

**IL PROCESSO ALL'ART. 580 DEL CODICE PENALE NELLA PIÙ RECENTE
GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE:
ALLE ORIGINI DI UNA NUOVA IDEA DI GIUSTIFICAZIONE.**

di Antonino Sessa

(Professore associato di diritto penale, Università di Salerno)

SOMMARIO: 1. La (in)costituzionalità differita/prospettata dell'aiuto al suicidio ex art. 580 Cp: l'ordinanza n. 207/2018 della Consulta. - 2. Il riconoscimento di nuove situazioni meritevoli di tutela: il diritto all'aiuto 'nel' morire - 3. Diritti 'infelici' e tecniche di tutela: la giustificazione procedurale come strumento di protezione primaria di beni oltre l'incriminazione. - 4. Il contributo della giustificazione procedurale ad un diritto penale dell'eguaglianza nell'esercizio di una libera e consapevole autodeterminazione terapeutica. - 5. Il necessario riassetto sistematico della normativa di fine vita nelle indicazioni di diritto penale sostanziale del giudice delle leggi. Le prospettive *de lege ferenda* - 6. In attesa del deposito delle motivazioni della sentenza nel 'caso Cappato': il comunicato dell'ufficio stampa della Corte Costituzionale sulla decisione del 25 settembre del 2019.

1. Nell'ambito del procedimento penale a carico di M. Cappato, imputato di aiuto al suicidio prestato al DJ Fabo¹, la Consulta - chiamata dalla Corte d'Assise di Milano a decidere sulla denuncia di legittimità costituzionale dell'art. 580 Cp nella parte in cui incrimina, assieme alle condotte di istigazione, anche quelle di aiuto al suicidio - si è pronunciata con una quanto mai atipica e bipolare ordinanza(nella forma)-sentenza(nel contenuto), la n. 207 del 16 novembre 2018. Con essa, anche alla luce del dibattito successivamente sviluppatosi, la Corte costituzionale è stata ispirata da una

¹ Per una compiuta ricostruzione di tale vicenda giudiziaria cfr. C. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione della morte*, in www.penalecontemporaneo.it del 3 dicembre 2018, 1; C. Silva, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *RIDPP* 2017, 308 ss.

scelta che, aprendosi ad una (in)costituzionalità differita² ovvero 'prospettata'³, si è inserita perfettamente in un recente *trend* giurisprudenziale rivolto ad un evidente tentativo di recupero della funzione politica della legalità in materia penale⁴.

E' apparso subito chiaro, allora, come alla luce dell'ordinanza appena sopra richiamata, i giudici delle leggi, superando le ordinarie eccezioni di inammissibilità della questione sollevata dal giudice *a quo*⁵, hanno ritenuto di adottare, attraverso una legittima, anche se ibrida, tecnica di gestione del processo costituzionale, una decisione che, funzionalizzata a rafforzare lo spirito "collaborativo e dialogico" tra Corte e Parlamento⁶, non solo si è presentata come assolutamente necessaria in materie ad alta

² Una panoramica di sintesi delle diverse posizioni è rinvenibile in A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircoacervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in www.giurcost.org, *Consulta on line* III/2018, 571 ss.; P.F. Bresciani, *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 www.forumcostituzionale.it 12/2018, 1 ss.; M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it del 19 novembre 2018, 1; S. Prisco, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Rivista di biodiritto* 3/2018, 153 ss.; M. Picchi, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in www.osservatoriosullefonti.it 3/2018, 14 ss.

³ Così da ultimo G. Lattanzi, *Corte costituzionale. Riunione straordinaria del 21 marzo 2019. Relazione del Presidente*, in www.giurisprudenzapenale.com del 21 marzo 2019, 14; in chiave critica anche C. Panzera, *L'ordinanza "una e trina"*, in www.forumcostituzionale.it del 7 giugno 2019, 1 ss.

⁴ Sensibile ad una tale prospettiva M. Picchi, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, *cit.*, 2 ss.; a conferma di quanto già avvertito in relazione ad un caso che ha presentato le stesse problematiche cfr. D. Pulitanò, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *DPP* 2018, 1289; F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it del 14 settembre 2015, 1 ss.; V. Maiello, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *CP* 3/2016, 1250 ss.; G. Riccardi, *Patti chiari, amicizia lunga. La Corte costituzionale tenta il dialogo nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it del 27 marzo 2017, 1 ss.; più in generale sul punto resta viva la lezione di S. Moccia, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, *passim*.

⁵ Il riferimento è alla infondatezza delle eccezioni presentate dal Presidente del consiglio dei ministri e dall'Avvocatura generale accomunate da una premessa corretta, l'ininfluenza della agevolazione sul percorso deliberativo del soggetto passivo, ma che non solo prescinde da ogni considerazioni delle condizioni personali di quest'ultimo, quanto piuttosto neppure è preceduta da un doveroso tentativo di interpretazione conforme a Costituzione della disposizione denunciata, diversamente oggetto di una inammissibile interpretatio abrogans cfr. Ord. Corte Cost. n.207 del 16 novembre 2018, parr. 2 e 3 del cons. dir.

⁶ Contrariamente a quanto avvenuto in situazioni analoghe in cui la Corte non ha mancato di dichiarare l'inammissibilità della questione accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: [sentenza n. 23 del 2013](#) e

sensibilità etica, ma, nel massimo rispetto della discrezionalità del legislatore, pure non ha rinunciato a fornire quelle coordinate sostanziali rivolte a sollecitare e indirizzare la regolazione in concreto di istituti così come rimodellati in punto di astratto diritto⁷. Infatti, tanto nel caso in cui i giudici costituzionali fossero pervenuti, sulla questione che li occupa, ad una sentenza interpretativa di rigetto⁸, quanto nel caso in cui si fossero determinati per una sentenza manipolativa additiva di incostituzionalità⁹, così come sembra avvenuto nella recente decisione del 25 settembre ultimo scorso¹⁰, è indubbio che, tra costituzionalità della relativizzazione ermeneutica della disposizione e incostituzionalità della assolutizzazione della norma oggetto di sindacato – il divieto di aiuto al suicidio ex art. 580 Cp –, le eventuali possibili pronunce, complementari nei loro contenuti, possono differenziarsi unicamente per gli effetti ad esse conseguenti, che solo per il caso di dichiarata incostituzionalità da accoglimento parziale varrebbero *erga omnes*¹¹. E del resto, una tale presa di posizione non manca di trovare conferma anche in una prospettiva comparatistica¹², che vede accomunarsi

successiva sentenza n. 45 del 2015) cfr. Ord. Corte Cost. n.207 del 16 novembre 2018, par. 11 del cons. dir .

⁷ Così U. Adamo, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in www.forumcostituzionale.it del 23 novembre 2018, 8 ss.; da ultimo non manca di cogliere in tutto questo, ed in via critica, una rivisitazione del ruolo della Consulta che finisce per ampliare i suoi poteri di intervento tanto da incrementare la sua discrezionalità R. Bartoli, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in www.penalecontemporaneo.it del 8 aprile 2019, 1 ss.

⁸ Non escludono un tale epilogo F. Consulich - C. Genoni, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in www.giurisprudenzapenale.com, fasc. 1 bis 2019, 43; G. Lattanzi, *Corte costituzionale Riunione straordinaria del 21 marzo 2019 Relazione del Presidente*, cit., 15; R. Bartoli, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio*, cit., 13 laddove interpretando la condotta di agevolazione in termini più restrittivi rispetto a quelli adottati dalla giurisprudenza di legittimità, è possibile ritenere che all'interno del concetto di agevolazione "nell'esecuzione", misurando il contributo sulla base del decorso causale, non può essere considerata tipica la condotta di chi si limita ad accompagnare un soggetto nel luogo in cui altri hanno predisposto il trattamento diretto a determinare la morte (*ult. cit.*, ivi).

⁹ Per tutti cfr. C. Tripodina, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"* in *Rivista di biodiritto*, 3/2018, 149; A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircoacervo*, cit., 574 ss.; L. Risicato, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in *Aa. Vv., Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini- C. Cupelli, Napoli 2019, 303.

¹⁰ Cfr. Red., *Caso Cappato: La Corte Costituzionale dichiara la non punibilità dell'aiuto al suicidio in presenza dell'aiuto al suicidio in presenza di determinate condizioni. Ufficio stampa della Corte Costituzionale, comunicato del 25 settembre 2019*, in www.penalecontemporaneo.it del 26 settembre 2019, 1.

¹¹ In ragione dell'obbligo gravante su tutti i giudici (compreso, ovviamente, il giudice remittente) di disapplicare una tra le possibili norme desumibili dalla disposizione, e ciò al fine di lasciare in vigore tutte le altre, cfr. per tutti T. Martines, *Diritto costituzionale*⁴, Milano 2017, 510 ss.

¹² Il riferimento più aderente sembra rivolto alla Corte suprema inglese in materia di assistenza al suicidio ovvero al meccanismo delle dichiarazioni di Unvereinbarkeit, ovvero sia della incompatibilità

l'ordinanza della Consulta n. 207 del 2018 con le pronunce adottate in altri ordinamenti, laddove la preoccupazione di ovviare ad un'ipotesi di *vacatio legis* criminogena può essere scongiurata solo attraverso il ricorso ad una decisione che, come nel caso dell'ordinanza di cui appena sopra, è capace di tenere insieme la permanenza dell'incriminazione del divieto 'non assoluto' di aiuto al suicidio ex art. 580 Cp con quelle ipotesi che, nel loro verificarsi in concreto, finiscono per rivelarsi tassativamente diverse da quelle poste in astratto all'esame della Corte costituzionale italiana¹³.

Alla luce di una tale premessa, dunque, appare evidente che, posta di fronte a tali sottilissime problematiche, la Consulta ha avuto chiaro il problema: la conservazione ovvero l'illegittimità costituzionale del divieto "assoluto" di aiuto al suicidio ex art. 580 Cp. Da esso, a seconda dell'opzione ermeneutica prevalente, discende in ogni caso l'inesorabile presa d'atto della rispettiva e concorrente possibile lesione di interessi meritevoli di tutela, per un paradossale esito che può essere scongiurato solo attraverso l'adozione di coraggiose statuizioni di diritto sostanziale con le quali la stessa ordinanza n.207 del 2018, non mancando di promuovere l'intervento del legislatore, si è proposta, con un approccio ermeneutico evolutivo:

a) da un lato, di superare una consolidata interpretazione giurisprudenziale restrittiva della norma qui in esame, e relativa alla affermazione dell'inoffensività della condotta di agevolazione da mero accompagnamento, diversa dall'incriminata agevolazione all'esecuzione del proposito suicidiario¹⁴;

accertata, ma non dichiarata, anche se con la differenza di essere accompagnata dalla conseguente caducazione dell'atto responsabile del *vulnus* alla Costituzione, dal momento che per le decisioni della Corte suprema del Canada – in materia di aiuto al suicidio mediato dall'esercizio del diritto al rifiuto di cure - ovvero di quella della Colombia – dove si esclude l'antigiuridicità della condotta del medico che aiuta a morire – caratterizzate dal monito al Parlamento di produrre normative soddisfacenti in cui, diversamente dall'ordinanza della Consulta italiana sul caso Cappato, si assiste a sospensioni di giudizi di incostituzionalità che, a fronte dell'eventuale inadempimento da parte del legislatore, rivirebbero con tutti i loro conseguenti effetti cfr. U. Adamo, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in www.diritti.comparati.it del 23 novembre 2018, 1; A. Ruggeri, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere. Perlomeno ora..... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in www.giurcost.org, *Consulta on line* III/2018, 569; Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 11 cons. dir.

¹³ Su tali basi, infatti, una volta esclusa una pronuncia ablatoria, la tecnica decisoria adottata dalla Consulta con l'ordinanza qui in esame salva anche la possibilità di proporre questioni di costituzionalità per casi analoghi a quelli oggetto di giudizio cfr. M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., ivi; P.F. Bresciani, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio*, cit., 6; Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 11 cons. dir.

¹⁴ Cfr. per tutte G.u.p. Tribunale di Vicenza, sent. 14 ottobre 2015, con nota di C. Silva, *Suicidio assistito in Svizzera*, cit., 308 ss.; per una rinnovata posizione critica verso interpretazioni restrittive che, sul punto, possono portare alla incostituzionalità dell'aiuto al suicidio dando adito a pur paventate lacune di tutela proprio nei confronti di quei soggetti più vulnerabili che pure si vuole tutelare cfr. da ultimo L. Risicato, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in Aa. Vv., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte*

b) dall'altro, di riorientare la visuale prospettica¹⁵ con cui la Corte d'Assise di Milano, sollevando questione di costituzionalità, ha inteso invocare una generica inoffensività della condotta di aiuto all'esecuzione del suicidio ex art. 580 Cp che, abbandonando la tutela del diritto alla vita, si rivelerebbe così priva di lesione effettiva della libera e consapevole autodeterminazione individuale (2-13 e 117 Cost.)¹⁶.

Ed è proprio tale ultima tesi, quella della generica inoffensività della condotta di aiuto al suicidio, che¹⁷, nella sua assolutezza, è decisamente avversata dalla Consulta, e ciò per due condivisibili ragioni. Infatti, partendo dall'incontrovertibile inesistenza di un diritto a morire (artt. 2 Cost. e 2 CEDU¹⁸), i giudici delle leggi non hanno potuto fare a meno di rilevare, sotto il profilo politico-criminale, l'eliminazione del paradosso della realizzazione dello stesso proposito suicidiario con l'aiuto statale o di terzi ma, soprattutto dal punto di vista dommatico, e per l'aspetto che qui ci interessa più da vicino, essi pure non hanno mancato di affermare il decisivo superamento di quella "generale" pretesa inoffensività dell'aiuto al suicidio ex art. 580 Cp che, solo attraverso l'incriminazione dell'aiuto "a morire", verrebbe così conservata a protezione di quella inviolabilità del bene vita, particolarmente rilevante nel caso di soggetti vulnerabili¹⁹. Ed un tale modo di argomentare, poi, pure non mancherebbe di trovare conferma nella critica a quell'ulteriore opzione interpretativa che, rivolta ad assicurare esclusiva rilevanza penale alle condotte rafforzative di un intento suicida, avrebbe potuto dare corso ad una *interpretatio abrogans* della stessa condotta di aiuto al suicidio, chiaramente in contrasto con la lettera della disposizione e neppure legittimata da un unico quanto risalente precedente²⁰. Infatti, a ben vedere, è lo stesso giudice *a quo* a non escludere che la rigidità della posizione assunta pure avrebbe potuto incidere sull'ammissibilità/inammissibilità della questione costituzionale qui sollevata dal momento che, seppur ponendo in via subordinata il problema dell'irragionevolezza della mancata differenziazione sanzionatoria tra condotte di istigazione e aiuto al suicidio²¹, anche la

Costituzionale n. 207 del 2018, a cura di F. S. Marini- C. Cupelli, cit., 291 ss. e 303 s.

¹⁵ Avverte la stessa necessità R. Bartoli *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in www.penalecontemporaneo.it del 8 ottobre 2018, 109 ss.

¹⁶ Per un assunto che anche nel diritto giurisprudenziale non appare univoco cfr. C. Tripodina, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, cit., 141

¹⁷ Seppur corretta dal giudice *a quo* con un recupero strumentale dell'art. 32 Cost. solo nelle motivazioni dell'ordinanza di rimessione, a conforto cfr. C. Tripodina, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, cit., 143

¹⁸ Per tutte cfr. Corte eur., 29.4.2002, *Pretty v. Regno Unito*, n. 2346/02, ECHR 2002-III [4 Sezione]

¹⁹ Cfr. Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 8 cons. dir.; in dottrina I. Leoncini, *I reati contro la vita con la partecipazione della vittima*, in Aa. Vv., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino 2016, 62 ss.

²⁰ Si tratta di Cass. pen., 6.2.1998, n. 3147, in *RP* 1998, 74 ss.

²¹ Infatti, appare corretta l'istanza di superare l'omologazione sanzionatoria nel codice Rocco di due condotte connotate da disvalore, ma profondamente diverse: un conto è convincere qualcuno a

Corte d'Assise di Milano non sembra credere fino in fondo alla illegittimità costituzionale delle stesse condotte eccpite nella loro assoluta (ir)rilevanza penale.

Facendo tesoro di quanto immediatamente sopra, allora, appare di tutta evidenza che la Consulta, nell'ambito di un'ineccepibile ermeneutica, quanto mai attenta a non spingersi *ultra petitem*, ma in linea con quanto pure avvenuto con l'imputazione coatta adottata dal G.i.p. di Milano, ha provveduto a rompere, già con l'ordinanza n. 207 del 2018, ogni residuo argine minimalista²², valorizzando proprio quelle opzioni giurisprudenziali che, nel mostrarsi sensibili ad iniziative di disobbedienza civile, hanno inteso promuovere la definitiva presa di coscienza – sotto la spinta anche della sentenza *Pretty v. Regno Unito* – dell'inaccettabile chiusura del nostro sistema alle garanzie di cui pure i diritti 'infelici' – il diritto di (determinare il momento di) morire ovvero del diritto a lasciarsi morire e quello di aiuto "nel morire" – sembrano costituzionalmente destinatari²³. Solo con il razionale riconoscimento di tali diritti, infatti, assicurato dall'esercizio di una libera e consapevole autodeterminazione terapeutica in circostanze concrete tassativamente proceduralizzate e tali da 'certificare' un'insopportabile prosecuzione della vita per un malato/paziente competente (artt. 2-3-13-32 Cost.), è possibile garantire, con il recupero sistematico dell'incriminazione dell'aiuto "a morire", ex art. 580 Cp, quel necessario presidio rivolto alla assoluta riduzione di abusi da facilitazione nell'accesso al suicidio (c.d. pendio scivoloso)²⁴. E l'opzione politico-criminale direttamente conseguente ad una tale affermazione appare di tutta evidenza: confermare il mancato riconoscimento di quel diritto al suicidio²⁵ che, proprio con

togliersi la vita, sfruttando ignobilmente la sua debolezza psichica e la sua disperazione, altro è agevolare materialmente qualcuno fornendo mezzi utili di esecuzione del suicidio (armi, sostanze chimiche etc.), così già L. Maserà, *Delitti contro la vita*, in Aa. Vv., *Reati contro la persona*, a cura di F. Viganò, Torino 2015, 51

²² Quello che vuole circoscrivere il reato di aiuto al suicidio alla sole condotte che ne agevolano l'esecuzione, evitando la punibilità delle condotte non funzionali al momento esecutivo dell'uccisione, ma ad essa meramente accessorie, cfr. C. Tripodina, *op.cit.*, 149

²³ Per gli opportuni approfondimenti, anche giurisprudenziali, sul punto cfr. la lucida ricostruzione di M. Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it del 15 marzo 2017, 1 ss.

