



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di laurea in Diritto Penale

*Le giustificazioni procedurali dall'inizio al fine vita
in una prospettiva de iure condendo*

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa Annamaria Peccioli

Candidato: Nicola Androulidakis

Anno Accademico 2021/2022

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I – I LIMITI DEL RICORSO AI TRADIZIONALI CRITERI DELLE GIUSTIFICAZIONI SOSTANZIALI E LA NECESSITÀ DI CODIFICARE UN NUOVO TIPO DI GIUSTIFICAZIONE

1. Principi ed elementi costitutivi alla base delle cause di giustificazione “tradizionali”.....1
2. Crisi del legislatore nell’effettuare il bilanciamento: i limiti della giustificazione “tradizionale”.....9
3. Dallo “spazio libero dal diritto” ad una nuova idea di giustificazione.....10
4. Le scriminanti procedurali: elementi costitutivi.....13
5. Perplessità e critiche della dottrina sull’introduzione della giustificazione procedurale.....17

CAPITOLO II – LA CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE PROCEDURALE NELL’AMBITO DELL’INTERRUZIONE VOLONTARIA DELLA GRAVIDANZA

1. Premessa..... 19
2. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sull’interruzione volontaria della gravidanza: la nascita della giustificazione procedurale.....19
3. L’interruzione volontaria della gravidanza in Italia..... 22
 - 3.1. Premessa..... 22
 - 3.2. Le sentenze n. 49/1971 e n. 27/1975 della Corte costituzionale.....23
 - 3.3. La legge n. 194 del 1978 “*Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza*”.....24

CAPITOLO III – LA CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE PROCEDURALE NEL FINE VITA

1. Premessa.....	29
2. L’inizio di tutto: la vicenda di Piergiorgio Welby.....	31
3. Eluana Englaro: il primo caso di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in paziente incosciente.....	33
4. Disegni di legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento.....	37
5. Luci e ombre della legge n. 219 del 2017.....	39
5.1. Il consenso/dissenso informato.....	46
6. Il caso Antoniani e il processo a Marco Cappato.....	50
6.1. Premessa.....	50
6.2. Il fatto.....	51
6.3. L’intricato <i>iter</i> giudiziario.....	52
6.4. L’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale.....	56
6.5. La sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale.....	63
6.6. Dopo le pronunce della Corte costituzionale: l’assoluzione di Cappato.....	71
7. La prima applicazione dei principi sanciti dalla Corte costituzionale: la Corte di Assise di Massa assolve Marco Cappato e Mina Welby per il caso Trentini.....	73
7.1. Il fatto.....	73
7.2. La pronuncia di assoluzione della Corte d’Assise di Massa.....	74

CAPITOLO IV – PERPLESSITÀ E INCERTEZZE SUL FINE VITA NEL SILENZIO DEL LEGISLATORE: LA PROPOSTA DI *REFERENDUM* ABROGATIVO DELL’ART. 579 C.P. E LE RAGIONI DELLA SUA INAMMISSIBILITÀ

1. Premessa.....	78
2. Considerazioni multilivello sul quesito referendario.....	81
3. La sentenza n. 50/2022 della Corte costituzionale sull’inammissibilità del quesito referendario.....	90

Conclusioni

Introduzione

Il presente lavoro si propone di esaminare la categoria delle cause di giustificazione c.d. procedurali, mai codificate, a cui l'ordinamento è più volte ricorso nella prassi, nella consapevolezza della necessità di una rivisitazione dottrinale del tradizionale concetto di antigiuridicità.

L'inadeguatezza dell'attuale assetto del sistema penale emerge, in modo particolare, con riferimento a questioni eticamente complesse di inizio e fine vita che richiedono quanto prima risposte e soluzioni convincenti e complete. L'attualità del problema, i recenti tradimenti normativi e giurisprudenziali e l'urgenza di porre rimedio ad una casistica problematica sono le ragioni principali che mi hanno spinto ad approfondire un tema così complesso ma altrettanto affascinante.

Dopo una sintetica disamina delle caratteristiche della causa di giustificazione tradizionale, ampiamente nota alla dottrina e tradizionalmente codificata dal legislatore, il primo capitolo avrà per oggetto le origini e gli elementi costitutivi della scriminante procedurale e le analogie e differenze rispetto alla scriminante sostanziale, per quanto possibile con un approccio puramente teorico.

Nel prosieguo della trattazione, l'obiettivo di chi scrive sarà quello di evidenziare le avvenute o mancate applicazioni della causa di giustificazione procedurale, con specifico riferimento alle questioni relative alla vita umana.

In particolare, il secondo capitolo sarà dedicato alla fase iniziale della vita, partendo dalle pronunce più incisive e significative della Corte costituzionale, fino alla legge che regola l'interruzione volontaria della gravidanza.

L'irrisolto problema del fine vita sarà affrontato a partire dal capitolo seguente. Nel terzo capitolo, infatti, si cercherà di far emergere in che modo la nuova idea di scriminante potrebbe essere uno strumento utile per regolare una materia ad oggi poco e mal disciplinata, a fronte di interventi giurisprudenziali e legislativi più o meno insoddisfacenti e maldestri.

Il quarto e ultimo capitolo sarà invece dedicato, nella prima parte, alla recente proposta di *referendum* abrogativo dell'art. 579 c.p. (Omicidio del consenziente), nella prospettiva di porre rimedio al perdurante silenzio del legislatore in materia; nella

seconda parte, saranno indicate le ragioni che hanno portato la Corte costituzionale a dichiarare inammissibile il quesito referendario.

Senza pretesa alcuna di completezza ed esaustività, scopo dell'autore è quello di ingenerare nel lettore, quanto più possibile, consapevolezza circa l'esistenza di questo strumento inedito per il diritto penale di parte generale, ormai da tempo studiato, ma ancora poco conosciuto e potenzialmente utilizzabile nelle situazioni in cui è più difficile per l'ordinamento addivenire ad una decisione autoritativa.

Non è sempre agevole, infatti, per lo Stato organizzare una disciplina normativa coerente e soddisfacente. L'impresa si complica ulteriormente quando è egli stesso incapace di individuare quale, tra gli interessi in gioco, sia maggiormente meritevole di tutela.

Questa incapacità può discendere dal fatto che il legislatore, nel momento in cui si avvicina alla materia da disciplinare e vi si interroga, può non avere gli strumenti giusti o sufficienti per stabilire con convinzione quale sia tra le due o più opzioni quella da privilegiare; oppure dal fatto che l'oggetto della materia è ampiamente influenzato da ideologie, pur pregresse e retrograde, fortemente radicate, che non gli permettono di affrontare in modo imparziale e neutrale il problema; o, ancora, non è da escludere che un corretto bilanciamento tra gli interessi sia, per lo meno allo stato delle cose, insoddisfacente ovvero impossibile.

Il legislatore non deve (*rectius*: non dovrebbe) astenersi, ingenerando nocivi vuoti di tutela che rendono inefficace l'esercizio del diritto da parte del suo titolare, ma deve trovare il modo di indicare con certezza e assolutezza quale sia la strada da perseguire. Questo è un problema con il quale il legislatore si scontra (o, più frequentemente, evita di scontrarsi, ignorandolo) sempre più spesso: nel corso di questa trattazione si tenterà di evidenziare come gli altri operatori del diritto abbiano cercato di rimediare alla sua inerzia.

Alla luce di queste considerazioni, viene da chiedersi in che modo il legislatore possa assolvere a questo compito e, soprattutto, se esistano nel nostro ordinamento istituti cui ricorrere qualora egli non abbia la possibilità o preferisca astenersi dallo scegliere quale sia l'interesse che debba prevalere sull'altro ma, allo stesso tempo, ci sia urgenza di pervenire ad una decisione in virtù dei diritti fondamentali in gioco.

La soluzione potrebbe essere proprio il ricorso alla scriminante procedurale di cui si dirà approfonditamente.

CAPITOLO I

I LIMITI DEL RICORSO AI TRADIZIONALI CRITERI DELLE GIUSTIFICAZIONI SOSTANZIALI E LA NECESSITÀ DI CODIFICARE UN NUOVO TIPO DI GIUSTIFICAZIONE

1. Principi ed elementi costitutivi alla base delle cause di giustificazione “tradizionali”

È assodato che la realizzazione di un fatto tipico costituente reato non comporta necessariamente responsabilità penale per il soggetto che l’ha realizzato.

Ciò in quanto l’ordinamento potrebbe giustificarlo ricorrendo a quelle che vengono comunemente chiamate cause di giustificazione (o scriminanti).

Si tratta di cause che escludono l'antigiuridicità del fatto, in quanto il fatto, nonostante la sua conformità alla fattispecie penale astratta, risulta non punibile in concreto perché autorizzato o imposto da altre norme dell'ordinamento.

