria nelle Regioni italiane pubblicato dall'Osservatorio nazionale dell'Università cattolica di Roma - <https://www.osservatoriosullasalute.it/osservasalute/rapporto-osservasalute-2017#> - che analizza come i principali fattori di rischio dell'azione suicidaria sono rappresentati dal genere maschile, dall'età anziana, dalla presenza di un disturbo psichiatrico e dall'abuso di sostanze. Anche i fattori di tipo culturale, ambientale e socio-demografico possono giocare un ruolo nel determinare la variabilità dei tassi di suicidio

¹⁰ Un'utile ricostruzione storica è quella operata da MARRA R., *Suicidio e diritti. Un'alternativa a costruzioni eziologiche e programmi terapeutici*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1 del 1990, p. 211 ss.; MARRA R. *Suicidio, diritto e anomia, Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1987. Il primo caso di abrogazione di norme di condanna del suicidio si ha con Federico II di Prussia che, facendoci interprete e antesignano del nuovo spirito, emana due editti, nel 1747 e nel 1751, per abolire il reato (CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte del paziente competente*, in CANESTRARI S., RODOTA' S., ZATTI P., FERRANDO G., MAZZONI C.M. (a cura di), *Il Governo del corpo. Trattati di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1804); è la Rivoluzione francese, però, con la sua ambizione di fare tabula rasa del passato, a segnare il punto di svolta di un generale processo di depenalizzazione, in forza del quale il suicidio è eliminato dalla lista dei delitti legali. Il Code pénal del 1791 abroga tacitamente la legislazione dell'*Ancien régime* sul suicidio pur non intervenendo sulla materia; nel 1793 la Convenzione reintroduce i principi del diritto romano per cui il patrimonio degli imputati che si danno la morte nel corso del processo doveva essere devoluto al fisco. Già l'anno successivo, però, nella stessa Convenzione si introduce la disposizione di restituire i beni nel frattempo confiscati alle famiglie. Cfr. MARRA R. *Suicidio, diritto e anomia, Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, cit. p. 91. Ci si rende conto, infatti, che il suicidio non può essere oggetto di istituzionalizzazione legale perchè è anomico l'agire dell'uomo nei confronti della società; muta, così, l'interpretazione del legame tra individuo e Stato e si relega su un piano secondario, privato e non normativizzato, la concezione del rapporto tra singolo e divinità. È emblematica la proposta, avanzata da Lazare Carnot, di inserire un nuovo diritto nella Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino del 1793, mai entrata in vigore, che avrebbe dovuto recitare: "ogni cittadino ha il diritto di vita e di morte su se stesso; quello di parlare scrivere, stampare, pubblicare i suoi pensieri. Cfr. SAITTA A., *Costituenti e costituzione della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 88-. Sono poche le legislazioni che non si adeguano alla trasformazione in atto, mantenendo disposizioni repressive della morte volontaria. Una delle più longeve e rigide è, senza dubbio, quella inglese; infatti, se fin dal X secolo il suicida era accostato a ladri e assassini è solo nel 1851 che sono abolite le pene previste contro il cadavere, quali l'uso di trascinare il corpo, infilzato in un bastone, per seppellirlo, poi, senza alcuna cerimonia; è soltanto nel 1870, poi, che viene meno la previsione della confisca del patrimonio. In realtà, nonostante l'abrogazione di queste disposizioni repressive, il suicidio continua ad essere qualificato come reato fino all'emanazione del *Suicide Act* del 1961 per quanto, in realtà, la giurisprudenza già tendesse a disapplicare la norma facendo ricorso alla scriminante dell'infermità mentale. Per ciò che attiene, più nello specifico, al nostro Paese, si può notare come anche in questo caso, con il razionalismo illuministico, viene progressivamente, ma lentamente, a ridursi la criminalizzazione del suicidio: le costituzioni piemontesi del 1770 e quelle modenesi del 1771 prevedevano ancora, oltre alla nomina di un curatore, una pena affittiva rivolta a chi si fosse ferito con lo scopo di darsi la morte o avesse compiuto atti prossimi ad essa. Cfr. PERTILE A., *Storia del diritto italiano*, in *Storia del diritto penale*, Tipografia alla Minerva dei Fratelli Salmin, 1876, p. 510. Diverso, più in linea con l'evoluzione del pensiero giuridico, si pone, invece, la riforma, da parte di Pietro Leopoldo, nel 1786, della legislazione criminale meglio nota come la Leopoldina che esclude la morte volontaria dal novero delitti. Ultimo esempio, invece, di criminalizzazione del suicidio nella penisola, si ha, nel 1839, con il Codice penale

libertà e di non ingerenza da parte dello Stato nella sfera più intima del singolo; mai, però, come espressione di un diritto.

La progressiva decriminalizzazione del suicidio, invero, si è accompagnata a una pressoché contestuale penalizzazione delle condotte partecipative, attraverso l'introduzione delle fattispecie penalistiche dei delitti di istigazione e aiuto al suicidio, nonché, in epoca successiva, di quella dell'omicidio del consenziente.

2.1. Legislazione ordinaria: tra depenalizzazione del suicidio, nuove forme di reato e principi di indisponibilità

In Italia, è il codice Zanardelli del 1889¹¹ a incriminare per la prima volta l'ipotesi dell'aiuto al suicidio.

Questa disposizione condannava una partecipazione delittuosa, morale o materiale, che acquisiva rilevanza, da un lato, solo in quanto la morte si fosse effettivamente verificata e, dall'altro, solo se il suicida si fosse trovato, nel momento in cui era aiutato o determinato a compiere tale atto, in piena capacità di intendere e volere; in caso contrario, venendo meno un presupposto fondamentale per il configurarsi di tale fattispecie, il titolo di reato mutava in omicidio volontario.

Nulla si prevede, invece, fino al Codice Rocco del 1930, circa la fattispecie dell'omicidio del consenziente.

Quello in cui entra in vigore tale Codice penale era un contesto fortemente connotato in termini organicistici, in cui l'ideologia fascista considerava la Patria come "legge e religione, che richiede l'assoggettamento del particolare a un interesse generale e perenne"¹², in cui l'esigenza e i requisiti della colpevolezza trovavano la propria giustificazione, in un'ottica funzionalistica, negli scopi della pena¹³ e in cui non vi era spazio per pretese individuali di autodeterminazione: il singolo poteva solo agire e pretendere di agire secondo il proprio dovere.

Pur in un quadro di tal genere, però, senza mettere in discussione l'indisponibilità del bene vita, si inizia a far strada l'idea per cui "la responsabilità giuridica dell'agente, per un atto che leda un altrui diritto" debba essere stabilita "dalla qualità dei motivi determinanti all'azione, secondo che siano giuridici o anti-giuridici, legittimi o illegittimi, [...] sociali o anti-

promulgato dal Re di Sardegna, Carlo Alberto, il cui art. 585 indicava, che chiunque volontariamente si fosse dato la morte, sarebbe stato "considerato dalla legge come vile e, incorso nella privazione dei diritti civili, le disposizioni di ultima volontà che avesse fatte", sarebbero state "nulle e di niun effetto: sarebbe stato, inoltre, il medesimo, privato degli onori funebri di qualunque sorta". Cfr. BARGAGLI M., *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 131.

¹¹ Cfr. LOLLINI S. *Istigazione al suicidio altrui; art. 370 del codice penale. Saggio estratto dall'opera di prossima pubblicazione*, Tipografia Aldo Cappelli, Modena, 1895, p. 89.

¹² GENTILE G., *Che cosa è il fascismo*, ora in CAVALLERA H.A. (a cura di), *Politica e cultura*, I, Le Lettere, Firenze, 1990, p. 22.

¹³ PULITANO' D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 296.

sociali. [...] Allora è chiaro che se il consenso è estorto con violenza o con frode, l'atto è un vero omicidio”¹⁴; non in caso contrario.

Si delinea, così, il pensiero per cui lo Stato, se da una parte è tenuto a tutelare, tra i suoi membri, coloro i quali non siano in condizioni di autodeterminarsi in relazione alla propria esistenza, dall'altra ha il dovere di arretrare, se pur parzialmente, rispetto al consenso espresso da una persona pienamente in grado di intendere e di volere e nei confronti di chi sia mosso da sentimenti di pietà.

Il nuovo Codice penale, inoltre, riformula la disciplina inerente la fattispecie dell'istigazione e aiuto al suicidio¹⁵, accomunando, però, sotto il medesimo illecito, figure estremamente eterogenee: da una parte, chi determini l'insorgere o il rafforzarsi dell'altrui intenzione al suicidio – istigazione –, attraverso un'azione di pressione psichica¹⁶ “che offra una motivazione in concreto determinante a una volontà cosiddetta normale¹⁷”; dall'altra, chi fornisca aiuto materiale a chi abbia già autonomamente maturato l'idea di porre fine alla propria esistenza – aiuto - .

Si ha, quindi, omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa; si ha, invece, istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, posta in essere di mano propria, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione della stessa¹⁸. Tali gesti, di per sé non illeciti, “mutuano il proprio disvalore da una presunta anti-giuridicità dell'atto suicidario che determina l'evento morte”¹⁹.

Il suicidio, infatti, in questi casi, viene a configurarsi non “come condotta tipica di un illecito posto a carico di un soggetto diverso rispetto al suo autore materiale, ma al contrario come evento, sia pur come evento estremamente atipico nel suo risultare eziologicamente legato anche all'attività consapevole di persona diversa rispetto a quella che, della complessiva dinamica suicidaria, sarà penalmente chiamata a rispondere”²⁰.

¹⁴ FERRI E. *L'omicidio – suicidio: responsabilità giuridica*, Fratelli Bocca, Torino, 1895, p. 31-32.

¹⁵ CONTINIELLO A., POGGIALI G.F., *Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio nell'ordinamento italiano e sovranazionale*, in *Giurisprudenza penale*, n. 4 del 2017; FAENZA F. *Profili penali del suicidio*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., RODOTA' S., ZATTI P. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, p. 1801 ss.; *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2001; VIGANO' F. (a cura di), *Reati contro la persona*, in PALAZZO F., PALIERO C.E. (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 403; MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Utet, Torino, 1964, p. 102 ss.,

¹⁶ NUVOLONE P. *Problematica giuridica in Suicidio e tentato suicidio in Italia; Rapporto della Commissione di studio del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 394\395; VAN NINI O. *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale; Istigazione o aiuto al suicidio*, Giuffrè, Milano, 1950, VOL IV, p. 751.

¹⁷ NUVOLONE P. *Problematica giuridica in Suicidio e tentato suicidio in Italia; Rapporto della Commissione di studio del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale*; cit. p. 394-395.

¹⁸ Cass. Pen. n. 3147 del 1998.

¹⁹ SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 725.

²⁰ BALBI G., O. GIRAUD, F. SCLAFANI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, Edizioni scientifiche italiana, Napoli, 1997, p. 28-29.

La legislazione penalistica in questo senso è netta: il processo di depenalizzazione del suicidio, come detto, non apre la strada a una considerazione di totale disponibilità del bene vita: da una parte, riconosce al titolare dello stesso uno spazio di autonomia non sanzionabile; dall'altra, però, accompagnandosi alla criminalizzazione delle condotte partecipative, nega la legittimità dell'intervento di soggetti terzi in un'attività che possa comportare una lesione di quello stesso bene.

2.2. Suicidio e Costituzione: un mutamento di prospettiva?

Il passaggio dallo Stato di diritto legislativo allo Stato costituzionale rappresenta un momento che esercita un forte impatto sul modo di intendere i rapporti tra Stato e singolo, tra diritto e diritti.

Si porta, infatti, a compimento quel processo che nega l'idea per cui la volontà di tutti deve essere, "nella scelta di quel che è necessario per il mantenimento della pace e della difesa, una sola"²¹ e che, pertanto, esalta forme di pluralismo politico e sociale che la Costituzione unifica, modificando la posizione della legge all'interno dell'ordinamento.

Lo Stato costituzionale, con i suoi principi, "richiede un'autocomprensione della scienza giuridica che dia spazio [...] a una dimensione materiale di giustizia che si alimenta di ciò che si esprime nella dinamica della cultura"²².

Sono i diritti della persona, intesa non più come una monade isolata e avulsa dal mondo, ma come entità composta proprio da quei rapporti sociali di relazione che, soli, la sostanziano, ad assumere la forza di legittimare l'intero ordinamento; è la persona stessa, nel suo patrimonio identificativo e irretrattabile, a costituire il soggetto attorno al quale si incentrano diritti e doveri: in questo sta, da un lato, la più piena differenza tra l'impianto personalista della nostra Carta fondamentale e una concezione radicalmente individualista, nonché, dall'altro, la manifestazione di quella pratica concordanza tra elementi propri dei due lati della dicotomia olismo – individualismo che caratterizzano le realtà moderne²³.

Un quadro così rivoluzionato costituisce l'imprescindibile campo di analisi per comprendere se il suicidio costituisca – o meno – espressione di un diritto che il singolo possa esercitare nei confronti dell'ordinamento.

La morte volontaria, rappresentando la manifestazione e l'esecuzione di una volontà distruttiva, impone, infatti, di tenere in considerazione – senza poterne tralasciare alcuno – diversi fattori, tutti apicali all'interno del nostro ordinamento costituzionale: da un lato, l'identità della persona, la sua dignità, il suo diritto di autodeterminarsi in relazione alla propria vita; dall'altro, gli interessi collettivi e sociali alla conservazione dell'esistenza del singolo.

Rivendicare di poter disporre del proprio corpo e della propria integrità fisica, "quale esercizio di una facoltà inerente il contenuto di un diritto su di un oggetto nostro", riconosciamo

²¹ HOBBS T., *De Cive*, nell'edizione Einaudi, Torino, 2004, p. 149.

²² ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 235- 236.

²³ Si veda anche ZAGREBELSKY G., *Società, Stato, Costituzione. Lezioni di dottrina dello Stato degli anni accademici 1986-1987-1988*, Giappichelli, Torino, 1988, p. 23 ss.

to dall'art. 13 della Costituzione, non consente, infatti, di escludere dall'analisi una tensione storica e sociale con l'etica collettiva e l'alterità²⁴, nonché con la tutela accordata al diritto alla vita.

2.3. Il diritto alla vita e il principio di solidarietà: i diversi fattori in gioco

Se fulcro del discorso diventa la tensione tra individuo e alterità, è proprio alla luce di ciò che devono analizzarsi quei principi che, differentemente bilanciati, possono fondare l'esistenza di un diritto di morire: il diritto alla vita, l'eventuale esistenza di un dovere di vivere e il principio di solidarietà.

2.3.1. Diritto alla vita e dovere di vivere. Due lati di una stessa medaglia?

Il diritto alla vita è il primo tra i diritti civili a essere riconosciuto e garantito; alla sua tutela è, infatti, preordinato quel patto originario alla base della creazione dello Stato moderno e la sua difesa apre la fase dell'età dei diritti²⁵.

Esso è solennemente proclamato all'art. 3 della Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo del 1948, all'art. 6 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966, all'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Se nessuna previsione specifica pare rinvenirsi nell'ordinamento costituzionale italiano, ciò non ha impedito alla giurisprudenza costituzionale di ricondurre il diritto alla vita tra quei diritti inviolabili dell'uomo²⁶ che occupano una posizione privilegiata nella società, in quanto riferibili all'essenza dei "valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana"²⁷. Per quanto il nostro testo costituzionale non ne parli in modo esplicito, il diritto alla vita "è certo un *prius* ontologico che si può presumere implicito in molte disposizioni"²⁸. E', in tal senso, un diritto pre-politico, inviolabile.

Nelle sue forme primigenie la sua protezione, ristretta per lo più all'ambito penalistico dei reati contro la persona, si limita alla salvaguardia della nuda vita, del potere di goderne, del non essere uccisi sia dagli altri consociati nei rapporti orizzontali che si creano tra singolo e società sia, quantomeno in termini di non arbitrarietà, dai poteri costituiti.

Progressivamente, però, di pari passo, da un lato, con l'evolversi delle vicende della modernità che pongono sotto nuova luce interrogativi volti a comprendere cosa sia l'uomo, la sua vita e quale tutela si debba apprestare per assicurare allo stesso la migliore esistenza

²⁴ ZATTI P., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2007, p. 13.

²⁵ BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997.

²⁶ C. Cost. n. 54 del 1979; C. Cost. n. 223 del 1996; C. Cost. n. 35 del 1997.