²⁴ Per la stessa ricostruzione tesa alla riduzione del fenomeno di *slippery slope* secondo scelte etiche non legali, e sul dialettico rapporto tra "etica dei diritti" e "solidarismo del prendersi cura", da ultimo S. Prisco, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, cit., 160 e 169 s; F. P. Casavola, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma 2013, passim.

²⁵ Pertanto, non appare corretto desumere da una mera manifestazione di libertà della persona, da un quasi diritto (artt. 2-13 cost.), la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio, quando una tale condotta si proietta sulla tutela della inviolabilità della persona cfr. S. Prisco, *op.cit.*, 157 ss.; per la qualificazione del suicidio come quasi diritto, e, pertanto, sulla inesistenza di un diritto non impedibile di commettere suicidio cfr. per tutti D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in www.penalecontemporaneo.it del 16 luglio 2018, 67; M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, ivi; L. Cornacchia, *Euthanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato* 2002, 385 ss.

riferimento a soggetti vulnerabili, manderebbe in crisi la tutela del diritto alla vita, tanto da piegarla ad una “incondizionata” autodeterminazione individuale che, legittimando possibili strumentalizzazioni di percezioni soggettive di non dignità, vedrebbe funzionalizzate le norme penali, in particolare gli artt. 579 e 580 cp, più che alla tutela della inviolabilità del bene vita, alla esaltazione della tutela della volontà di vivere²⁶.

Inutile dire, dunque, che una tale possibile deriva è chiara anche alla Consulta la quale, proprio nella messa a fuoco delle motivazioni di metodo e di merito dell'ordinanza n. 207 del 2018, ha inteso scongiurarla sin da subito²⁷. Sul piano del metodo, infatti, proiettando la *ratio* della norma impugnata nella sistematica del quadro costituzionale²⁸, ed in ossequio al pluralismo etico ivi riconosciuto²⁹, emerge di tutta evidenza la necessità di tutelare la vita come valore in sé e non come mezzo per la tutela di interessi collettivi o etici, laddove, fuori da opzioni paternalistiche³⁰ e solidaristiche non filtrate personalisticamente³¹, tanto la non punibilità del tentato suicidio, di chiara matrice politico-criminal³², quanto l'incriminazione dell'istigazione e aiuto al suicidio rispondono ad evidenti opzioni normative poste a tutela del bene vita. E ciò anche quando, particolarmente sul piano del merito, con la scelta di punire chi coadiuva il suicida nella attuazione del suo proposito, all'interno di un reato naturalisticamente plurisoggettivo, ma normativamente monosoggettivo³³, le condotte morali e materiali

²⁶ Non esiste, pertanto, un diritto al suicidio anche per i soggetti vulnerabili, per un diritto che manderebbe in crisi lo stesso valore della vita, piegato all'esercizio dell'autodeterminazione individuale, cfr. S. Prisco, *op.cit.*, 164

²⁷ Così M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., 1

²⁸ Cfr. Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 4 ss. cons. dir.

²⁹ Per tutti cfr. da ultimo C.E. Paliero, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in Aa. Vv., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 177 ss.

³⁰ Sul c.d. paternalismo *hard*, a forte connotazione autoritaria, in contrapposizione al c.d. *soft paternalism* (come paternalismo debole ovvero indiretto) quale espressione del principio liberale di una autodeterminazione individuale razionale, competente e consapevole cfr. J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 3, *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 14; D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 57 ss.; A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Crim* 2011, p. 223 ss.; A. Cavaliere, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in www.i-lex.it 20/2013, 421 ss.; A. Spena, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *RIDPP* 2014, 1210 ss.; G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *FI* 2009, V, 227 ss.

³¹ Sul punto da ultimo e per una compiuta sintesi cfr. A. Nappi, *Principio personalistico e binomi indissolubili. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, Napoli 2018, 149 ss.

³² Secondo la condivisibile ricostruzione di V. Maiello, *Vita e incolumità individuale (delitti contro la)*, in *ED*, vol. XLVI, Milano 1993, p. 990

³³ Per una rilettura delle affermazioni della Consulta che, attribuendo all'art. 580 c.p. una valenza di fattispecie autonoma di reato, ne consenta una trattazione più lineare rispetto alle aporie legate ad una problematica disciplina di un concorso in atto “formalmente lecito”, cfr. L. Stortoni, *Agevolazione*

di istigazione e aiuto al suicidio altrui tendono ad assicurare condizioni, nell'ambito della valorizzazione di una relazione *ad alteros*, necessarie a proteggere la vittima da decisioni in suo danno. Istigazione e aiuto al suicidio, infatti, fuoriuscendo dalla sfera personale di chi le compie, rilevano penalmente nell'esigenza di predisporre una cintura protettiva capace di inibire i terzi dal cooperare nell'offesa del diritto alla vita verso cui il divieto (non assoluto) di aiuto ex art. 580 Cp diventa, come pure già appena sopra evidenziato, necessariamente funzionale a non spianare la strada al pendio scivoloso di scelte suicide, in modo tale da garantire l'assolvimento del compito della Repubblica di rimuovere ogni ostacolo allo sviluppo della persona che non può sicuramente implicare il riconoscimento di ottenere aiuto a morire da parte dello Stato o di terzi³⁴.

Ed è proprio in questi termini, dunque, che la legalità 'reticolare', costituzionale (art. 2) e convenzionale (artt. 2 e 8 CEDU), consente di individuare quei margini sistematici di ragionevole legittimità del divieto di aiuto al suicidio dell'art. 580 Cp che, portando chiaramente a respingere l'affermazione del giudice *a quo* sulla generale inoffensività della norma qui criticata, impongono di non fermarsi ad una peculiare irrilevanza penale di una agevolazione da mero accompagnamento quando mediato dall'esercizio di un diritto fondamentale (2-3-13 e 32 Cost.) ovvero, in un razionale processo seriale³⁵, alla protezione dell'astratto diritto all'autodeterminazione individuale ex artt. 2 e 13 Cost., se non al prezzo di un allarmante e criminogeno vuoto di tutela nell'inviolabilità del bene vita³⁶.

2. Sulla base degli assunti finora sviluppati, risulta evidente come nel sistema penale dello stato sociale di diritto³⁷, il divieto di aiuto al suicidio ex art. 580 Cp, concretizzandosi in un divieto di "aiuto a morire" è, già con il conforto dell'ordinanza n. 207 del 2018, costituzionalmente legittimo solo quando, ergendosi a difesa dell'inviolabilità del bene vita, soprattutto di soggetti vulnerabili, è capace, anche da un punto di vista sistematico, di ridefinire il proprio ambito di operatività nella irrinunciabile

e concorso di persone nel reato, Padova 1981, passim; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*⁶, Milano 2016, 133.

³⁴ Cfr. Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 4 ss. cons. dir.

³⁵ Facendo propria la lezione di A. Fiorella, *Reato*, in *ED*, Vol. XXXVIII, Milano 1987, 770 ss.

³⁶ Cfr. Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 6 cons. dir.

³⁷ Per una rigorosa ricostruzione di un sistema penale orientato all'integrazione sociale, anche nella ridefinizione dei rapporti tra diritto e morale cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, passim e spec. p. 215 ss.; da ultimo e per una recente ricognizione del dibattito sul tema D. Canale, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Bari 2017, 98.

valorizzazione di quelle condizioni concrete che pure possono determinare situazioni meritevoli di tutela, vale a dire quelle in cui le decisioni di un individuo – affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche da esso assolutamente intollerabili, tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale – vengono concepite nell'esercizio consapevole di un diritto fondamentale, quello all'autodeterminazione terapeutica³⁸.

Coerentemente con una tale premessa, allora, la Consulta non ha dubitato della compatibilità costituzionale dell'art. 580 Cp, e questo solo quando essa si fonda su due chiari presupposti giuridici:

a) che un'incriminazione sia posta a tutela di un bene costituzionalmente rilevante, rinvenibile nel nostro caso non più in quello indicato dal legislatore del 1930, l'indisponibilità della vita nell'interesse della collettività alla sua conservazione, bene inconciliabile con il personalismo e la laicità costituzionale, quanto piuttosto in quello della inviolabilità della vita, in particolare di soggetti anche vulnerabili, al punto che l'ordinamento non può consentire a chiunque di cooperare anche solo nell'esecuzione dell'intento suicida per meri fini egoistici³⁹;

b) che, ex artt. 32 Cost. e 8 CEDU, una incriminazione non leda il diritto all'autodeterminazione terapeutica, riconosciuta solo se consapevole e informata⁴⁰.

Pertanto, il giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 580 Cp, anche per quanto emerge nell'ordinanza n. 207 del 2018, è apparso, allora, evidentemente subordinato sin da subito a quella lettura evolutiva che ha portato a superare le diverse criticità che hanno investito l'incriminazione dell'aiuto al suicidio⁴¹. Infatti, senza limitarsi a quella che, ben nota anche al giudice *a quo*, lo renderebbe irragionevole in riferimento alla mancata differenziazione sanzionatoria del disvalore per diversi tipi di condotte⁴², l'aspetto che forse qui si segnala come prevalente è quello ricollegabile al problema per cui un divieto "assoluto" di aiuto al suicidio ex art. 580 Cp, nel non prendere in considerazione la possibile lesione del diritto alla consapevole autodeterminazione terapeutica, corre il rischio di far rivivere nel sistema penale dello stato sociale

³⁸ Cfr. Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 8 cons. dir.

³⁹ Si tratta di argomentazioni già proposte da S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in Aa. Vv., *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bologna 2007, 11 ss. e riprese in giurisprudenza da Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 6 ss. cons. dir.

⁴⁰ Per cui ogni interferenza dell'autorità pubblica su tale libertà è possibile solo se determinata per legge e necessariamente proporzionata rispetto allo scopo legittimo perseguito, cfr. Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 8 cons. dir.

⁴¹ Da ultimo sul punto, per tutti cfr. D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 66 ss.

⁴² Istigazione e aiuto, da riferire all'esecuzione del proposito suicidiario, V. supra par. 1

di diritto la criminalizzazione dell'indisponibilità del bene vita di stampo pubblicistico-paternalistico⁴³.

Per ovviare ad una tale aporia, dunque, risulta facile comprendere come la sua riduzione riposa decisamente nella necessità di orientare un "bilanciamento complesso"⁴⁴ tra valori fondamentali parimenti meritevoli di tutela⁴⁵ – dignità (del vivere o nel morire) della persona⁴⁶, salute, vita e libertà di autodeterminazione terapeutica (artt. 2-3-13 e 32 Cost.) – a quella laicità costituzionale che, ispirando razionalmente il biodiritto penale⁴⁷, è in grado da sola di fornire il fondamento assiologico dal quale, come del resto avviene nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018, far discendere

⁴³ Cfr. U. Adamo, *La Corte è 'attendista'*, cit., 6 ss.

⁴⁴ Con riferimento ad una composizione singolare di un contrasto tra beni confliggenti che ordinariamente nell'antigiuridicità fanno capo a centri di imputazione differenti, laddove, invece, con riferimento alle decisioni di fine vita (tanto nel caso dell'art. 1 co. 6 della l. n. 219 del 22 dicembre 2017, quanto rispetto all'aiuto al suicidio) i due interessi in contrasto appartengono al medesimo soggetto: al di là della disponibilità degli stessi da parte dell'individuo, è però chiaro che costui sia l'unico reale protagonista del bilanciamento, rispetto al quale la relativa 'neutralità' di un ordinamento democratico, limitandosi a pre-determinare le condizioni per la tutela del pluralismo etico espressione della crescente complessità sociale, è la cartina di tornasole della impossibilità di raggiungere un consenso largo sul diritto prevalente, cfr. O. Di Giovine, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *DPP* 2018, 922 s.; F. Consulich-C. Genoni, *Intervento penale e decisioni di fine vita*, cit., 37; A. Sessa, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *IP* 2004, 91; da ultimo non manca chi, lucidamente, parla di beni da non tutelare in via assoluta, in un rapporto di astratta e netta contrapposizione in cui uno dei due prevale in termini assoluti sull'altro, ma piuttosto in un rapporto – per così dire – in concreto e dialogico, in cui, ad esempio, vita e autodeterminazione sono messi in *relazione*, modulandosi gli equilibri a seconda del contesto in cui la persona si trova ad agire, così R. Bartoli, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio*, cit., 5

⁴⁵ Infatti, come la invocata generale inoffensività dell'aiuto al suicidio rispetto alla libera autodeterminazione individuale porta a svilire la tutela del bene vita inviolabile con evidenti risvolti criminogeni pure sopra segnalati, al punto che solo l'incriminazione può assicurare una tutela razionale del bene vita altrimenti minacciato da vuoti di tutela, così come anche la ipervalutazione del bene vita rispetto alla libertà di autodeterminazione terapeutica pure aprirebbe a prospettive di disordine civile insopportabili per un ordinamento democratico da stato sociale di diritto orientato al pluralismo etico, se solo la tutela di quest'ultimo non fosse affidata in via primaria ad una causa di giustificazione, ben oltre l'incriminazione, per maggiori approfondimenti v. *ultra par.* 3 s.

⁴⁶ Il riferimento è al diritto di vivere e in particolare di morire con dignità come consacrato nella Raccomandazione n. 779 del Consiglio d'Europa del 1976; seppur a livello costituzionale manchi un'espressa definizione della dignità umana, la sua rilevanza è ricostruibile nelle norme in cui è menzionata o alle quali è sottesa, riferendosi sempre ad una dimensione individuale garantita dal potere invasivo dell'autorità e finendo per identificarsi con il concetto stesso di persona e del fondamento dei diritti della personalità, con il conseguente rifiuto di ogni strumentalizzazione della persona e della sua libertà per scopi trascendenti o superiori, e per una logica relazione capace di restituire alla persona la sua pienezza di vita, come confermato anche nelle Carte internazionali, cfr. per tutti S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari 2012, 191 ss. e 276 ss.

⁴⁷ Cfr. S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna 2015, passim; O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino 2009, passim

un'evidente illegittimità "contenuta" dell'art. 580 Cp⁴⁸. Infatti, una volta verificato che l'incriminazione di aiuto al suicidio è presente in gran parte delle legislazioni degli stati membri del Consiglio d'Europa, e che, anche ex art. 8 CEDU, essa è funzionale alle finalità di tutela della inviolabilità del bene vita, specialmente di persone deboli e vulnerabili⁴⁹, pure ci si è trovati di fronte al problema, normativamente fondato, di come limitare la diffusa operatività in termini assoluti di tale norma tutte le volte in cui, in concreto, ci si fosse pure trovati a meditare su situazioni, come quella oggetto del giudizio davanti all'Autorità giudiziaria remittente, inimmaginabili all'epoca della introduzione dell'art. 580 Cp, quando il progresso tecnologico non era ancora in grado di strappare alla morte, pur nella insufficienza di funzioni vitali⁵⁰.

E' proprio in tale ultimo aspetto che risiede il nocciolo dell'ordinanza n. 207 del 2018 con cui la Corte costituzionale si è resa protagonista di un ragionamento composito che va affrontato con minuziosa attenzione. Infatti, se è corretto prevedere un generale dovere di protezione del bene vita inviolabile, anche per soggetti vulnerabili, è anche vero che l'assolutezza del corrispondente divieto di aiuto al suicidio ex art. 580 Cp va verificata in quei casi particolari in cui il fallimento e l'inefficacia della palliazione e di trattamenti terapeutici non assolva ad altra funzione se non a quella di imprigionare il corpo nella conservazione di una vita biologica di un individuo al quale non resta, in nome di un riconosciuto bilanciamento tra valori ugualmente degni di tutela, non ultimo quella della sua dignità del vivere, che invocare una morte liberatrice da sofferenze come risultato dell'esercizio libero e consapevole del diritto all'autodeterminazione terapeutica. Pertanto, di fronte ad un tale assunto, la stessa ordinanza di cui appena sopra, non mancando di richiamare le leggi n.38 del 15 marzo 2010 e n. 219 del 2017, ha osservato condivisibilmente che se soggetti vulnerabili, a determinate condizioni, possono decidere sul termine della loro esistenza a seguito dell'interruzione di un trattamento terapeutico di sostegno artificiale, non si vede perché, se non irragionevolmente, lo stesso soggetto debba subire una ferrea e indiscriminata protezione quando si trovi, nell'ambito di una relazione sanitaria ex art. 32 Cost., a concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri soggetti competenti⁵¹.

⁴⁸ Così U. Adamo, *La Corte è 'attendista'*, cit., 7 s.

⁴⁹ Per una esaustiva ricognizione sul tema da ultimo Aa. Vv., *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, a cura di G.Fornasari- L.Picotti- S.Vinciguerra, Padova 2019, 13-82

⁵⁰ Di una radicale rifondazione antropologica dell'individuo a causa del sapere tecnico-scientifico che tutto pervade sembra consapevole la Consulta, al punto da arrivare a sollecitare anche il Parlamento ad apprestare una disciplina legale in grado di porre argini a possibili abusi, cfr. Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 8 e 10 cons. dir.

⁵¹ L'ineccepibile osservazione è di S. Prisco, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, cit., 157 ss.