Ciascun ordinamento, pertanto, è libero di scegliere quali fatti costituiscono presupposto di una sanzione e quali altri no; ma è anche libero di indicare norme che hanno un effetto contrario rispetto alla sanzione penale: queste ultime norme prevedono espressamente un fatto di reato e consentono ovvero impongono di realizzarlo. Si tratta quindi di un *catalogo aperto*, per il fatto che “*può venire in rilievo qualsiasi criterio di giustificazione che sia dato desumere dall’ordinamento giuridico*”¹.

Le cause di giustificazione, quindi, rendono lecito o giustificano un fatto che, in loro assenza, sarebbe illecito perché in contrasto con l’ordinamento.

Il Codice penale italiano distingue cinque cause di giustificazione:

- 1) Il consenso dell’avente diritto (art. 50 c.p.);
- 2) L’esercizio del diritto o l’adempimento del dovere (art. 51 c.p.);

¹ Così D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2011, IV ed., p. 240.

- 3) La legittima difesa (art. 52 c.p.);
- 4) L'uso legittimo delle armi (art. 53 c.p.);
- 5) Lo stato di necessità (art. 54 c.p.).

La collocazione delle cause di giustificazione all'interno della struttura del reato è stata al centro di un animato dibattito dottrinale che ha condotto all'affermazione di due principali correnti di pensiero.

Un'impostazione teorica minoritaria tende a considerare le cause di giustificazione come elementi "negativi" del fatto, aderendo a quella che viene definita "*concezione bipartita del reato, in base alla quale le cause di giustificazione s[on]o comunque parte del fatto, rappresentandone 'in negativo' un elemento tipico*"². Secondo questa concezione il reato si compone di due elementi: il fatto oggettivo e l'elemento soggettivo.

All'interno del primo sono compresi tutti gli elementi oggettivi richiesti dalla singola fattispecie (c.d. elementi positivi del fatto) e le scriminanti (c.d. elementi negativi del fatto)³, le quali costituiscono l'altra faccia della medaglia del fatto oggettivo, intervenendo ogniqualvolta sussistano particolari circostanze in presenza delle quali il fatto è autorizzato ovvero imposto dall'ordinamento giuridico.

Il secondo elemento del reato è, invece, quello soggettivo ossia la "*coscienza e volontà dell'azione o omissione, dolo o colpa*"⁴.

Rappresentando in negativo un elemento del fatto tipico, "[l]e norme scriminanti interverrebbero insomma non a negare il precetto penale, permettendo un comportamento altrimenti punito, bensì a integrare, quale sua vera e propria porzione, la fattispecie incriminatrice reale"⁵.

² F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, p. 17.

³ Aderisce a questa concezione minoritaria, catalogando i fatti scriminanti come elementi negativi, tra gli altri, F. RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2007, IV ed., pp. 298 ss.

⁴ C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2017, II ed., p. 173.

⁵ CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, cit., p. 18.

Un'altra impostazione, maggioritaria, si fonda su una concezione tripartita del reato⁶. In base a tale orientamento, gli elementi costitutivi del reato sono da ricondursi alle tre categorie *i.* del fatto tipico, *ii.* dell'antigiuridicità *iii.* della colpevolezza.

Risulta allora chiaro come sia proprio la collocazione delle cause di giustificazione a non mettere d'accordo gli autorevoli esponenti della dottrina: le scriminanti, infatti, “*per la concezione bipartita costituiscono elementi negativi del fatto e per la teoria tripartita fondano la categoria autonoma dell'antigiuridicità*”⁷, da intendersi come il giudizio volto ad evidenziare il contrasto tra il fatto e una norma penale.

Questa concezione, seppure non possa dirsi in tutto e per tutto ineccepibile e da preferire incondizionatamente rispetto alla concezione bipartita⁸, consente di scandire meglio il percorso logico che il giudice sarà chiamato a compiere, accertando, nell'ordine:

- i. gli elementi positivi del fatto, verificando se un determinato fatto storico sia riconducibile ad una fattispecie astratta prevista dalla legge come reato, in quanto è nel fatto tipico che si realizza l'offesa o messa in pericolo dell'interesse protetto che la norma incriminatrice mira a salvaguardare⁹.
- ii. la presenza o l'assenza di una causa di giustificazione. Nel primo caso, il fatto tipico, che normalmente costituirebbe reato, viene eccezionalmente reso lecito; nel secondo caso, in assenza di una scriminante, il giudice deve ancora verificare l'elemento soggettivo;
- iii. la colpevolezza dell'agente, e quindi se il soggetto sia rimproverabile per l'ordinamento.

Risulta allora chiaro che la teoria tripartita offre al giudice una via più semplice, agevolandolo nel “*discernere compiutamente il momento descrittivo da quello valoriale e, dunque, [...] collocare i reciproci rapporti tra norma penale e norma*

⁶ A favore della concezione tripartita, tra i tanti, F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Torino, 2008, III ed., pp. 204 ss. e pp. 354 ss.

⁷ C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale*, Milano II ed., 2017, *cit.*, p. 174.

⁸ Sul punto F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, *cit.*, pp. 19 ss.

⁹ Così D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, pp. 58 ss.

scriminante, comprendendone la differente struttura e i conseguenti pericoli dal punto di vista della garanzia per i cittadini”¹⁰.

La causa di giustificazione svolge il centrale ruolo di limitare l’applicazione delle norme incriminatrici rimediando ad un eventuale, ingiustificato eccesso di incriminazione da parte del legislatore propenso ad assecondare, senza mezze misure, istanze di giustizia più o meno ragionevoli della collettività.

In altre e più autorevoli parole, *“le cause di giustificazione possono rappresentare un essenziale strumento di “decompressione” del sistema penale rispetto ad istanze di liberalizzazione provenienti dal contesto sociale, allentare o finanche risolvere crisi di legittimazione di norme incriminatrici carenti di un sufficiente consenso sociale”¹¹.*

Le cause di giustificazioni possono distinguersi in:

- i. cause di giustificazione *codificate*, sono quelle espressamente previste dal legislatore, oggetto di una specifica disciplina nella parte generale del Codice penale agli artt. 50-54;
- ii. cause di giustificazione *non codificate* (o tacite), la cui ammissibilità è negata dalla dottrina prevalente¹² per via del conflitto di queste, tra gli altri, con il principio di legalità.

Il legislatore, quando introduce una nuova causa di giustificazione, effettua un bilanciamento e individua l’interesse prevalente anche a costo di rendere lecito un fatto che è penalmente tipico. Occorre rilevare che si tratta di scelte di politica criminale e non di verità assolute: è pertanto frequente che le suddette valutazioni siano destinate a variare nel tempo, in ragione del mutamento del contesto politico-sociale e della diversa sensibilità che permea l’organo legislativo in un determinato momento.

Ciò che è certo è che il legislatore decide di prendere posizione rendendo non punibili fatti previsti dalla legge come reati, ogniqualevolta ritenga debba prevalere un interesse superiore.

¹⁰ F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, cit., p. 21.

¹¹ F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, cit., pp. 26.

¹² Sul punto cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Padova, 2011, VII ed., pp. 276 ss.; v. anche F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pp. 423 ss.

Si pensi a chi resta impunito nonostante abbia risposto con la forza ad una aggressione ingiusta e parimenti violenta da parte di un altro soggetto: il legislatore ritiene che in una situazione di questo tipo i due soggetti non siano entrambi rimproverabili.

È vero che entrambi hanno tenuto la stessa condotta finalizzata alla realizzazione di un fatto previsto dalla legge come reato, ma il primo merita di essere giustificato in quanto la sua condotta è stata attuata esclusivamente per difendersi da un'aggressione (questa sì) ingiusta, nel rispetto dei requisiti previsti dall'art. 52 c.p.: attualità del pericolo, ingiustizia dell'offesa, necessità e proporzionalità.

Nell'ambito delle cause di giustificazione, pertanto, *“il conflitto è risolto una volta per tutte [dal legislatore], attraverso l'individuazione di un interesse prevalente e di un altro soccombente, secondo una valutazione positiva di “prevalenza” che dipende soltanto dalla meccanica verifica circa l'esistenza dei presupposti richiesti”*¹³.

Ai sensi dell'art. 50 c.p., *“non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto con il consenso di chi può validamente disporne”* (c.d. consenso dell'avente diritto): è evidente il bilanciamento degli interessi in conflitto effettuato dal legislatore, il cui risultato è che l'interesse alla tutela del diritto soccombe di fronte alla libertà di autodeterminazione da parte di chi ne è il titolare.