²⁷ C. Cost. n. 1146 del 1988.

²⁸ DOSSETTI G., *La Costituzione. Le radici, i valori, le riforme*, Edizioni Lavoro, Roma 1996, p. 263-264.

possibile e, dall'altro, con la sempre maggiore rilevanza assunta dai diritti umani in generale, il diritto alla vita muta il suo significato proprio²⁹.

Esso inizia ad essere composto - e in questa forma tutelato - da una pluralità di elementi: invero, l'esistenza di ogni soggetto non può più essere slegata dalla sua identità e coscienza individuale, né può intendersi come avulsa dall'aspetto che maggiormente qualifica la persona: la dignità umana³⁰; quest'ultima corrisponde a un'idea universalistica³¹ indicante il valore intrinseco degli esseri umani, agenti razionali e sensibili, capaci di autonomia e carichi dell'aspirazione di fare delle proprie vite qualcosa che esprima e realizzi la loro individualità³².

Nel rapporto tra vita e dignità, la prima precede e fonda la seconda, la quale a sua volta, illumina e qualifica la prima³³.

Anche la giurisprudenza costituzionale sembra accreditare questa impostazione, quando, con la sentenza n. 467 del 1991, afferma che "a livello di valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti all'uomo come singolo, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di questa relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso". La coscienza individuale, quindi, si pone come "principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo" e che fa sì che i diritti inviolabili "non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni e impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza". Allo stesso modo, la sentenza n. 13 del 1994 sottolinea come, tra i diritti che formano il patrimonio irrinunciabile della persona umana, l'art. 2 della Costituzione riconosca e garantisca il diritto all'identità personale, il diritto, cioè, ad essere "se stessi, con il relativo bagaglio di convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali".

Una mera tutela della vita biologica non appare più sufficiente; sono diversi e intrinsecamente personali gli elementi che connotano l'esistenza umana e che costituiscono le diverse sfaccettature di cui si compone il diritto alla vita; si passa dalla salvaguardia della

²⁹ GIACOBBE G., *Problemi civili e costituzionali sulla tutela della vita in Il diritto di famiglia*, 1988, p. 1119 ss.; PIZZORUSSO A., *Stato, cittadino, formazioni sociali. Introduzione al diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 69.

³⁰ È Hume a pubblicare, nel 1741, un saggio intitolato *Dignità della natura umana*, reintitolato nel 1770 *Dignità o virtù della natura umana*. Cfr. HUME D., *Saggi morali, politici e letterari*, in *Opere filosofiche III*, Laterza, Bari-Roma, 1987. Specificamente, sul punto della dignità umana RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 343 ss.

³¹ http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf. Specificamente, sul punto della dignità umana RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 343 ss.

³² MALVESTITI B., *La dignità umana dopo la Carta di Nizza. Un'analisi concettuale*, Ethica, Napoli, 2015, p. 14.

³³ RUGGERI A., *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti. (Profili problematici e ricostruttivi)*, cit. p. 396.

nuda vita alla protezione dell'esistenza biografica, connotata in modo soggettivamente diverso da parte di ogni essere umano³⁴.

La vita, intesa nella sua complessità, costituisce, pertanto, un valore apicale negli ordinamenti moderni e la sua inviolabilità consente di connotarla come un diritto fondamentale, personalissimo, incedibile e indelegabile³⁵. Mai, però, come l'oggetto di un dovere.

Esiste un diritto, non un obbligo di vivere, né esplicito né implicito nell'ordinamento; conseguenza di ciò è che l'esistenza diventa una libera scelta, eventualmente rinunciabile da parte di colui che ne è l'unico titolare: l'essere umano. L'inviolabilità della vita da parte di soggetti terzi, non fa venir meno la sua disponibilità da parte del singolo a cui non può essere imposto, in forza di principi esterni, trascendenti o collettivi, di vivere³⁶.

Il principio personalista che informa la Carta costituzionale continua, infatti, a rappresentare la stella polare alla luce della quale l'intero ordinamento deve essere interpretato; come tale, esso impone di considerare come prioritario lo sviluppo e la realizzazione della persona secondo il significato che essa stessa attribuisce alla propria esistenza e nei limiti in cui, al di fuori di condizionamenti esterni, essa la ritenga degna di essere vissuta.

2.3.2. Il principio di solidarietà. Un limite alla configurazione del diritto di morire?

³⁴ ADAMO U., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Cedam, Padova, 2018, p. 200.

³⁵ BOSANO JOLY L., *Omicidio volontario o diritto al suicidio?* in *Rivista penale*, 1982, p. 757 ss.

³⁶ Particolarmente interessante, in questo senso, è la sentenza del Consiglio di Stato n. 2806 del 9 giugno 2008 che riforma una decisione del T.A.R. Lazio – n. 3170 del 28 gennaio 2004 – che in parte aveva respinto il ricorso presentato da un finanziere dipendente dalla Guardia di Finanza che aveva tentato il suicidio sparando un colpo con la pistola di ordinanza e contro il quale i superiori gerarchici, in conseguenza di tale gesto, avevano disposto la sospensione cautelare dal servizio e la perdita di grado per rimozione. Il TAR, con la sua pronuncia, avalla la tesi secondo cui il militare avrebbe posto in essere una "censurabile condotta, nella sua oggettività, che contrasta con lo status di militare ed è indicativa di una marcata carenza di qualità morali e soprattutto caratteriali" (Atto n. 379213 del 1° dicembre 2001 del Comandante Generale della Guardia di Finanza); il finanziere avrebbe, infatti, compiuto il suo insano gesto al chiaro scopo di attentare ad un interesse primario e generale qual è l'indisponibile diritto alla vita, ancorché della propria persona (Atto n. 182194 del 23 maggio 2002 del Comandante in seconda della Guardia di Finanza a seguito del procedimento disciplinare attivato. L'ordinamento militare è quello che, invero, ancora oggi manifesta in modo più palese questa idea di totale appartenenza del singolo, attraverso un assoluto ed incondizionato assoggettamento dello stesso alla gerarchia che, così come può imporre, se necessario, di morire, può prescrivere di vivere, sanzionando gli atti contrari a tali disposizioni secondo un principio di indisponibilità della propria esistenza (art. 712 del D.P.R. 90\2010). Il Consiglio di Stato, però, rigetta l'impostazione del TAR, così come quella dell'amministrazione militare che aveva comminato le sanzioni impugnate, stabilendo che "nessuna norma consente, in sede giurisdizionale o amministrativa, di disporre una sanzione o di formulare un giudizio di esecrazione, di biasimo o di rimprovero nei confronti di chi abbia tentato il suicidio". Il principio di indisponibilità della vita, infatti, non riguarda il suo titolare che, come tale può decidere di disporre e che non è obbligato ad uno stato di appartenenza ad un ente collettivo. Ciò, a maggior ragione, se si considera che nel caso in esame, ad essere oggetto di sanzione non è nemmeno la morte volontaria in sé, ma il suo tentativo. La conclusione a cui perviene la Sezione, che qui più interessa, è quella per cui "l'Amministrazione non può muovere alcun giudizio di disvalore, e tanto meno di esecrazione, nei confronti del finanziere per il fatto che egli aveva puntato l'arma contro se stesso; [...] solo un giudizio di umana comprensione può essere mosso nei confronti di chi abbia avuto un tale momento di disperazione (ed abbia "tentato" il suicidio)".

I diritti inviolabili, come il diritto alla vita, sono rappresentativi di una dimensione irrinunciabile e intangibile dell'uomo³⁷ che il costituzionalismo moderno ha voluto porre in un regime di indisponibilità da parte del potere e di terzi.

Se tale aspetto costituisce un elemento essenziale connotante uno Stato costituzionale, esso non è, tuttavia, l'unico. La Carta fondamentale, infatti, sviluppa e perfeziona la percezione relativa alla sfera di ciò che è realmente fondamentale riferendosi alla persona, immersa in una rete di relazioni, di esperienze e di bisogni, e non all'essere umano inteso in senso astratto e atomistico, come titolare di una relazione esclusiva con il potere pubblico secondo un'impostazione individualistica; quest'ultima, invero, pur non implicando assenza di relazioni interindividuali, porta ad includere le stesse nell'universo autocentrato del singolo, come se fossero una sua propaggine, un'effusione nel mondo e nella società³⁸.

Per comprendere il senso di quanto detto, sono significative le parole utilizzate da La Pira nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente: quando si tratta dei diritti dell'uomo non ci si può riferire soltanto ai "diritti individuali di cui parlano le Carte costituzionali del 1789, ma anche ai diritti sociali e delle comunità, attraverso le quali la persona umana si integra e si espande"³⁹.

La società a cui si guarda (e il principio di solidarietà a essa necessariamente connesso), trae le sue radici dall'ideale della fratellanza della Rivoluzione francese, per quanto in quel contesto quest'ultima fosse intesa più come una virtù civica, utile al consolidamento della Nazione⁴⁰ che un principio giuridico – istituzionale⁴¹.

Il modo di intendere la solidarietà cambia radicalmente con l'affermarsi dello Stato costituzionale: il godimento dei diritti riconosciuti, lungi dall'esaurirsi, come detto, in una sfera prettamente individuale, fa "sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future"⁴²; i diritti fondamentali devono dare "la fisionomia sintetica del nuovo Stato" e dei rapporti tra questo e i cittadini⁴³ ed è evidente che, tra le diverse possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti, "la sola veramente conforme alle esigenze storiche che il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, sia quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (in-

³⁷ FLORENZANO D., BORGONOVO RE D., CORTESE F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3.

³⁸ ALLEGRETTI U., *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Il Mulino editore, Bologna, 1989, p. 28.

³⁹ Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seduta del 9 settembre 1946.

⁴⁰ GIUFFRÈ F., *I doveri di solidarietà sociale*, in BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 23-24. A tal riguardo, si sostiene come il riferimento alla fratellanza abbia trovato uno svolgimento nella previsione di veri e propri doveri dei cittadini a partire dalla Costituzione giacobina del 1793 e nella Costituzione del 5 fruttidoro dell'anno III – 22 agosto 1975.

⁴¹ Si veda, per una ricostruzione del concetto di fraternità e di come questo sia un elemento centrale nel diritto costituzionale, MASSA PINTO I., *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Jovene, Napoli, 2011. A pagina 65, l'autrice afferma come il contenuto minimo della solidarietà/fraternità sia quello proprio del costituzionalismo del secondo dopo guerra e venga a coincidere con il dovere supremo di non rompere il compromesso, l'armistizio con cui si è costituzionalizzato il conflitto.

⁴² Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 2000.

⁴³ DOSSETTI G., *La ricerca costituente. 1945 – 1952*, Il Mulino, Bologna 1994, p. 103.

tesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali, ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella; b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda, mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale”⁴⁴.

Il primato della persona e dei suoi diritti è, quindi, legato a doppio filo alla sua dimensione sociale e al suo agire, all'interno di questa, in responsabilità solidale; una responsabilità che, senza implicare alcuna forma di subordinazione, porta le persone “a completarsi a vicenda mediante la molteplice organizzazione della società moderna”⁴⁵.

In questo modo si sottolinea “il parallelismo [...] tra il fine di garantire l'autonomia e la dignità della persona umana e quello di promuovere la necessaria solidarietà sociale. Sono questi i due obiettivi ai quali va attribuita una pari importanza”⁴⁶, in uno sforzo che si caratterizza in senso anti individualista e che pone elementi di concordanza⁴⁷ con aspetti propri dell'organicismo, per quanto scevro dei suoi elementi totalitari.

A tale proposito, è interessante richiamare la discussione relativa a quello che sarebbe dovuto essere il penultimo articolo sui rapporti civili predisposto dai relatori Basso e La Pira e che così era stato concepito⁴⁸: “le libertà garantite dalla presente Costituzione devono essere esercitate per il perfezionamento della persona umana, in armonia con le esigenze della solidarietà sociale e in modo da permettere l'incremento del regime democratico mediante la sempre più attiva e cosciente partecipazione di tutti alla gestione della cosa pubblica. Pertanto ogni libertà è fondamento di responsabilità”.

È un articolo che, nella sua formulazione originaria, vede la contrapposizione tra chi riteneva pericoloso il “voler convogliare l'esercizio delle libertà secondo determinate finalità”⁴⁹ – poiché avrebbe impegnato la persona a un perfezionamento anche quando questa, per le sue attitudini e inclinazioni, non lo avesse voluto perseguire - e chi, al contrario, sosteneva che si dovesse dare alla solidarietà umana “un significato positivo, in quanto tutti i diritti sono concepiti non soltanto per il bene del singolo, ma anche per il bene comune, che deve essere incrementato e promosso costantemente attraverso l'esercizio della libertà individuale. La libertà in un regime democratico, infatti, non mira a permettere il soddisfacimento dell'arbitrio individuale, ma la pienezza dei valori della persona e la collaborazione positiva dei singoli per la realizzazione del bene collettivo”⁵⁰.

⁴⁴ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Dossetti, seduta del 9 settembre 1946. Cfr. anche DOSSETTI G., *La ricerca costituente. 1945 – 1952*, Il Mulino, Bologna 1994, p. 107.

⁴⁵ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Dossetti, seduta del 10 settembre 1946.

⁴⁶ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Dossetti, seduta dell'11 settembre 1946.

⁴⁷ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Basso, seduta dell'11 settembre 1946.

⁴⁸ FLORENZANO D., BORGONOVO RE D., CORTESE F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza*, cit. p. 5.

⁴⁹ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Mastrojanni, seduta del 2 ottobre 1946.

⁵⁰ Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione, Moro, seduta del 2 ottobre 1946.

Il testo di questo articolo è trasmesso, il 19 dicembre 1946, data di conclusione dei lavori della Prima sottocommissione, al Comitato di coordinamento, il cui compito era quello di ordinare gli articolati approvati dalle varie Sottocommissioni per poi sottoporli all'esame e alla deliberazione della Commissione dei 75⁵¹. Il risultato finale di questa discussione porta all'attuale formulazione dell'art. 2 che, per la prima volta, associa il principio di solidarietà al concetto di dovere: tale disposizione costituisce una sintesi in cui trova spazio sia l'affermazione della centralità della persona umana, sia il richiamo alla responsabilità che discende, per ciascuno, dall'essere inserito in comunità, con la conseguente assunzione di doveri reciproci.

Diritti e doveri, quindi, assumono un ruolo complementare⁵² tenendosi nel segno di una comune ispirazione personalista⁵³ che impone il superamento dell'individualismo liberale e stabilisce che il singolo che entri in contatto con altri esseri umani o con i soggetti del pluralismo sociale e istituzionale debba accettare la riduzione dell'estensione di alcuni suoi diritti per favorire la realizzazione di quelli altrui o della comunità intera⁵⁴; il tutto, al di là dei vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità⁵⁵.

È evidente, pertanto, che il ruolo strutturante l'ordinamento costituzionale, attribuito al principio di solidarietà non possa che avere inevitabili ricadute anche sul tema dell'esistenza di un diritto di morire.

3. Il suicidio, libertà di fatto o diritto?

Nel tentativo di definire se il suicidio possa connotarsi in termini di diritto, ci si deve soffermare, quindi, non tanto sulla prospettiva interna – del tutto insindacabile – della persona che, con la propria personalità e vicenda biografica, si trova di fronte alla scelta tra la propria vita e la propria morte, ma, piuttosto, su come tale gesto si definisca dall'esterno, dal punto di vista dei diritti e dei doveri.

Solo in questo modo è possibile cogliere, in primo luogo, come la libertà (*di fatto*) di *darsi* la morte, che implica un *non facere* da parte di terzi, sia cosa ben diversa dal diritto di *darsi* la morte (eventualmente attraverso condotte partecipative); in secondo luogo, poi, si può comprendere come sia proprio intorno al concetto di diritto e di dovere che si snoda la questione trattata; quando si fa riferimento a un diritto soggettivo, quale potere di agire per il

⁵¹ FLORENZANO D., BORGONOVO RE D., CORTESE F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza*, cit. p. 69.

⁵² Parte della dottrina ritiene che i diritti inviolabili assumono rilievo maggiore rispetto ai doveri inderogabili in quanto sono riconosciuti dalla Costituzione come preesistenti all'ordinamento e da questo conseguentemente garantiti; i doveri, invece, sarebbero esistenti solo in quanto previsti dal diritto positivo. Cfr. tra gli altri BARONE G., *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1249 ss.