Sembrano queste, allora, quelle situazioni pure meritevoli di tutela che, a differenza di altri casi, hanno portato a non legittimare la generale repressione dell'aiuto al suicidio ex art. 580 del codice Rocco. Pertanto, se la tutela inviolabile del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione terapeutica di un paziente competente che, libero e consapevole nella sua autodeterminazione maturata nella relazione terapeutica⁵² con il "suo" medico competente (art. 32 Cost.)⁵³, interrompe trattamenti sanitari, anche mediante la condotta attiva di terzi almeno sul piano naturalistico (si pensi al distacco della macchina in presenza delle condizioni di sedazione profonda continua)⁵⁴, non vi è ragione per cui lo stesso valore debba tradursi in un ostacolo assoluto penalmente presidiato all'accoglimento della richiesta del malato terminale all'aiuto a sottrarlo ad un decorso più lento e contrario alla concezione della propria dignità "nel" morire.

In tali ipotesi, infatti, appare chiaro come il divieto assoluto di aiuto al suicidio possa tradursi nella lesione della libertà di consapevole autodeterminazione terapeutica del malato, anche quella salvavita (2-3-13 e 32 Cost.), impedendo al paziente/malato terminale ogni altra ulteriore modalità di congedarsi senza che tale limitazione possa essere legittimata dalla tutela di altro interesse fondamentale, e ciò in nome di una irragionevole lesione del principio della dignità umana⁵⁵ che porta alla inevitabile

⁵² Per una relazione non meramente contrattualistica, ma dialogica tra medico e paziente fuori dal ridimensionamento della persona cfr. A. Santosuosso, *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano 1996, passim; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 277 s.

⁵³ In una razionale dimensione relazionale ex art. 32 Cost., le competenze private presuppongono un terzo-garante competente (medico-sanitario) in grado di fornire adeguata informazione per una decisione che porta all'offesa di un bene giuridico sul piano della teoria del lecito, cfr. M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *CP 2007*, 902 ss.; W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung- Kritik - Öffentlichkeit. Festschrift für Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel, H. Meyer, H. Simon, Baden Baden 1994, 731 ss.; per un inquadramento, anche a seguito della legge 219/2017, della relazione fiduciaria paziente-medico in termini diversi da quelli di un rapporto meramente contrattuale e tale da investire anche la fonte dell'informazione solo così in grado di determinare decisioni terapeutiche vincolanti, ma al riparo dalla assolutizzazione della volontà del paziente cfr. L. Eusebi, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *RIML 2018*, 417 s.; O. Di Giovine, *Procreazione medicalmente assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale*, cit., 923

⁵⁴ E' la via italiana al suicidio medicalmente assistito, si pensi al caso Nuvoli, di cui la giurisprudenza costituzionale è pienamente consapevole cfr. Ord. Corte cost., n. 207 del 16 novembre 2018, punto 8 cons. dir., riprendendo quella di legittimità; anche Procura di Sassari, richiesta di archiviazione del 23 gennaio 2008, in www.dirittoegiustizia.it del 25 gennaio 2008, 1 in cui a fronte del blocco da parte dei Carabinieri del medico anestesista pronto alla disattivazione di un respiratore artificiale (condotta attiva), si assiste ad una richiesta di archiviazione per il reato di cui all'art. 579 cp, rispetto alla condotta dello stesso medico che, assecondando la decisione del paziente competente, ometteva di praticare trattamenti di nutrizione e idratazione consapevolmente rifiutati ex art. 32 co. 2 Cost., praticando solo al malato una terapia antalgica come l'unica accettata dal paziente.

⁵⁵ Cfr. Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 9 cons. dir.

conseguenza di essere di fronte ad un *vulnus* costituzionale per il quale la Consulta, più che porvi rimedio attraverso la mera estromissione dall'ambito applicativo dell'art. 580 Cp dei soggetti sopra descritti, ne propone la correzione all'interno di una rivisitazione complessiva della normativa di fine vita.

Ed è proprio in virtù di una tale chiara presa di posizione che, pur lasciando irrisolto il problema della qualificazione giuridica del suicidio⁵⁶, il giudice delle leggi, anche se in via implicita, non ha mancato di fornire il suo contributo alla sistemazione di questioni eticamente sensibili. La Corte costituzionale, in prospettiva evolutiva, infatti, non ha mancato di cogliere nello stesso suicidio⁵⁷ quella manifestazione di libertà della persona (un quasi diritto ex art. 2-13 Cost.)⁵⁸ che, nel personalismo costituzionale di matrice antropocentrica, è capace, da un lato, di porsi a fondamento del superamento di una visione sacrale e indisponibile della vita, e, dall'altro, in funzione della limitazione di un fine paternalisticamente eteronomo rispetto al suo titolare, di rivivere e consacrarsi in ragione di un diritto, questo sì, quello all'autodeterminazione terapeutica, quando si attualizza in una situazione degna di essere tutelata, il rifiuto di cure, anche salvavita (artt.2-3-13 e 32 Cost.)⁵⁹, così come ricostruito già dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Consulta e, anche se in forma "affievolita", ratificato a livello normativo con la legge n. 219 del 2017⁶⁰. Appare chiaro, dunque, che con la decisa valorizzazione dell'art. 32 Cost. si profili una ragionevole e ormai diffusa differenziazione, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, tra situazioni soggettive in cui il suicidio è espressione di una mera manifestazione di libertà da quelle in cui il suicidio si realizza, per quanto costituzionalmente riconosciuto, in casi che, riconducibili all'esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica, sono tali da rendere

⁵⁶ Cfr. P.F. Bresciani, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio*, cit., 3 s.; S. Prisco, *op. cit.*, 164; del resto sono noti i paradossi che accompagnerebbero la qualificazione del suicidio come diritto, non ultimo che l'eventuale condotta di salvataggio del suicida da parte di un terzo risulterebbe incriminabile per violenza privata e, conseguentemente, sarebbe scriminato per legittima difesa il comportamento del suicida che uccide il soccorritore nell'esercizio di un diritto, cfr. le perplessità sul punto avanzate da L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in Aa. Vv., *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, a cura di S. Canestrari- G. Cimbalo- G. Pappalardo, Torino 2003, 90

⁵⁷ I profili di una tale evoluzione anche ordinamentale, rispetto a quella del '30, tendono a cogliere nell'omicidio del consenziente ex art. 579 cp e nell'aiuto al suicidio ex art. 580 cp la funzione di attenuanti dell'omicidio, sicuramente fuori dal processo di medicalizzazione del rapporto vittima-autore, così come imposto dal progresso scientifico attuale, un tale assunto è autorevolmente confermato da F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, I*, cit., 122

⁵⁸ Per una tale acquisizione cfr. da ultimo S. Canestrari, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in www.penalecontemporaneo.it del 14 marzo 2019, 8 ss.

⁵⁹ Per un diverso ordine di idee, in dottrina cfr. L. Eusebi, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *AP* 1985, 527.

⁶⁰ Con maggiori approfondimenti cfr. *ultra par.* 4

vincolante, anche se in presenza di determinate condizioni tassativamente definite per legge, il rispetto delle decisioni del paziente competente pure quando ne derivi la morte⁶¹.

La questione appena sopra tracciata è sicuramente complessa, e diventa ancora più spinosa quando, una volta finalizzata un'incriminazione, l'art. 580 Cp, alla tutela di un bene inviolabile di rilevanza costituzionale, la vita, si tratta di verificarne la sua tenuta alla luce di un giudizio che, proporzionato rispetto al fine, ripetendo lo schema tipico della risoluzione di un conflitto tra interessi qui personalissimi e degni di protezione, affida, in via non tradizionale, ad una causa di giustificazione la funzione di tutela primaria di un valore, il pluralismo etico⁶², attraverso il riconoscimento dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica (2-3-13-e 32 cost.). Quest'ultima, pertanto, a differenza della mera libertà di autodeterminazione 2-13 Cost., assurge a diritto solo attraverso il recupero di pre-determinati controlli pubblicistici che, nel perseguire finalità legittimate costituzionalmente e convenzionalmente (art. 2 Cost. e artt. 2 e 8 CEDU), sono chiamati *ex ante* a verificare la consapevolezza di una decisione relativa all'esercizio di un diritto fondamentale 'infelice', quello di determinare il momento di morire ovvero di come essere aiutati 'nel' morire. E da tutto ciò, quindi, non risulterà neppure difficile riconoscere l'illegittimità del divieto assoluto di aiuto al suicidio ex art. 580 Cp anche per il caso, diverso da quello rimesso al giudizio della Corte d'Assise di Milano, di un paziente sofferente, con prognosi infausta, benché non ancora sottoposto a trattamento terapeutico terminale, ma libero e consapevole di autodeterminarsi verso una definita terapia come la sola da lui accettata nel rifiuto di tutte le altre prospettabili⁶³.

Facendo tesoro di tali considerazioni, allora, non vi è chi non veda come la Consulta, già con l'ordinanza n. 207 del 2018, non abbia potuto fare a meno di rilevare un allarmante vuoto di tutela derivante proprio dalla irragionevole limitazione del diritto alla consapevole autodeterminazione terapeutica di soggetti vulnerabili che, nelle scelte di fine vita, non esclusa quella di liberarsi dalle sofferenze ex artt. 2-3-13-32 Cost., possono subire dall'incriminazione del divieto assoluto di aiuto al suicidio ex art. 580 Cp in nome della riaffermazione di una paternalistica indisponibilità del bene vita.

In un contesto sistematico da stato laico di diritto, quindi, appare chiaro come tanto la libertà di consapevole autodeterminazione terapeutica, quanto la

⁶¹ Così chiaramente P.F. Bresciani, *op. cit.*, ivi

⁶² Cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 27 ss.; non manca chi in dottrina da ultimo rinviene il valore primario oggetto di tutela nella "non eterodeterminazione" come libertà negativa cfr. F. Consulich-C. Genoni, *Intervento penale e decisioni di fine vita*, cit., 41. ss.; F. Consulich, *Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *RIDPP* 2019, 130 ss.

⁶³ E' quanto rileva anche P.F. Bresciani, *op.cit.*, ivi

oggettivizzata dignità “nel morire”⁶⁴ si pongono come limite costituzionale alla assolutezza del valore della inviolabilità della vita, e questo sia per l'affermazione del diritto al consapevole rifiuto di trattamenti sanitari, sia per l'esercizio da parte del malato terminale del diritto ad essere aiutato “nel” morire in modo da essere solo così sottratto ad un decorso lento, quanto mai contrario alla propria idea di morte dignitosa, che può conseguire anche all'interruzione di presidi di sostegno vitale.

Pertanto, il divieto assoluto di aiuto al suicidio, rivelandosi fonte di gravi criticità, non può che evidenziare l'irragionevolezza dell'art. 580 Cp tutte le volte in cui, prescindendo dalla considerazione dell'autodeterminazione terapeutica della persona, si riduca alla esclusiva tutela del bene vita senza bilanciarlo con la richiesta di aiuto al suicidio medicalmente assistito proveniente da malato/paziente competente che, gravemente malato ed incurabile, solo nell'esercizio consapevole del diritto all'autodeterminazione terapeutica può rinvenire un argine a pur sempre possibili derive soggettivistiche non personalistiche dello stesso, e tali da pervenire al detrimento di quella tutela della “dignità del vivere” che lo Stato pure è tenuto ad assicurare⁶⁵.

Il diritto all'autodeterminazione terapeutica, dunque, appare così destinato ad inserirsi necessariamente nell'ambito di un bilanciamento complesso che, riferito a beni significativi - inviolabilità della vita, salute e dignità della persona - , solo se orientato da una laicità costituzionale come metodo può consentire di superare accezioni esclusivamente soggettivistiche della stessa dignità quando, in assenza di condizioni in grado di oggettivizzare spinose esperienze di sofferenza fisica e morale, il progresso tecnologico e la scienza finirebbero per impadronirsi dell'individuo. In tali casi, infatti, l'ordinamento attribuisce al diritto alla libera e consapevole autodeterminazione terapeutica (artt. 2-3-13-32 Cost.) il compito di sottrarre l'individuo ad indegne strumentalizzazioni in modo da assicurare quella indisponibilità della persona⁶⁶ che, particolarmente se portatrice di sofferenze fisiche e morali reputate contrarie al suo senso di dignità, possa affrancarsi, senza rimanere prigioniera del proprio corpo, da un paternalismo etico-tecnologico ovvero da un solidarismo non personalizzato⁶⁷ solo

⁶⁴ Sul punto, da ultimo cfr. per tutti G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in CP 2018, 2302 ss.

⁶⁵ Cfr. U. Adamo, *In tema di aiuto al suicidio*, cit., 1

⁶⁶ In particolare per un biodiritto teso alla tutela della persona come unica strada auspicabile in una società laica e pluralistica e, al tempo stesso, compatibile con l'assetto dei valori delineato dalla nostra Costituzione, da ultimo cfr. P. Borsellino, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Milano 2018, passim

⁶⁷ Espressione di un collettivismo utilitaristico in cui pure troverebbe spazio anche un individualismo non solidaristico; significativa la dolorosa vicenda di Charlie Gard dove il divieto di accanimento terapeutico trova affermazione nelle Corti britanniche anche contro la volontà dei genitori tesa ad opporsi alla decisione giudiziale di autorizzare l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale verso un bambino inglese. Per maggiori approfondimenti cfr. L. Risicato, *L'incostituzionalità “differita” dell'aiuto al suicidio*, cit., 296

attraverso l'esercizio responsabile di fondamentali "diritti infelici": il diritto (di determinare il momento) di morire – come espressione del diritto al rifiuto di cure, anche, salvavita -, e il diritto all'aiuto "nel morire" - come affermazione del diritto alla dignità "nel morire" -⁶⁸.

La questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Assise di Milano sulla legittimità dell'art. 580 Cp, anche con l'ordinanza n. 207 del 2018, allora, ha finito con lo spostare il suo baricentro sulla valorizzazione del rapporto tra diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica ex art. 32 Cost. e 'assolutezza' del divieto di aiuto al suicidio. Infatti, l'antinomia tra protezione della inviolabilità della vita e protezione della indisponibilità della persona può essere sottratta alla lesione di valori fondamentali solo se recuperata ad una razionale risoluzione di conflitti tra valori personalissimi da affidare alla consapevole autodeterminazione del soggetto decidente al quale, nell'ambito di uno spazio di diritto libero, la stessa 'relativa' neutralità di un ordinamento democratico è chiamata razionalmente ad assicurare una scelta che, nel rispetto di condizioni di controllo pubblicistico operanti *ex ante*, sia libera da ogni possibile ingerenza altrui ovvero di accertamento *ex post* di terzi⁶⁹.

Breve: nell'ordinanza n. 207 del 2018 è possibile cogliere due posizioni nettamente distinte, ma sistematicamente corrette, in virtù delle quali la Consulta statuisce:

a) che l'aiuto al suicidio ex art. 580 Cp si rivela costituzionalmente legittimo tutte le volte in cui assolve, proprio con la criminalizzazione dell'aiuto "a morire" necessaria alla tutela della inviolabilità del bene vita, anche alla funzione politico-criminale di provvedere alla salvaguardia di quei soggetti vulnerabili che sono maggiormente esposti ad un commiato dall'esistenza secondo forme speculativamente inquietanti di pendio scivoloso;

b) che lo stesso delitto di aiuto al suicidio, all'esito di una evolutiva ermeneutica teleologico-sistematica, può rivelarsi incostituzionale tutte le volte in cui, colto nella sua assolutezza lesiva di situazioni meritevoli di tutela, non definisca il limite del suo ambito di operatività senza invadere spazi di liceità riservati a soggetti pazienti/malati terminali competenti ai quali ragionevolmente, nell'esercizio del diritto fondamentale alla consapevole autodeterminazione terapeutica, sia consentito porre fine a sofferenze ritenute assolutamente intollerabili sulla base di una scelta consapevole perché oggettivamente condizionata, ed alla quale subordinare l'esercizio di diritti 'infelici', come quello dell'aiuto "nel morire"⁷⁰. Quest'ultimo, espressione della

⁶⁸ Volendo riproporre qui lo schema lucidamente ricostruito da M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 1 ss.

⁶⁹ Cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 27 ss.; in giurisprudenza Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 9 e 10 cons. dir.

⁷⁰ Se per aiuto "a morire" si intendono tutte quelle forme illecite di intervento volte a far cessare la vita

maturazione collettiva di una politica di un ordinamento da stato laico di diritto proteso alla tutela di valori fondamentali, sembra strutturarsi nei termini di una scriminante relazionale che, valorizzando l'alleanza sanitaria tra medico e paziente competenti, è destinata ad assicurare 'proceduralmente' la liceità di condotte di agevolazione del suicidio medicalmente assistito da consapevole esercizio del diritto al consenso informato ex artt. 2-3-13-32 cost.⁷¹.

3. Con l'ordinanza n. 207 del 2018, dunque, la Consulta ha inteso, in via prioritaria, non solo rivisitare l'impostazione ermeneutica del giudice remittente, ma, attraverso l'adozione costituzionale dell'aiuto al suicidio ex art. 580 Cp, non ha rinunciato a fornire le coordinate sostanziali per porre l'ambito di operatività di tale disposizione incriminatrice al riparo da possibili lesioni del diritto all'aiuto "nel morire", così come riferibile ad ipotesi di agevolazione al suicidio di soggetti vulnerabili che esercitano la consapevole autodeterminazione terapeutica ex artt. 2-3-13 e 32 Cost.⁷².