L'esercizio di un diritto e l'adempimento di un dovere, disciplinati dall'art. 51 c.p., rispondono al principio di non contraddizione, in ragione del quale l'ordinamento non può consentire (o, addirittura, ordinare) un comportamento in relazione al quale la legge penale prevede una sanzione. L'operare della causa di giustificazione non modifica il divieto espresso dal legislatore nella fattispecie incriminatrice ma ne esclude l'applicabilità in quel caso concreto in cui opera la norma permissiva. Quest'ultima si troverà necessariamente ad essere in conflitto con la norma incriminatrice ma è destinata a prevalere su di essa in quanto speciale. È infatti inammissibile, in uno Stato di diritto, che uno stesso fatto venga considerato, da parti diverse dell'ordinamento, come lecito e illecito¹⁴: sarebbe assurdo che ad un soggetto venisse, allo stesso tempo, data autorizzazione e imposto di astenersi dal tenere una certa condotta. Si pensi, ad esempio, al locatario che, avendo stipulato un contratto di

¹³ M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 253.

¹⁴ Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2020, IX ed., p. 294.

locazione, si trova a ad avere un diritto personale di godimento su un immobile: sarebbe paradossale pensare di punirlo per il reato di violazione di domicilio (art. 614 c.p.).

Anche nella *legittima difesa* (art. 52 c.p.) viene compiuto un bilanciamento poiché – non essendo possibile tutelare tutti gli interessi in gioco – viene privilegiato chi per primo subisce l'aggressione. Considerazioni analoghe possono farsi per l'*uso legittimo delle armi* (art. 53 c.p.) o per lo *stato di necessità* (art. 54 c.p.) in relazione al quale l'autore del fatto commette un reato per sottrarsi ad un pericolo che investe beni inerenti alla persona¹⁵.

Sarà, poi, il giudice, caso per caso, a stabilire se nella fattispecie concreta sussistano i requisiti richiesti dalla legge perché possa operare la scriminante, verificando:

- i. quanto al consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), che (i) il diritto alla cui aggressione l'avente diritto ha dato il consenso fosse disponibile e (ii) che il consenso non fosse viziato da violenza o errore (art. 50 c.p.);
- ii. quanto all'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.), che non sia stato esteso a condotte strumentali o che l'ordine impartito dall'autorità fosse legittimo;
- iii. quanto alla legittima difesa (art. 52 c.p.), che l'offesa ricevuta fosse ingiusta, il pericolo attuale e la reazione necessaria e proporzionata;
- iv. quanto all'uso legittimo delle armi, che il soggetto agente sia un pubblico ufficiale che opera secondo le modalità previste dall' art. 53 c.p.;
- v. quanto allo stato di necessità (art. 54 c.p.), che fosse necessario commettere il fatto per salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e che vi fosse proporzionalità tra fatto commesso e pericolo.

Le cause di giustificazione rilevano sin dal momento della condotta. Tuttavia, il soggetto agente, quando mette in atto il suo comportamento, non ha alcuna garanzia che la scriminante operi e, quindi, di non essere punito: sarà, appunto, un giudice a stabilire, *ex post*, se ricorrono tutti gli elementi a cui si è fatto rapidamente riferimento.

¹⁵ Per un'analisi più approfondita delle cause di giustificazione codificate, che non sono oggetto diretto di queste pagine, si rimanda a C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale, cit.*, pp. 305 ss. e a G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019, VIII ed., pp. 280 ss.

Le scriminanti, escludendo l'antigiuridicità, operano oggettivamente, anche se non sono conosciute o per errore ritenute inesistenti (art. 59 c. 1 c.p.) e cioè vengono valutate a favore dell'agente a prescindere dal fatto che questo ne abbia consapevolezza¹⁶. Il comma 4 dell'art. 59 c.p. stabilisce che «*se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui*». Si tratta della c.d. scriminante *putativa*: il codice equipara, dunque, la posizione di chi agisce in presenza di una causa di giustificazione effettivamente esistente, e quindi operante, a quella di chi, per errore, ritiene esistente una scriminante che non esiste.

Occorre, però, precisare che non qualunque tipo di errore può essere scusato¹⁷, ma solo quello che investe i presupposti di fatto che integrano la causa di giustificazione ovvero quello che abbia ad oggetto una norma extrapenale integratrice e solo se il fatto non è previsto dalla legge come delitto colposo (art. 59, comma 4, seconda parte): non è ricompreso nell'art. 59, comma 4, l'errore di diritto, in quanto non può essere ignorato l'art. 5 c.p. secondo cui «*[n]essuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*».

Ancora, le cause di giustificazione «*si estendono a tutti coloro che eventualmente prendono parte alla commissione del fatto medesimo*»¹⁸.

Se ci sono i presupposti per l'operare di una scriminante, la condotta non è illecita e vengono pertanto meno eventuali conseguenze risarcitorie (ad eccezione dell'indennizzo previsto dall'art. 2045 c.c. per lo stato di necessità).

Per completezza, è opportuno un richiamo all'art. 55 c.p. secondo cui «*[q]uando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53, 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo*»: si tratta di quella figura che viene

¹⁶ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1994, p. 245.

¹⁷ Sul punto v. C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, pp. 153 ss.

¹⁸ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 272; sul punto v. anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, cit.*, p. 297.

tradizionalmente chiamata *eccesso colposo*¹⁹ che ricorre quando, pur sussistendo i presupposti di una causa di giustificazione, l'agente ne travalichi colposamente i limiti²⁰.

Le caratteristiche appena delineate consentono di distinguere le scriminanti dalle c.d. scusanti che, escludendo la colpevolezza, si applicano solo se conosciute e non si estendono ai concorrenti nel reato. In tale ipotesi la condotta, restando illecita, può comportare pretese risarcitorie.

Tra le cause di esclusione della pena è quindi possibile distinguere tra scriminanti (o cause di giustificazione) nelle quali il fatto rileva nella sua dimensione oggettiva, e scusanti (o cause di esclusione della colpevolezza) in relazione alle quali l'attenzione dell'ordinamento è rivolta all'elemento soggettivo del reato²¹.

La categoria delle cause di giustificazione è esclusivamente dottrinale²², nel Codice penale non c'è infatti alcun riferimento a questa terminologia: il legislatore, all'art. 59 c.p.²³, parla genericamente di “*circostanze che escludono la pena*”, ricomprendendo tutte quelle situazioni in presenza delle quali il codice penale dichiara un soggetto non punibile ed evitando di prendere posizione sulla qualificazione dommatica della singola causa di non punibilità nella teoria del reato.

¹⁹ F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale, cit.*, p. 282, dove l'Autore distingue, opportunamente, l'eccesso dall' *erronea supposizione* della scriminante: nel primo caso, infatti, la causa di giustificazione esiste realmente, pur se travalicata, nel secondo caso non esiste se non nella mente dell'agente.

²⁰ Sul punto cfr. E. ALTAVILLA, voce *Eccesso colposo*, in *Novissis. dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 338 e G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, cit.*, pp. 299 ss.

²¹ Per completezza, tra le cause di esclusione della pena, si segnalano anche le cause di non punibilità che si applicano ad un reato già completo nei suoi elementi per ragioni di opportunità (generalmente politica). Per ulteriori approfondimenti v. M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 60 ss.

²² In realtà, un esplicito richiamo alla causa di giustificazione viene effettuato dal legislatore nel codice di procedura penale all'art. 530 comma 3 dove si dice che “[s]e vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1”

²³ Art. 59 c.p.: “Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti.

Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui.

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo”.

È, infine, ormai ampiamente condivisa²⁴ l'idea per cui la valutazione di anti giuridicità debba essere effettuata alla luce dell'intero ordinamento, con la conseguenza che la causa di giustificazione, se operante, esclude l'anti giuridicità con efficacia universale: la causa di giustificazione non ha necessariamente natura penale ed è completamente indipendente dalla norma incriminatrice.

C'è chi²⁵ ha condivisibilmente ritenuto, con riferimento all'art. 50 c.p. sul consenso dell'avente diritto e all'art. 51 c.p. sull'esercizio di un diritto e adempimento di un dovere, che si tratti di norme in bianco che, nonostante siano collocate all'interno del Codice penale, sono destinate a produrre effetti sull'intero ordinamento giuridico: non solo, quindi, rendono non punibile penalmente un fatto previsto dalla legge come reato, ma fanno sì che quel fatto non sia neppure assoggettabile a sanzioni di natura civile o amministrativa.

2. Crisi del legislatore nell'effettuare il bilanciamento: i limiti della giustificazione "tradizionale"

Sulla base delle brevi riflessioni finora compiute, è emerso come la scriminante sia il frutto di un bilanciamento, effettuato, *in primis*, dal legislatore e, *in secundis*, dal giudice, all'esito del quale un fatto penalmente tipico viene riconosciuto come lecito, in ragione dell'individuazione di un interesse prevalente maggiormente meritevole di tutela.