⁵³ GIUFFRÈ F., *I doveri di solidarietà sociale*, in BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit. p. 23.

⁵⁴ FLORENZANO D., BORGONOVO RE D., CORTESE F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza*, cit. p. 71.

⁵⁵ Corte cost. n. 75 del 1992.

soddisfacimento di un proprio interesse individuale protetto dall'ordinamento giuridico, infatti, l'aspetto della tutela è essenziale⁵⁶: esiste un diritto solo in quanto "l'ordinamento difenda, mediante la propria autorità e l'attivazione degli strumenti di coercizione di cui è dotato, la soddisfazione dell'interesse del singolo"⁵⁷. Per dovere, inteso in una connotazione prettamente giuridica,⁵⁸ al contrario, si indica una condotta funzionale al perseguimento di uno scopo, un vincolo imposto alla volontà del singolo che si traduce in una situazione giuridica soggettiva di svantaggio. Il dovere è un'eccezione alla regola del *favor libertatis*, sicché, in assenza di prescrizioni, prevale la libertà di coscienza individuale⁵⁹.

Il punto sta qui: il diritto alla vita, connotato da elementi di inviolabilità, rappresenta il primo tra i diritti soggettivi; a esso non corrisponde uno speculare dovere di vivere, quale situazione giuridica di svantaggio che consenta di tradurre il diritto in soggezione, avvalendosi del richiamo all'interesse generale.

Tuttavia, se, da un lato, la disponibilità della vita umana da parte di chi ne sia titolare e nei limiti di un esercizio ristretto alla sua sfera giuridica non può essere messa in discussione, allo stesso modo, dall'altro, non si può non considerare la rilevanza che nel nostro ordinamento giuridico assume quel patto di mutua assistenza che trova il proprio fine nella realizzazione di una democrazia effettiva e che sembra poter mettere in discussione la possibilità di configurare un *diritto soggettivo* di morire.

Il vero contraltare alla piena disponibilità della vita, pare, quindi, rinvenibile, per il tema che qui interessa, nel principio di solidarietà, nel rapporto tra singolo e alterità che rischierebbe di essere vanificato dall'affermazione di un diritto che, giuridicamente inteso, porrebbe in capo a terzi e allo Stato, il dovere di rispettarlo e garantirlo; con ciò portando, i primi, a violare quella rete umana presupposta a ogni relazione sociale e, il secondo, quel diritto alla vita in funzione del quale ogni ordinamento statale si origina.

L'art. 2 della Costituzione non disconosce la componente individualistica della personalità umana e, anzi, la qualifica con il pregio dell'irretrattabilità.⁶⁰ Esclude ogni finalizzazione del singolo, negando che lo stesso, come persona, possa essere annullato nella società; tut-

⁵⁶ FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma – Bari, 2001, p. 5 ss.

⁵⁷ TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 74. Cfr. soprattutto GUASTINI R., *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 152: l'autore sostiene che i diritti rispondano a tre condizioni: a) sono suscettibili di tutela giurisdizionale; b) possono essere esercitati o rivendicati nei confronti di un soggetto determinato; c) il loro contenuto è costituito da un obbligo di condotta non meno determinato del soggetto in questione.

⁵⁸ Le connessioni e le differenze tra doveri giuridici e morali sono indagate, tra gli altri, da KANT I., *La metafisica dei costumi*, nell'edizione Laterza, Roma – Bari, 2004, il quale stabilisce che solo i primi trovano la loro fonte nel diritto positivo, hanno capacità di imporsi anche contro la volontà di chi vi è tenuto attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio; l'adempimento e la violazione di valori etici, invece, producono conseguenze solo nella sfera personale dell'obbligato.

⁵⁹ DE MARIA B., *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, in BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit. p. 235.

⁶⁰ GROSSI P. *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, p. 67.

tavia, afferma come l'ingresso in essa comporti l'acquisizione di una relazione in più: la relazione sociale⁶¹.

Questo legittima, da un lato, il fatto che i singoli individui possano rivendicare, per sé, la più completa autonomia morale di scelta e possano chiedere che lo Stato non imponga nessuna concezione etica⁶²; dall'altro, però, determina lo sviluppo di una duplice obbligazione reciproca che si declina, in senso verticale, tra gli apparati pubblici e i cittadini, nonché, in senso orizzontale, tra ciascuna persona e gli altri membri della comunità⁶³. Si pone, quindi, la necessità dell'osservanza di doveri il cui fine razionale è la realizzazione del patto democratico e il cui adempimento porta a porre dei vincoli all'esercizio della libertà dei singoli; proprio quel concetto di limite, come affermato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 1956, che è insito nell'idea stessa di diritto⁶⁴.

È evidente, quindi, che il principio di autodeterminazione rispetto al modo in cui il singolo decide intorno alla propria esistenza non possa porsi in termini assoluti; esso costituisce indiscutibilmente "un'armatura per contrastare l'invadenza dello Stato"⁶⁵, ma non arriva fino all'affermazione di una libertà senza regole.

Finché ci troviamo, come nel suicidio, di fronte a un atto destinato a risolversi solo nella sfera individuale di un singolo e che non investe, comprimendole, le libertà degli altri consociati, esso non può essere limitato. Può essere prevenuto attraverso l'esercizio di azioni socialmente rilevanti⁶⁶ poste in essere in una dialettica sinergica tra i diversi soggetti dell'ordinamento e le istituzioni e volta a evitare che i singoli siano indotti a darsi la morte per motivi che incidono sulla possibilità di una determinazione volitiva pienamente libera, ma non può essere limitato.

L'atto di chi sceglie di *levar la mano su di sé* non implica una *relatio ad alteros*, ma esaurisce i suoi effetti nella sfera personale del suicida⁶⁷ che resta, al tempo stesso, soggetto e oggetto di quel gesto. In questi termini, una criminalizzazione della condotta andrebbe a

⁶¹ CALABRO' G.P., *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralista*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 23.

⁶² CALABRO' G.P., *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralista*, cit. p. 124.

⁶³ GIUFFRÈ F., *I doveri di solidarietà sociale*, in BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit. p. 24.

⁶⁴ Afferma la Corte, nella sentenza n. 1 del 1956, che "una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto. E se pure si pensasse che dalla disciplina dell'esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile".

⁶⁵ FORTINO M., *Le diseguaglianze per natura e le risposte del diritto: il problema dei limiti all'autodeterminazione dei soggetti*, in BRECCIA U., PIZZORUSSO A., ROMBOLI R. (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Plus, Pisa, 2007, p. 34-35.

⁶⁶ RODOTA' S., *La vita e le regole; tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006 p. 119.

⁶⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, delitti contro la persona*, cit., p. 176; egli effettua una distinzione tra atti comandati, autorizzati, permessi, dannosi e tollerati. Questi ultimi si caratterizzano per il loro disvalore giuridico, perché, se commessi *manu propria*, non sono punibili, ma se commessi *manu aliena* sono sanzionabili.

privilegiare il disvalore dell'azione rispetto all'evento, nell'ambito di una valutazione eticizzante del diritto penale, compatibile solo con i valori sottesi ad uno Stato autoritario in cui l'integrità fisica è indisponibile per chiunque in quanto preconditione per il godimento di beni (anche rifiutati dall'interessato) e per lo svolgimento di attività e funzioni di interesse pubblico⁶⁸.

Il suicidio, quindi, è una libertà (di fatto). Non un diritto. Il supposto diritto di morire, però, non è affare privato, ma relazionale e coinvolge una pluralità di sfere giuridiche. Non solo quella di colui che chiede di essere aiutato a porre fine alla propria esistenza, ma anche quella di familiari e, come si vedrà, medici, interlocutori privilegiati di tali richieste.

Queste considerazioni, pur nella consapevolezza dell'impossibilità di pervenire, rispetto a questi temi, a una verità valida e indiscutibile per tutti, non possono essere omesse.

4. Dal suicidio all'eutanasia. Quadro di analisi e principi in gioco

Se questo è l'esito delle riflessioni, cui si perviene a partire dal suicidio, diventa urgente comprendere, in un'epoca in cui i progressi della scienza aprono scenari fino a poco tempo fa impensabili, se e come esso possa riguardare anche le questioni di fine vita in ambito medico, in un contesto di evoluzione tecnologica.

Come afferma Hans Jonas, "oggi [...] la *tecnhe* si è trasformata in un illimitato impulso progressivo della specie [...] il cui traguardo di dominio sulle cose e sull'uomo appare come l'adempimento della sua destinazione"⁶⁹. Questa sovranità della scienza sulla natura, questa trasformazione dell'uomo in "homo faber"⁷⁰ - che, conscio delle nuove potenzialità che gli sono offerte, pone se stesso come oggetto della tecnica -, sfida le "certezze" naturali sulla nascita e sulla morte⁷¹: l'essere umano, così come ha scoperto la possibilità di produrre artificialmente l'inizio della vita mediante una serie di atti di natura tecnica, allo stesso modo, ha sviluppato la possibilità di prolungarla, attraverso mezzi artificiali elaborati sotto il suo controllo⁷².

Natura e tecnica, in questo senso, si confondono, con il rischio di affidare, qualora non emerga un approccio alla bioetica effettivamente fondato sulla responsabilità⁷³, la libertà dell'essere umano all'oggetto che esso stesso ha creato.

⁶⁸ ROMBOLI R., Art. 5, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca, Delle persone fisiche*, Zanichelli, Milano, 1973, p. 241.

⁶⁹ JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino 2009, p. 13.

⁷⁰ JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, cit. p. 23.

⁷¹ SICARDI S., *Ai confini delle cure, tra umanità e discernimento*, in *Atti del convegno: Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012, p. 67 ss.; per una riflessione sui nuovi problemi sollevati dal rapido procedere della scienza, si veda, CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁷² SIMONCINI A., CARTER SNEAD O., *Personne incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, p. 7 ss.

⁷³ JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, cit. Primo oggetto dell'agire responsabile è l'esistenza: la responsabilità primaria dell'esser uomo è che ci sia un futuro, non vago, nel quale sia possibile riappropriarsi, con consapevolezza, del nostro essere come essere-responsabili. Jonas, in tal senso, definisce la responsabilità come totale, continua e riferita essenzialmente al futuro. L'uomo è l'unico soggetto di

Fatte queste brevi premesse, limitando l'analisi al tema che qui interessa, ci si rende conto del fatto che la possibilità per "l'uomo in condizioni di malattia terminale di decidere in autonomia, libertà e consapevolezza il tempo e il modo della propria morte"⁷⁴, costituisce l'emblema di come le biotecnologie determinino una radicale messa in discussione della vita come valore assoluto, configurando uno spostamento del confine tra questa e la morte⁷⁵, diventata un tabù da rifuggire in ogni modo.

La tragedia moderna, in questo senso, si gioca nella fuga dalla tragedia, nell'assurdo sforzo di rimuovere la realtà della morte dall'orizzonte esistenziale⁷⁶.

In un contesto di tal genere, nell'ambito delle questioni legate al fine vita, emerge un soggetto qualificato: non più, come nel suicidio, un essere umano che attivamente e liberamente decide che non vuole più vivere e in tal senso agisce, ma un paziente, affetto da una patologia cronica e invalidante – il più delle volte allo stadio terminale – , passivamente sottoposto alle tecniche della medicina moderna volte a prolungare artificialmente una vita che, in quelle condizioni, il singolo non considera più degna di essere vissuta⁷⁷.

La presenza di una malattia incurabile come autentica causa (del desiderio) di morte impone, quindi, di distinguere, da un lato, tra il non contrastare una fine - che non si vorrebbe in assenza di quella malattia - e il suicidarsi e, dall'altro, tra il lasciarsi morire - rifiutando o desistendo da un trattamento terapeutico - e il darsi la morte (o, come già detto, che altri la *diano a sé* attraverso un contributo causalmente rilevante⁷⁸).

Sono questioni radicalmente diverse, che non chiamano in causa, tutte, il diritto di morire e che mostrano il loro carattere controverso nelle situazioni che riguardano un paziente in uno stato di impotenza fisica tale da renderlo "prigioniero" e da costringere altri a essere complici nella realizzazione della sua scelta di morte; in caso estremo, al ruolo di suoi sostituti nella messa in atto della stessa.

In ciò emerge con chiarezza ciò che si è cercato di definire nel paragrafo precedente: l'assolutezza del principio per cui ognuno per se stesso, sul suo corpo e sulla sua mente è sovrano⁷⁹, non può che relativizzarsi di fronte a una *relatio ad alteros* che coinvolge soggetti

responsabilità, l'unico possibile soggetto etico che deve comprendere la propria umanità come naturalità: la natura comprende l'uomo, l'uomo è la natura.

⁷⁴ TRIPODINA C., *Eutanasia, diritto, Costituzione nell'età della tecnica*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2001, p. 117.

⁷⁵ JONAS H., *Il diritto di morire*, Il melangolo, Genova, 1991, p. 12.

⁷⁶ RAZZANO G., *Dignità nel morire. Eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 17. Interessante è l'analisi svolta da BARBAGLI M., *Alla fine della vita. Morire in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2018, che, al contrario, contesta questa tendenza di negazione della morte sulla base dell'esame di tre questioni: 1) il luogo in cui le persone trascorrono le ultime ore della loro vita; 2) il sentimento di paura che, dalla metà del 1800 in poi, coinvolge le persone con riferimento alla fine della vita; 3) cosa accade successivamente alla scomparsa di una persona.

⁷⁷ Cfr. RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma Bari, 2010, p. 210. Stefano Rodotà, che rimette all'insindacabile autodeterminazione del soggetto, la definizione di ciò che è o non è degno, afferma che "la vita degna di essere vissuta, allora, è quella che la persona autonomamente costituisce come tale".

⁷⁸ JONAS H., *Il diritto di morire*, cit., p.11.

⁷⁹ MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, Il saggiatore, Milano, 2009, p. 55.

terzi: famiglie, medici e strutture sanitarie⁸⁰; queste ultime collocano il malato direttamente nella sfera pubblica, lo sottopongono alle loro norme e ai loro controlli e, soprattutto, chiamano in causa la natura più intima del rapporto terapeutico medico – paziente.

5. Lasciarsi morire. Dare la morte. Accompagnare nella morte. A differenti fenomeni, differenti qualificazioni giuridiche

Lasciarsi morire; dare la morte (a un soggetto che, nell'ambito del quadro sopra descritto, la invochi) o aiutare a *darsi* la morte; eventualmente, accompagnare *nella* morte.

Sono queste le condotte chiamate in causa quando si parla di fine vita in condizioni di patologia tali da non far ritenere più, da parte di chi ne sia affetto, la vita degna di essere vissuta.

Sono questioni, come detto, non assimilabili, che necessitano, ciascuna, di un'analisi che consenta di cogliere i diversi principi in gioco, su cui la possibilità di configurare, all'interno del nostro ordinamento, un diritto di morire, incide in modo rilevante o, al contrario, non incide minimamente e che risulta interessante esaminare a partire dai singoli casi concreti che le hanno riguardate e che, attraverso l'azione dei giudici, hanno fatto sì che esse si rapportassero al diritto positivo e ai principi stabiliti nella Costituzione.

In tal senso, si rivela essenziale quest'ultimo aspetto: la legge generale e astratta, oggi, pare non trovare più giustificazione integralmente in se stessa; essa non è più in grado di risolvere le tensioni e le imperfezioni che si riscontrano in ogni società attraverso un sistema di garanzie stabili e definitive⁸¹, ma, al contrario, è chiamata a misurare il proprio valore nella regolamentazione, il più adeguata possibile alle aspettative che la dinamica dei rapporti sociali propone⁸², delle questioni che si presentano nei diversi contesti storico – culturali.