Il vero problema, allora, che i giudici delle leggi si sono trovati ad affrontare nel loro primo provvedimento nella materia che ci occupa, non senza sollecitazioni in prospettiva di un intervento legislativo, è stato quello di assicurare tutela a situazioni che pure il diritto giurisprudenziale costituzionale riconosce come meritevoli di tutela. Infatti, con il ripetersi dello schema della risoluzione dei conflitti tipico delle cause di giustificazione, è stata proprio la ricerca di un peculiare bilanciamento complesso tra

altrui, diverse sono quelle situazioni in cui la partecipazione, traducendosi in un lecito aiuto terapeutico 'nel' morire, si caratterizza per la sua finalità di accompagnare il malato anche nella fase terminale della sua esistenza, alleviandone le sofferenze ovvero nel garantire una scelta di dignità legata alla 'sua' persona, sulla problematica dialettica tra il c.d. aiuto a morire ed il c.d. aiuto nel morire cfr. F. Bricola, *Vita, diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Scritti di diritto penale* (a cura di S. Canestrari - A. Melchionda), vol. II, Milano 1997, 2805 ss.; M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001, 133 ss.; L. Risicato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, 30 ss.

⁷¹ Cfr. Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 8 e 9 cons. dir.; per una conferma di una tale impostazione nella giurisprudenza della Corte EDU cfr. per tutte C. eur., IV, n. 7. 2006, *Burke c. Regno Unito*, in L. Risicato, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio*, cit., 295

⁷² E' su queste basi che si fonda la recente apertura del CnB al suicidio medicalmente assistito laddove l'aiuto 'nel morire', come risultato del bilanciamento complesso tra principi, così rilevanti bioeticamente, della salvaguardia della vita umana, da un lato, e dell'autonomia e dell'autodeterminazione del soggetto, dall'altro, consente di andare oltre la mera riduzione di sofferenze, che si traduce in una richiesta di cure palliative prive di idoneità causativa della morte e, pertanto, incapaci di fornire un aiuto "a morire". Il suicidio medicalmente assistito, come atto di liberazione non dalle sofferenze dell'anima, ma da quelle del corpo, individuerebbe, allora, la licitizzazione di un aiuto 'nel' morire in cui l'aiuto "a morire" verrebbe filtrato dall'esercizio di un diritto fondamentale, quello dell'autodeterminazione terapeutica del malato/paziente competente cfr. CnB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito* del 18 luglio del 2019, 6 ss., 13 s., 15 ss. e 19 ss.

beni personalissimi – inviolabilità della vita, salute e dignità della persona – a portare ad assumere soluzioni dommatiche orientate alla affermazione di quel pluralismo etico come valore costituzionale di riferimento garantito solo dall'esercizio consapevole del diritto all'autodeterminazione terapeutica da parte del soggetto decidente.

Facendo tesoro di una tale premessa, quindi, risulta facile comprendere come la stessa Corte costituzionale abbia avvertito, anche per esigenze di uguaglianza sostanziale, la necessità di spostare la protezione primaria di un bene dal terreno tradizionale dell'incriminazione a quello delle cause di giustificazione, e ciò soprattutto in quanto rispetto alla tutela dei "diritti infelici", come nel caso del diritto all'aiuto "nel morire", solo la dommatica delle scriminanti, ed in particolare di una nuova idea delle stesse, può garantire, sul piano politico criminale, anche un ordinato vivere civile⁷³.

Ed ecco perché con l'ordinanza n.207 del 2018, la Consulta ha dovuto rivedere, nel sistema penale dello stato sociale di diritto, l'assolutezza del divieto di aiuto al suicidio ex art. 580 Cp che, di fronte a determinate condizioni, come quelle ricorrenti nel caso sottoposto a giudizio della Corte remittente, è destinato ad un'evidente ricognizione di confini del suo ambito di operatività. Pertanto, in presenza di una persona affetta da una patologia irreversibile; fonte di sofferenze psichiche e fisiche assolutamente da essa ritenute intollerabili; tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma che resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli il giudice delle leggi, razionalmente lontano da pronunce ablatorie⁷⁴, sollecita il Parlamento a considerare profili di diritto sostanziale che rivelano la chiara funzione di impedire all'incriminazione del divieto di aiuto al suicidio di ledere situazioni pure degne di protezione. Si tratta, in verità di condizioni proprie che si muovono all'interno di un "processo medicalizzato" e che, ispirandosi al c. d. modello discorsivo a completamento di indicatori legali tassativamente predeterminati⁷⁵, è inequivocabilmente destinato a legittimare l'assistenza medico-sanitaria al suicidio sulla base di controlli pubblicistici *ex ante* in grado di verificare l'informata consapevolezza del competente paziente decidente in rapporto all'esercizio, solo così vincolante, del diritto all'autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine vita⁷⁶.

⁷³Su tale assunto, sia consentito rinviare al nostro *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2018, 96 ss.

⁷⁴Che pure avrebbero avuto il problema di creare paradossali vuoti di tutela, questa volta riconducibili alla inviolabilità del bene vita, cfr. S. Prisco, *op.cit.*, 156 ss.

⁷⁵Sul rapporto tra modello dell'indicazione legale e "notlageorientiertes Diskursmodell" cfr. M. Zanchetti, *Introduzione ai profili penalistici della interruzione volontaria della gravidanza*, in A.Crespi – F.Stella-G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Padova 1992, 1308 ss.; W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 731 ss.

⁷⁶Cfr. Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 10 cons. dir.

Nel teleologismo complessivo dei valori costituzionali, dunque, sembra affermarsi, anche con il conforto della Consulta, una forma ordinamentale in cui la consacrazione della laicità come metodo mira a superare ogni possibile strumentalizzazione dell'individuo in nome di un *revirement* paternalistico sempre in agguato e teso alla consacrazione di una pubblicistica indisponibilità del bene vita. Con il rinnovato riconoscimento del diritto alla consapevole autodeterminazione terapeutica, infatti, già l'ordinanza n. 207 del 2018 ha aperto a forme di eutanasia impropria comprensive non solo del diritto "infelice" di morire – come del resto già avvenuto, anche se in via 'affievolita', nella legge n. 219 del 2017⁷⁷ – ma anche, e con particolare riferimento al caso in esame, del diritto all'aiuto "nel morire", e cioè a pratiche di suicidio medicalmente assistito. Esse, lungi dal legittimare una richiesta di morte *tout court*, hanno come riferimento una morte dignitosa, in quanto limitata da condizioni legislativamente predefinite e rivolte ad assicurare controlli pubblicistici atti a verificare e riconoscere in via anticipata la responsabilità di una scelta che, come anche nei casi di aborto – art. 5 della legge 194 del 22 maggio 1978⁷⁸ –, è destinata a muoversi nell'ambito di uno spazio di diritto libero⁷⁹, in cui l'ordinamento, sulla base di una 'relativa' neutralità, si ritrae⁸⁰, rispettando così la decisione che, assunta come la migliore possibile in quel

⁷⁷ V. *ultra par.* 4

⁷⁸ Si tratta di una affermazione che affonda le sue radici nella rilettura sistematica di una tale norma. Essa, come ulteriore limite scriminante, lascerebbe intatto il fatto tipico, guardando alle modalità procedurali su cui si struttura la soluzione consultiva, quali condizioni di liceità, che in funzione non servente, ma costitutiva non parteciperebbero alla individuazione di un diritto prevalente, quanto piuttosto ad una valutazione di non anti-giuridicità di un fatto che, in funzione di limite alla precettività penale, verrebbe imposta dall'esercizio consapevole di un diritto fondamentale, quello all'autodeterminazione terapeutica, (artt. 2-3-13-32 Cost.), cfr. C. Cassani, *La disciplina della interruzione volontaria della gravidanza*, in *I delitti contro la vita e l'incolumità personale, Trattato di diritto penale parte speciale*, Vol. VII, diretto da A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, Torino 2011, 561 ss e 569 s.; U. Adamo, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*, cit., 9; per una valorizzazione del modello discorsivo, di cui all'art. 5 della legge n. 194 del 1978, capace di ridimensionare la funzione degli indicatori legali attraverso un'etica del dialogo che favorisca la qualità delle regole, si pronuncia così da ultimo anche L. Eusebi, *Vincoli legali nell'attività sanitaria, considerazioni economiche e un quarantennale. Profili di attualità del dialogo in bioetica*, in *RIML* 2018, 781 ss.

⁷⁹ In cui, a differenza dello spazio libero dal diritto, il 'non vietato' recupera proceduralmente un giudizio di valutazione orientato dal diritto che pre-definisce le condizioni, così, atte a legittimare la scelta del soggetto decidente, per una ulteriore ricognizione dei concetti di spazio libero del diritto e spazio di diritto libero v. *ultra* in questo stesso paragrafo, anche per i dovuti riferimenti bibliografici.

⁸⁰ Per un razionale solidarismo del prendersi cura, anche nell'accompagnare alla morte, cfr. da ultimo S. Prisco, *op. cit.*, 160 s. e 169 s.; più ampiamente M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 33 s.

momento⁸¹, è capace pure di sottrarre il soggetto decidente a possibili ingerenze ovvero all'accertamento *ex post* di terzi (il giudice)⁸².

I giudici delle leggi, allora, in nome di una prima chiara opzione dommatica, hanno inteso così risolvere anche quei noti problemi che, legati alla mobile concretizzazione dottrinale e giurisprudenziale del diritto di cui all'art. 32 Cost. nell'art. 51 Cp⁸³, troverebbero, proprio sulla base anche del ricorso ad una invocata riserva di legge da parte della recente giurisprudenza costituzionale⁸⁴, una loro razionale soluzione nell'aver come riferimento un istituto la cui struttura pure sarebbe ancora sconosciuta al diritto penale della parte generale⁸⁵. Infatti, in via di eccezione alla regola di condotta *ex art.* 580 Cp, la nuova idea di giustificazione affiderebbe la complessa risoluzione del conflitto tra inviolabilità del bene vita, salute e dignità della persona ad una procedura, non meramente dichiarativa⁸⁶, ma costitutiva⁸⁷ di uno spazio di diritto

⁸¹ Entrando per questa via nell'operatività del principio consolidato del c.d. *ultra posse nemo obligatur*, per la garanzia di libere scelte d'azione e per soluzioni anche libere da contrasti cfr. J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, München 1992, 142-147; P. Kirchhof, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, Heidelberg 1978, 8 e 30 ss.

⁸² Così autorevolmente W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 739 ss.

⁸³ Per la ricostruzione di un tale dibattito, sul punto cfr. A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 102 ss.

⁸⁴ Che significa il riconoscimento del diritto alla dignità nel morire come limitato e circoscritto a determinati presupposti prefissati legislativamente, cfr. U. Adamo, *In tema di aiuto al suicidio*, cit., 1; M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 6; C. Cupelli, *Il caso Cappato*, cit. p. 1; in giurisprudenza, per tutte Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 10 cons. dir.; sarebbe, infine, anche questa la strada per eliminare quei deficit reali di indeterminatezza che investono la scriminante relazionale dell'autodeterminazione del malato (artt. 2 e 32 Cost.), così come ricostruita da ultimo da F. Consulich - C. Genoni, *Intervento penale e decisioni di fine vita*, cit., 41 ss.; F. Consulich, *Stat sua cuique dies*, cit., 126

⁸⁵ Sembra di poter riprendere qui le lucide affermazioni sulla soluzione giurisprudenziale adottata dal *Bundesverfassungsgericht* in Germania nel giudizio di costituzionalità sul par. 218a StGB, cfr. W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 731 ss.

⁸⁶ Così F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *RIDPP* 1997, 95 ss.; M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *RIDPP* 2007, 1281 ss.; in giurisprudenza per tutte G.u.p. Tribunale di Roma, 23.7. 2007, n. 2049, in *CP* 2008, 1806; Cass. civ., 16.10.2007, n. 21748, in *FI* 2007, I-58, 3025 ss.

⁸⁷ Cfr. M. Donini, *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in *Aa. Vv., Il penale della società dei diritti*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2010, 262 ss.; S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *DPP* 2007, 1564 ss.; A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 223 ss.; L. Risicato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., 73ss.; C. Cupelli, *Il caso Cappato*, cit., 1; M. Picchi, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento, cit., 10; per un modello legislativo che si ispiri a schemi procedurali, in modo da contribuire al superamento dello scarto tra affermazione formale e attuazione dei diritti, allo scopo di avvicinare i soggetti decidenti alle concrete situazioni di fatto ed evitare in tal modo l'impasse rappresentata da diversità di sentire allo stato non facilmente componibili in una visione unitaria in cui il biodiritto penale si riveli meno "normativo" e più "umano", si pronuncia da ultimo anche O. Di Giovine, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale*, cit., 913 e 921 ss. ; in giurisprudenza Ord. Corte cost.

libero in cui l'accertamento anticipato del diritto all'aiuto "nel morire" viene subordinato a condizioni legalmente prefissate con la finalità, neppure malcelata, di limitarne la praticabilità lungo un pendio solo così non scivoloso, ma razionalmente controllato tra la tipicità dell'art. 580 Cp e le articolazioni di licitizzazione dell'aiuto al suicidio come concretizzazione normativa della scriminante relazionale di cui all'art. 32 Cost.⁸⁸

Con il conforto del diritto giurisprudenziale costituzionale, pertanto, la struttura della scriminante così come sopra ricostruita⁸⁹, sembra presentare evidenti caratteri che, non più solo induttivamente, finiscono per segnare il primo 'formale' riconoscimento anche nel nostro sistema di quella nuova idea di giustificazione che, a completamento di quella tradizionale ovvero sostanziale, è stata definita come procedurale⁹⁰.

Elaborata dalla dottrina tedesca, critica verso un'incoerente soluzione del giudice delle leggi d'oltralpe sulla non punibilità dell'interruzione volontaria di gravidanza⁹¹, la scriminante procedurale ha rappresentato il tentativo di sistematizzare una casistica problematica che, non solo sul terreno originario del biodiritto penale⁹², ha presentato da sempre la forte esigenza di una sua razionalizzazione valorizzando, nella risoluzione di conflitti tra interesse individuali e o collettivi socialmente significativi, il contributo del c.d. modello discorsivo integrato.

Infatti, diversamente dal bilanciamento proprio della giustificazione sostanziale, essa consente di ricercare negli elementi gradati di un concetto di proceduralizzazione

n. 207 del 16 novembre 2018, punto 10 cons. dir.; le norme secondarie procedurali, lungi dal limitare la loro funzione dichiarativa nella specificazione di elementi per la verifica del rispetto e della violazione della norma primaria, possono essere rivolte ad assolvere anche ad una funzione costitutiva della regola di condotta (norma primaria), per una commistione tra norme primarie e secondarie in cui queste ultime, di carattere evidentemente procedurale, individuano ambiti di co-decisione sui limiti in concreto del lecito e dell'illecito, laddove gli spazi di autodeterminazione a livello di norme primarie sono co-definiti da meccanismi che vedono l'ingresso di attori pubblici in funzione di garanzia e controllo cfr. M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 908; H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di M.A. Cattaneo, Torino 2002, 108 ss.

⁸⁸ Una tale ricostruzione dommatica potrebbe mettere al riparo da possibili derive pure denunciate da G. Razzano, *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, in www.forumcostituzionale.it del 9 giugno 2019, 1 ss.

⁸⁹ Appare condivisibile qui la felice intuizione che riconduce la risoluzione di problemi dommatici, non ad una revisione strutturale degli elementi del reato, ma alle opzioni di valore che su di essi può operare il legislatore cfr. S. Moccia, *Una brevissima notazione in tema di struttura e fenomenologia del reato*, in Aa. Vv., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995, 248 s.

⁹⁰ Cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 27 ss.; W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 731 ss.; C. Cupelli, *Il caso Cappato*, cit., 1.

⁹¹ Cfr. W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, op.ult.cit, ivi.; in Italia per tutti M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., 1269 ss. e spec. 1279 ss.

⁹² Per una concretizzazione casistica della giustificazione procedurale di una prognosi privilegiata statale per la tutela di valori solidaristici cfr. W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 744 ss.; A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 342 ss.

costitutiva i presupposti necessari, da un punto di vista dommatico, alla legittimazione *ex ante* del risultato lesivo come conseguenza di una decisione solo così non impedibile in ragione della tutela primaria di ulteriori beni e, da un punto di vista politico criminale, sistematicamente rivolta a garantire un ordinato vivere civile tanto da scongiurare situazioni giuridicamente caotiche⁹³.

La giustificazione procedurale, allora, è destinata, non solo a segnare il superamento dell'incriminazione come strumento tradizionale di tutela primaria da riferire alla lesione di un bene giuridico, ma, con la peculiare esaltazione di elementi contenutistici di norme permissive, si propone di aprire la dommatica delle cause di giustificazione alla conformità al diritto dell'offesa di un bene in nome della protezione primaria di altro o altri beni, in modo tale che, a differenza di quanto avviene per le ipotesi di rischio consentito e di quelle sostanzialmente giustificate⁹⁴, la lesione sia da ritenersi autorizzata sin dal momento iniziale della realizzazione della condotta che solo così resta, pertanto, non impedibile in virtù dell'espletamento di una procedura di controllo pubblico *ex ante* capace di consentire alla scriminante di intervenire non *ex post*, ma proprio in costanza della realizzazione del comportamento tipico, privato così anche della sua precettività penale⁹⁵.

Nel sistema penale italiano, a prescindere dalla ripresa di tali elementi strutturali nell'ordinanza della Consulta in commento, non sono mancate, come del resto già evidenziato⁹⁶, forme normative e giurisprudenziali di apertura alla giustificazione procedurale che, ispirate da un antipaternalismo giudiziario, hanno sicuramente incentivato il dibattito dottrinale sulla verifica della tenuta della elaborazione di una dimensione dommatica autonoma della nuova idea di giustificazione già proposta anche nella dottrina tedesca.

Facendo proprie, allora, le critiche che in Germania sono state sollevate verso una possibile concretizzazione della giustificazione procedurale – il riferimento è alla

⁹³ Derivanti dalla non esclusione di diritti di intervento lecito, anche nei limiti molto ristretti di una resistenza attiva 'limitata' sulla base delle regole dello stato di necessità in favore di chi venga minacciato da comportamenti pur conformi al diritto cfr. per tutti le illuminanti pagine di F. Mantovani, *Diritto penale*^o, Milano 2017, 84 s.; C. Roxin, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1996, 84 s.