Ma qual è il *modus operandi* nell'eventualità che gli operatori del diritto non siano in grado di effettuare questo bilanciamento? Se non dispongono degli strumenti necessari per addivenire ad una ragionevole decisione sulla non illiceità di un comportamento? Se il conflitto di interessi non può cessare perché questi appaiono essere parimenti meritevoli di tutela?

²⁴ Cfr., tra gli altri, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, cit.*, pp. 295 -296; di segno opposto le riflessioni di M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 4, pp. 1646 ss.

²⁵ G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico – criminali*, in *Riv. it., dir., proc., pen.*, 1983, pp. 1228 ss.

In presenza di un “*deficit assoluto di conoscenza*”²⁶ (così è stata efficacemente definita la condizione del legislatore che non è in grado di compiere il bilanciamento per la non totale padronanza della materia) risulta impossibile affidare all’accertamento di un terzo (il giudice) una verifica di proporzione *ex post*.

Ecco che la scriminante “tradizionale” inizia a mostrare i suoi limiti a proposito di situazioni che pongono irrisolvibili questioni di coscienza, per le quali l’ordinamento giuridico non è in grado di stabilire in generale e in via di principio quale sia la decisione più giusta: il riferimento è, in particolare, a situazioni esistenziali dall’alto rischio etico di illiceità penale, quali l’aborto e l’eutanasia.

L’imbarazzo del legislatore di fronte a questa sua totale incapacità di individuare quale sia la posizione da prendere emerge prevalentemente e sempre più frequentemente con riferimento a questioni delicate ed eticamente connotate inerenti l’inizio e la fine della vita, dove si assiste ad un’esponentiale crescita di irragionevoli aporie normative: il legislatore decide di non decidere, di rassegnarsi, “[l]’evoluzione della società dei diritti ha talora messo in crisi la capacità dello Stato di prendere decisioni autoritative, che sono quelle tipiche del diritto penale”²⁷.

3. Dallo “spazio libero dal diritto” ad una nuova idea di giustificazione

Evidenziati i punti critici della giustificazione tradizionale nelle sue diverse articolazioni all’interno del Codice penale, ampiamente riconosciuta e studiata dalla dottrina, applicata dalla giurisprudenza in quanto prevista dal legislatore, è arrivato il momento di introdurre alcune argomentazioni che hanno posto le basi di un concetto di giustificazione diverso da quello a cui si è soliti riferirsi.

²⁶ A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell’ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in *Penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2019, p. 12.

²⁷ M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, cit., p. 1670.

L'idea di uno "spazio libero dal diritto", così come prospettata da Arthur Kaufmann²⁸, nasce dalla necessità di trovare una legittimazione giuridica per opzioni che, senza approvarle positivamente, uno Stato laico può sostenere unicamente astenendosi da una scelta: si è ipotizzato quindi di creare una disciplina che si fonda su un'assenza di disciplina.

In tale prospettiva, lo Stato né si spinge a dichiarare lecita una determinata condotta, né ha il coraggio di dichiararla illecita. Si introduce così quello che è stato definito un "*tertium genus* tra lecito e illecito": il non vietato²⁹.

Questa impostazione è stata proposta con riferimento all'eutanasia, quando lo Stato ha ritenuto di non poter scegliere tra il dovere incondizionato di vivere e il diritto di morire: lo Stato deve porsi in una posizione neutrale, aprendo ad un "*rechtsfreier Raum*", uno spazio libero dal diritto dove la condotta non viene, consapevolmente, disciplinata giuridicamente, ma nemmeno dichiarata lecita o vietata³⁰. Una soluzione di questo tipo è indice di uno Stato debole, e soprattutto non sembra essere l'unica adottabile per rimanere in una posizione neutrale: disciplinare una materia non comporta necessariamente lo schierarsi dello Stato dalla parte di uno degli interessi in conflitto³¹.

In effetti, è stato rilevato, ed è questa la critica principale che viene mossa a questo *tertium genus*, che "*questioni così rilevanti e drammatiche, attinenti a beni fundamentalissimi, non possono essere lasciate a una sorta di codice di autodisciplina da parte della società, dovendosi prevedere meccanismi legali di verifica delle scelte, nella misura in cui liberamente riconoscibili ai singoli*"³².

Sarebbe però ingeneroso affermare che questa impostazione semplicistica e sbrigativa, non abbia portato ad alcun risultato: questa fase ha infatti posto le basi per la nuova scriminante di cui si tenterà di tratteggiare i contorni, avendo offerto l'occasione per

²⁸ Cfr. A. KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972.

²⁹ Sul punto A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018, pp. 187 ss.

³⁰ In tal senso M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 3, pp. 902 ss.

³¹ Sul punto v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 27 ss.

³² M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 3, *cit.*, p. 908.

teorizzare un sistema più consapevole ed evoluto rispetto al “non vietato” di cui si è finora parlato.

Le origini di una nuova idea di giustificazione, che si affianca e non si sostituisce alle giustificazioni “tradizionali” (che ora chiameremo “sostanziali”), risalgono al 1994, quando Winfried Hassemer, nel commentare una celebre sentenza del *Bundesverfassungsgericht*³³, ha dato inizio a stimolanti riflessioni.

La nuova scriminante prende atto del fatto che lo Stato non è spesso in grado di risolvere il conflitto tra beni parimenti meritevoli di tutela e, assumendo una posizione neutrale, si astiene dal compiere quel bilanciamento ma “*affida ad una legittimazione procedurale il compito di fissare appunto doveri di consulenza o di qualificata diligenza al cui adempimento consegue la giustificazione di un’offerta, laddove la migliore protezione di ulteriori beni giudici viene garantita attraverso una diversa tecnica di tutela, quella della giustificazione procedurale*”³⁴.

L’ordinamento, rinunciando ad ogni tipo di valutazione, in quanto incapace di schierarsi, rimette la decisione alla scelta autoresponsabile del singolo cui viene riconosciuto un agire proceduralmente regolato.

Il modello teorico dello spazio libero dal diritto non prevedeva, invece, alcuna procedura e anzi la rifiutava perché veniva vista come una presa di posizione da parte dello Stato, fondandosi sul presupposto (errato) che l’introduzione di una disciplina comporti, di per sé, uno sbilanciamento verso uno dei due interessi in gioco.

Lo Stato non dà più l’impressione di volersene “lavare le mani”, ma offre al soggetto decidente quella che ritiene essere la procedura migliore da seguire, senza chiedere il motivo della sua decisione e senza sindacare nel merito, in un momento successivo, la bontà della scelta.

In questa nuova idea di scriminante, pertanto, cambia il metodo: si tratta di un bilanciamento tra interessi in conflitto quando si parla di giustificazione sostanziale, di una procedura se ci si riferisce ad una giustificazione procedurale.

In altre parole, quando opera una giustificazione procedurale manca una diretta valutazione da parte del legislatore circa il bilanciamento degli interessi in gioco, ma vengono rigorosamente definiti gli ambiti oggettivi entro i quali l’individuo può

³³ V. *Infra* pp. 19 ss.

³⁴ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 164.

esplicare la propria autonomia decisionale, purché questo avvenga nel rispetto di una procedura. E quindi, “[l]o spazio libero dal diritto segna una contrazione apparente dello spazio della giustificazione, come conseguenza della (altrettanto apparente) astensione del diritto tout court in ordine alle ‘decisioni di fine vita’; le scriminanti procedurali, invece, veicolano l’espansione della giustificazione, attraverso l’enucleazione di procedure che conducono verso una completa liceizzazione delle condotte incidenti sul c.d. fine-vita”³⁵.

Nei primi capitoli si cercherà di individuare in quali occasioni il legislatore o, in caso di una sua inerzia, la giurisprudenza di legittimità sia ricorsa alla giustificazione procedurale.

Tuttavia, per quanto riguarda questa prima parte della trattazione si proverà a mettere a fuoco i presupposti e il *modus operandi* di questa nuova idea di scriminante, non senza porre l’accento su critiche e perplessità mosse nei suoi confronti³⁶.

4. Le scriminanti procedurali: elementi costitutivi

Anzitutto, è opportuno distinguere due tipologie di situazioni, così come delineate da M. Donini³⁷, anticipando che il *focus* della presente trattazione sarà sulla seconda. Da una parte, esistono condotte originariamente lecite come attività, ma suscettibili di sanzione penale in caso di violazione dei limiti di un rischio consentito interno alla tipicità; dall’altra, condotte ritenute così pericolose da essere *ab origine* illecite a meno che non siano giustificate in quanto tenute dal soggetto agente nel rispetto di una precisa e specifica procedura.