Per il tema che qui interessa, le singole vicende inerenti le questioni di fine vita, si sono rapportate e si rapportano al diritto secondo modalità riconducibili essenzialmente a due fenomeni: in primo luogo, si assiste all'emersione, in modo sempre più pressante, di pretese individuali che, interrogando il *diritto*, aspirano ad essere qualificate come *diritti*⁸³. Questi ul-

⁸⁰ BERTOLISSI S., MICCINESI G., GIUSTI F., *Come si muore in Italia. Storia e risultati dello studio Senti-Melc* in *Rivista società italiana di medicina generale*, n. 2 del 2012, p. 17 e ss. Lo studio Senti-MELC (Monitoring End-of Life Care with Sentinel surveillance networks of general practitioners) del 2012 ha analizzato le "traiettorie" dei malati in fine vita e ha rilevato che il 65% dei decessi non è motivato da una causa improvvisa e/o non prevedibile. Negli ultimi tre mesi di vita la gran parte dei trasferimenti è diretta "da casa a ospedale", mentre solo un malato su 10 compie il tragitto inverso "da ospedale a casa", e sempre uno su 10 cambia la sua destinazione "da casa a hospice". Questa tendenza, osserva BARBAGLI M. in *Alla fine della vita. Morire in Italia*, cit., sembra si stia invertendo negli ultimi anni, con un sempre maggiore aumento dei decessi in casa o nelle residenze per anziani.

⁸¹ PRODI P., *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 12.

⁸² ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 189.

⁸³ È una tendenza, questa, che inizia a manifestarsi contestualmente all'emergere di una concezione individualistica della società, divenendo uno dei principali indicatori del progresso storico. BOBBIO N., *L'Età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2013, p. 8.

timi, infatti, non nascono tutti in una volta, né una volta per sempre, ma sono originati dalle nuove istanze che si affacciano in una realtà sociale interessata, oggi, da profonde e rapide trasformazioni⁸⁴ che portano con sé rivendicazioni a che l'ordine giuridico si faccia carico dei drammi più profondi del singolo soddisfacendo ogni sua aspirazione⁸⁵.

È compito dell'interprete, in queste ipotesi, definire quali bisogni sia effettivamente possibile configurare come diritti soggettivi e quali no, indipendentemente dall'esistenza di una legge preesistente che li regolamenti.

In questo quadro si può inscrivere il percorso che ha portato al riconoscimento, a livello giurisprudenziale, prima, e legislativo, poi, di un diritto alla *desistenza terapeutica*. Istanze in tal senso, nell'ultimo periodo, per la verità, sembrano riguardare anche l'eutanasia attiva – nella sua declinazione di suicidio assistito –, generalmente ricondotta al secondo fenomeno che si caratterizza, invece, per l'affermarsi della possibilità di mettere in discussione la legge, come disposizione generale e astratta, quando essa si mostri carente, nel suo applicarsi al dato concreto, di elementi di *giustizia*.

L'interpretazione giuridica è, quindi, un'attività mossa da finalità essenzialmente pratiche: procedendo in questo modo è, infatti, possibile verificare che, nei casi maggiormente connessi alla singolarità di ogni esperienza umana, si può determinare uno scarto tra l'assunzione di senso del legislatore che, il più delle volte, storicamente inteso, ha disposto in contesti le cui peculiarità applicative attuali di quella fattispecie non erano nemmeno ipotizzabili, e il significato di cui il fatto è dotato socialmente⁸⁶.

Quantomeno in questi settori, la giustizia della legge, spesso, sta nel rapporto che essa istituisce con la convivenza; essa consente di prendere in considerazione i casi della vita, di analizzarli secondo concezioni intrinseche al contesto culturale della comunità di diritto in cui la legge stessa è chiamata a operare e di valutare l'adeguatezza di quest'ultima rispetto alla sua funzione sociale⁸⁷.

⁸⁴ I diritti fondamentali si pongono come diritti storici, nati in determinate circostanze contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri. Prima iniziano a configurarsi come libertà negative – diritti di prima generazione –, poi come diritti sociali, pretese nei confronti dello Stato – diritti di seconda generazione – emergono, poi, i diritti della terza generazione tra cui, il più importante, quello di vivere in un ambiente salubre. Pressochè contestualmente, però, nella seconda metà del secolo scorso, iniziano ad affacciarsi nuove richieste, che trovano la propria origine negli effetti sempre più sconvolgenti della ricerca biologica sulle manipolazioni del patrimonio genetico di ogni singolo individuo. A questi, poi, si aggiungono, a partire dagli anni '70 del 1900 i c.d. diritti di terza e quarta generazione. BOBBIO N., *L'Età dei diritti*, cit. p. 13- 15.

⁸⁴ BOBBIO N., *L'età dei diritti*, cit. p. 16.

⁸⁵ CARTABIA M., "Nuovi diritti" e leggi imperfette, in *Iustitia*, n. 3 del 2016, p. 157.

⁸⁶ ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 147. L'arbitrarietà della legge può configurarsi anche in caso di irrazionalità o irragionevolezza della stessa. Cfr. MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, p. 31.

⁸⁷ DAL CANTO F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 160; ZAGREBELSKY G. MARCENO' V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 206-207. Ciò avviene, a maggior ragione, in quei settori dell'ordinamento strettamente connessi al vissuto e all'esperienza umana, in cui le regole devono convivere con i principi e con un ethos sotteso da cui non possono trascendere. In questi ambiti, infatti, secondo gli autori, l'esigenza di adeguatezza delle norme alle caratteristiche dei casi regolati è particolarmente sensibile. Diventa pregnante il "necessario rapporto tra l'astratta prescrizione del legislatore ed i contesti umani [...] nella loro concretezza e nella loro storica mutevolezza": non è più soltanto condizione di effettività di qualsiasi prescrizione, ma addirittura di validità. Sul ruolo del fatto nella giurisprudenza

6. Il diritto alla desistenza terapeutica: il rapporto medico paziente, il consenso informato e il rifiuto dei trattamenti sanitari

Come detto, riconducibile al primo fenomeno descritto, è il percorso che ha portato all'affermazione di un diritto alla desistenza terapeutica, riconosciuto dalle Corti e dal legislatore, con la l. n. 219 del 2017 recante disposizioni in materia "di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento".

Esso, se si guarda alla distinzione effettuata nel paragrafo precedente, riguarda la possibilità di un soggetto di lasciarsi morire; non un diritto di morire. Nella desistenza terapeutica, infatti, il decesso è imputabile causalmente alla malattia sul cui decorso si innesta l'omissione o l'interruzione del trattamento terapeutico, di rianimazione o di sostentamento artificiale. Non è un terzo che procura la *buona morte*, ma questa è conseguenza inevitabile della cessazione della terapia.

Il bene giuridico su cui si incide, in queste situazioni, è la salute, tutelata dall'art. 32 della Costituzione come fondamentale diritto dell'individuo e – secondo una prospettiva oggettivo sociale – come interesse della collettività⁸⁸, e che, in questi casi, viene in considera-

costituzionale si veda anche OLIVITO E., *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1 del 2017, che va ad analizzare come il rilievo del fatto nel giudizio di legittimità costituzionale riguardi necessariamente questioni legate al ruolo e alla legittimazione della Corte costituzionale e i rapporti tra essa, il potere legislativo e i giudici comuni; MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001. L'autore, a pagina 65, rileva che, soprattutto nell'ambito del giudizio di ragionevolezza, assumono importanza "tutti quei dati che direttamente o indirettamente sono veicolati a causa del processo interpretativo: non solo, quindi, le disposizioni censurate e quelle parametro, ma anche i contesti di fatto e di diritto, nei quali le *regulae iuris* sono destinate ad operare"; AINIS M., *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 14; RESCIGNO G.U., *Prassi, fatto normativo e scienza giuridica*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2008, p. 583; RUGGERI A., *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in www.federalismi.it, n. 25 del 2016, p. 3 ss.; LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, 521 ss.; CARTABIA M., *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in www.biodiritto.org, n. 1 del 2017, p. 11 ss..

⁸⁸ Circa il rapporto tra salute come fondamentale diritto dell'individuo e come interesse della collettività si veda Corte costituzionale n. 184 del 1986: "la lettera del primo comma dell'art. 32 della Costituzione, che non a caso fa precedere il fondamentale diritto della persona umana alla salute, rispetto all'interesse della collettività alla medesima, ed i precedenti giurisprudenziali, inducono a ritenere sicuramente superata l'originaria lettura in chiave esclusivamente pubblicistica del dettato costituzionale in materia". In ciò sta la più netta distanza rispetto al passato, in cui il bene salute era apprezzato solo nella sua dimensione oggettiva e istituzionale, come condizione obiettiva e presupposto di ogni politica di gestione dell'ordine pubblico. Il dato sanitario era collegato al rischio di emergenza collettiva e il diritto alla salute dei cittadini era promosso e tutelato come effetto del tutto eventuale ed indiretto rispetto al bene primario della collettività. Fino all'istituzione del Ministero della Salute nel 1958, con legge 13 marzo 1958, n. 296, infatti, ogni più rilevante competenza in tale settore era dislocata presso il Ministero dell'Interno, autorità, appunto, deputata ad occuparsi dell'ordine pubblico e, pertanto, anche di forme di igiene e di sanità. Cfr. CILIONE G., *Diritto sanitario: profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni: con riferimenti normativi bibliografici e giurisprudenziali*, Edizioni Maggioli, Rimini, 2003 p. 45 ss. e FERRARA R., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, p. 12; BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 68; BASSO L., *La persona umana negli interventi di Dossetti e Basso*

zione nella sua declinazione negativa: ogni essere umano è, infatti, libero di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di decidere di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana suoi propri, finanche di lasciarsi morire⁸⁹, senza la presenza ingombrante – magari perché futile e senza speranza – di presidi terapeutici e clinici⁹⁰. Se le cure non costituiscono più, nella nostra società, un principio autoritativo, ma un atto di libera scelta, allora è evidente che esse possano essere oggetto di rinuncia e che a essa debba essere dato seguito. Al singolo, così, è riconosciuta la libertà di prendere possesso della propria morte nella coscienza concreta del suo incombere⁹¹.

In questo senso, si chiama in causa la libertà di lasciarsi morire, come conseguenza negativa del non sottoporsi a trattamenti terapeutici e che trova il proprio fondamento in un nuovo modo di intendere il rapporto tra medico e paziente.

Negli ultimi decenni, infatti, si è assistito a un progressivo abbandono della concezione paternalistica dell'attività medica⁹², la quale si connotava per la devoluzione al sanitario del ruolo di tecnico ed esperto⁹³, delegato a decidere nell'interesse del paziente e, pertanto, a modulare l'informazione per convincerlo - ed eventualmente costringerlo - a "fare il proprio bene"⁹⁴.

È con la valorizzazione, operata dalle Carte fondamentali del secolo scorso, della dignità e del diritto di autodeterminazione di ciascun individuo che il ruolo del malato, nel rapporto con il medico, inizia a mutare e a essere caratterizzato da una partecipazione attiva

all'Assemblea costituente, in *Parole chiave*, 10-11, 1996, p. 305-313; BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953. Cfr. anche FALZONE V., PALERMO F., CASENTINO F. (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Mondadori, Milano, 1976, p. 114. La coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva in tale disposizione costituzionale, nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongano che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno. In materia si vedano anche Corte Costituzionale n. 307 del 1990; Corte Costituzionale n. 118 del 1996; Corte Costituzionale n. 257 del 1996; Corte costituzionale n. 27 del 1997; Corte Costituzionale n. 226 del 2000; Corte costituzionale n. 38 del 2002; Corte costituzionale n. 282 del 2002.

⁸⁹ Consiglio di Stato n. 4460 del 2014.

⁹⁰ D'ALOIA A., *Decidere sulle cure. Il discorso giuridico al "limite" della vita*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2010, p. 242.

⁹¹ JONAS H., *Il diritto di morire*, cit. p. 27.

⁹² CATERINA R., *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, I, p. 771 ss; CASENTINO F., *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 120, definisce l'atteggiamento paternalistico del medico come la "privazione o forte riduzione di libertà di scelta da parte dell'individuo, operata dall'ordinamento al fine di assicurare una particolare protezione della persona, o di una intera categoria di persone, da atti contrari al proprio interesse". SGRECCIA E., SPAGNOLO A.G. e DI PIETRO M.L. (a cura di), *Bioetica. Manuale per i diplomi universitari della sanità*, Vita e pensiero, Milano, 2002, p. 213 s. Per un breve quadro dei differenti principi bioetici CALÒ E., *Il consenso informato: dal paternalismo all'autodeterminazione*, in *Notariato*, 2000, p. 184.

⁹³ Rimarcata anche dalla giurisprudenza di legittimità secondo la quale "il medico ha seco la presunzione di capacità nascente dalla laurea" Cass. Civ., 22.12.1925, in *Giurisprudenza italiana*, 1926, I, 1, p. 537.

⁹⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, 20 giugno 1992, p. 61; SGRECCIA E., SPAGNOLO A.G. e DI PIETRO M.L. (a cura di), *Bioetica. Manuale per i diplomi universitari della sanità*, cit., p. 213; GRAZIADEI V. M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P., *I diritti in medicina*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto* Giuffrè, Milano, 2011, p. 209.

dello stesso nel processo decisionale concernente il proprio corpo⁹⁵, che trova la propria espressione (e traduzione in termini giuridici) nel principio del consenso informato⁹⁶, la sussistenza del quale costituisce elemento legittimante ogni trattamento.

Esso trova la propria origine nell'opera delle Corti: in Italia, ne è attestata per la prima volta l'importanza in una sentenza della Corte d'Appello di Milano del 1939⁹⁷, ma si deve attendere il 1967 perché la giurisprudenza di legittimità⁹⁸ riconduca l'inosservanza del dovere di acquisire tale assenso alle cure⁹⁹ a una violazione degli artt. 13 e 32 della Costituzione e faccia da ciò discendere una responsabilità del medico¹⁰⁰.

Solo successivamente la Corte costituzionale conferma tale orientamento.

Infatti, se già con la sentenza n. 471 del 1990¹⁰¹, quest'ultima inizia a interpretare la possibilità di disporre del proprio corpo da parte del malato come "libertà" e non come "potere"¹⁰², è solo con la pronuncia n. 438 del 2008¹⁰³, che arriva a elevare il consenso informato a sintesi dei diritti espressi dagli artt. 13 e 32 Cost. In questo senso, dopo aver ricordato che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge", definisce il consenso alle cure come "espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico", chiarisce che esso "si configura quale vero e proprio diritto della persona" e pone "in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali: quello all'autodeterminazione e quello alla salute; ciò, in quanto se è vero che ogni

⁹⁵ PUCELLA R., *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 12 ss.

⁹⁶ È opportuno evidenziare come l'emergere della "dottrina" del consenso informato non sia stata unanimemente accolta con favore. Vi è stato, infatti, chi ha sottolineato come sia possibile dare un'interpretazione del fenomeno paternalistico che non si limiti a una forma di supremazia del medico nei confronti del paziente. A questo proposito, si è, ad esempio, posto in luce come a) talvolta il paziente si rivolga al medico perché questi lo rassicuri e, in simili casi, il medico mostri generalmente una certa riluttanza a negargli il proprio conforto, anche se ciò implica che non venga comunicata la piena verità; b) accentuare gli effetti positivi della terapia e sminuire quelli negativi possa portare ad infondere ottimismo nel paziente, con la conseguenza che questi – come è stato scientificamente provato – è posto nella condizione di rispondere meglio alla terapia rispetto ad un paziente pessimista. Cfr. WEAR S., *Informed consent. Patient Autonomy and Physician Beneficence within Clinical Medicine*, Dordrecht, Boston-London, 1993, p. 26. Ulteriori aspetti sono stati evidenziati da HERMEREN G., *Informed Consent from an Ethical Point of View*, in WESTERHÅLL L., PHILLIPS C. (a cura di), *Patient's rights. Informed consent, access and equality*, Nerenius & Santerus, Göteborg, 1994 p. 56 s. Nella dottrina italiana, pur non contestando il superamento del principio paternalistico, alcuni ritengono che il malato non sia in grado di determinarsi consapevolmente a causa dello squilibrio informativo esistente tra le parti. Cfr. STANZIONE P., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 696.

⁹⁷ Corte d'Appello di Milano, 21.3.1939. NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia Germania e Italia*, cit., p. 358 ss.

⁹⁸ Cfr. Cass. Civ. n. 1945 del 1967.

⁹⁹ Cfr. MONTANARI VERGALLO G., *Il rapporto medico-paziente, Consenso e informazione tra libertà e responsabilità* Aggiornato a Cass. Civ. n. 21748 del 16/10/07 e Trib. pen. Roma, n. 2049 del 17/10/07, in *materia di consenso informato e rifiuto nutrizione e ventilazione artificiali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 185 ss.

¹⁰⁰ Cass. Civ., 04.02.2016, n. 2177; Cass. Pen., 11.07.2001, n. 1572. Il consenso, per dirsi validamente prestato, deve essere personale - salvo nelle ipotesi di incapacità di intendere e volere del paziente – specifico, esplicito, reale ed effettivo.