⁹⁴ Infatti, se nelle prime, l'evento resta illegittimo, e pertanto impedibile, a fronte della esclusiva autorizzazione ad una condotta pericolosa, nelle seconde, invece, caratterizzate dalla legittimazione operante *ex post* di un risultato lesivo, pure è evidente che la legittimazione della condotta recuperata *ex post* la rende *ex ante* sempre impedibile, è quanto in via di sintesi è possibile riprendere da M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, 47 ss.

⁹⁵ Limpidamente e per ulteriori approfondimenti M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento.*, cit., 48 s.

⁹⁶ V. *ultra par.* 4

teoria dello spazio libero dal diritto⁹⁷, ma anche a quella delle cause di esclusione dell'illecito penale⁹⁸ che, portando alla definitiva traduzione della nuova idea di giustificazione nella teoria dello spazio di diritto libero⁹⁹, hanno posto le basi per il riconoscimento di uno spazio libero dall'illecito¹⁰⁰-, anche in Italia, resistendo ai tentativi di svuotamento della scriminante procedurale¹⁰¹ ovvero al ritorno alla giustificazione sostanziale¹⁰², le teorie orientate alla non punibilità da legittimazione procedurale *ex ante* di condotte lesive hanno trovato spazi di affermazione, anche giurisprudenziale, per la presa d'atto della licitizzazione sin dal momento della loro realizzazione di aggressioni generatrici di un'offesa 'proceduralmente non vietata', e ciò non solo per garantire in via anticipata e indiretta la protezione di altri beni, ma anche perché solo così l'ordinamento la tollera in virtù di prescrizioni legislative pre-determinate e poste a garanzia di una decisione consapevolmente ovvero fiduciarmente qualificata e necessitata¹⁰³.

Su tali basi, allora, non è apparso peregrino interrogarsi sulle possibili linee teorico-generalistiche che una dottrina di garanzia, partecipando anche ad una evidente genesi evolutiva della teoria del lecito¹⁰⁴, è stata chiamata a fornire nella elaborazione delle coordinate strutturali essenziali atte a riconoscere la nuova fattispecie di eccezione nelle costellazioni casistiche ad essa riconducibili¹⁰⁵.

Appare chiaro, allora, che, rimanendo fedeli al metodo, se è vero che la sistemazione concettuale del dato normativo nel teleologismo dei valori costituzionali deve investire anche gli aspetti problematici del rapporto regola-eccezione¹⁰⁶, per norme scriminanti che non hanno carattere specificamente penale¹⁰⁷, è anche vero che la

⁹⁷ Cfr. Art. Kaufmann, *Rechtsfreier Raum und eigenwortliche Entscheidung*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe 1972, 327 ss.

⁹⁸ Cfr. H.L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln 1983, *passim*

⁹⁹ Cfr. W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 731 ss.

¹⁰⁰ Cfr. J.M. Priester, *Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch*, in Aa. Vv., *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, 499 ss.

¹⁰¹ Cfr. M. Mantovani, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in Aa. Vv., *Il penale nella società dei diritti*, cit., 185 ss.

¹⁰² Cfr. per tutti M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., 1269 ss.

¹⁰³ Cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 27 ss.; A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 25-27

¹⁰⁴ Un tale suggestivo aspetto è rilevato da F. C. Palazzo, *Costituzione e scriminanti*, in Aa. Vv. *Il penale nella società dei diritti*, cit., 293 ss.; G. Marinucci, *Agire lecito in base ad un giudizio "ex ante"*, in Aa. Vv. *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, 1097.

¹⁰⁵ Ci sia consentito rinviare sul punto a A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 247 ss.

¹⁰⁶ Cfr. per tutti la fine ricostruzione di D. Santamaria, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961, 304 ss.

¹⁰⁷ Perché se non necessariamente subordinate al principio della riserva di legge, si pensi alla valorizzazione della fonte consuetudinaria nell'esercizio di un diritto, esse devono concorrere in ogni caso, unitamente al *Tatbestand*, a delineare, in modo da consentirne anche la giustificabilità, il modello

dommatica della giustificazione non consente di pensare ad una disciplina di tali fattispecie affidata all'arbitrio del legislatore. Tutto questo, a maggior ragione, rileva soprattutto quando la risoluzione di un conflitto tra interessi viene affidata non ad un bilanciamento *ex post* ed in concreto rimesso all'accertamento di un terzo – il giudice –, ma ad una procedura costitutiva della qualifica di liceità tassativamente pre-determinata che, riferita a condotte lesive di determinati soggetti, anche qualificati, di cui provvede a controllare la consapevolezza o l'ineccepibile correttezza prognostica di una decisione, è destinata a vincolare una valutazione di non anti-giuridicità di un fatto all'adempimento di condizioni di legittimazione *ex ante* garantite da riserva di legge. Esse, nel porsi a presidio di delicati bilanciamenti, limitano la stessa precettività penale in funzione della protezione primaria di ulteriori beni costituzionalmente garantiti, legittimando il sacrificio di questi ultimi attraverso la concretizzazione di un rinnovato meccanismo tipico di fattispecie di eccezione che, nell'autorizzare interventi anche nei diritti individuali, consentano alla giustificazione ed all'incriminazione di partecipare dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico¹⁰⁸.

La giustificazione procedurale, quindi, ed in particolare nella materia che qui ci occupa, più che alla affermazione di un diritto si caratterizza per una struttura votata al riconoscimento anticipato dello stesso, e questo secondo modalità procedurali che, seppure possono richiamare quelle fondanti la giustificazione sostanziale, se ne differenziano nettamente per la loro natura costitutiva dell'accertamento *ex ante* dello stesso, sulla base di condizioni oggettive – il consapevole esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica – e soggettive – finalità di alleviare le sofferenze attuando la volontà terapeutica del paziente competente – proprie della liceità di quella autonomia e nuova forma di scriminante capace da sola di porre argini alla crescita esponenziale di irragionevoli aporie sistematiche tendenti a modificare l'equilibrio 'laico' tra necessità di controllo sociale di un fenomeno ed esercizio di diritti fondamentali individuali, anche 'infelici'. Si tratta di condizioni, quindi, che, per situazioni esistenziali tipiche del biodiritto, presentano il tratto comune della riduzione dell'alto rischio

legale e la regola di condotta cui deve uniformarsi il destinatario della norma e, per questo, rispondere a criteri di determinatezza da riferire anche all'illecito penale complessivo, cfr. per tutti S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 191 ss.; F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, 71 ss. e 481 ss.

¹⁰⁸ Per una suggestiva rivisitazione dei rapporti tra giustificazione e incriminazione nello specchio del moderno costituzionalismo penale cfr. F. C. Palazzo, *Costituzione e scriminanti*, cit., 294 ss.; del resto, così come nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico si assiste a norme penali che limitano norme attributive di diritti – si pensi a quanto avviene con la incriminazione dell'incendio di cosa propria (art. 423 c.p.) –, allo stesso modo non si vede perché una norma giustificante non possa limitare la precettività penale di una regola di condotta, si tratta di argomentazioni che portano a ragionevoli conseguenze le stimolanti osservazioni di G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna 2014, 285

etico di illiceità penale che le connota¹⁰⁹ e che, solo mediante una struttura disciplinare di legittimazione *ex ante* di condotte lesive, destinata a giustificarle proceduralmente, riescono ad assicurare la responsabilizzazione di una libera e consapevole autodeterminazione degli individui nella tutela di diritti fondamentali ai quali nessuno intende rinunciare¹¹⁰.

Breve: nel rispetto del modello discorsivo-relazionale orientato da situazioni necessitate ed in presenza di un deficit assoluto di conoscenza, diversamente dalle verifiche di proporzione *ex post* affidate all'accertamento di terzi (il giudice) – come nella giustificazione sostanziale – si è venuto, allora, enucleando uno spazio libero dall'illecito come spazio di diritto libero in cui condizioni tassativamente predeterminate per legge possono rendere lecita l'ottemperanza di un trattamento terapeutico sulla base, ex art. 32 Cost., dell'esercizio consapevole del consenso/dissenso informato di cure, anche vitali, in paziente cosciente, ma anche incosciente, in virtù di criteri da ricondurre ad un consenso presumibile così come maturato tra antipaternalismo giudiziario e limiti normativi¹¹¹, la cui correttezza va verificata nel rispetto di una procedura giustificante in modo che venga garantita in maniera neutra la migliore tutela possibile dell'interesse coinvolto¹¹².

¹⁰⁹ La fattispecie proceduralmente giustificata, dunque, diversamente dalle situazioni tipiche su cui si struttura la giustificazione sostanziale, descrive condizioni oggettive e soggettive che sono rivolte ora a ridurre il rischio etico di illiceità penale per decisioni assunte con riferimento a situazioni esistenziali, ora a ridurre il rischio solidaristico di illiceità penale per decisioni assunte da soggetti fiduciarmente qualificati nella limitazione di diritti individuali, per la cui lesione l'ordinamento ragionevolmente assicura come conseguenza giuridica non sanzionatoria un indennizzo autonomo, perché posto a ristoro di un atto lecito, ma dannoso e, pertanto, diverso da quello previsto dall'art. 2045 cc come conseguenza di un agire necessitato ex art. 54 cp. Si tratta, allora, di ripetere a livello sistematico quanto già previsto per la riparazione nel caso di ingiusta detenzione ex art. 314 cpp, per maggiori approfondimenti e per la definizione strutturale della fattispecie proceduralmente giustificata da prognosi privilegiata statale cfr. A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 253ss.; P. Maggio, *L'esportabilità del modello amministrativo per l'indennizzo del danno da attività giudiziaria*, in Aa. Vv., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. Spangher, Torino 2017, 39 ss.

¹¹⁰ Inserendo il giudice in qualità di figura di garanzia, come appunto nell'esercizio del diritto di abortire riconosciuto alla minore, nella legge sull'aborto non mancano già situazioni in cui in virtù di specifiche disposizioni normative si può ritenere che l'esercizio di un diritto venga subordinato ad una valutazione pubblicistica preventiva e caso per caso, tali considerazioni riprendono quanto lucidamente rinvenibile in giurisprudenza in G.u.p. Tribunale di Roma, 23.7.2007, n. 2049, 34

¹¹¹ Cfr. per tutti D. Micheletti, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence*, in *Crim* 2011, 275 ss.; S. Canestrari, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *RIDPP* 2018, 55 ss.

¹¹² Cfr. W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 731 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 27 ss.; A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali*, cit., passim; concorda da ultimo su di una causa di giustificazione (speciale) come strumento di tutela primaria di un bene oltre l'incriminazione anche F. Consulich, *Stat sua cuique dies*, cit., 120 ss.

Una tale nuova idea di giustificazione, così come sopra ricostruita, dunque, tanto sul piano dommatico quanto su quello politico-criminale, sembra trovare sempre più una sua ragion d'essere che, anche già alla luce dell'ordinanza n.207 del 2018 della Consulta, ne esce rafforzata nella misura in cui essa, in ossequio alla funzione di prevenzione integratrice del diritto penale, tende a garantire un ordinato vivere civile attraverso la valorizzazione proprio del suo fondamento dommatico, quello di una legittimazione *ex ante* di condotte lesive che, minate nella loro percettività penale, solo così possono rivelarsi in grado, attraverso la loro non impedibilità, di porre il sistema penale al riparo da possibili situazioni giuridicamente caotiche. E tutto questo sicuramente anche in virtù di una struttura scriminante che, nel completare i tradizionali criteri di giustificazione presenti nel diritto penale della parte generale, sappia concorrere ad affermare la prevalenza in situazioni concrete di un diritto mite e aperto ad una valutazione dei fatti concreti nel rispetto di ragionevoli regole fondamentali e funzionali alle garanzie dell'individuo¹¹³.

4. A questo punto del nostro studio, dunque, appare evidente come il diritto penale provvisorio che, nella proposta dei giudici costituzionali, emerge sin dall'ordinanza n.207 del 2018 non può non avere come naturale epilogo quello di porsi a chiaro punto di riferimento per una pure sollecitata e quanto mai coerente revisione complessiva della normativa di fine vita. Infatti, una volta limitata l'operatività dell'art. 580 Cp alle condotte di istigazione e aiuto "a morire", occorre, in via sistematica, affrontare il problema di una rinnovata riflessione sull'impianto della recente legge n.219 del 2017, soprattutto colmando così in essa un evidente vuoto di tutela, quello del diritto all'aiuto "nel morire", da ricondurre all'esercizio condizionato della consapevole autodeterminazione terapeutica ex artt. 2-3-13-32 Cost.¹¹⁴.

Si tratta, infatti, di garantire al soggetto vulnerabile, malato (non) terminale irreversibile con prognosi infausta e sofferenze lesive della sua dignità quelle ragionevoli condizioni per chiedere aiuto a porre fine ad un'esistenza per lui insopportabile, arginando così, da un punto di vista politico-criminale, ogni possibile abuso verso inammissibili pendii scivolosi, e ciò:

a) da un lato, con la conservazione della criminalizzazione ex art. 580 Cp dell'aiuto "a morire"¹¹⁵, da porre a tutela della inviolabilità del bene vita;

¹¹³ Cfr. S. Seminara, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *DPP* 2004, 537.

¹¹⁴ Cfr. C. Cupelli, *Il caso Cappato*, cit., 1

¹¹⁵ Da integrare in prospettiva *de lege ferenda* con la criminalizzazione di ipotesi di istigazione e aiuto al rifiuto di cure, necessaria a coprire un vuoto di tutela in quello spazio ampio di liceità oltre gli artt. 579 e 580 cp che attualmente non tiene conto del rapporto di genere a specie tra suicidio, come

b) dall'altro, con il riconoscimento dell'esercizio consapevole del diritto all'aiuto "nel morire (art. 32 Cost.)" che, assicurato dalla copertura di una "scriminante procedurale"¹¹⁶, a tutela del pluralismo etico, possa garantire quelle condizioni di assistenza competente in cui, adeguatamente informato, il soggetto vulnerabile sopra descritto sia messo in grado di esercitare scelte terapeutiche consapevoli che, nell'ambito di un diritto penale dell'eguaglianza di fine vita¹¹⁷, sono capaci di condurre alla ragionevole equiparazione, quanto agli effetti licitizzanti, tra (c)om(m)issioni che lasciano morire, e che non uccidono¹¹⁸. Si tratta, insomma, di valutare di correggere l'impianto della

manifestazione di libertà di un individuo, ed il diritto all'autodeterminazione terapeutica, ci sia consentito sul punto rinviare al nostro *Le giustificazioni procedurali*, cit., 97 s. anche per gli opportuni riferimenti bibliografici a sostegno dell'assunto; del resto tutto ciò sembra trovare conferma anche nella sottile argomentazione che, ribadita nelle memorie di parte e messa in luce in udienza nel giudizio Cappato davanti alla Consulta, porta a distinguere il suicidio quale "scelta drammatica e tragica per porre fine alle "sofferenze dell'anima" e il "suicidio medicalmente assistito come scelta tragica e terminativa per porre fine alle "sofferenze del corpo", di un corpo che è diventato prigioniero dell'anima", al punto da dubitare che il concetto stesso di suicidio cui fa riferimento l'art. 580 cp nella sua originaria formulazione (e la cui agevolazione era punita nelle intenzioni del legislatore del 1930, epoca nella quale, come si è detto, non erano immaginabili situazioni analoghe) sia estensibile a casi come quello oggetto del giudizio, cfr. C. Cupelli, *Il caso Cappato*, cit., 1; S. Canestrari, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, cit., 10 ss.; M.B. Magro, *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in www.penalecontemporaneo.it del 12 giugno 2019, 28 ss.

¹¹⁶Capace di correggere anche quella figura di giustificazione impropria pure segnalata, oltre una lettura minimalista dell'art. 580 c.p., e posta a fondamento della richiesta di archiviazione proposta dai PP.MM. nel proc. 9609/2017 R.G.N.R., indagato Cappato, in www.penalecontemporaneo.it, del 8 maggio 2017, 1, laddove si afferma che l'esercizio di un diritto costituzionale da parte di Fabio Antoniani non scriminerebbe un fatto di reato, ma renderebbe lecito un fatto meramente tollerato – il suicidio – con conseguente liceità della condotta di concorso materiale; un tale assunto, infatti, sembra a nostro avviso porsi ad argine di una ipervalutazione del bene di riferimento ex art. 580 cp, quando individuato nella libera autodeterminazione individuale (artt. 2-13 Cost.), con la conseguenza di generare per l'inviolabilità del bene vita un inquietante vuoto di tutela, maggiormente allarmante quando apre a possibili abusi verso quei soggetti vulnerabili e destinatari di tutela rafforzata.

¹¹⁷ Infatti, proprio facendo tesoro delle acquisizioni della recente giurisprudenza costituzionale, è la piena osservanza di esigenze di ragionevolezza a determinare la necessità di una disciplina simile per situazioni altrettanto simili, dovendosi quindi estendere, anche in considerazione delle possibili differenze, all'aiuto al suicidio quanto già previsto per l'interruzione di cure, cfr. R. Bartoli, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio*, cit., 6 ss.

¹¹⁸ Per una compiuta sintesi del dibattito sul punto cfr. M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 1 ss.; F. Mantovani, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *GP* 2017, II, 38 ss. sembra di rivedere qui anche la traduzione della attesa di R. Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in www.penalecontemporaneo.it del 8 ottobre 2018, 107 ss., laddove l'A. al fine di uscire dalla generalità ed astrattezza nella risoluzione di interessi confliggenti pure propone specifiche eccezioni che, nella previsione di una procedura necessaria alla risoluzione di un conflitto, consentano di verificare l'autenticità e la prevalenza proporzionata dell'autodeterminazione terapeutica sul bene vita evitando, per un rischio sempre presente, ogni possibile strumentalizzazione del soggetto che acconsente (*op.ult.cit.*, ivi); A. Massaro, *Questioni di fine vita: i riflettori tornano ad accendersi con il "caso Cappato"*, in *Giur.pen. web*, 2019, 1 bis, 1 ss. in cui l'A. non esclude, al fine di uscire dalla giustizia del caso concreto, una soluzione legislativa che, mettendo mano alla

legge n.219 del 2017, anche sotto gli auspici della Consulta nella recente ordinanza Cappato, fino a dare rilevanza alla volontà del paziente con prognosi infausta, anche se non terminale perché non ancora tenuto in vita a mezzo di trattamenti terapeutici di sostegno vitale¹¹⁹ - si pensi al caso Trentin¹²⁰ -, e ciò non senza la previsione di una specifica disciplina *ad hoc* per le ipotesi pregresse cui estendere la eventuale non punibilità¹²¹.