Quest’ultima tipologia di condotte corrisponde a quelle situazioni eticamente problematiche in presenza delle quali lo Stato, come abbiamo già sottolineato, sceglie di non scegliere non sostituendosi al singolo, non impone una scelta autoritativa, lascia

³⁵ F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, cit., p. 39.

³⁶ V. *Infra* p. 17.

³⁷ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., p. 28.

alla morale dei cittadini la possibilità di adottare la soluzione, purché vengano rispettate determinate condizioni, il cui rispetto è essenziale per la liceità del fatto: queste sono le giustificazioni c.d. procedurali.

Il legislatore, quindi, individua condizioni che giustificano un fatto penalmente lecito se il soggetto che tiene la condotta tipica osserva una procedura disciplinata dalla legge: si tratta di un meccanismo che potrebbe essere un buon compromesso tra il rifiuto da parte dello Stato di prendere decisioni in modo autoritativo o paternalistico, da una parte, e la necessità di disciplinare situazioni che devono al più presto essere in qualche modo regolate, dall'altra.

Questo nuovo modello legislativo-procedurale di giustificazione, eccezionale e residuale rispetto alla categoria delle cause di giustificazione tradizionali, *“sembra destinato a contribuire anche all'individuazione di forme di legittimazione ex ante di condotte che, seppur lesive di beni, vengono valutate come “non antigiuridiche” nel diritto penale della società dei diritti finendo, in nome della protezione di valori, per non avere come riferimento la giustificazione sostanziale di un fatto tipico, quanto piuttosto il carattere proprio di una ulteriore via: il “proceduralmente lecito”*”³⁸

La lesione che deriva dalla commissione del fatto, quindi, non sarà, come accade con le cause di giustificazione sostanziali, illegittima, bensì autorizzata fin dal momento della realizzazione della condotta, *“in costanza di realizzazione del comportamento tipico”*³⁹. Normalmente, infatti, le scriminanti operano al tempo della condotta e il soggetto non ha nessuna “certificazione” della loro effettiva ricorrenza.

Nel caso della giustificazione c.d. *procedurale* non sarà, dunque, necessario un accertamento *ex post* da parte del giudice circa la sussistenza dei presupposti come per l'operatività di una delle cause di giustificazione codificate: è l'osservanza di una determinata procedura nella realizzazione del fatto tipico ad essere essa stessa condizione necessaria e sufficiente perché il fatto possa dirsi non vietato e quindi lecito.

³⁸ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 141. Sulla natura di scriminante o di causa di esclusione della tipicità v. anche A. NAPPI, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in *Leg. pen.*, 23 settembre 2019, pp. 35 ss.

³⁹ A. NATALINI, *Il tema del “fine vita” nella vicenda Cappato: i nuovi confini procedurali dell'aiuto (lecito) al suicidio*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità 2019, Corte di Cassazione, Ufficio del massimario, Approfondimenti tematici*, p. 48.

È la morale dei cittadini a giocare un ruolo essenziale, purché sia rispettata una procedura prevista dalla legge⁴⁰: la decisione viene infatti completamente rimessa al soggetto decidente.

Non solo, come ha opportunamente rilevato F. Palazzo⁴¹, l'elaborazione concettuale di questa nuova figura giuridica garantirebbe un effetto di non poco conto. La disciplina così individuata, estranea ad un controllo *ex post* da parte dell'interprete e caratterizzata, al contrario, da una legittimazione anticipata purché nel rispetto di condizioni tassativamente predeterminate, è capace di riflettere i mutamenti valoriali del tempo: essendo il singolo l'artefice del proprio destino, viene scongiurato il rischio che la disciplina risulti presto obsoleta assicurando, viceversa, una normativa sempre al passo coi tempi.

In questa prospettiva risulta fortemente valorizzata la concezione tripartita del reato, a scapito di quella bipartita⁴², in quanto la categoria dell'antigiuridicità assume una duplice valenza: non solo potrà compiersi una verifica di sostanziale legittimazione *ex post* del fatto tipico, ma sarà possibile anche ricorrere ad una verifica procedurale *ex ante* quando, in mancanza di quel sapere essenziale e necessario per affermare un diritto prevalente di cui si è già parlato, ci si affida ad una procedura che, se seguita regolarmente, esclude ogni giudizio *ex post* sul risultato raggiunto. E questo, come avremo modo di vedere, è estremamente utile nel biodiritto, e sempre di più a seguito degli sviluppi della tecnologia e agli strumenti per il mantenimento in vita, dove la previsione di una procedura sembrerebbe essere l'unica strada percorribile per questioni in cui non è possibile raccomandare al soggetto decidente una scelta, dal momento che nessuno, al suo posto, potrebbe dire di sapere quale sia il comportamento corretto da tenere.

La giustificazione procedurale potrebbe operare tutte quelle volte in cui non ci sia un criterio univoco o unilaterale riguardante il merito della scelta affidata al singolo⁴³.

⁴⁰ Sul punto cfr. M. DONINI – R. ORLANDI, *Il penale nella società dei diritti*, Bologna, 2010, pp. 262 ss.

⁴¹ F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in Aa.Vv., *Il penale nella società dei diritti: cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Bologna, 2010, pp. 313 ss.

⁴² V. *supra* pp. 2 ss.

⁴³ Così M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., p. 32, dove l'Autore indica alcune scelte personalissime che è opportuno vengano prese dall'interessato piuttosto che autoritativamente dallo Stato (“*abortire, oppure no; effettuare la clonazione o l'eutanasia, oppure no, etc.*”) e di cui si parlerà nei capitoli seguenti.

Questa nuova idea di giustificazione si pone, quindi, a garanzia di un effettivo *pluralismo etico* che viene assicurato dal *principio di laicità*⁴⁴ su cui si fonda l'ordinamento. Il legislatore, indicando *condizioni e non situazioni licitizzanti*⁴⁵, garantisce al singolo la possibilità di autodeterminarsi e quindi decidere fino all'ultimo se e quando realizzare una condotta che porta ad un risultato che lo Stato non vuole giudicare.

Tale rinuncia non è qualcosa di riprovevole, ma anzi è sintomo di forte consapevolezza e di umiltà che si esplicano nella presa di coscienza che esistono dei limiti oltre i quali è meglio che il potere pubblico non si addentri. La predisposizione di una procedura ragionata è, poi, la dimostrazione che questa rinuncia non è dovuta a disattenzione o indifferenza ma, anzi, è un'ulteriore conferma della volontà di mettere il soggetto decidente nelle condizioni migliori per effettuare la sua scelta, potendo contare su un'organizzazione valida che viene messa a sua disposizione.

Si tratterebbe pertanto di una procedura connotata da caratteri costitutivi e non meramente dichiarativi in quanto essa non si limita ad accertare una situazione preesistente ma la modifica rendendo lecito un fatto che, se realizzato con modalità differenti rispetto a quelle prescritte, sarebbe tipicamente vietato.

La condotta che viene realizzata dal soggetto nel rispetto delle modalità espressamente indicate è dunque immediatamente lecita, ma ciò non significa (come, del resto, anche per le scriminanti sostanziali) che l'ordinamento la approvi; tutt'al più la tollera, ritenendo che sia comunque preferibile che la decisione sia presa da chi è il titolare del bene che si autorizza ad offendere.

Ancora, la scriminante procedurale è da intendersi come figura giuridica ben distinto dalla c.d. *abolitio criminis*: in quest'ultimo caso, infatti, il legislatore effettua a monte “una scelta depenalizzante ed innovativa di protezione di beni giuridici”, mentre nell'ipotesi della causa di giustificazione procedurale “senza introdurre opzioni normative immediatamente visibili nella politica di tutela dei valori coinvolti, si giunge alla consacrazione di un'esclusione della responsabilità penale come conseguenza della lesione di un bene da parte dell'autore di un fatto tipico, ma oggetto

⁴⁴ Sul punto cfr. M. B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1422 ss.

⁴⁵ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 248.

di valutazione di “non antigiuridicità” secondo condizioni lecite predeterminate tassativamente”⁴⁶.

5. Perplexità e critiche della dottrina sull'introduzione della giustificazione procedurale

La giustificazione procedurale, così come delineata nel precedente paragrafo, non convince una parte autorevolissima della dottrina. In particolare, ciò che viene anzitutto criticato è il presupposto su cui si fonda l'intera disciplina: l'assenza di un sapere specifico al quale consegue un rifiuto da parte del legislatore di decidere a favore di uno degli interessi in gioco che vengono ritenuti parimenti meritevoli di tutela. A ben vedere, si dice⁴⁷, il legislatore compie necessariamente una scelta quando, nel prevedere una procedura, attribuisce al soggetto decidente la possibilità di tenere una determinata condotta, dimostrando con questo di avere quanto meno una preferenza per uno degli interessi in conflitto.