¹⁰¹ Corte Costituzionale n. 471 del 1990.

¹⁰² ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2011, p. 5; si veda anche CASONATO C., *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in «www.cortecostituzionale.it», 2009; ROSSI S. voce *Consenso informato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2012, p. 183.

¹⁰³ Corte Costituzionale, n. 438 del 2008.

individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative¹⁰⁴.

Definito il quadro a livello giurisprudenziale, si deve attendere, però, fino alla l. n. 219 del 2017¹⁰⁵, perché si pervenga all'affermazione di questo principio anche a livello legislativo.

All'obbligazione, da parte del medico, di eseguire correttamente la prestazione sanitaria, se ne aggiunge, quindi, un'altra – che condivide con la prima la medesima fonte contrattuale – volta a tutelare tanto il diritto alla salute quanto quello all'autodeterminazione del malato¹⁰⁶, garantito attraverso l'obbligo del medico di illustrare al paziente le modalità e le conseguenze della cura o dell'intervento¹⁰⁷ e di acquisire il consenso alla loro esecuzione.

¹⁰⁴ Corte Costituzionale n. 253 del 2009.

¹⁰⁵ Prima dell'entrata in vigore di questa legge, a livello normativo interno, riconoscimenti dell'obbligatorietà del consenso si riscontravano solo in singole leggi che lo limitavano all'oggetto della loro disciplina specifica: nella legge n. 458 sul trapianto del rene tra persone viventi e nella legge n. 592 sulla raccolta, conservazione e distribuzione del sangue umano, entrambe risalenti al 1967; nella legge n. 135 del 1990 (*Piano degli interventi urgenti in materia di prevenzione e lotta all'Aids*), nel d.lgs. n. 211 del 2003 sull'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico. Importante, poi, risulta essere la disciplina contenuta nella legge n. 180 del 1978 (*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*) e nella legge n. 833 del 1978 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*) le quali, con la medesima formulazione affermano che "gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari" (rispettivamente, art. 1 comma 1 e art. 33) e che i trattamenti sanitari obbligatori "devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato" (rispettivamente art. 1 comma 4 e art. 33). Cfr. QUAGLIARIELLO C., FIN C. *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 40. Al tempo stesso, a livello internazionale, possono menzionarsi l'art. 5 e l'art. 8 della Convenzione di Oviedo sulla "Protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina" del 1997 e l'art. 3 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza). In ultimo, poi, si pongono gli artt. 33 e 35 del Codice di deontologia medica.

¹⁰⁶ MIOTTO G., *La "struttura" dei danni da omissione del "consenso informato"*, in *Diritto civile contemporaneo*, 21 luglio 2015, p. 6. In tal senso, però, si riscontrano due orientamenti: un primo che ritiene risarcibile il danno cagionato dalla omessa o lacunosa informazione del sanitario solo in quanto comporti un effettivo pregiudizio alla salute, a prescindere dalla violazione del principio di autodeterminazione Cfr., ad esempio, CARNEVALI U., *Omessa informazione da parte del medico, danno da trattamento terapeutico e ipotetica scelta del paziente*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 2181 ss.; MONTANARI VERGALLO G., *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, p. 236. Un diverso indirizzo giurisprudenziale e dottrinale, viceversa, ritiene che, anche quando non si verifica un danno alla salute e al medico non sia imputabile la minima imperizia, la violazione dell'obbligo di informazione può comunque dare diritto al risarcimento, purché, però, sia configurabile un pregiudizio (c.d. danno-conseguenza) patrimoniale o anche non patrimoniale causalmente connesso ad esso, di cui il paziente – secondo la consueta ripartizione dell'*onus probandi* – deve dare dimostrazione. Cfr. MEANI S., *Sul danno risarcibile in caso di mancato consenso all'intervento eseguito correttamente*, in *Corriere giuridico*, 2006, 1244 ss.; MARTORANA C., *Considerazioni su informazione del paziente e responsabilità medica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1997, p. 389. A livello giurisprudenziale, *ex multis*, cfr. Trib. Milano sez. V, 4 marzo 2008. Per pronunce più recenti Cass. Civ., 20.05.2016, n. 10414; Cass. civ. 04.02.2016, n. 2177; Cass. civ., 29.09.2015, n. 19212; Cass. civ., 14.07.2015, n. 14642; Cass. civ. 12.06.2015, n. 12205; Cass. civ., 31.03.2015, n. 6439; Cass. civ., 14 marzo 2006, n. 5444 afferma che "la correttezza o meno del trattamento [...] non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni"; o Cass. pen., 11.07.2001, n. 1572 che afferma che "non è attribuibile al medico un generale "diritto di curare", a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di "soggezione" su cui il medico potrebbe "ad libitum" intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare, invero, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive queste derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia,

Una volta prestato, però, quest'ultimo deve perdurare per tutta la terapia¹⁰⁸: il consenso iniziale crea un vincolo che è continuamente suscettibile di modifica: nel caso di un rapporto medico – paziente che si configuri, come attualmente è, in termini di alleanza terapeutica, è riscontrabile, infatti, una parte cooperativa ascrivibile al malato non solo nella fase di “progettazione” del contratto – al fine della determinazione del miglior piano terapeutico –, ma in ogni momento di esecuzione successiva. La prestazione medica, in questo senso, è sottoposta a un costante processo di revisione; nel caso in cui il paziente decida di rinunciare a un trattamento già imposto, esso riprende il controllo della fase esecutiva, ne nega la prosecuzione o ne chiede una rimodulazione.

Laddove il malato esprima un dissenso informato, autentico e attuale non può, quindi, che essergli riconosciuto un vero e proprio diritto di non curarsi, che può avere a oggetto qualunque tipo di trattamento, anche quelli c.d. salva – vita, quali respirazione, nutrizione e idratazione artificiale.

Sebbene, dunque, il personale sanitario sia investito di una posizione di garanzia¹⁰⁹ nei confronti dei pazienti, l'obbligo giuridico di attivarsi allo scopo di preservare la loro salute trova un limite nella cosciente, libera e informata opposizione da parte dello stesso soggetto sottoposto alla cura.

È esclusa in radice una regolazione *ab externo*¹¹⁰. Compito del medico, rimodulandosi la sua sfera di azione, diventa pertanto quello di agire nei limiti che essa rende possibili, prestando le cure necessarie ad alleviare il dolore terminale e accompagnando il paziente *nella morte*¹¹¹. Ciò, trova la propria più piena manifestazione soprattutto nei casi in cui il pa-

per potersi estrinsecare abbisognano di regole, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi.

¹⁰⁷ Cfr. CASTRONOVO C., *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, Responsabilità civile e tutela dei diritti*, in AA.VV. *Studi in onore di Pietro Rescigno; Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 127.

¹⁰⁸ FERRANDO G., *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in RODOTA' S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di Biodiritto* (Vol. *Il Governo del Corpo*), Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 1875.

¹⁰⁹ Cass. Pen., sentenza 11.03.2005 n. 9739. Con riguardo alla relazione diagnostico - terapeutica quale fonte della posizione di garanzia. Cfr. *ex multis*, Cass. pen. 28 ottobre 2004, n. 46586, Cass. pen. 14 novembre 2007, n. 10795; Cass. pen., 4.06.2008, n. 35307; Cass. Pen., 14.11.2008, n. 47490; Cass. Pen., 4.03.2009, n. 10819; Cass. Pen., 19.05.2009, n. 38225; Cass. Pen., 8.04.2010, n. 20370.

¹¹⁰ Cass. Civ. 12.06.2015 n. 12205.

¹¹¹ VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 241. In questo ambito, fondamentale è la rilevanza delle cure palliative. Quando si parla di palliazione si fa riferimento a quella serie di interventi terapeutici e assistenziali finalizzati alla “cura attiva e totale di malati la cui patologia di base non risponde più a trattamenti curativi specifici. Il tutto, attraverso il controllo del dolore, degli altri sintomi e in generale dei problemi psicologici, sociali e spirituali” - Consiglio Direttivo SIAARTI (Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva), *Grandi insufficienze d'organo “end stage”: cure intensive o cure palliative? – “documento condiviso” per una pianificazione delle scelte di cura*, documento approvato in data 22 aprile 2013) che possono riguardare una persona nelle fasi finali della propria esistenza. Attraverso questi interventi, si salvaguarda, senza contrastarla, la naturalità dei fenomeni umani e si sancisce il diritto fondamentale di ciascuno di vivere i momenti finali della propria esistenza nel modo più dignitoso possibile e senza sofferenza. Esse realizzano che il paziente terminale è una persona che (ancora) vive: se gli obiettivi terapeutici non sono più volti alla guarigione, essi comunque hanno a oggetto il prendersi cura in un'ottica non solo prettamente analgesica, ma più latamente esistenziale e relazionale (MANCUSO F., *Dolore, dignità, speranza: il diritto alla salute nei pazienti in fase di fine vita*, in LUCREZI F., MANCUSO F. (a cura di), *Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 60-63). Il pieno riconoscimento della legittimità di tali cure si deve, poi, alla legge 15 marzo 2010 n. 38, contenente “*Disposizioni per garantire*

ziente vigile e cosciente (in quanto competente e capace di intendere e di volere) si trovi in condizioni di dipendenza tali da rendere necessario l'intervento di un altro soggetto – il medico – al fine di attuare concretamente l'interruzione delle cure. In tali casi, infatti, all'elemento relazionale e fiduciario proprio dell'alleanza terapeutica si aggiunge una richiesta di condotta attiva del personale sanitario che deve essere garantita: se ogni azione medica è vincolata alla permanente intenzione primaria del soggetto e al suo diritto di rivederla, sarebbe, infatti, irragionevole far scontare al malato la sua impotenza fisica con la perdita di un diritto¹¹²: quello di autodeterminarsi in relazione alle fasi patologiche della propria esistenza, riconducibile agli artt. 13 e 32 della Costituzione, e da tutelarsi anche laddove ciò implichi forme di desistenza terapeutica che conducano all'evento morte.

I due fondamentali momenti che hanno portato all'affermazione di questi diritti sono da individuarsi nei casi di Piergiorgio Welby, nel 2006 – la cui vicenda influenza ed è influenzata da quella di Eluana Englaro – e di Walter Piludu, nel 2016.

Sia Welby¹¹³ che Piludu, come noto, impossibilitati a interrompere il trattamento di respirazione automatica, si rivolgono ai giudici affinché sia riconosciuto il loro diritto di sottrarsi a un trattamento percepito dagli stessi come sproporzionato e insopportabile, per quanto oggettivamente appropriato quanto alla finalità di tenerli in vita.

Nel 2006, Welby ricorre ex art. 669 ter c.p.c. e 700 c.p.c. al Tribunale di Roma, al fine di ottenere dal medico che lo ha in cura, dopo essere stato sedato, il distacco del respiratore che lo tiene in vita. Il Giudice romano, pur riconoscendo l'esistenza di un diritto soggettivo, garantito dall'articolo 32 della Costituzione, di richiedere l'interruzione della terapia medica, dichiara inammissibile il ricorso, ritenendo tale diritto non suscettibile di tutela giuridica in quanto al tempo mancava, nel sistema italiano, una normativa specifica atta a regolamentare le decisioni di fine vita in un contesto clinico.

Sarà lo stesso Tribunale di Roma, in sede penale, a pronunciare, nei confronti del dott. Riccio, imputato per omicidio del consenziente, una sentenza di non luogo a procedere: afferma, infatti, il Giudice che "la condotta di colui che rifiuta una terapia salvavita costituisce

l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore", con particolare riferimento alle fasi avanzate e terminali della patologia, nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza. Essa è considerata tra le più complete e avanzate in Europa e, riconoscendo il diritto soggettivo di ogni cittadino (con fondamento negli articoli 2 e 32 della Costituzione) ad accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore, definisce espressamente come fondamentali alcuni principi applicativi: la tutela della dignità, dell'autonomia del malato e della qualità della vita sino al suo termine, nonché l'imprescindibilità di un sostegno sanitario e socio-assistenziale adeguato per la persona malata e per la famiglia. La normativa, il riconoscimento a livello legislativo, però, non sono di per sé sufficienti: da un lato, l'attuazione della l. n. 38/2010 pare ancora lontana dal raggiungimento di un risultato ottimale e omogeneo in tutte le diverse Regioni italiane (Si vedano, in tal senso, gli annuali rapporti al Parlamento sullo stato di attuazione della l. n. 38/2010 recante "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore"); dall'altro, al tempo stesso, non si ravvisa una piena coscienza dell'effetto, da parte della classe medica, del nuovo approccio alla sofferenza del paziente.

¹¹² JONAS H., *Il diritto di morire*, cit. p. 32. Con riferimento alle tesi dottrinarie che riscontrano una violazione del principio di uguaglianza tra quei soggetti che possono porre fine alla propria esistenza chiedendo l'interruzione del trattamento salva vita e quelli che, essendo fisicamente impediti, non possono farlo si veda CHECCOLI T., *Profili costituzionali dell'eutanasia*, in ROMBOLI R. PIZZORUSSO A., BRECCIA U., (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Plus, Pisa, 2007, p. 314.

¹¹³ <http://www.associazionelucacoscioni.it/il-caso-giuridico-di-piergiorgio-welby/>

l'esercizio di un diritto soggettivo e darvi seguito rappresenta l'adempimento di un dovere giuridico"; non si può, infatti, "riconoscere l'esistenza di un diritto di rango costituzionale, quale quello all'autodeterminazione individuale e consapevole in materia di trattamento sanitario, per poi lasciarlo senza tutela. Tale diritto nasce già perfetto, non necessita di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria e può sostanziarsi, così come di "una pretesa di astensione, anche di un intervento da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione".

Successivamente a tale vicenda, quasi sette anni dopo, è pronunciata ancora una sentenza¹¹⁴ che chiude il caso Englaro¹¹⁵ e che, per i fini che qui interessano, ben consente di cogliere l'evoluzione del processo che porta all'affermazione di un diritto alla desistenza terapeutica. Il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 4460 del 2014, nel respingere il ricorso presentato dalla Regione Lombardia avverso la sentenza di annullamento (T.A.R. Lombardia, n. 214 del 2009) del provvedimento della Direzione Generale Sanità che aveva negato la possibilità di accesso a una struttura regionale per ottenere il distacco, autorizzato dalla Corte d'Appello di Milano (con decreto del 9.7.2008), del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente Eluana Englaro, evidenzia il vizio in cui è incorso l'ente regionale. Quest'ultimo, infatti, ritiene che l'obbligo di ricovero da parte del Sistema Sanitario Regionale sussista solo nei "casi in cui si debba (e si possa) curare una determinata patologia". Secondo i giudici amministrativi, però, la Regione ha indebitamente posto alla base del proprio rifiuto di ricovero una visione assolutizzante, autoritativa, della "cura", intesa in termini di necessario beneficio per il paziente; facendo ciò, essa "si è illegittimamente sostituita alla volontà del malato, al suo specifico bisogno di cura e, in ultima analisi, al suo fondamentale e incomprimibile diritto di autodeterminazione terapeutica, quale massima espressione della sua personalità" che, come tutti i diritti di libertà, "implica la tutela del suo risvolto negativo: a fronte del diritto, inviolabile, che il paziente ha di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta semplicemente l'obbligo, da parte dell'amministrazione sanitaria, di attivarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato".

Due anni dopo questa pronuncia e dieci anni dopo quella che decide il caso Welby, la medesima questione si ripropone con la vicenda di Walter Piludu, affetto da Sclerosi Laterale Amiotrofica e, anche lui, tenuto in vita solo grazie a un respiratore artificiale. Con ricorso ex art. 700 c.p.c., egli chiede l'autorizzazione, da parte del Tribunale di Cagliari, al distacco dei presidi medici necessari per il proprio sostegno vitale, previa sedazione.

¹¹⁴ A cui farà seguito ancora il Tar Lombardia, con la sentenza n. 650 del 2016 e il Consiglio di Stato con la sentenza n. 3058 del 2017.