Valorizzando una tale premessa, dunque, appare chiaro come sia stato proprio il giudice delle leggi, nell'ordinanza qui in commento, a porre le basi per il superamento della paradossale via italiana del suicidio medicalmente assistito che, fuori dai limiti della sedazione palliativa profonda per condotte attive di disattivazione di sostegno terapeutico vitale - come con il ricorso residuale all'eutanasia passiva consensuale nel caso Nuvoli -, espone nel nostro Paese all'autotortura con sofferenze atroci tutti quelli che, pur volendo togliersi da una condizione di vita per loro indegna di essere vissuta, non hanno la possibilità economica di accedere a tristi itinerari di "turismo del suicidio medicalmente assistito"¹²². Ad essi, infatti, nell'attuale contesto normativo, non resta

legge n.219 del 2017, si caratterizzi per la previsione di meccanismi e procedure capaci di assicurare un effettivo accertamento della "reale volontà" (terapeutica -n.d.r. -) del paziente. (*op.ult.cit.* 8-9); infine, per una definitiva presa d'atto del superamento della manichea distinzione tra azioni che uccidono e omissioni che lasciano morire, così H. Jonas, *Il diritto di morire*, Genova 1991, *passim*; sul punto, e per una omologazione dal punto di vista della disciplina che porterebbe nel biodiritto penale ciò che è pacifico in bioetica, cfr. O. Di Giovine, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale*, cit., 918

¹¹⁹ Secondo quanto pure auspicato da Ord. Corte cost., n. 207 del 16 novembre 2018, punto 7 e 10 cons. dir.

¹²⁰ Cfr. Red., *Suicidio assistito, è morto in Svizzera Davide Trentin. "Basta dolore"*, in www.repubblica.it del 13 Aprile 2017, 1

¹²¹ Cfr. le suggestive considerazioni di C. Cupelli, *Il caso Cappato*, cit., 1

¹²² Si tratta di una problematica tipica del biodiritto che sembra ripetere quella già vissuta per il fenomeno del "turismo procreativo" tipico della maternità assistita. Infatti, se è vero che la punibilità in Germania del suicidio assistito commercialmente organizzato è da inquadrare come strategia di chiara avversione a fenomeni di eutanasia di massa, forse per evitare di rivivere lo spettro della stagione di una biopolitica nazista, è anche vero che tale punibilità nasce come reazione all'incremento del fenomeno del 'turismo della morte' verso la Svizzera, dove si punisce il solo aiuto al suicidio per motivi egoistici, che non ricomprende quello organizzato professionalmente, anche con ritorno economico. La disciplina del suicidio medicalmente assistito in Svizzera rappresenta, infatti, un *unicum* in quanto la stessa disciplina è affidata a raccomandazioni dell'Accademia delle Scienze Mediche, con il diritto del medico di rifiutare l'assistenza al suicidio e, se l'accetta, deve verificare la ricorrenza di esigenze precisate e proceduralizzate per l'ultimo gesto di morte compiuto dal paziente cosciente. Pur stigmatizzato da una recente decisione della Corte EDU del 2013 (Gross contro Svizzera), il legislatore svizzero non è intervenuto su tale disciplina, a differenza del cantone di Neuchâtel che, introducendo nel 2014 l'art. 35 della legge sulla salute del 6 febbraio 1995, ha riconosciuto il diritto al suicidio di persona capace di intendere e informata sulla sua malattia incurabile, sul punto anche per una panoramica esaustiva sulla disciplina olandese e belga cfr. C. Silva, *Suicidio assistito in Svizzera*, cit., 311; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, 202; M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 19 s. e 21 ss.; M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 253 ss.; F.

altra scelta che lasciarsi morire o uccidersi con l'aiuto di altri, ma sempre che questo qualcuno accetti un'imputazione di omicidio del consenziente ovvero di aiuto al suicidio¹²³. E tutto ciò rappresenta il risultato, in verità, di una soluzione normativa che, anche per quanto accaduto con la pronuncia del 24-25 settembre 2019, finisce ancora per porre a dura prova la (ir)ragionevolezza della discriminazione delle scelte di un legislatore il quale, nel differenziare tra abienti e non abienti nell'accesso ad un diritto, si espone ad un'opzione di politica criminale che lo stesso giudice delle leggi, senza sconfinare *ultra petitum*, pure non ha mancato opportunamente di rinviare per la sua definizione a quei contesti di discussione e deliberazione propri delle sedi della democrazia rappresentativa.

Infatti, con un atteggiamento estremamente corretto da parte della Corte costituzionale, appare del tutto razionale investire la discrezionalità del legislatore quando ci si interroga sulla possibile disciplina di un processo medicalizzato in cui si tratta di decidere: a) su come riservare al servizio sanitario nazionale la somministrazione di trattamenti terapeutici terminali; b) sulla disciplina della possibilità di obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura; c) sulla predisposizione della possibilità di un competente controllo pubblicistico *ex ante* dell'effettiva sussistenza di situazioni meritevoli di tutela in cui verificare le condizioni di attuazione della decisione di liberarsi delle proprie sofferenze da parte di una persona che, contestualmente sia: 1) affetta da patologie irreversibili; 2) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale - ma anche prescindendo da questi seppur in presenza di una prognosi infausta -; 3) afflitta da sofferenze fisiche o psicologiche ritenute dal paziente medesimo assolutamente intollerabili; 4) ed infine, comunque pienamente capace di scegliere in maniera libera e consapevole (dunque di autodeterminarsi, anche mediante disposizioni anticipate di trattamento)¹²⁴. E ciò non solo con riferimento ad una sedazione profonda continua correlata al contestuale rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare la morte, come unica terapia accettata dal malato terminale ovvero dal paziente vulnerabile¹²⁵ in presenza dei presupposti appena sopra elencati.

Consulich- C. Genoni, *Intervento penale e decisioni di fine vita*, cit., 10 ss.; S. Canestrari, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima*, cit., 18 ss.

¹²³ Sarebbe, purtroppo, ancora questo l'esito di una normazione, quella della legge n.219 del 2017, che da un punto di vista sistematico si caratterizza per l'assenza di una netta disciplina normativa che sancisce in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico al fine di garantire il definitivo consolidamento delle radici costituzionali del principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente, cfr. S. Canestrari, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, 81

¹²⁴ Cfr. Ord. Corte cost., n. 207 del 16 novembre 2018, punto 7 e 10 cons. dir.; per un tale requisito come limite alla liquidità di un diritto all'autodeterminazione e delle sue potenziali estensioni cfr. Z. Baumann, *Vita liquida*, Roma-Bari 2008, 8 ss.

¹²⁵ Per gli opportuni approfondimenti, anche in prospettiva *de lege ferenda v. ultra par.* 5

Inutile negare che una tale decisa presa di posizione è il frutto dell'opera di preparazione con cui i giudici di legittimità – si pensi a quanto avvenuto nei casi Englaro e Welby – hanno fornito argomenti di sicuro supporto a quelli costituzionali che, chiamati a decidere del c.d. caso Cappato, tanto con l'ordinanza n. 207 del 2018 quanto con la decisione del 25 settembre 2019, hanno avuto il merito di cogliere quel processo evolutivo che ha condotto la giurisprudenza, nella sua massima autorevolezza, alla chiara apertura alla giustificazione procedurale nel nostro ordinamento. Si tratta, infatti, di un percorso che si è imposto come necessario e che ha finito per porre con maggior forza il problema della evidente inadeguatezza dell'attuale assetto della normativa di fine vita di fronte al diritto penale provvisorio presente nelle coordinate sostanziali dell'ordinanza della Consulta qui in esame. Con essa, fissando i parametri e i perimetri di riflessione collettiva e di decisione politica, anche sugli eventuali effetti in concreto, non si è potuto fare a meno di prendere atto definitivamente, nella legge n.219 del 2017, da un lato, dell'affievolimento del 'diritto di morire' medicalmente assistito "per mano di altri" – irragionevolmente assolutizzato in forme di eutanasia passiva consensuale ogni volta in cui il medico individua pretese di trattamenti terapeutici concretizzantesi in condotte attive inesigibili da parte del paziente secondo il combinato disposto di cui agli art. 1 co. 6 e all'art. 2¹²⁶ -, e, dall'altro, della lesione del diritto all'aiuto "nel morire" per mano propria come conseguenza diretta della criminalizzazione, nel codice vigente, del divieto assoluto di aiuto al suicidio ex art. 580 Cp¹²⁷.

Ed è proprio partendo da tali ultime ipotesi che, affidando la loro licitizzazione ad una scriminante relazionale esterna alla fattispecie penale e di tipo procedurale¹²⁸, così come sopra valorizzata nella sua dimensione strutturale, la Corte costituzionale ha posto le basi per recuperare e superare nella disciplina del diritto all'autodeterminazione terapeutica anche quegli evidenti problemi di (in)coerenza orizzontale emergenti nella legge n. 219 del 2017. Ma procediamo con ordine.

¹²⁶ Come conferma da ultimo anche A. Massaro, *Il "caso Cappato" di fronte al Giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in www.penalecontemporaneo.it del 14 giugno del 2018, 14 ss.

¹²⁷ Cfr. C. Tripodina, *op.cit.*, passim

¹²⁸ Da ultimo, non manca chi fa riferimento ad una scriminante relazionale che, pur nel limite reale della sua indeterminatezza, si fonderebbe sul combinato disposto degli artt. 2-32 Cost., tanto da porsi a tutela, attraverso l'autodeterminazione del malato, della non eterodeterminazione come libertà negativa, con una sua diretta operatività che consente di estendere proprio la natura di libertà negativa del suicidio anche al contributo del cooperante, in analogia con quanto previsto dall'art. 119 cp, perchè, salvo eccezioni legali ragionevoli, l'aiuto al suicidio mediato dal rifiuto di cure non è altro che il contributo al dispiegamento in concreto di un diritto fondamentale, per una necessaria sintesi dell'assunto cfr. F. Consulich-C. Genoni, *Intervento penale e decisioni di fine vita*, cit., 37 s. e 41 ss.; M. Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in Aa. Vv., *Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Torino 2012, 10; R. Dell'Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, 194 ss.

Diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti¹²⁹, la recente legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento sembra non escludere la possibilità di risolvere lontano dalla categoria dell'antigiuridicità il problema della irrilevanza penale dei trattamenti terapeutici di fine vita, in particolare nel caso di disattivazione (in)esigibile di un sostegno di respirazione artificiale da parte del medico competente. Infatti, ad un attento esame della disciplina sistematica del consenso informato nella legge n. 219, sembra fondato ritenere che in essa, a ben vedere, si registrino, proprio per i casi di cui appena sopra, possibili margini di tradimento di quelle stesse opzioni giurisprudenziali antipaternalistiche che avevano aperto alla concretizzazione della scriminante relazionale dell'art. 32 Cost. in una giustificazione sostanziale, quella dell'art. 51 Cp¹³⁰; il ricorso a tale ultima norma, infatti, aveva rappresentato la sicura conseguenza di quella decisa presa di posizione da parte del diritto giurisprudenziale penale¹³¹ di ispirazione 'laica' volta al chiaro superamento ermeneutico, in particolare nel caso Welby¹³², della pur suggestiva ricostruzione delle peculiari situazioni oggetto di giudizio secondo lo schema della teoria dell'omissione mediante azione (*Unterlassung durch Tun*)¹³³, in modo tale da confermare così:

a) da una parte, ed in particolare nei casi di condotta positiva per la disattivazione di sostegno vitale, il dominante e consapevole orientamento di diffidenza dei giudici di legittimità per la valorizzazione della concezione non meramente

¹²⁹ V. supra par. 2

¹³⁰ Per una compiuta disamina dell'assunto ai fini di una sua valorizzazione nell'ambito di una prassi evolutiva sul punto cfr. per tutti G. Pavan, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *IP* 2009, 227 ss.

¹³¹ Un fine approccio critico al rapporto tra prevedibilità del diritto e sillogismo giudiziale è proposto da M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *DPenCont.* 3/2016, 13 ss. e spec. 35 ss.

¹³² Ritenendo, per il caso di distacco del paziente dal respiratore artificiale, come forzato il ricorso a categorie giuridiche come quella dell'omissione mediante commissione, e ciò al fine di qualificare la condotta del medico, cfr. per tutte G.u.p. Tribunale di Roma, sent. 23.7.2007 n. 2049, 48

¹³³ Secondo cui una condotta naturalisticamente attiva verrebbe ad essere strumentalmente definita come omissiva con la valorizzazione del suo profilo normativo che, incentrato sul senso sociale dell'interruzione delle cure, ne coglie, in luogo di un *facere*, l'omissione di quegli ulteriori trattamenti terapeutici conseguenti, per gli opportuni approfondimenti della categoria della "omissione mediante azione" cfr. C. Cupelli, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *CP* 2008, 1824 ss.; F. Viganò, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *DPP* 2008, 1039; M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 154 ss.; nella letteratura tedesca autorevolmente per tutti cfr. C. Roxin, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, in *Festschrift für K. Engisch*, Frankfurt am Main 1969, 380 ss.; K. Engisch, *Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für Gallas*, Berlin-New York 1973, 163; per una casistica espressamente riferibile all'interruzione di trattamento medico salvifico cfr. C. Schneider, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*, Berlin 1997, passim e spec. 31 ss. e 174 ss.; per una posizione critica sulla qualificazione come omissione mediante azione della disconnessione di apparati medici che mantengono in vita un paziente cfr. E. Gimbernat Ordeig, *Una terza maniera di realizzare il reato: l'interruzione di serie causali di salvataggio*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, a cura di E. Dolcini- C.E. Paliero, Milano 2006, 1572 ss.

naturalistica dell'azione penalmente rilevante che, anche se non nuova nel nostro ordinamento¹³⁴, era nata soprattutto con la finalità di non rimandare proprio il problema della qualificazione giuridica della condotta di disattivazione di sostegno vitale artificiale già in corso sul terreno non facile del bilanciamento tra beni o interessi in conflitto;

b) dall'altra, il conseguente deciso rifiuto di quell'*escamotage* che, trascurando la morte come evento naturalistico, e con la trasfigurazione della condotta naturalisticamente attiva in una normativamente omissiva, non avrebbe mancato di confermare perplessità logico-domatiche¹³⁵ e di politica criminale tali da minacciare anche la funzione generalpreventiva del diritto penale¹³⁶.

Appare chiaro come tutto quanto pure sopra evidenziato, dunque, finisce per trovare il suo fedele riscontro in una decisa opzione normativa, quella appunto della legge n. 219 del 2017, in cui, così come pure autorevolmente sottolineato dalla Consulta nella recente ordinanza Cappato, al medico che ne sia richiesto non è consentito di (agire con ovvero di n.d.r.) mettere a disposizione del paziente vulnerabile trattamenti diretti, non già ad eliminare (in via principale e legittimamente n.d.r.) sofferenze, ma a determinarne la morte¹³⁷. Di fronte ad una tale decisa presa di posizione del legislatore in materia di fine vita, allora, non vi è chi non veda come il "*diritto di morire*" e di aiuto

¹³⁴ Cfr. F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, cit., 94

¹³⁵ Attraverso la valorizzazione della figura della "omissione mediante azione", infatti, si correrebbe il rischio di: a) risolvere la liceità di un evento morte alla stregua di una liceità equiparabile al bere un caffè ovvero al fare una passeggiata; b) produrre un affievolimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica quando questo, in chiara lesione del principio personalistico consacrato negli artt. 2-3-13 e 32 co. 2 Cost., si lega in via indiretta agli obblighi giuridici di impedire l'evento morte ex art. 40 cpv. cp così come rimessi alla discrezionalità terapeutica del sanitario, piuttosto che alla concretizzazione di specifici doveri di cura con cui sarebbe il paziente a vincolare il medico alle 'sue' scelte terapeutiche. E del resto una conferma di tutto ciò si coglie anche nella possibilità di eludere il problema del diritto all'obiezione di coscienza, laddove, ancora una volta, si affida alla rinuncia unilaterale e discrezionale da parte del medico della sua posizione di garante in ragione della ritenuta inesigibilità di un trattamento terapeutico così come richiesto da un malato/paziente pur adeguatamente informato e secondo quanto previsto nella legge 219 del 2017; c) affidare alla prassi una paradossale punibilità rimessa all'interprete per le condotte attive da riferire pur sempre ad un possibile atto lecito, in quanto espressione dell'esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica da parte di paziente competente, e ciò anche in ragione della necessità di una chiara distinzione tra *condotte attive di disattivazione* di un presidio artificiale sanitario e *condotte omissive di interruzione* di trattamento di idratazione e alimentazione artificiale, più ampiamente sul punto ed anche per i necessari riferimenti bibliografici ci sia consentito rinviare al nostro *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., 115 ss. e 319 ss.

¹³⁶ Secondo quanto pure rilevato da S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in RIDPP 1995, 692 ss.; in particolare sulla prevenzione integratrice del precetto penale nella sua funzione di aggregazione di consensi e di orientamento culturale dei consociati cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 97 ss.

¹³⁷ Portando a compimento quanto affermato in Ord. Corte cost., n. 207 del 16 novembre 2018, punto 9 cons. dir.