La procedura resterebbe, secondo M. Romano, soltanto *servente*, non essendo questa che, direttamente, renderebbe lecito un fatto previsto dalla legge come reato, ma sempre una giustificazione “sostanziale” frutto di un bilanciamento tra interessi contrapposti: la previsione di una procedura da seguire per la realizzazione di un fatto dimostra che l'ordinamento autorizza e quindi privilegia un determinato interesse sull'altro.

Ancora, sembra opportuno far riferimento a chi⁴⁸ ha criticato la nuova idea di causa di giustificazione nel senso che essa non sarebbe riconducibile alla categoria delle scriminanti perché non potrebbe conciliarsi con le regole che il nostro sistema ha tradizionalmente concepito per queste ultime. In particolare, il fatto che possa essere previsto un obbligo di risarcimento del danno qualora il soggetto agente, pur avendo rispettato la procedura prevista dalla legge, abbia cagionato un danno mal si concilia

⁴⁶ A. SESSA, *op. ult. cit.*, p. 251.

⁴⁷ M. ROMANO, *Cause di Giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 4, pp. 1277 ss.

⁴⁸ Cfr. M. MANTOVANI, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in *Aa.Vv., Il penale nella società dei diritti: cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Bologna, 2010, pp. 169 ss.

con una causa di giustificazione: tuttalpiù, si dovrebbe fare riferimento ad una causa di esclusione della colpevolezza e non dell'antigiuridicità⁴⁹.

⁴⁹ V. *supra* p. 8.

CAPITOLO II

LA CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE PROCEDURALE NELL'AMBITO DELL'INTERRUZIONE VOLONTARIA DELLA GRAVIDANZA

1. Premessa

Nel capitolo precedente si è tentato di delineare i tratti caratteristici della nuova idea di giustificazione da un punto di vista puramente teorico, senza fare riferimento, per quanto possibile, alle complesse vicende che hanno richiesto il suo intervento.

Ora si cercherà di evidenziare il ruolo che questo nuovo modo di procedere ha avuto, dal momento della sua prima introduzione fino ad oggi, periodo storico in cui diventa sempre più difficile e inaccettabile il silenzio del legislatore su questioni che necessitano al più presto di una disciplina.

Lo scopo di chi scrive è quello di mettere in luce gli aspetti profondamente innovativi di una categoria dottrinale che non è ancora riuscita a trovare la propria collocazione all'interno della dottrina italiana, partendo dalle questioni che riguardano l'inizio della vita umana fino ad arrivare all'irrisolta problematica del fine vita.

Oggetto di queste pagine saranno anche i fondamentali contributi offerti dalla Corte costituzionale e dai legislatori degli altri Paesi, nelle more del legislatore italiano, che hanno destato la curiosità di dottrina e giurisprudenza.

2. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sull'interruzione volontaria della gravidanza: la nascita della giustificazione procedurale

L'occasione per l'elaborazione del concetto di giustificazione procedurale è nata in Germania a seguito di un'importante sentenza della Corte costituzionale tedesca del 1993 sull'interruzione volontaria della gravidanza, quando Winfried

Hassemer⁵⁰ ha saputo fornire una lettura innovativa e avanguardistica della pronuncia dei giudici costituzionali.

Oggetto del giudizio di legittimità costituzionale era il comma 1 del § 218a StGB, così come modificato nel luglio del 1992: quella che era una normale causa di non punibilità, condizionata all'osservanza di determinate prescrizioni, diventava una vera e propria causa di esclusione dell'antigiuridicità.

Il paragrafo, tuttavia, individuava le condizioni in presenza delle quali l'interruzione della gravidanza è legale, in modo insolito rispetto al tradizionale concetto di causa di giustificazione, caratterizzato dalla necessaria individuazione di un interesse prevalente rimesso al giudizio *ex post* di un giudice. Più precisamente, veniva affidato un ruolo centrale all'autodeterminazione della donna gestante, la quale doveva necessariamente rispettare una procedura predeterminata e scandita da alcuni passaggi obbligati: richiesta, consulenza, consenso della donna, intervento del medico, termini, comprovata certificazione da cui risultasse che la donna si era fatta consigliare almeno tre giorni prima dell'intervento il quale doveva essere effettuato entro dodici settimane dal concepimento⁵¹.

Se queste prescrizioni erano rispettate, il fatto di cui al §218a StGB non era antigiuridico, e lo si può evincere dall'*incipit* del comma 1 dove si dice “*L'interruzione della gravidanza non è illecita quando...*”.

Ciò che è peculiare è la modalità attraverso la quale l'antigiuridicità veniva meno: a differenza delle cause di giustificazione c.d. sostanziali, non era chiesto all'interprete di effettuare un bilanciamento tra interessi contrapposti (in questo caso, il diritto alla vita del nascituro e l'autodeterminazione della donna) ma gli si chiedeva di verificare esclusivamente l'osservanza delle prescrizioni legislative contenenti le indicazioni che devono essere tassativamente rispettate per scriminare il fatto.

La vera novità della nuova formulazione del § 218a StGB consisteva nel richiamo al c.d. modello *discorsivo*⁵² (“*notlageorientiertes Diskursmodell*”): la donna, per poter abortire *secundum legem*, doveva necessariamente dar prova di essere ricorsa alla

⁵⁰ Cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gerechtede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, a cura di H Däubler – Gmelin, K. Kinkel – H. Meyer – H. Simon, Baden Baden, 1994, pp. 731 ss.

⁵¹ Così A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018, pp. 17 ss.

⁵² V. A. SESSA, *op. ult. cit.*, p. 40 e, più approfonditamente, pp. 157 ss.

soluzione consultiva, di essere stata informata delle conseguenze che scaturiscono dalla propria decisione e delle possibili strade alternative che le era consentito percorrere, in modo tale che qualunque scelta venisse fatta solo a seguito di un'informazione completa ed effettiva.

La Corte Costituzionale tedesca, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della nuova norma l'anno successivo, aveva, contrariamente a quanto sarebbe stato opportuno secondo autorevole dottrina, concepito questa assenza di bilanciamento, e la previsione di condizioni che *ex ante* rendevano lecita la condotta, come elementi incompatibili con l'idea di causa di giustificazione, perdendo un'ottima occasione per introdurre una scriminante diversa da quella sostanziale: la scriminante procedurale.

Secondo la maggioranza dei giudici costituzionali, infatti, non era l'antigiuridicità a venire meno, bensì la tipicità, in quanto la fattispecie concreta che si sarebbe verificata rispettando quella procedura non si sarebbe potuta più incasellare all'interno di quella astratta che incrimina il procurato aborto: la nuova disciplina era quindi legittima, ma non perché il fatto non fosse antigiuridico in quanto giustificato, ma perché veniva meno la tipicità.

Di fatto, quindi, nonostante la maggior parte dei giudici costituzionali abbia fondato il proprio convincimento sull'elemento della atipicità piuttosto che su quello della non antigiuridicità, è innegabile che l'introduzione della consulenza dimostri un'intenzione del legislatore di "proceduralizzare" la disciplina piuttosto che effettuare un bilanciamento di interessi contrapposti in cui è difficile se non impossibile stabilire quale sia quello maggiormente meritevole di tutela: "*[i] procedimenti non ricercano contenuti, ma conducono a contenuti che, come risultati di una procedura, si rivelano liberi da padroni*"⁵³.

La soluzione offerta dalla Corte costituzionale tedesca è stata infatti ritenuta profondamente incoerente⁵⁴: nonostante la condotta interruttiva della gravidanza, come delineata dal comma 1 del § 218a StGB, fosse atipica, restava antigiuridica

⁵³ W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 748 ss.

⁵⁴ Così A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., pp. 20 ss.; cfr. anche L. EUSEBI, *Aborto*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, a cura di E. SGRECCIA – A. TARANTINO, Napoli, 2009, pp. 27 ss.

perché non approvata dall'ordinamento, in quanto pur sempre lesiva di un bene giuridico.

In effetti, allora, il contributo principale per la genesi della causa di giustificazione procedurale è stato ricoperto da alcuni giudici di minoranza del *Bundesverfassungsgericht*, i quali hanno fornito le basi da cui sono scaturite brillanti riflessioni che hanno condotto ad “*una causa di giustificazione “più ampia” che, a differenza di quelle tradizionali, nel rendere non impedibile anche la condotta, finisce per porsi come limite alla stessa precettività penale*”⁵⁵ senza che sia necessario un accertamento *ex post* da parte del giudice⁵⁶.

3. L'interruzione volontaria della gravidanza in Italia

3.1. Premessa

Le riflessioni che sono scaturite in ambiente tedesco con riferimento all'interruzione volontaria della gravidanza non hanno mancato di destare forte curiosità anche in Italia.