¹¹⁵ Il 16 ottobre 2007, con la sentenza n. 21748, la Corte di Cassazione, in radicale contrasto con quanto sostenuto nelle precedenti pronunce riguardanti il medesimo caso, interpreta e qualifica la vicenda di Eluana Englaro sancendo il principio per cui "è possibile disporre l'interruzione, su istanza di un tutore, di idratazione e alimentazione forzata, quali trattamenti terapeutici, in presenza di due circostanze concorrenti: in primo luogo, che la condizione di stato vegetativo del paziente sia apprezzata clinicamente come irreversibile, senza alcuna sia pur minima possibilità, secondo standard scientifici internazionalmente riconosciuti, di recupero della coscienza e delle capacità di percezione; in secondo luogo, che sia univocamente accertato, sulla base di elementi tratti dal vissuto del paziente, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni, che questi, se cosciente, non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento".

A differenza che per Piergiorgio Welby, in questo caso il giudice accoglie il ricorso¹¹⁶: tale rifiuto, infatti, esprime una scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale¹¹⁷.

In un contesto così definito e giuridicamente qualificato, interviene la legge n. 219 del 2017¹¹⁸ che, recependo a livello legislativo questi principi, all'art. 1 commi 5 e 6, afferma che "ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento [...] il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento". Nella nozione di trattamento sanitario rientrano anche nutrizione e idratazione artificiale. Al riconoscimento di tale diritto, consegue l'obbligo, per il medico, di "rispettare la volontà espressa dal paziente".

7. Eutanasia attiva e diritto di morire. Esiste davvero un vuoto legislativo?

Trattare il tema dell'eutanasia¹¹⁹, oggi, implica fare riferimento alla sola eutanasia pietosa¹²⁰, "atto individuale di un uomo verso un altro uomo, sorretto dal movente altruistico di

¹¹⁶ Tribunale di Cagliari, 16.07.2016.

¹¹⁷ La sentenza, inoltre, definisce le modalità con cui attuare l'interruzione del trattamento di sostegno vitale. Si dispone, infatti, "che in accordo con il personale medico e paramedico che attualmente assiste lo stesso, l'interruzione del trattamento di respirazione artificiale o di altre procedure di assistenza strumentale, avvengano in *hospice* o altro luogo di ricovero confacente ed eventualmente – se ciò sia opportuno ed indicato dalla miglior pratica della scienza medica – con somministrazione di quei soli presidi atti a prevenire ansia e dolori e nel solo dosaggio funzionale a tale scopo comunque con modalità tali da garantire un adeguato e dignitoso accudimento accompagnatorio della persona prima durante e dopo la sospensione del trattamento".

¹¹⁸ Cfr. si veda BORSELLINO P., *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica nella legge sul testamento biologico*, in *Diritto e salute*, n. 4 del 2018, p. 35-50.

¹¹⁹ DWORKIN R., *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994. Secondo Dworkin sono presenti tre questioni distinte nelle decisioni che concernono l'eutanasia; le prime due attengono all'autonomia del paziente, strettamente connessa, a sua volta, al miglior interesse dello stesso. Tali due aspetti consentono di far appello all'idea che sia meglio vivere una vita strutturata secondo uno stile determinato, perfino quando essa giunga alla fine (p. 262). Si fa riferimento, in questo caso, a due tipologie di interessi che connotano la vita di ciascuno: quelli di esperienza, ma soprattutto, quelli critici (p. 277-278), ossia quegli interessi il cui soddisfacimento rende la vita autenticamente migliore. Tali elementi devono, poi, trovare il modo di conciliarsi con la terza questione, quella che riconosce un valore intrinseco e una connotazione sacrale alla vita. Punto essenziale, secondo Dworkin, è, a questo punto, comprendere come la sacralità della vita debba essere intesa e rispettata; il tutto, partendo dalla consapevolezza del carattere determinante che assume il contributo umano in questa valutazione. "Le opinioni si dividono non perché alcuni disprezzano i valori che altri onorano, ma, al contrario, perché i valori in questione sono al centro delle vite di ciascuno e nessuno è disposto a considerarli così banali da accettare gli ordini di altre persone riguardo al loro significato" (p. 300).

¹²⁰ Quando si parla di eutanasia si fa in realtà riferimento, storicamente, a una pluralità di fenomeni estremamente diversi. Si veda in tal senso, D'AGOSTINO F., *Eutanasia, diritto e ideologia*, in *Justitia* 1977, p. 296; TRIPODINA C., *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, cit.; DWORKIN G., FREY R.G., BOK S., *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Edizioni di comunità, Torino, 2001; MORO T., *Utopia, lo Stato perfetto, ovvero l'isola che non c'è*, Edizioni Demetra, Firenze, 2003 p. 106 che fa riferimento al fenomeno eutanasiaco quale efficace pratica economica, quale "soppressione di malati incurabili, di invalidi, di vecchi, allo scopo utilitario di alleggerire la collettività dal gravame parassitario di soggetti economicamente inutili o socialmente inadatti". La declinazione più tragica dell'eutanasia si ha, poi, con la concretizzazione dell'eutanasia eugenetica – eliminazione di individui in virtù della mitizzazione della razza pura da proteggere contro ogni

arrecare beneficio a chi si trovi in condizione di malattia terminale e sofferenza irrimediabile”¹²¹.

Il fine ultimo diventa, in questi casi, quello di procurare una morte benefica, anticipando l'evoluzione della patologia¹²², ponendo in essere un atto di piena disposizione della vita e mettendo fine a uno stato di sofferenza considerato, da chi ne è affetto, intollerabile¹²³.

La necessaria azione di un terzo, generalmente un medico, finalizzata a cagionare il decesso del paziente, si esplica o attraverso la messa a disposizione di un farmaco letale, poi assunto direttamente dal malato (c.d. suicidio assistito) o attraverso la somministrazione diretta dello stesso da parte del terzo (c.d. eutanasia attiva diretta). Pur in concorso con un processo patologico in atto, quindi, la morte è da ricollegarsi causalmente anche a una condotta materiale altrui, a un “atto che lede definitivamente e con un legame causale immediato un'integrità biologica”¹²⁴.

È evidente, in tal senso, la differenza tra queste fattispecie e quelle relative alla desistenza terapeutica: solo rispetto alle prime, infatti, incide la configurazione, all'interno del nostro Stato, di un diritto di morire. Ciò, soprattutto laddove si consideri che non c'è, in tale ambito, uno spazio libero dal diritto, una lacuna, ma ci si trova di fronte a una precisa presa di posizione da parte dell'ordinamento: le condotte attraverso cui si esplica sia l'eutanasia attiva diretta, sia il suicidio assistito sono, infatti, ricondotte e sanzionate, rispettivamente, dall'art. 579 e dall'art. 580 del Codice Penale. Proprio a esse, poi, si riferisce l'art. 1 comma 6 della l. n. 219 del 2017, laddove afferma che “il paziente [che revochi il consenso a una terapia, anche salva vita, comunque] non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge”¹²⁵.

minaccia di degenerazione, intesa come compito da gestire da parte dello Stato in nome del supremo interesse della Nazione – che si è avuta con il nazional-socialismo tedesco nel corso del quale, tra il 1939 e il 1941, ha visto la luce un programma eutanasi conosciuto come Aktion T4. Durante lo stesso “sono stati uccisi e passati per il camino circa trecentomila esseri umani classificati come “vite indegne di essere vissute”. Cfr. PAOLINI M. *Ausmerzen, vite indegne di essere vissute*, Einaudi, Torino 2012 p. 5.

¹²¹ TRIPODINA C., *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, cit. p. 27-28. È evidente, in questa definizione di eutanasia, la sua accezione prettamente individualistica che, nel passato, trova una sua prima elaborazione in Bacone. Bacone scrive: “lo penso che l'ufficio del medico non è soltanto quello di ristabilire la salute, ma anche quello di mitigare i dolori e le sofferenze causate dalla malattia; e non solo quando ciò, come eliminazione di un sintomo pericoloso, può giovare a condurre alla guarigione, ma anche quando, perdutasi ogni speranza di guarigione, tale mitigazione serve soltanto per rendere la morte facile e serena”. BACONE F., *Della dignità e del progresso delle scienze*, in *Opere Filosofiche*, in DE MAS F. (a cura di) Laterza, Roma - Bari, 1965, p. 214.

¹²² ADAMO U., *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità vs libertà?*, cit. p. 1257.

¹²³ NERI D., *Eutanasia: le ragioni del sì*, in GENSABELLA FURNARI M. (a cura di), *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, Vol. II, Rubbettino Edizioni, Catanzaro, 2001, p. 57.

¹²⁴ D'ALOIA A., *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della “fine della vita”*, in *Politica del diritto*, 1998 p. 616.

¹²⁵ Cfr. CUPELLI C., *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 12 del 2017, p. 123 ss.

7.1. Eutanasia attiva e diritto penale. La sua compatibilità con il dato costituzionale

Nel nostro ordinamento, a livello di legislazione ordinaria, come detto, l'eutanasia attiva, è ricondotta alle fattispecie dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e dell'istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.).

Attraverso tali disposizioni¹²⁶ e in conseguenza della loro applicazione alle condotte attraverso cui si esplica l'eutanasia attiva nelle sue differenti declinazioni si mantiene una divaricazione tra disponibilità della propria esistenza da parte del suo titolare e indisponibilità della vita da parte di soggetti terzi, le cui azioni acquisiscono così rilevanza penale.

Il rigore della legislazione penalistica¹²⁷ impone, però, di procedere nell'analisi secondo un duplice profilo: in primo luogo, quello che attiene all'incidenza, rispetto a questo tema, delle difficoltà di configurare, nel nostro ordinamento giuridico, un diritto di morire costituzionalmente garantito; in secondo luogo, poi, anche e soprattutto a prescindere dal riconoscimento di questo diritto di morire, quello che riguarda la ragionevolezza del trattamento sanzionatorio e le modalità attraverso cui la giurisprudenza, nel rapportarsi ai casi concreti, si è posta rispetto a tale aspetto.

Sono pienamente trasponibili su questo piano gli esiti cui si è pervenuti affrontando il tema del suicidio: chi, infatti, sulla base di un preteso diritto di morire, invoca l'incompatibilità di questa legislazione con i principi sanciti dalla Carta Fondamentale¹²⁸, si pone in un'ottica di fervida accentuazione della sola libertà di autodeterminazione come diritto soggettivo per-

¹²⁶ È da considerarsi, comunque che, il riconoscimento di una qualche incidenza della volontà di colui che vuole che venga posta fine alla sua esistenza sulla condotta omicida e sul conseguente trattamento sanzionatorio non implica un'automatica applicazione di questa fattispecie alle condotte che connotano l'eutanasia attiva.

In primo luogo, tra le cause di invalidità del consenso, con la conseguente applicazione della disciplina prevista per l'omicidio volontario, vi è il caso del soggetto passivo che verta in una situazione di deficienza psichica, ossia presenti "forme, anche non morbose e clinicamente non definite, di abbassamento intellettuale, di menomazione del potere di critica, o di indebolimento della funzione volitiva (TRIPODINA C. *Il diritto nell'età della tecnica, il caso dell'eutanasia*, cit. p. 66). Sono sintomi, questi, ravvisabili frequentemente nelle tipiche circostanze in cui l'eutanasia è richiesta e praticata. Nel caso, quindi, in cui si sia in presenza di una patologia che incide sulla piena e consapevole formazione del consenso alla propria eliminazione fisica, l'unico delitto configurabile, laddove la condotta omicida venga posta in essere, è quello dell'omicidio volontario: in ogni singolo caso concreto, infatti, è necessario indagare l'effettiva volontà di morire della vittima, non potendo trarsi la prova di ciò da generiche invocazioni del malato a che cessi la propria sofferenza (Cass. pen., 17.11.2010, n. 43954; Cass. pen. 14.02.2008, n. 13410).

¹²⁷ Quanto all'omicidio del consenziente, il Codice penale, prevede la pena della reclusione da comminarsi in una cornice edittale che va dai 6 ai 15 anni; quanto all'istigazione o aiuto al suicidio, la cornice edittale, invece, va dai 5 ai 12 anni. Per un commento riguardo alla persistente chiusura dell'ordinamento italiano rispetto ai casi di aiuto al suicidio, si veda CASONATO C., *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, Il Mulino, n. 4 del 2017, p. 597-604.

¹²⁸ La morte costituisce, in questo senso, un atto di assoluta autodeterminazione, una libera espressione della dignità di ciascuno Cfr. VERONESI U., *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Mondadori, Milano, 2005 p. 80 : "Il principio di non disponibilità della propria vita da parte degli esseri umani è, secondo me, un principio crudele che sequestra la libertà individuale"; si veda anche l'analisi che ne fa ALGOSTINO A., *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 3219 ss.; allo stesso modo CASONATO C., *Morte dignitosa e sospensione delle cure: ordinamenti giuridici a confronto*, *Convegno di studi su Scelte di fine vita: aspetti, etici, deontologici e giuridici*, Progetto Biodiritto, Dipartimento di Scienze giuridiche, Trento, 2002; BOSANO JOLY L. *Omicidio volontario o diritto al suicidio?*, in *Rivista penale*, 1982, p. 757.

fetto e tendenzialmente assoluto¹²⁹, fondato sul principio, di stampo liberale, per cui “l’umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire con la libertà d’azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi”¹³⁰.

In questo modo, però, da un lato, si legittimerebbe una ridefinizione – non giustificabile né alla luce delle intenzioni del legislatore storico, né del contenuto normativo delle disposizioni richiamate – del bene giuridico protetto: non più la vita, che con la configurazione di un diritto di morire diventerebbe disponibile anche da parte di terzi, ma l’autodeterminazione personale del singolo alla gestione, nella sua integralità, della sua stessa esistenza¹³¹; dall’altro, si escluderebbe dall’analisi quella *relatio ad alteros* ontologicamente connessa alla qualificazione di una situazione giuridica soggettiva quale diritto.

Sia il suicidio assistito che l’eutanasia attiva diretta non sono affari privati, ma relazionali; la libertà di autodeterminazione è, in questo senso, un valore primario, soprattutto in quanto connesso alla tutela della dignità di ogni essere umano¹³², ma esso deve necessariamente essere posto in bilanciamento con altri principi, tutti di rilevanza costituzionale. La società attuale, per quanto costruita intorno a un progetto dinamico di promozione e liberazione umana¹³³, non ammette, infatti, solo una rivendicazione di spazi di diritti individuali, ma impone che a essi si accompagni anche l’adempimento di quei “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” di cui all’art. 2 della Costituzione. Se ciò, in nessun modo, può tradursi in un dovere di vivere, al tempo stesso non può non far considerare che la partecipazione di terzi all’altrui morte non esaurisce i suoi effetti nella sfera giuridica di chi sceglie di *levar la mano su di sé*, ma, anzi, ne coinvolge una pluralità.

Compito dello Stato, rispetto alle questioni di fine vita così declinate, sembra essere non tanto quello di riconoscere e assicurare, attraverso la predisposizione di un sistema di garanzie, l’esistenza di un diritto di morire, quanto, piuttosto, in base alla Carta fondamentale e al sistema di principi che la ispira, quello di rendere il più possibile effettivo il diritto all’assistenza del malato terminale – attraverso una piena attuazione dell’art. 38 comma secondo della Costituzione -, quello di accertarsi che la vita del paziente risulti dignitosa secondo la percezione che il singolo ne ha e, nei momenti finali, quello di accompagnare il malato *nel* morire¹³⁴, non *a* morire¹³⁵.

¹²⁹ MORI M., *Dal vitalismo medico alla moralità dell’eutanasia*, in *Bioetica*, 1999, p. 109; ADAMO U. *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità vs libertà?*, cit., p. 1264; NERI N., *Eutanasia: le ragioni del sì*, in GENSA-BELLA FURNARI M. (a cura di), *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, cit., p. 62.

¹³⁰ MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, cit., p., 12.

¹³¹ PULITANO’ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7 del 2018, p. 59; si veda anche BARTOLI R., *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell’aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10 del 2018, p. 97 ss.

¹³² ADAMO U., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, cit. p. 201; si veda anche PIROZZOLI A., *Il valore costituzionale della dignità. Un’introduzione*, Aracne, Roma, 2007, p. 19; BECCHI P., *Il principio di dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009; POLITI F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 68.

¹³³ D’ALOIA A., *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della vita*, cit., p. 609.

¹³⁴ ADAMO U. *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un’analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, cit., p. 1285.