'nel morire', così come ricostruiti nella recente giurisprudenza costituzionale¹³⁸, ne escono evidentemente indeboliti rispetto alla affermazione da parte dei giudici di legittimità, nei casi Welby ed Englaro, del "diritto a lasciarsi morire"¹³⁹. Per un assunto che appare confermato in tutta la sua evidenza nel momento in cui nella stessa recente legge sul consenso informato viene riservata la qualifica di liceità, per quanto più strettamente riferibile alle condotte positive, alle sole ipotesi di eutanasia attiva consensuale 'mascherata' da ricondurre alle condotte conformi alla legge (art. 1 co. 6) di pretesa disattivazione esigibile di un trattamento terapeutico artificiale vitale ogni volta in cui l'evento morte provocato dal medico competente nell'adempimento di doveri terapeutici ex art. 51 Cp si rivela come secondario rispetto alla eliminazione delle sofferenze di cure legittimamente rifiutate dal malato competente¹⁴⁰. E tutto ciò, da un punto di vista normativo, sembra verificarsi sia quando l'evento morte, non escluso dal decorso causale della malattia per cui l'attivazione del sostegno artificiale vitale pure era stata consentita, appare come il risultato dell'esercizio del diritto al rifiuto 'filtrato personalisticamente' di un sostegno terapeutico artificiale integrante, in presenza di una prognosi infausta a breve termine o di imminenza, gli estremi di un trattamento irragionevole¹⁴¹ e sia quando in presenza di trattamenti sanitari refrattari si

¹³⁸ Cfr. supra par. 2 e par. 6

¹³⁹ Si tratta di una distinzione normativamente indotta a seconda che l'evento morte sia effetto primario ovvero secondario di cure legittimamente rifiutate a seconda che l'esito letale rientri o meno nel decorso causale della malattia per cui il trattamento terapeutico rifiutato è stato consentito. Nella legge n. 219 del 2017 i casi di esigibile pretesa del rifiuto di cure salvavita sono coperti da irragionevolezza terminale ovvero dal diritto alla sedazione profonda, laddove la condotta di disattivazione di sostegno artificiale vitale provoca un evento morte secondario rispetto alla legittima eliminazione di sofferenze. Siamo di fronte all'esercizio di un *diritto a lasciarsi morire*. Nel caso Antoniani, invece, l'evento morte è causato in via primaria dalla condotta attiva di aiuto, e si pone fuori dal decorso causale della malattia (tetraplegia) per cui il trattamento terapeutico è stato consentito: la legittima eliminazione delle sofferenze acquista qui un ruolo secondario. Siamo di fronte qui ad un *diritto di morire ovvero di aiuto nel morire*, in cui il filtro personalistico del valore della dignità 'nel morire' per il diritto al rifiuto di cure rende lecito, in via più ampia e massima, ciò che il diritto a lasciarsi morire "affievolisce" e limita irragionevolmente, è la sintesi tra quanto acutamente osserva M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 11 e le statuizioni della più recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità cfr. Ord. Corte cost., n. 207 del 16 novembre 2018, punto 9 del cons. dir.; G.u.p. Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007 n. 2049, 34

¹⁴⁰ Così lucidamente M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 11

¹⁴¹ L'assunto trova conferma nelle stesse considerazioni di merito della Consulta in Ord. Corte cost. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 10 cons. dir.; del resto, in questi casi si registra un obbligo di astensione del medico, tale da eliminare ogni ostinazione irragionevole e senza che sia nemmeno menzionato il consenso, anche se non mancano casi in cui il rilievo di quest'ultimo può essere escluso in ragione della indeterminatezza del requisito della sproporzione del trattamento pure richiesto, fino ad investire valutazioni soggettive del paziente capace di intendere e di volere cfr. L. Eusebi, *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., 426 s.

realizzeranno le condizioni dell'esercizio del diritto alla sedazione palliativa profonda (art. 2)¹⁴².

Alla luce di quanto appena affermato, ed ai fini della verifica della correttezza della ricostruzione sistematica qui prospettata, nonché in attesa di una posizione definitiva della Consulta sui limiti all'art. 580 Cp per il pieno riconoscimento dell'esercizio del diritto all'aiuto 'nel' morire, diventa paradigmatico proprio il caso di Fabo Antoniani. Quest'ultimo, fuori da una pretesa esigibile di sedazione profonda, poi rifiutata in quanto riconducibile a sofferenze atroci – come nel caso Nuvoli – da lui ritenute indegne per la fine della propria esistenza¹⁴³, aveva considerato come unica opzione praticabile per l'esercizio consapevole del diritto all'autodeterminazione terapeutica ex art. 32 Cost., quella del "turismo del fine vita". Essa, infatti, appariva sicuramente ad Antoniani come la sola ragionevole alternativa anche alla via italiana al suicidio medicalmente assistito 'per mano altrui' laddove, ricorrendo il presupposto di un rifiuto vincolante ed in presenza di un consenso informato come limite interno alla fattispecie penale¹⁴⁴, l'ordinamento pure avrebbe creato le condizioni per escludere la rilevanza penale di una condotta omissiva che, destinata a muoversi nell'ambito di una relazione privatistica del medico con il paziente, ed incentrata sul paradigma causale dell'art. 40 cpv. Cp, pure avrebbe finito per subire il dissenso come limite interno alla fattispecie penale con riferimento alla posizione del sanitario-garante nella impedibilità dell'evento (morte)¹⁴⁵, senza tuttavia assicurare effetti diversi da quelli che nel caso di dj Fabo si sarebbero verificati in seguito alla attuazione di una sedazione profonda così come disciplinata dalla legge n.38 del 2010, e richiamata dalla legge n.219 del 2017¹⁴⁶.

¹⁴² Si pensi al caso Bettamin, cfr. Red., *Muore con la sedazione profonda, primo caso in Italia per un malato di SLA*, in www.tpi.it del 14 febbraio 2017, 1

¹⁴³ Cfr. Ord. Corte cost., n. 207 del 16 novembre 2018, punto 9 cons. dir.

¹⁴⁴ Cfr. per tutti F. Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *DPP* 2007, 10

¹⁴⁵ Si tratta della traduzione normativa della posizione che in dottrina è stata lucidamente avanzata da F. Mantovani, *Eutanasia*, in *DigDPen*, VI, Torino 1990, 422 ss., che proprio sulla base di tali ineccepibili argomentazioni ritiene non necessaria un'apposita disciplina, anche se il limite di una tale ricostruzione pare risiedere proprio nella conseguente ed inevitabile punibilità di particolari ipotesi di eutanasia attiva consensuale, così come emerge anche da una attenta analisi sistematica della recente legge in materia di consenso informato, verso la quale sembra potersi riprendere la condivisibile critica di F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 124

¹⁴⁶ Ciò sembra confermato dalle stesse considerazioni di merito della Consulta in Ord. Corte cost., n. 207 del 16 novembre 2018, punto 10 cons. dir.; del resto, in questi casi si registra un obbligo di astensione del medico, tale da eliminare ogni ostinazione irragionevole e senza che sia nemmeno menzionato il consenso, anche se non mancano casi in cui il rilievo di quest'ultimo può essere escluso in ragione della indeterminatezza del requisito della sproporzione del trattamento pure richiesto, fino ad investire valutazioni soggettive del paziente capace di intendere e di volere cfr. L. Eusebi, *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., 426 s.

Ma a tutto ciò, poi, pure non vi è chi non veda come possa aggiungersi un ulteriore ed evidente scotto da pagare nella più recente normativa di fine vita. Quello di una dubbia concretizzazione dell'esercizio del diritto al consenso informato che, portandolo a farsi strumento di irragionevoli discriminazioni sempre in agguato, si fonda ora sulla mancanza di un corretto filtro "personalistico" dell'accanimento terapeutico, ora sulla negazione dello stesso diritto fondamentale per soggetti vulnerabili ogni volta in cui la dignità dell'individuo non viene garantita in tutte le fasi della sua esistenza, anche 'nel' morire, alimentando così, nell'ambito di una incertezza disciplinare, soluzioni di discutibile compromesso pure nella vigente normativa di fine vita.

Ed una tale affermazione sembra trovare la sua conferma nel fatto che il legislatore del 2017 ha finito per rafforzare il ricorso, non sempre in via residuale, e così come pure emergente dalla casistica di cui sopra, ad un limbo penalistico che, sulla base di discutibili forme occulte di paternalismo medico, e fuori dal consapevole rifiuto vincolante di idratazione e alimentazione naturale¹⁴⁷, è originato, anche nell'operatività del diritto al consenso informato come limite esterno alla fattispecie penale¹⁴⁸, proprio da quella verifica (art. 1 co. 6 della legge 219 del 2017) di (in)esigibilità della pretesa di un trattamento terapeutico salvavita da parte del malato terminale. Infatti, in questi casi, il *deficit* di sapere assoluto è destinato, una volta superato il problema della verifica di trattamenti terapeutici non contrari alla legge, ad oscillare tra indeterminate clausole generali di deontologia professionale o altrettante buone pratiche, le quali, nell'ambito dei confini 'mobili' dell'evoluzione terapeutica in trattamenti tecnologicamente avanzati di fine vita¹⁴⁹ hanno come unico effetto certo la discrezionalità della condotta del sanitario di fronte alla volontà non assolutamente vincolante del malato/paziente competente¹⁵⁰.

Breve: in via 'rigorosamente' sistematica, una irresponsabilità civile e penale del medico risulta normativamente condizionata solo dalla attuazione di una richiesta del paziente di trattamenti sanitari esigibili in quanto non contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, quando così il medico si libera da obblighi professionali (art. 1 co. 6 della l. n. 219/2017), non senza

¹⁴⁷ Per un tale assunto cfr. per tutti F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano 2000, 529 e 531

¹⁴⁸ Cfr. F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 95

¹⁴⁹ E tale da porre in crisi la distinzione tra eutanasia attiva e passiva, cfr. S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 694

¹⁵⁰ Così A. Gargani, *Jus imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *RIML* 2014, 509; sono questi i casi in cui la questione esalta la c.d. clausola di coscienza di cui all'art. 22 c. deon. med. che non esclude l'indisponibilità ad agire - direttamente desumibile dalla Costituzione, seppur non contemplato in una specifica legge - per il destinatario di un obbligo che attenga alla volontà di salvaguardare un diritto fondamentale cfr. L. Eusebi, *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., 422 s.

pur sempre contribuire ad assicurare l'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente/malato vulnerabile. Nella vigente normativa di fine vita, pertanto, restano ancora fuori da ogni possibile forma di operatività del consenso informato come limite scriminante esterno alla fattispecie penale le condotte 'non mascherate' di eutanasia consensuale 'formalmente' attiva (art. 2), per le quali, pur in presenza di cure legittimamente rifiutate, l'evento morte appare come non secondario in quanto direttamente collegato alla condotta e non rientrante nel decorso causale tipico della malattia: per esse, sicuramente inesigibili, ancora una volta il recupero dell'esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica può attualmente avvenire, fuori dai casi di aiuto 'nel morire' così come ricostruiti recentemente dalla Consulta, solo mediante una loro possibile conversione in ipotesi 'suppletive' di eutanasia passiva consensuale, ma ormai al noto prezzo di un'autocondanna alla tortura per sofferenze atroci come conseguenza di un vincolante diritto al rifiuto di alimentazione e idratazione nella conseguente limitazione per il sanitario degli obblighi impeditivi dell'evento morte ex art. 40 cpv. Cp.

E se la ricostruzione qui ipotizzata appare fondata, allora, evidenti condizioni di irragionevole doppiezza sistematica si muovono nel diritto penale dell'(in)eguaglianza che anima l'attuale esercizio del rifiuto informato del paziente. Quest'ultimo, come diritto mezzo riconosciuto solo in vista del diritto (di determinare il momento) di morire e del diritto all'aiuto 'nel' morire come diritti fine, proprio in virtù dell'esaltazione dell'eutanasia passiva consensuale in funzione aporeticamente suppletiva¹⁵¹, stenta ancora a cogliere nel suo (ir)razionale esercizio quella diffusa relatività tra l'agire e l'omettere che, solo sul terreno della coerente rivisitazione della disciplina del diritto all'autodeterminazione terapeutica ispirata ad un modello di giustificazione legislativo procedurale, può recuperare condizioni di ragionevolezza anche nell'esercizio di "diritti infelici"¹⁵². E tutto ciò senza scomodare, finalmente, il ricorso ad una supplenza giudiziaria antipaternalistica¹⁵³ ovvero autoregolamentare¹⁵⁴ cui affidare ancora una volta l'affermazione di diritti civili.

¹⁵¹ Ogni volta in cui ricorrono i limiti normativi alla eutanasia attiva consensuale, cfr. P. Bernardoni, *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, in www.penelecontemporaneo.it del 8 maggio 2017, 1

¹⁵² Cfr. M. Donini, *Il caso Welby*, cit., 913; Id., *La necessità di diritti infelici*, cit., 24

¹⁵³ Per una sensibilità tesa a scongiurare scenari ispirati da un 'paternalismo di ritorno' sempre in agguato cfr. A. Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *RIML* 2016, 1149; A. Spena, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., 1209; D. Micheletti, *Il paternalismo penale giudiziario*, cit., 275 ss.

¹⁵⁴ Il riferimento è al diritto di obiezione di coscienza, non espressamente disciplinato nella recente l. n. 219/2017, ma da recuperare in linee-guida per l'applicazione della legge, secondo garanzie adeguate per il personale sanitario, cfr. V. Dalosis, *Lorenzin: biotestamento, i medici potranno ricorrere all'obiezione di coscienza*, in www.avvenire.it, del 20 dicembre 2017, 1

Inutile dire, infine, che una tale allarmante sintesi sembra trovare un sicuro terreno di conferma nella valorizzazione del mancato riconoscimento espresso del diritto fondamentale all'obiezione di coscienza (art. 2 Cost.)¹⁵⁵, laddove è possibile rilevare una chiara presa di distanza della legge n.219 del 2017 da una pur diffusa disciplina normativa e giurisprudenziale di controlli pubblicistici sull'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica. Infatti, alla luce di quanto avviene nella legge sull'aborto ed a quella sulla procreazione assistita, nella sua necessaria interposizione legale, e fuori dalla astratta indeterminatezza dell'art. 51 Cp¹⁵⁶, l'ordinamento, attraverso condizioni pre-determinate per legge, affida ad una procedura non dichiarativa, ma costitutiva la definizione di uno spazio di diritto libero in cui legittimare le scelte responsabili del paziente competente¹⁵⁷ ed alle quali, in un'ottica di equilibrato bilanciamento, pure affiancare l'esigenza di un esplicito riconoscimento di un margine di obiezione di coscienza atto a garantire la possibilità per il personale medico di astenersi senza vanificare il diritto eventualmente riconosciuto al malato di ottenere un trattamento lecito di fine vita che, 'impropriamente' eutanasico, verrebbe legittimato da peculiari pre-condizioni legalmente disciplinate¹⁵⁸. Pertanto, solo in un modello

¹⁵⁵ Così come chiaramente emerge dai Lavori Parlamentari, AC 1142-A, Esame in commissione, p. 91 e diversamente da quanto espressamente previsto dall'art. 9 della legge n. 194 del 1978 e dall'art. 16 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004; per una vivace, condivisibile critica sul punto, che non manca di paventare, nella legge n. 219 del 2017, la possibilità di trovarsi di fronte a diritti fondamentali non facilmente attivabili in nome di una loro esigibilità non da tutti, e ciò anche in virtù dell'affievolimento del dovere etico del buon medico di tentare il tutto per tutto, cfr. O. Di Giovine, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale*, cit., 919 e da ultimo M. E. Florio, *L'obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione? Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di "disposizioni anticipate di trattamento"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-bis, 1 ss. e spec. 24 ss.; CnB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito* del 18 luglio del 2019, cit., 17 ss.; C. Lalli, *Biotestamento, l'obiezione di coscienza tra opportunismo politico e inattualità medica*, in *www.wired.it* del 21 dicembre 2017, 1; più in generale, sulla funzione dell'obiezione di coscienza individuale come limite alla precettività di una norma penale, anche attraverso la funzione di mediazione dell'art. 51 cp come veicolo di libertà fondamentali nella legislazione ordinaria e che, tuttavia, consente di ovviare alla astratta indeterminatezza della norma permissiva individuata come vettore solo attraverso una disciplina pubblicistica capace di riconoscere specularmente il diritto all'obiezione di coscienza del medico rispetto ad una oggettivata proceduralizzazione dell'autodeterminazione del malato ex art. 32 Cost., per un diritto del sanitario da far valere specialmente verso condotte di disattivazione più che di interruzione di trattamenti salvifici, cfr. M. Donini, *Il caso Welby*, cit., 913 ss.; F.C. Palazzo, *Obiezione di coscienza*, in *ED*, XXIX, Milano 1979, 539; A. Lanzi, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano 1983, passim e spec. 63 ss.; in dottrina non manca chi, acutamente, riconoscendo un effetto sistematico al normativizzato diritto all'obiezione di coscienza, propone di subordinare il suo esercizio, anche al fine di ovviare a distorsioni applicative, all'esplicita indicazione da parte del medico obiettore del medico disponibile in sua vece a provvedere all'adempimento resosi necessario dal rifiuto di cure, e ciò per nomina e accettazione preventiva cfr. A. Gargani, *Jus imperfectum?*, cit., 513

¹⁵⁶ Secondo le più recenti osservazioni critiche di M. E. Florio, *op.cit.*, 25 ss.

¹⁵⁷ Così lucidamente S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby*, cit., 1563 ss.

¹⁵⁸ Cfr. da ultimo condivisibilmente C. Cupelli, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio*.

razionalmente compromissorio che salvaguardi specularmente la libertà di coscienza del personale medico/sanitario e per il malato/paziente competente il diritto all'autodeterminazione terapeutica, quest'ultimo non ne uscirà decisamente "affievolito" solo quando, fuori dall'esaltazione del paradigma causale ex art. 40 Cp, si porrà a fondamento di un'evidente limitazione prevista per legge del dovere del sanitario di ottemperare al diritto di rifiuto di cure salvavita, e senza (ri)aprire ad uno spazio libero dal diritto del medico cui affidare ancora una volta paternalisticamente la traduzione in concreto di una volontà terapeutica 'indebolita' del paziente (non) terminale¹⁵⁹.