Per la verità, è possibile affermare che il concetto di giustificazione procedurale, sebbene non sia stato mai codificato e non abbia ancora trovato una propria collocazione all'interno del sistema giuridico, non fosse del tutto sconosciuto alla dottrina italiana e anche allo stesso legislatore che, proprio in relazione all'interruzione volontaria della gravidanza, ha organizzato una disciplina che si fonda su una procedura.

Nelle pagine che seguono, dopo una rapida cronistoria degli avvenimenti che hanno condotto alla legge n. 194 del 1978, si cercherà di delineare quello che può essere definito il primo approccio del legislatore italiano al nuovo concetto di scriminante, in

⁵⁵ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 49.

⁵⁶ Cfr. ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 27 ss.

un momento storico ben precedente e diverso rispetto al più recente e articolato dibattito che ha avuto luogo in Germania all'inizio degli anni Novanta.

3.2. Le sentenze n. 49/1971 e n. 27/1975 della Corte costituzionale

Il codice Rocco del 1930 prevedeva il delitto di procurato aborto nel titolo “dei delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe”: il legislatore storico, effettuando questa scelta, ha dimostrato che l'obiettivo principale che lo Stato voleva perseguire era quello di favorire l'incremento demografico attraverso una protezione totale del nascituro a scapito della futura madre della quale non erano tutelate la vita e la salute. A partire dai primi anni Settanta, grazie ai numerosi interventi in materia da parte della Corte costituzionale, si è posto il problema di come conciliare la necessità di legalizzare le pratiche abortive e la salvaguardia della vita umana fin dal suo inizio.

Con la sentenza n. 49/1971 la Corte costituzionale, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 553 c.p. rubricato “Incitamento a pratiche contro la procreazione”, dà inizio ad un periodo di grande sensibilità sull'argomento che culmina con la notissima sentenza n. 27/1975 che può essere definita il punto di partenza dell'attuale disciplina dell'aborto.

Con quest'ultima sentenza la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 546 c.p. con riferimento agli artt. 31, comma 2 e 32, comma 1, Cost. nella parte in cui puniva chiunque cagionasse l'aborto di donna consenziente, anche in caso di accertamento della pericolosità della gravidanza per il benessere fisico e l'equilibrio psichico della gestante, anche qualora non ricorressero gli estremi dello stato di necessità previsto all'art. 54 c.p.: l'interesse della madre viene preferito rispetto a quello del nascituro all'esito di un bilanciamento che deve essere effettuato non solo in caso di “*pericolo attuale di un danno grave alla persona... né altrimenti evitabile*” (art. 54 c.p.) ma anche nel caso in cui il pericolo, medicalmente accertato, non sia attuale per la salute della gestante.

La Corte, con questa sentenza, sceglie di privilegiare la posizione della donna in quanto sostiene che in gioco non ci siano interessi parimenti meritevoli di tutela: da

una parte, infatti, vi è il diritto alla salute e alla vita della madre che “è già persona”, dall’altra, “la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancor diventare”⁵⁷.

La Corte Costituzionale, dopo aver indicato nella sentenza quale fosse la direzione giusta in materia di aborto, ha individuato l’obbligo in capo al legislatore di “*predisporre le cautele necessarie per impedire che l’aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e perciò la liceità dell’aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla*”⁵⁸.

3.3. La legge n. 194 del 1978 “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza”

L’invito forzato della Corte costituzionale viene accettato dal legislatore qualche anno dopo con la legge n. 194 del 1978⁵⁹ che predispone un ambizioso sistema di regole sull’interruzione volontaria della gravidanza.

È necessario sottolineare, sin da subito, che la disciplina approntata dal legislatore è notevolmente diversa a seconda che l’interruzione della gravidanza avvenga nei primi novanta giorni o nel periodo successivo: più precisamente, è possibile affermare che quanto più la gravidanza procede tanto meno l’aborto è consentito in virtù del fatto che l’interesse della donna, che all’inizio della gravidanza viene ritenuto prevalente rispetto a quello del concepito, sfuma sempre più col passare del tempo fino a degradare ad interesse soccombente a vantaggio della salvaguardia del concepito, che diventa prevalente più ci si avvicina al parto.

⁵⁷ Così Corte costituzionale, Sent. n. 27/1975.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Per un approccio critico verso la legge n. 194 del 1978 v. P. NUVOLONE – A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, pp. 24 ss.; cfr. anche S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, p. 43, dove l’Autore ritiene che la legge sia incompleta, in quanto si limita a prendere in considerazione le condotte di «interruzione» dello stato di gravidanza che determinano la morte o la prematura espulsione del feto, senza prevedere “*la punibilità di condotte che provocano una mera lesione dell’integrità fisica del nascituro*”.

Con riferimento ai primi novanta giorni, infatti, l'art. 4 della legge afferma che “[...] la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto, o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali, o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico [...] o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia” che agiscono secondo il dettato del successivo articolo 5⁶⁰.

L'inquadramento dommatico dell'art. 4 della legge n. 194/1978 non è sicuramente di immediata intuizione e, al contrario, si sono distinte quattro diverse teorie⁶¹ per spiegare la non punibilità dell'interruzione volontaria della gravidanza nei primi novanta giorni, a seconda che venga meno *i.* la tipicità del fatto, *ii.* l'antigiuridicità *iii.* la colpevolezza *iv.* una causa personale di esclusione della pena.

Alla luce di ciò che emerge dal combinato disposto di questi due articoli, è possibile sviluppare una riflessione che risulta essere di nostro interesse con riferimento all'oggetto principale di questa trattazione. Si potrebbe infatti affermare che il legislatore non abbia voluto compiere una scelta effettuando quel bilanciamento volto

⁶⁰ Art. 5 l. 194/1978.

“Il consultorio e la struttura socio-sanitaria [...] hanno il compito [...] di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto.

Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, anche sulla base dell'esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie.

[...]

Se non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna,

attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del

documento rilasciato ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate.”

⁶¹ Così A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., pp. 37 ss.

a individuare quale sia l'interesse maggiormente meritevole di tutela, ma abbia preferito lasciar decidere alla donna e alla sua libera autodeterminazione consapevole.

Il colloquio col consultorio, con la struttura socio-sanitaria o col medico di fiducia diventa un adempimento procedurale necessario al fine dell'eliminazione dell'antigiuridicità, con la conseguenza che l'interruzione volontaria della gravidanza resterebbe connotata da disvalore penale solo se realizzata nella violazione di condizioni di liceità appositamente previste⁶².

A ben vedere, però, l'art. 4 indica come requisito per l'interruzione della gravidanza la sussistenza di un "*serio pericolo per la [...] salute fisica o psichica*" della donna.

Ciò presuppone, quindi, un accertamento da parte dell'interprete non certamente facile, in quanto egli è chiamato a valutare se, nel caso concreto, il pericolo sia sufficientemente "serio" da consentire un'interruzione della gravidanza, ma anche e soprattutto rappresenta un ostacolo all'autodeterminazione libera e consapevole che il legislatore sembra privilegiare con l'art. 5.

Questa è la macroscopica differenza rispetto al § 218a StGB: lì il rispetto della procedura è condizione necessaria e sufficiente per escludere l'antigiuridicità, qui, l'art. 4 della legge n. 194/1978, invece, richiede l'accertamento da parte dell'interprete di un "pericolo serio" e, solo se l'esito dell'accertamento è affermativo, il rispetto della procedura *ex art. 5* esclude l'antigiuridicità del fatto.

Come è stato rilevato da autorevole dottrina⁶³, la causa di giustificazione così delineata risulta essere ipocrita in quanto il "*serio pericolo*" non è accertabile in astratto e non viene mai in concreto accertato, lasciando piena autonomia alla donna di autodeterminarsi, a prescindere dalla sussistenza di un pericolo serio per la sua salute fisica o psichica.

Il legislatore italiano ha, in questo modo, dimostrato di non voler espressamente aderire al nuovo modello di scriminante procedurale, richiedendo all'interprete di

⁶² Così 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, pp. 553 ss.

⁶³ M. ROMANO, *Cause di Giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 4, pp. 1282 ss.
L'Autore, con riferimento al serio pericolo, afferma: "*si abbia il coraggio di eliminarne il riferimento dalla legge*" (cit. p. 1284).

effettuare comunque un bilanciamento degli interessi in conflitto che, però, non viene in concreto effettuato.

Ai fini della nostra indagine, in realtà, è l'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni ad essere di maggior interesse in quanto introduce, seppure tacitamente e di fatto, come si è cercato di far emergere, una causa di giustificazione di tipo procedurale. Tuttavia, si è esordito affermando che la disciplina è diversa e più rigorosa nel caso in cui la gravidanza abbia superato i novanta giorni e risulta pertanto opportuno prenderla in considerazione e metterla a confronto con quella degli artt. 4 e 5.