In questo ultimo senso, l'apparato pubblico è chiamato a favorire quelle politiche che possono incidere favorevolmente sulla qualità dell'esistenza, potenziando sempre più le prestazioni sanitarie volte ad assicurare il diritto di non soffrire¹³⁶, adeguando i servizi di sostegno economico e psicologico per i malati terminali e le loro famiglie, incrementando le strutture di *hospices* e ricomunitarizzando, con la solidarietà, chi è a rischio di esclusione o di abbandono¹³⁷.

Tutto ciò, si rafforza ulteriormente se si considera che interlocutori privilegiati delle richieste di eutanasia attiva o suicidio assistito sono i medici, coloro i quali, nello svolgimento di una funzione prettamente pubblica e nel contesto delle strutture sanitarie, consentono l'"attuazione" della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività: per quanto la medicina abbia a che fare con l'integrità della vita fino alla situazione in cui essa è ancora desiderabile¹³⁸, la configurazione in capo al personale sanitario di un dovere di agire provocando attivamente il decesso del paziente, rischia di implicare la rottura della struttura relazionale del rapporto tra medico e malato¹³⁹.

Se si ritiene questo sia il quadro entro cui si muovono le condotte di eutanasia attiva, al tempo stesso il discorso sui casi che la riguardano e su come essi sono sanzionati dall'ordinamento, non può dirsi esaurito: è possibile, infatti, tentare di sviluppare un ragionamento, sia *de iure condito*, secondo la prospettiva, già descritto nel paragrafo 4, per cui la legge generale e astratta, in alcune situazioni, nel suo rapportarsi al caso concreto, è interpretata restringendo l'area del penalmente rilevante, con una conseguente disapplicazione della stessa; sia *de iure condendo*, con specifico riferimento al suicidio assistito, prendendo spunto dalla vicenda che ha riguardato Fabiano Antoniani e dal giudizio di legittimità costituzionale sollevato dalla Corte d'Assise di Milano nel procedimento che vede Marco Cappato imputato per aver accompagnato Antoniani in Svizzera affinché potesse sottoporsi a suicidio assistito.

7.2. Eutanasia attiva e trattamento sanzionatorio nella giurisprudenza. Alcuni spunti de iure condito

Analizzando le diverse pronunce che, negli ultimi anni, hanno riguardato vicende riconsegnate a casi di eutanasia, si può considerare come i conflitti che il singolo fatto ha ingenerato nella dinamica dei rapporti concreti abbiano talvolta portato la giurisprudenza – con un diverso atteggiamento tra i casi di eutanasia attiva diretta e quelli di aiuto al suicidio - a

¹³⁵ PEZZINI B., *Diritto costituzionale alla salute, trattamenti sanitari, cure palliative: spunti di riflessione terapeutica*, in AA.VV., *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Plus, Pisa, 2011, p. 176.

¹³⁶ Sull'importanza delle cure palliative si veda nota n. 111.

¹³⁷ D'ALOIA A., *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale del fine vita*, cit. p. 621.

¹³⁸ JONAS H., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997, p. 204.

¹³⁹ D'AGOSTINO F., *Diritto e eutanasia*, in *Bioetica*, n.1, 1999, p. 105.

sottoporre le disposizioni legislative e le loro interpretazioni a una clausola di ragionevolezza e di equità¹⁴⁰.

Quanto ai fatti relativi a vicende di eutanasia attiva diretta, è interessante notare come non si riscontrino, nelle sentenze che li hanno riguardati, rivendicazioni volte a qualificare l'omicidio di una persona in condizioni terminali che, in piena consapevolezza, presti il proprio consenso a tale atto, come espressione del diritto di morire. Quindi, come tale, legittima¹⁴¹.

Anzi, al contrario, si assiste a una particolare difficoltà, da parte degli stessi interpreti, sia a ritenere effettivamente applicabile la fattispecie di cui all'art. 579 c.p., in luogo di quella relativa all'omicidio volontario, sia a concedere l'attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p. dell'aver commesso il fatto, il soggetto agente, per motivi di particolare valore morale e sociale.

Con riferimento al primo aspetto, i giudici persistono infatti nel ritenere che lo stato particolarmente avanzato di una malattia o le condizioni psichiche compromesse impediscano una piena e consapevole formazione del consenso alla propria eliminazione fisica da parte del singolo. In difetto di elementi di prova univoci circa l'effettiva e consapevole volontà della vittima di morire, non desumibili da generiche invocazioni della stessa a che cessi la propria sofferenza o dall'auspicio di adozione di modelli eutanasi propri di altri Paesi¹⁴² deve, infatti, attribuirsi prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e volere del paziente, nonché della percezione che altri possono avere della qualità della sua vita¹⁴³.

Quanto al secondo aspetto, la giurisprudenza ritiene che le discussioni tuttora esistenti sulla condivisibilità dell'eutanasia siano sintomatiche della mancanza di un suo attuale apprezzamento positivo pubblico, risultando, anzi, larghe fasce di contrasto nella società italiana contemporanea; non ricorre, pertanto, la generale valutazione positiva da un punto di vista etico-morale, condizionante la qualificazione del motivo come circostanza attenuante ai sensi dell'art. 62.1 n. 1¹⁴⁴.

Molto diversa è la prospettiva che riguarda le questioni inerenti i casi di suicidio assistito.

In primo luogo, si osserva come si stia affermando una tendenza interpretativa volta a restringere l'ambito di applicabilità dell'art. 580 c.p. – che, invero, sanziona chi “agevola in qualsiasi modo l'esecuzione” del suicidio¹⁴⁵ – alle sole condotte che risultino direttamente e strumentalmente connesse a tale atto. Questo è, ad esempio, l'esito a cui sono pervenuti i giudici nel caso che ha riguardato Angelo Tedde, che, nel 2014, decide di accompagnare in Svizzera, in una clinica vicino a Basilea, un'amica, Oriella Cazzanello, che aveva deciso di

¹⁴⁰ ZAGREBELSKY G., MARCENO' V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 211.

¹⁴¹ Cfr. Cass. Pen. 20.01.2003, n. 11878; Cass. Pen. 11.12.2007, n. 47039; Cass. Pen. 27.11.2008, n. 11236; Cass. Pen. 15.02.2018, n. 7390; Cass. Pen. 07.11.2018 n. 50378.

¹⁴² Cass. pen. 17.11.2010 n. 43954.

¹⁴³ Cass. pen. 14.02.2008 n. 13410.

¹⁴⁴ Cass. Pen. 07.11.2018 n. 50378; Cass. Pen. 18.02.2018, n. 7390; Cass. pen. 12.11.2015, n. 12928; Cass. pen. 8.04.2015 n. 20433; Cass. pen. 29.04.2010 n. 20312 e, in ultimo, per un caso che qui interessa, Cass. pen. 31.03.2016 n. 1298.

¹⁴⁵ Cass. Pen. 06.02.1988 n. 3147.

morire. Denunciato dai familiari della donna, Tedde è rinviato a giudizio per aiuto al suicidio e, infine, assolto con formula piena dal Tribunale di Vicenza il 14 ottobre 2015 poiché il fatto non sussiste.

Per quanto la fattispecie sottoposta ai giudici sia perfettamente suscettibile nella previsione normativa, questi ultimi, analizzando l'effettivo dispiegarsi delle circostanze fattuali, stabiliscono come non sia possibile imputare all'uomo "un'azione di determinazione o rafforzamento della volontà della Cazzanella di suicidarsi; [...] è vero che Tedde portò la donna in auto nella clinica Lifecircle di Basilea" dove era a conoscenza del fatto che avrebbe praticato il suicidio assistito, "ma ciò non basta a condannarlo per l'istigazione o l'aiuto allo stesso". Il giudice, in questo caso, valuta come la condotta di Tedde, per quanto materialmente incidente sul realizzarsi del proposito di morte (e quindi qualificabile come aiuto al suicidio) non possa avere una qualificazione giuridica analoga. Sia in primo che in secondo grado¹⁴⁶, si ritiene, infatti, di considerare sanzionabili le sole condotte che risultino di stretta esecuzione del proposito: non integra, pertanto, il delitto di cui all'art. 580 c.p. l'azione di chi, senza influire sull'altrui proposito suicida, determinandolo o rafforzandolo, si limiti ad accompagnare in auto chi desidera porre fine alla propria esistenza fino a una struttura per il suicidio assistito in Svizzera¹⁴⁷.

7.3. Dj Fabo. L'occasione per la conferma di un'interpretazione; lo spunto per alcune riflessioni de iure condendo. La legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio

La vicenda di Fabiano Antoniani rappresenta un momento centrale nella riflessione su questi temi.

Antoniani, rimasto, in seguito a un incidente avvenuto nel giugno 2014, tetraplegico e non autonomo nella respirazione e nell'alimentazione, dopo infruttuosi ricoveri, cure e tentativi riabilitativi, a partire dalla primavera del 2016, comunica ai suoi familiari di non voler continuare a vivere. Tramite la sua fidanzata prende contatto con l'organizzazione svizzera "Dignitas", con l'associazione "Luca Coscioni" e, quindi, con Marco Cappato. È quest'ultimo a fornire ad Antoniani le informazioni necessarie per espletare le pratiche con la "Dignitas" e ad accompagnarlo presso la struttura ove, nel febbraio 2017, è sottoposto a suicidio assistito.

Si apre, quindi, nei confronti di Cappato, che al suo ritorno in Italia decide di autodenunciarsi, un procedimento di fronte alla Corte d'Assise di Milano che, il 14 Febbraio 2018, solleva una questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.¹⁴⁸, il quale, nell'incriminare

¹⁴⁶ Corte d'Appello di Venezia, Sentenza del 10 maggio 2017.

¹⁴⁷ Si veda la nota di SILVA C., *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1 del 2017, p. 308 e ss.

¹⁴⁸ Molti sono stati i commenti a questa ordinanza. *Ex multis*, si veda D'AMICO M., *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto e salute* n. 4 del 2018, p. 59 – 73; TRIPODINA C., *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e "sul diritto di morire per mano d'altri"*, in *Biolaw Journal*,

le condotte di aiuto al suicidio in alternativa a quelle di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicida, in primo luogo, si porrebbe in contrasto con “gli artt. 2, 13 primo comma e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione europea dei Diritti dell’uomo, in forza dei quali il diritto a por fine alla propria esistenza costituisce una libertà della persona”; afferma il giudice rimettente, infatti, che “il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente”; in secondo luogo, violerebbe gli artt. 3, 13 secondo comma, 27 terzo comma della Costituzione che, individuando la ragionevolezza della pena in funzione dell’offensività del fatto, verrebbero lesi da una “sanzione indiscriminata” e severa (con un minimo edittale stabilito in 5 anni) prevista, senza differenza alcuna, sia per le condotte di istigazione che per quelle di aiuto al suicidio.

La Corte costituzionale si pronuncia, non decidendo, ma rinviando la trattazione della causa di un anno, con l’ordinanza n. 207 del 2018, che offre spunti importanti per ragionare su questi temi attraverso riflessioni che vanno molto oltre la mera sanzionabilità, nel caso concreto, della condotta di Marco Cappato. Qualora, infatti, la Corte d’Assise di Milano, avesse semplicemente voluto mandare esente Cappato da qualsivoglia responsabilità penale, si sarebbe potuta semplicemente limitare a interpretare l’art. 580 c.p. in modo conforme alla Costituzione, alla stregua di quanto già avevano fatto il Tribunale di Vicenza e la Corte d’Appello di Venezia nel caso di Angelo Tedde (punendo solo gli atti di stretta esecuzione del suicidio), in sentenze peraltro richiamate nell’ordinanza di rimessione¹⁴⁹.

La Corte d’Assise di Milano, assumendo l’autodeterminazione del singolo come unico oggetto di protezione – e, quindi, sostanzialmente, rimodulando l’impianto di tutela dell’articolo¹⁵⁰ - chiede, invece, che sia riconosciuta la disponibilità della vita da parte di chiunque, in piena coscienza (e, quindi, al di fuori dei casi di istigazione), chieda di essere aiutato a morire attraverso una condotta attiva, causalmente rilevante, di soggetti terzi.

È un’impostazione, questa, che però non trova alcun seguito nell’ordinanza della Corte¹⁵¹, la quale stabilisce come “al legislatore non possa ritenersi inibito [...] di vietare condotte

n. 3 del 2018, p. 139-151; BATTAGLIA G., *La questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. una tappa (necessaria?) del caso Cappato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2018, p. 493-497; BISSARO S., *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso “Cappato”*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2018; CASONATO C., *I limiti all’autodeterminazione individuale al termine dell’esistenza: profili critici*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1 del 2018; GIANELLO S., *La strada impervia del giudizio incidentale. Nota all’ordinanza di rimessione nel “processo Cappato”*, in *Diritti Comparati*, 2018. Si segnala inoltre che l’argomento è stato approfondito in occasione di un seminario preventivo organizzato presso l’Università di Bologna da MORRONE A., con atti di convegno MORRONE A. (a cura di), *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2018; PRISCO S., *Il caso cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BiLaw Journal*, n. 3 del 2018, p. 153-170.

¹⁴⁹ Cfr. OMODEI R.E., *L’istigazione e l’aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo. Una visione costituzionalmente orientata dell’art. 580 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10 del 2017, p. 143 ss.

¹⁵⁰ FIANDACA G., *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro italiano*, 2009, V, p. 227 ss.

¹⁵¹ Si vedano, tra i molti commenti, FIANO N., *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum costituzionale*, 25 ottobre

che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite". È compito della Repubblica¹⁵², invero, "porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)".

L'art. 580 c.p. "anche nella parte in cui sottopone a pena la cooperazione materiale al suicidio", è, quindi, funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela", i quali sono rinvenuti in un'esigenza di protezione di quei soggetti vulnerabili, che, in quanto tali, potrebbero non essere in grado di prendere, rispetto a tali scelte ultime, decisioni libere e consapevoli. Si coglie, in questo modo, la *ratio* di una norma che, alla luce del mutato quadro costituzionale, guarda alla persona umana come a un valore in sé e non come a un mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi.

La Corte costituzionale fa così proprio quanto già affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Pretty contro Regno Unito*¹⁵³ nel quale, individuata nell'art. 8 della Cedu la vera e propria *sedes materiae* delle decisioni di fine vita, è riconosciuto come la rilevanza penale dell'aiuto al suicidio possa, sì, costituire un'interferenza nella vita privata e familiare dei singoli, ma come ciò sia in realtà finalizzato alla "tutela dei diritti e delle libertà altrui" (art. 8 comma 2 Cedu) e sia, pertanto, perfettamente ragionevole in una società democratica¹⁵⁴: "in un'epoca in cui si assiste a una crescente sofisticazione della medicina e a un

2018; ADAMO U., *Sull'aiuto al suicidio la Corte ha rinviato la palla al Parlamento*, in *Iacostituzione.info*, 26 ottobre 2018; RUGGERI A., *Venuta alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta on line*, 20 novembre 2018; ADAMO U., *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *Forum di quaderni costituzionali*, 23 Novembre 2018; BARTOLI R., *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10 del 2018, p. 109; BRESCIANI P.F., *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli (Nota a Corte cost., ord. n. 207/2018)*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2018, p. 1-12.

¹⁵² Può essere interessante fare riferimento ad alcuni scritti in tema di c.d. paternalismo di Stato: ADAMO U., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, cit., p. 210 ss.; MANIACI G., *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, n. 1 del 2011; MANIACI G., *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalista nell'argomentazione morale e giuridica*, in *Ragion pratica*, Bologna, Il Mulino, n. 1 del 2012; nonché FIANDACA G., *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., p. 227-237.

¹⁵³ Sentenza del 29 Aprile 2002, Ricorso n° 2346/02; cfr. ADAMO U., *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di un'ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale delle persone sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2016, p. 10.

¹⁵⁴ Secondo la Corte di Strasburgo, l'articolo 8 CEDU non impone agli Stati membri di prevedere un sistema giurisdizionale di valutazione nel merito della richiesta di suicidio assistito. Infatti, i ricorsi giurisdizionali interni che hanno rigettato le istanze per far dichiarare la normativa inglese in contrasto con l'art. 8 CEDU hanno dimostrato che la compatibilità delle leggi interne agli Stati con il parametro convenzionale va valutato alla luce della dottrina del margine di apprezzamento che in questa materia è già stato rilevato e che il bilanciamento tra i valori in gioco spetta al Parlamento inglese (§ 85). Cfr. ADAMO U., *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, cit. p. 15; DE STEFANI P., *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della corte europea dei diritti umani. Aspetti penalistici*, in RODOTÀ S.,

aumento delle speranze di vita, numerose persone temono di non avere la forza di mantenersi fino a un'età molto avanzata o in uno stato di grave decadimento fisico o mentale agli antipodi con la forte percezione che hanno di loro stesse e della loro identità personale¹⁵⁵.