5. Facendo tesoro di tutto quanto appena sopra evidenziato, allora, e da oggi soprattutto anche alla luce dell'ordinanza e del recentissimo comunicato sulla sentenza della Consulta sul caso Cappato¹⁶⁰, ci si troverà ben presto di fronte al problema di come affrontare proprio quell'evidente aporia che, affidando lo stesso esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica ex art. 32 Cost. alla possibile convivenza sistematica di una scriminante relazionale interna¹⁶¹ ovvero esterna alla fattispecie penale, continuerà a scontare il prezzo della contestuale attribuzione di un diritto senza escluderne la possibile incriminazione del suo esercizio nell'ambito di forme inquietanti di un diritto penale dell'(in)eguaglianza che, foriere di situazioni giuridicamente caotiche, resteranno sempre in agguato ogni volta in cui ci si troverà di fronte a particolare ipotesi di eutanasia attiva consensuale 'non mascherata' per trattamenti terapeutici di fine vita diversamente impedibili. Facile prevedere, pertanto, che il processo all'art. 579 Cp seguirà quello dell'art. 580 Cp, avendo sullo sfondo lo stesso tema, quello di limitare con l'incriminazione la lesione di situazioni meritevoli di tutela in soggetti vulnerabili.

Da una tale *impasse*, allora, è possibile uscire solo percorrendo una strada obbligata: quella del biodiritto penale di uno stato laico di diritto in cui il sistema giuridico si riveli finalmente in grado di razionalizzare la normativa di fine vita, nella piena e definitiva valorizzazione di quei principi per cui le fattispecie penali sappiano comprendere il meccanismo emotivo che coinvolge l'autore di un atto terapeutico di

Spunti e prospettive del caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa, in www.penalecontemporaneo.it del 19 aprile 2019, 10

¹⁵⁹ Sembra di rivedere qui la penetrante critica di M. Donini, *Il caso Welby*, cit., 914

¹⁶⁰ V. ultra par. 6

¹⁶¹ L'assunto sembra trovare ulteriore conferma nella recente, suggestiva ricostruzione dottrinale del consenso informato come causa di esclusione della tipicità in ossequio alle acquisizioni della teoria del consenso e della concezione liberale del bene giuridico, così A. Nappi, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in www.la-legislazionepenale.eu del 23 settembre 2019, 35 ss.

solidarietà verso una morte la quale, riconducibile all'esercizio consapevole di un diritto fondamentale, quello all'autodeterminazione terapeutica (artt. 2-3-13- 32 Cost.), risulta condizionata da scelte libere e lecite dettate da un'etica individuale al riparo da danni ad altri¹⁶².

Dunque, di tutto ciò il diritto penale provvisorio emergente sin dall'ordinanza della Consulta n. 207 del 2018 sembra chiaramente consapevole e attraverso le sollecitazioni al Parlamento, che anche alla luce delle considerazioni di cui sopra diventano un grido d'allarme, si traduce nella promozione di un dato normativo che, proprio in prospettiva *de lege ferenda*, sappia cogliere una definitiva e certa distinzione tra condotte (c)om(m)issive lecite che lasciano morire e condotte (c)om(m)issive che uccidono, e pertanto sempre penalmente illecite.

Inutile dire che di un tale ultimo assunto pure è possibile rinvenire traccia nell'attuale vivace dibattito parlamentare nel quale, accanto a disegni di legge ispirati da un recupero paternalistico della pubblicistica indisponibilità del bene vita¹⁶³, verso i quali la recente posizione della Consulta sembra aver segnato la irrimediabile strada del non ritorno, pure vanno segnalati disegni di legge più in linea con le considerazioni sostanziali tracciate dal giudice delle leggi nella normativa di fine vita.

Si tratta dei dd.d.l. n.900 e n. 912, depositati al Senato, rispettivamente il 25 ed il 30 ottobre 2018 su iniziativa dei senatori Cerno-Pittella, il primo, e Mantero e altri, il secondo, che si vedono caratterizzati dal comune approccio alla materia attraverso un testo di legge "leggero", perché formato da poche norme – rispettivamente 4 e 8 articoli - e che, senza scegliere, si propone di aiutare i soggetti vulnerabili, quando limitatamente a malati terminali con prognosi infausta¹⁶⁴, a scegliere il loro percorso

¹⁶² Sarebbe questa una delle condizioni essenziali per l'affermazione di quella laicità come metodo nell'ambito di un sistema penale che vive la criticità della criminalizzazione in rapporto a diritti controversi cfr. C.E. Paliero, *op. cit.*, p. 192; Aa. Vv., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010, 164 ss.; si tratta di fondare così l'intervento punitivo attraverso l'affermazione del principio del danno ad altri, cfr. per tutti J. Feinberg, *Harm to Others*, New York- Oxford 1984, 3 ss.

¹⁶³ Il riferimento è all'art. 1a) del d.d.l. n.191 del 28 marzo 2018 su iniziativa dei Senatori Rizzotti e altri in www.senato.it; per una opzione normativa che, in dottrina, sembra riprendere, anche sui limiti di costituzionalità della legge n. 219 del 2017, la posizione di L. Eusebi, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it del 27 marzo 2019, 8 s. e *passim*; Id., *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *disCrimen* 2018, 1 ss.

¹⁶⁴ Fissata anche nel termine di 18 mesi, cfr. art. 3 del d.d.l. n. 900/2018 in www.senato.it

terapeutico¹⁶⁵ attraverso il consapevole rifiuto di cure, pure salvavita¹⁶⁶. Una tale linea di politica criminale, in verità, nel rivelarsi nel suo complesso sicuramente maggiormente ispirata dalle coordinate sostanziali che in materia di normativa di fine vita vengono sollecitate proprio dalla c.d. ordinanza Cappato, rivela il suo tratto di maggiore adesione al diritto penale provvisorio emergente dalla recente giurisprudenza costituzionale, e che qui ci interessa più da vicino, quando si concretizza nella prevista legittimazione del trattamento eutanasi (improprio n.d.r.), che viene subordinata, nella disciplina del consenso informato, alla presenza di condizioni procedurali di controllo pubblicistico *ex ante*¹⁶⁷, funzionali all'accertamento ed al riconoscimento anticipato del diritto al rifiuto di cure ex art. 32 Cost. Quest'ultimo, infatti, così come disciplinato nei due disegni di legge citati, si pone a fondamento di quelle situazioni meritevoli di tutela – il diritto 'infelice' di morire e quello di essere aiutati 'nel' morire – che, determinando la non punibilità secondo lo schema tipico della risoluzione di un conflitto di interessi¹⁶⁸, evidenziano il chiaro superamento della tecnica di tutela del modello privatistico del paradigma causale. E ciò attraverso la comune e normativizzata *disapplicazione* al medico ovvero anche ai sanitari degli artt. 575, 579, 580 e 593 c.p per i casi in cui adempiano alle pratiche terapeutiche consentite dal paziente competente e rispettose dei risultati espressione della dignità del paziente e corrispondenti alle condizioni predeterminate per legge¹⁶⁹.

Ma, seppur rispetto ad una tale decisa presa di posizione, l'assenza, in entrambi i disegni di legge richiamati, del diritto all'obiezione di coscienza non fa che rappresentare un evidente *vulnus* rispetto alle condizioni sostanziali da rispettare in una nuova

¹⁶⁵ Secondo quanto già auspicato da V. Patalano *Manipolazioni genetiche, aborto ed eutanasia*, in Aa. Vv. *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, vol. I, Napoli 2002, 93 ss.; da ultimo, per una critica al fallimento ed all'intransigenza del tradizionale sistema di "normazione per regole" che connota la legislazione penale in materia di bioetica cfr. O. Di Giovine, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale*, cit., 915 ss.

¹⁶⁶ Che nel caso del d.d.l. n. 912/2018 sembra limitato alle sole forme espresse di soggetti capaci di intendere e di volere, con esclusione, pertanto, di ogni forma di disposizione anticipata di trattamento (artt. 3, 4 e 7)

¹⁶⁷ Per quanto espressamente previsto dall'art. 7 ("Esclusione di punibilità) del d.d.l. 912/2018, in www.senato.it, e pure implicitamente ricavabile dall'art.3 del d.d.l. n. 900/2018, in www.senato.it

¹⁶⁸ Secondo quanto pure sembra ripetersi con l'art. 2 bis della proposta di legge Ceconi in AC 1586 presentata l'11 febbraio 2019 per la modifica alla legge n.219 del 2017 e nella proposta di iniziativa popolare AC 2 che riprende quella presentata il 13 settembre del 2013, per maggiori approfondimenti cfr. C. Cupelli, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in www.penalecontemporaneo.it del 19 aprile 2019, 1 ss.; più in generale si può rivedere in una tale struttura lo schema della disapplicazione di norme disciplinate dall'art. 183 del TUF cfr. F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino 2014, 234 ss.; F. Consulich, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano 2010, 226 ss.; A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali*, cit., 395 ss.

¹⁶⁹ Cfr. artt.6- 7 del d.d.l. n. 912/2018, in www.senato.it

normativa di fine vita così come indicate dalla Consulta proprio in prospettiva *de lege ferenda*¹⁷⁰, appare, tuttavia, innegabile come l'impianto normativo complessivo risponde ad una chiara impostazione sistematica in cui la tutela del diritto all'autodeterminazione terapeutica è affidata alla dommatica delle cause di giustificazione che, proprio nella sua qualificazione procedurale, si confermerebbe come quella opzione normativa atta a riflettere lo strumento più adeguato allo scopo, quello di garantire, anche sul piano politico-criminale, le razionali condizioni per un ordinato vivere civile che ancora sembrano concretamente messe in discussione dalla normativa di fine vita attualmente in vigore, così come ispirata da una laicità bipolare e lontana da un solido ancoraggio a quei principi fondamentali posti a garanzia della nostra forma di Stato¹⁷¹.

Del resto, e sostanzialmente in linea con quanto appena rilevato, va segnalata anche la proposta del disegno di legge "Marcucci" n.966 presentata al Senato in data 28 novembre 2018, recante «disposizioni in materia di terapia del dolore e dignità nella fase finale della vita, nonché modifiche all'art. 580 del codice penale», in cui, accanto alla auspicata e condivisibile differenziazione sanzionatoria tra le condotte di istigazione e di aiuto al suicidio, si arriva a prevedere:

- a) un ampliamento della sedazione palliativa profonda per malati/pazienti competenti in senso ampio, quindi anche non terminali, ovvero al di fuori dei casi in cui non vi sia per il paziente "condizione di reversibilità";
- b) una "eccentrica" causa di non punibilità per il delitto di agevolazione dell'esecuzione del suicidio per chi, anche precedentemente all'entrata in vigore della legge, abbia direttamente o indirettamente contribuito a cagionare la morte di una persona che si trovi nelle condizioni normativamente pre-determinate, così come descritte agli artt. 2-3 del d.d.l. n. 966, e che potrebbero essere in astratto inquadrate - anche tenendo conto delle sollecitazioni della Corte - nel meccanismo delle c.d. scriminanti procedurali, come una "via d'uscita" per una condotta che, ledendo un interesse fondamentale ed al contempo tutelando un bene di pari valore, viene legittimata non a seguito di un giudizio di bilanciamento degli interessi, in modo da assegnare ad uno dei due -in via definitiva ed in astratto - una posizione sovraordinata all'altro,

¹⁷⁰ Da cui deriverebbe, come conseguenza sistematica non secondaria, l'esaltazione della stessa obiezione di coscienza nella sua dimensione esclusivamente deontologica, tanto da contribuire a creare confusione non solo sul carattere pubblicistico della disciplina, ma anche sull'indebolimento, accanto al dovere etico del medico di tentare il tutto per tutto, pure dello stesso principio della incoercibilità dell'intervento del sanitario volto a impedire il decesso, cfr. O. Di Giovine, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 919; L. Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, in *RIML* 2014, 534 ss., che così si oppone all'esistenza di un vero e proprio diritto di morire; sul punto concorda A. Gargani, *Jus imperfectum?*, cit., 516, che tuttavia non esclude l'esistenza di un diritto a rinunciare alle terapie.

¹⁷¹ E' quanto pure lucidamente osserva da ultimo anche L. Risicato, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio*, cit., 305 ss.

quanto piuttosto in base al rispetto di una procedura che, partendo dal riconoscimento della pari e contemporanea inviolabilità degli interessi in gioco, razionalizzi la prevalenza, limitata al caso di specie, di uno dei due beni¹⁷².

6. Anche alla luce delle più recenti proposte parlamentari, così come pure appena esaminate, risulta del tutto evidente, dunque, come il faticoso cammino del diritto penale dell'(in)eguaglianza nel riconoscimento della legittimazione di trattamenti terapeutici secondo una necessaria riorganizzazione disciplinare della normativa di fine vita orientata alla tutela della indisponibilità della persona appare, tra spinte giurisprudenziali e proiezioni legislative, inesorabilmente tracciato. Ed un tale esito pure viene individuato come indispensabile anche nel recente comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale sulla sua attesa decisione del 25 settembre nell'ambito del "caso Cappato"¹⁷³. Qui i giudici della Consulta, riunitisi in camera di consiglio, hanno nuovamente ribadito – riprendendo fedelmente le statuizioni dell'ordinanza n. 207/2018¹⁷⁴ - che la non punibilità di condotte di agevolazione all'esecuzione di un proposito suicidiario, ex art. 580 c.p., può conseguire solo alla presenza di determinate condizioni di liceità¹⁷⁵ ed in ossequio a modalità procedurali¹⁷⁶ che, sottoposte a verifiche e controlli pubblicistici *ex ante*¹⁷⁷, rivelano una natura costitutiva, non dichiarativa, del riconoscimento di un diritto in via anticipata, nel nostro caso quello dell'aiuto 'nel morire come concretizzazione del diritto alla consapevole autodeterminazione terapeutica (artt. 2,3, 13 e 32 Cost.). Condizioni e modalità procedurali di liceità, allora, sottratte all'accertamento *ex post* di terzi, non parteciperebbero così alla individuazione di un diritto prevalente, ma ad una valutazione di non antiggiuridicità *ex ante* di

¹⁷² Così e per maggiori approfondimenti sul punto cfr. F.P. Bisceglia, *Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita*, in www.penalecontemporaneo.it 3/2019, passim e spec. 108 ss.

¹⁷³ Cfr. Red., *Caso Cappato: La Corte Costituzionale dichiara la non punibilità dell'aiuto al suicidio in presenza dell'aiuto al suicidio in presenza di determinate condizioni*. Ufficio stampa della Corte Costituzionale, comunicato del 25 settembre 2019, in www.penalecontemporaneo.it del 26 settembre 2019, 1

¹⁷⁴ Vedi supra par. 2

¹⁷⁵ Paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale; affetto da una patologia irreversibile; sofferenze fisiche o psicologiche che il paziente reputa intollerabili; capacità di prendere decisioni libere e consapevoli, cfr. Red., *Caso Cappato*, cit., 1;

¹⁷⁶ In attesa dell'indispensabile intervento del legislatore esse vengono individuate dalla stessa Consulta nel riferimento alla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (artt. 1 e 2 della legge n.219/2017), cfr. Red., *Caso Cappato*, cit., 1

¹⁷⁷ Con esplicito riferimento al SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente, cfr. Red., *Caso Cappato*, cit., 1

un fatto che, in funzione di limite alla percettività penale, verrebbe imposta dall'esercizio di un diritto fondamentale¹⁷⁸.

Breve: il diritto penale provvisorio di fine vita, così come tracciato dalla giurisprudenza costituzionale nelle sue più recenti statuizioni ed operante anche rispetto a condotte già realizzate per le quali il giudice valuterà la sussistenza di condizioni sostanzialmente equivalenti a quelle indicate¹⁷⁹, sembra chiaramente ispirato da una dottrina orientata da opzioni di valore normativo-superiori che, chiamate ad individuare un limite alle incriminazioni, si pensi al divieto assoluto di aiuto al suicidio, scongiurino la lesione di situazioni meritevoli di tutela. E la protezione di queste ultime, specialmente quando riferibile a soggetti vulnerabili, può essere affidata in via primaria solo a quella nuova idea di giustificazione che, a differenza di quella tradizionale o sostanziale, è unicamente in grado strutturalmente di creare presupposti di licitizzazione di condotte lesive quale espressione di un diritto penale vicino alle ragioni dell'uomo. Pertanto, se tutto ciò è vero, la giustificazione procedurale, anche per evidenti ragioni di ordine civile nell'affermazione della forza del diritto, segna ufficialmente il suo ingresso nel sistema penale dello stato sociale dei diritti, e questo proprio sotto la spinta decisiva della giurisprudenza costituzionale che, portando a razionalizzare la stessa scriminante relazionale di cui all'art. 32 Cost., si interroga sulle forme più adeguate ad una concretizzazione nella legislazione ordinaria di quel consenso informato che, muovendosi criticamente tra limite interno (art. 1 co.6 della legge n. 219 del 2017) e limite sostanzialmente esterno (art. 2 della legge 219 del 2017) alla fattispecie penale, sia in grado di portare definitivamente la normativa di fine vita a riconoscere uno spazio di diritto libero in cui la tutela del pluralismo etico si riveli, però, come quella opzione capace di superare evidenti aporie sistematiche irragionevoli nei loro esiti per le garanzie da riconoscere al valore della dignità 'nel' morire. Ai posteri.

¹⁷⁸ Riprendendo le condivisibili osservazioni in tema di condizioni di liceità dell'interruzione volontaria di gravidanza secondo l'art. 5 della legge n. 194 del 1978, cfr. C. Cassani, *La disciplina della interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 561 ss. e 569 ss.

¹⁷⁹ Cfr. Red., *Caso Cappato*, cit., 1