È evidente la ragionevolezza di un'interpretazione di questo genere: la rivendicazione di diritti individuali non può spingersi, infatti, fino a far dimenticare le fragilità personali e le condizioni di vita morali e materiali che potrebbero influenzare l'autentica espressione di volontà del malato.

Se, però, da un lato, l'ordinamento è tenuto a vigilare affinché le persone non decidano di darsi la morte per motivi estranei alla propria determinazione volitiva, al tempo stesso si ritiene necessario rifuggire da un'idea astratta di vulnerabilità, da ricondursi a tutti coloro che soffrono di una patologia irreversibile e terminale. In caso contrario, il rischio è quello di escludere dalla possibilità di effettuare scelte di questo genere – nei limiti in cui verranno ritenute legittime – chi, nel caso concreto, sia pienamente libero e cosciente delle conseguenze del proprio proposito.

È, quindi, alle situazioni concrete che è necessario guardare.

In tal senso, la Corte costituzionale prende atto che esistono casi difficili, connessi a fatti del tutto peculiari a cui devono essere riconnessi spazi di non punibilità¹⁵⁶. Questi casi sono individuati dalla Corte in quelle situazioni, invero estremamente limitate, di persone affette da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche assolutamente intollerabili, che siano tenute in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma restino capaci di prendere decisioni libere e consapevoli. Quelle stesse analoghe situazioni già previste dalla l. n. 219 del 2017, che consente di revocare il consenso a qualsiasi trattamento terapeutico, ivi comprese respirazione, idratazione e alimentazione artificiali, lasciando che la patologia faccia il suo corso¹⁵⁷.

Se in queste vicende, osserva la Corte, "il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione di trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, al-

TALLACCHINI M. (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 672 ss.; ZANICHELLI M., *L'aiuto al suicidio può essere un obbligo degli Stati?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2011.

¹⁵⁵ Sentenza del 29 Aprile 2002, Ricorso n° 2346/02. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha poi ribadito questo principio anche in pronunce successive: se è vero che il diritto di ciascuno di decidere come e in quale momento debba avere fine la propria vita, sempre che si tratti di persona capace di prendere una decisione libera e di agire in conformità a tale decisione, è uno degli aspetti del diritto alla vita privata riconosciuto dall'art. 8 CEDU (Corte EDU, sentenza 20 gennaio 2011, Haas contro Svizzera; nello stesso senso, sentenza 19 luglio 2012, Koch contro Germania, e sentenza 14 maggio 2013, Gross contro Svizzera), tuttavia, in forza del paragrafo 2 dello stesso art. 8, una interferenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto è possibile se, come nei casi di cui si tratta, è prevista dalla legge ed è necessaria, "in una società democratica", per gli scopi indicati, tra i quali rientra "la protezione dei diritti e delle libertà altrui". A questo riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, pertanto, riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento, sottolineando a più riprese come incriminazioni generali dell'aiuto al suicidio siano presenti nella gran parte delle legislazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa (Corte EDU, sentenza 29 aprile 2002, Pretty contro Regno Unito; sentenza 20 gennaio 2011, Haas contro Svizzera; sentenza 19 luglio 2012, Koch contro Germania).

¹⁵⁶ Con riferimento al ruolo del fatto nel giudizio sulle leggi si veda nota 85.

¹⁵⁷ Si veda sia PULITANO' D. *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 71 sia FREY R.G., DWORKIN G., BOK S., *Eutanasia e suicidio assistito*, Edizioni di Comunità, Torino, 2001, p. 49.

meno sul piano naturalistico, da parte di terzi [...] – diventa irragionevole che quello stesso medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all' interruzione dei presidi di sostegno vitale”.

Sussiste, in questi casi, un'identità fattuale dal punto di vista degli aspetti determinanti la valutazione dei reali bisogni di tutela di chi pensa al suicidio, tale per cui, pur senza ridefinirsi astrattamente il bene giuridico protetto dalle disposizioni penalistiche – che rimane sempre la vita –, si deve valorizzare, nella dinamica dei rapporti concreti e dei conflitti che essi ingenerano, la garanzia della libertà di autodeterminazione del singolo rispetto alla mera tutela dell'esistenza, pena una violazione dei “principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive”, nonché, forse, del principio di offensività: quanto a quest'ultimo aspetto, nei casi in cui è doverosa per il medico l'interruzione del trattamento rifiutato, ancorché necessario *quoad vitam*, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non risponde a una reale funzione di tutela della vita¹⁵⁸.

Così motivato, la Corte rinvia un'ulteriore trattazione della questione al 24 settembre 2019, al fine di consentire al Parlamento di intervenire - effettuando i bilanciamenti indicati - e di evitare, estromettendo semplicemente questi casi dall'ambito applicativo della disposizione penale, vuoti di tutela.

Tralasciando, in questa sede, considerazioni in merito alla novità di un provvedimento che senza dubbio incide fortemente sulla dialettica tra Parlamento, che viene, così, sostanzialmente “messo in mora”, e Corte costituzionale, la parola passa, ora, al legislatore che, se riterrà, potrà introdurre nell'ordinamento una causa di giustificazione che faccia venir meno il contrasto tra il fatto conforme a una fattispecie incriminatrice (la condotta del terzo che presta, a chi si trovi in quelle situazioni, aiuto materiale al suicidio) e l'intero ordinamento giuridico¹⁵⁹. Eventualmente, estendendo l'area del penalmente irrilevante¹⁶⁰ anche ai casi di un soggetto che, pur nelle condizioni descritte, non dipenda da presidi salva – vita. I requisiti indicati dalla Corte costituzionale, infatti, rischiano di restringere enormemente la portata applicativa della causa di non punibilità così individuata: la necessità di attendere di essere sottoposti a trattamenti di tal genere, infatti, nella maggior parte dei casi, esclude la persistente piena capacità della persona.

Ci si chiede, però, qualora il legislatore decida di non intervenire, nonostante il monito, a disciplinare queste fattispecie, come si pronuncerà, questa volta definitivamente, la Corte costituzionale. Se, come la stessa afferma, i delicati bilanciamenti restano (giustamente) affidati al Parlamento – soprattutto in un ambito di questo genere -, sembra difficile ipotizzare una pronuncia che dichiari semplicemente l'illegittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui sot-

¹⁵⁸ PULITANO' D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 71.

¹⁵⁹ FIANDACA M., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, p. 256.

¹⁶⁰ Sulla frammentarietà del diritto penale, secondo cui alcune fattispecie di reato tutelano il bene oggetto di protezione non contro ogni aggressione proveniente da terzi, ma solo contro specifiche forme di aggressione si veda FIANDACA M., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, p. 32.

topone a sanzione penale le condotte di chi aiuti a morire chi si trovi sottoposto a trattamenti *quaod vitam*. Salvo, appunto, il rischio di vuoti di tutela.

Tuttavia, qualora non intenda limitarsi a una pronuncia di carattere interpretativo, forse, potrebbe agire, come già aveva fatto in passato, sulla cornice edittale dell'art. 580 c.p., dichiarando l'illegittimità costituzionale della sanzione nella sua misura minima e lasciando al giudice (pur con tutte le problematiche e i limiti, soprattutto in termini di uguaglianza, connessi alla giustizia del singolo caso concreto) la possibilità di individualizzare e proporzionare la pena da irrogare nelle diverse circostanze individuate. Ferma la discrezionalità del legislatore nella determinazione della quantità e qualità della sanzione¹⁶¹, infatti, il sindacato della Corte costituzionale potrebbe utilizzare il canone della ragionevolezza¹⁶², declinato o nel sistematico raffronto con altre fattispecie normative - assunte a *tertia comparationis* - che equiparino, ai fini della misura della pena, ipotesi di reato di diversa gravità o nella valutazione del rapporto di proporzionalità necessaria tra gravità del disvalore sociale del fatto e entità della sanzione¹⁶³. Nella sentenza n. 341 del 1990, la Corte, in tal senso, chiarisce – e lo ribadisce, poi, con la pronuncia n. 236 del 2016 - che “il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 primo comma della Costituzione, esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia al contempo alla funzione di difesa sociale e a quelle di tutela delle posizioni individuali”.

Questa irragionevolezza, nel caso in esame, sembra evidente: secondo l'interpretazione datane dai giudici costituzionali rispetto ai casi peculiari così definiti, l'art. 580 c.p. non può punire allo stesso modo, con la reclusione da 5 a 12 anni, situazioni così estremamente diverse quanto alla tutela dei beni a cui sono preordinate.

8. Conclusioni

Le decisioni sulla vita e sulla morte sono le più importanti nell'espressione della personalità del singolo individuo: indagare su tali temi impone di tenere costantemente presente l'intima soggettività di queste scelte, anche e soprattutto nel momento in cui l'analisi, pur partendo dalla persona, dai suoi diritti e dalle sue aspirazioni, si allarga imprescindibilmente all'esame della dimensione sociale.

In tal senso, pur nella consapevolezza che non si possa pervenire a una verità indiscutibile e valida per tutti riguardo alle questioni relative ai momenti finali dell'esistenza, si è cercato di ragionare sugli interrogativi e sulle istanze che originano dalla società attuale, incentrandosi preliminarmente sul suicidio e sull'esame delle ragioni per cui, all'interno di uno Stato costituzionale come il nostro, non sia configurabile un diritto di morire: l'atto del singolo che consapevolmente decide di darsi la morte - in un contesto in cui, in parallelo con la de-

¹⁶¹ Si veda BAILO F., *La scrittura delle sanzioni. Una prospettiva costituzionalistica*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 224 ss.

¹⁶² MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, p. 21-29 e p. 58-59 in cui è accostato a quello di proporzionalità adeguatezza della pena.

¹⁶³ BAILO F., *La scrittura delle sanzioni. Una prospettiva costituzionalistica*, cit., p. 231.

criminalizzazione del gesto in sé, permane la rilevanza penalistica delle fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio - è considerato ancora oggi solo come un mero fatto, come uno spazio di libertà e di non ingerenza da parte dello Stato nella sfera più intima dell'essere umano.

Qualificando la scelta di morire operata da un soggetto pienamente consapevole come espressione di un diritto, infatti, si uscirebbe dalla sfera individuale di ciascuno e, istituendosi una *relatio ad alteros*, si porrebbe in capo ai terzi e allo Stato il dovere di riconoscere e garantire tale diritto soggettivo, violando quel patto di mutua assistenza volta alla realizzazione di una democrazia effettiva.

Non può esistere, nel nostro Stato, solo una rivendicazione di spazi di diritti individuali, ma a essi deve accompagnarsi l'adempimento dei "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" richiamati dall'art. 2 della Costituzione. Diritti e doveri esprimono, in tal senso, una vocazione diacronica: sono fondamentali proprio perché stanno alla base dell'ordinamento e valgono ad assicurarne non soltanto lo svolgimento nel tempo presente, ma "anche la sua integra trasmissione nel tempo a venire"¹⁶⁴.

Una volta definito che non esiste un diritto di morire, che c'è solo la morte che un soggetto si dà come libertà rientrante nella propria sfera di autonomia, ma da cui non può uscire coinvolgendo l'azione di soggetti terzi, si è tentato, quindi, di dare una risposta alle problematiche sollevate dalle questioni di fine vita in ambito medico.

Nella loro estrema diversità, nella prospettiva del malato e del suo rapporto con il medico e con la società, si impone, infatti, una necessaria distinzione tra la richiesta, da un lato, di essere aiutato a morire e, dall'altro, di essere lasciato morire e, al più, di essere accompagnato *nella* morte attraverso il ricorso alle cure palliative.

Lasciar morire; aiutare a morire. Questi i fenomeni presi in considerazione, che sollevano nei confronti della collettività istanze diverse e non riconducibili alla rivendicazione di medesimi diritti.

Quanto al primo fenomeno, esso si configura come il diritto che deve essere riconosciuto a ciascun paziente che esprima la volontà di potersi sottrarre a un trattamento terapeutico ormai soggettivamente percepito come sproporzionato, in modo da consentire alla malattia di fare il suo corso anche qualora ciò comporti come esito certo la morte. Si avanza la richiesta, quindi, di essere lasciati morire quale espressione più piena, riconducibile agli artt. 13 e 32 della Costituzione, della libertà personale e dell'autodeterminazione terapeutica del singolo.

Compito degli ordinamenti giuridici, in questi casi, non è - e non può essere - quello di impedire che un soggetto decida, nel proprio migliore interesse, che la sua vita si concluda, lasciando che la patologia da cui è affetto faccia il proprio corso, ma è quello di vigilare affinché tale scelta sia espressione di una decisione non condizionata da fattori esterni, cosciente e libera. Non è libera qualora a incidere sulla determinazione volitiva del singolo che

¹⁶⁴ RUGGERI A., *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti. (Profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, n. 2 del 2018, p. 400, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri76.pdf>.

chiede di essere lasciato morire sia l'assenza di prestazioni assistenziali e psicologiche di cui lo stesso Stato è tenuto a farsi carico; parimenti, non è libera la richiesta avanzata dal paziente afflitto da condizioni di dolore cronico ormai divenuto intollerabile e non lenito dal ricorso a cure palliative.

Diverso è l'atteggiamento dell'ordinamento rispetto all'eutanasia attiva, penalmente sanzionata attraverso le condotte di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio, sulla quale incide la difficoltà di configurare un diritto di morire.

Non si è di fronte, in questi casi – a differenza che nel suicidio - a una questione meramente privata e individuale¹⁶⁵, ma a un singolo che rivendica nei confronti di terzi il diritto di essere aiutato a morire; legittimando la richiesta, volta a provocare la morte di un individuo, di una prestazione positiva da parte dell'apparato statale e dei medici si negherebbe, però, omettendo ogni valutazione dell'impatto sociale di una qualificazione giuridica di tal genere¹⁶⁶, che tali scelte “escano” dalla sfera giuridica di chi le matura consapevolmente e si confonderebbe la *libertà* di fare qualcosa (che implica un *non facere* da parte di terzi), con il *diritto* di pretendere qualcosa. Nelle scelte riconducibili all'eutanasia attiva è questo secondo aspetto a essere rilevante; non considerarlo, comporta il cadere nel paradosso per cui, da un lato, si rivendica di poter dar seguito a una scelta del tutto individualistica¹⁶⁷ che, sotto forma del linguaggio dei diritti, pretende di ricomprendere nella propria dimensione tutte le aspirazioni umane; dall'altro, per farlo, si pretende la collaborazione di terzi, obbligati a tale condotta positiva.

Tuttavia, se, come affermato dalla Corte costituzionale, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio (e, si ritiene, a maggior ragione, dell'omicidio del consenziente) non è incompatibile con il dato costituzionale, al tempo stesso, è, altresì, necessario prendere atto di come ci siano casi difficili, individuabili solo nel dinamico esplicitarsi dei rapporti sociali, che non possono essere posti in rapporto di conformità con la Carta fondamentale e che, sul piano della politica del diritto, sono aperti a soluzioni diverse. Rispetto a essi, risulta necessario distinguere tra il circuito della costituzionalità – che ben può legittimare la persistente meritevolezza di un divieto - e il circuito della politica¹⁶⁸ - che può, in talune situazioni, definire l'area del penalmente rilevante in funzione della concreta offensività della condotta.

¹⁶⁵ RAZZANO G., *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, cit., 2014, p. 4.

¹⁶⁶ Emblematiche, in tal senso, le conclusioni a cui perviene, il 18 dicembre 2012, la “Commission de réflexion sur la fin de vie en France” presieduta dal Prof. Didier Sicard. Nel chiudere i suoi lavori si legge: “se il legislatore si prendesse la responsabilità di una depenalizzazione dell'eutanasia, la Commissione intende mettere in guardia circa la responsabilità simbolica del cambiamento. L'eutanasia impegna l'idea che una società si fa del ruolo e dei valori della medesima”.

¹⁶⁷ RODOTA' S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 85.

¹⁶⁸ CASONATO C., *Biodiritto in dialogo*, Cedam, Padova, 2006, p. 22.