L'art. 6 della legge n. 194/1978 prevede la possibilità di interrompere la gravidanza, dopo i primi novanta giorni, soltanto se la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna o presenza di processi patologici accertati che determinino un grave pericolo per la salute psico-fisica della donna.

In particolare, bisogna evidenziare come il pericolo "serio" previsto dall'art. 4 diventi "grave" nell'art. 6: l'accertamento da parte del medico del pericolo per la vita della donna è qui elemento imprescindibile e ineludibile per l'interruzione della gravidanza *secundum legem* successivamente ai primi 90 giorni.

L'intenzione del legislatore, che degrada a "serio" il pericolo "grave" richiesto invece per l'interruzione della gravidanza oltre i novanta giorni, sembra essere quella di garantire alla donna la libertà di autodeterminazione senza però arrivare ad una liberalizzazione incondizionata dell'aborto: soluzione che, come si è cercato di illustrare, desta ancora fondate perplessità avendo contezza della difficoltà che in concreto si incontra nello stabilire quando un pericolo debba ritenersi serio, con la conseguenza che, di fatto, il requisito dell'art. 4 è *tamquam non esset*.

La Corte costituzionale⁶⁴, d'altronde, ha sempre dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate e le proposte referendarie che negli anni si sono susseguite con riferimento alla legge n. 194 del 1978, cristallizzando quindi la disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza.

La qualificazione sul piano delle scriminanti, con riferimento alla procedura legislativa prevista dalla legge n. 194 del 1978, non è l'unica ad essere stata proposta.

⁶⁴ *Ex pluris*, Corte costituzionale, Sent. n. 16/1978 e n. 26/1981: la Consulta ritiene che non possa essere sollevata la questione costituzionale sull'art. 6 della legge n. 194/1978 in quanto norma costituzionalmente vincolata.

È infatti doveroso riconoscere che alcune perplessità sono state avanzate da chi⁶⁵ ha proposto di collocare la procedura delineata dal legislatore sul terreno della tipicità e non su quello dell'antigiuridicità, ritenendo che il rispetto delle prescrizioni legislative faccia sì che la gestante non realizzi nemmeno un fatto tipico di reato sicché l'osservanza della procedura consultiva viene inquadrata come causa di esclusione della tipicità.

E questo anche alla luce del fatto che, secondo l'Autore, bisogna evitare di ricorrere con troppa disinvoltura alla categoria delle cause di giustificazione delle quali, ancora oggi, non è chiaro il regime di applicazione e la natura.

Ancora, c'è chi ritiene che la procedura prevista dal legislatore non introduca alcun nuovo tipo di giustificazione. Secondo M. Romano⁶⁶ il fatto stesso di fornire una disciplina per l'interruzione volontaria della gravidanza implica, da parte del legislatore, uno sforzo di effettuare un bilanciamento degli interessi in gioco.

Non è vero che il legislatore si astiene dal decidere quale sia l'interesse prevalente tra il diritto alla salute e all'autodeterminazione della donna e il diritto alla vita del nascituro: la procedura che viene messa a disposizione della donna è una chiara dimostrazione del fatto che il legislatore ritiene il suo interesse maggiormente meritevole di tutela rispetto a quello del concepito.

Avendo egli effettuato, sempre e comunque, un bilanciamento, l'Autore ritiene che il rispetto di quelle precise modalità configuri una tradizionale causa di giustificazione.

⁶⁵ M. MANTOVANI, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in Aa.Vv., *Il penale nella società dei diritti: cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Bologna, 2010, pp. 185 ss.

⁶⁶ M. ROMANO, *Cause di Giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, cit., p. 1285.

CAPITOLO III

LA CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE PROCEDURALE NEL FINE VITA

1. Premessa

Come anticipato, il proseguo della trattazione verterà sulla questione complessa e tutt'altro che risolta del fine vita.

In attesa di un intervento puntuale e risolutivo da parte del legislatore⁶⁷, si tenterà di illustrare quali sono stati gli interventi più significativi da parte dei giudici, chiamati a dare risposte su questioni eticamente complesse in un contesto sociale e tecnologico in continua evoluzione.

Un importante contributo a cui si deve necessariamente fare riferimento è quello dato dalla dottrina che, con costanza, offre al legislatore numerosi strumenti e spunti per la regolamentazione della materia: particolare attenzione sarà prestata ad una prospettiva *de iure condendo* della scriminante procedurale, già in parte, come si è visto in materia di interruzione volontaria della gravidanza, tacitamente utilizzata.

Si cercherà di evidenziare i pregi e i difetti del timido e circoscritto intervento del legislatore nel 2017 e sarà dedicato un importante spazio alle due pronunce della Corte costituzionale del 2018 e 2019 a cui quest'ultimo non si è ancora uniformato.

L'art. 32 della Costituzione italiana, al suo comma 2, afferma che “*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*”.

Questa disposizione è inserita all'interno di un testo laico e personalistico, frutto del periodo storico subito successivo alla caduta del fascismo e alla fine della Seconda guerra mondiale, in cui forte è il desiderio di rompere con il passato più recente: nessun

⁶⁷ Sulla necessità dell'ordinamento di concepire una disciplina specifica dell'eutanasia cfr. S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, pp. 97 ss.

trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito senza il consenso del diretto interessato.

Il principio di libertà delle cure è implicito nello stesso art. 32 Cost. dove la salute appare certamente come un diritto fondamentale, ma non vi è alcun accenno ad una doverosità di cure per tenersi in salute e quindi in vita.

Altri riferimenti costituzionali ai quali non si può non fare riferimento sono l'art. 2 Cost. che individua nella salvaguardia della persona la finalità principale dell'ordinamento giuridico e l'art. 3 Cost. che si apre riconoscendo a tutti i cittadini "*pari dignità sociale*": a nessun individuo può quindi essere imposto un sistema di valori, una visione del mondo, una religione, una convinzione in contrasto con le sue ideologie.

È dal principio di pari dignità che discende quello di non reificabilità della persona: nessuno può essere trattato alla stregua di un oggetto, assoggettato alle valutazioni altrui.

Bisogna quindi ritenere che già la Costituzione contenga al suo interno il riconoscimento del principio di libertà di cure, ma questo non sempre è stato avvertito dall'opinione pubblica e dalla dottrina.

D'altro canto deve essere, per correttezza, fatto presente che fino alla seconda metà del secolo scorso il diritto di rifiuto alle cure non aveva rappresentato un problema frequente, tale da richiedere una soluzione da parte della giurisprudenza: difficilmente accadeva che qualcuno volesse sottrarsi a trattamenti che il medico riteneva opportuni, e questo perché, secondo quello che viene chiamato "paradigma di Ippocrate", il paziente aveva grande stima del medico al quale si rivolgeva e, consapevole della propria ignoranza in materia, tendeva ad assecondare qualsiasi decisione dell'esperto.

C'è di più, quelle (poche) volte in cui il paziente cosciente rifiutava un trattamento (ad esempio l'amputazione di un arto), non veniva mai obbligato da un giudice a sottoporsi all'operazione, in virtù del principio di non reificabilità che si ricava dai primi articoli della nostra Costituzione.

Con il progresso della medicina si assiste anche in Italia ad un radicale cambiamento di vedute all'interno della realtà sociale: di fronte a molte proposte del "nuovo" medico che può contare su strumenti all'avanguardia, il paziente inizia a mettere in discussione che l'esperto sappia effettivamente cosa sia meglio per lui.

Il problema della libertà delle cure inizia ad avvertirsi e con sempre con maggior intensità.

In assenza di una legge sul rifiuto anticipato di cure (che è arrivata solo nel 2017), i giudici hanno dovuto risolvere due questioni di questo tipo che hanno avuto grande risonanza mediatica.

2. L'inizio di tutto: la vicenda di Piergiorgio Welby

Il primo caso è quello di Piergiorgio Welby, colpito da una malattia degenerativa che progressivamente comportava una degenerazione dell'organismo e la perdita di tutte le funzioni biologiche della persona. Il paziente era immobilizzato nel letto dell'ospedale, incapace di qualsiasi attività motoria ma, in quanto vigile e cosciente, chiedeva in tutti i modi di essere liberato dal respiratore artificiale che lo teneva in vita. Queste sue richieste iniziavano quando era ancora in grado di esprimersi a parole e continuavano anche nel proseguo della malattia attraverso comunicazione per mezzo degli occhi con l'ausilio di un computer.

A differenza di quanto poteva accadere di fronte all'ipotesi di un'operazione salvifica che prevedesse l'amputazione di un arto, in questa situazione l'opinione pubblica era spaccata in due: da una parte, chi riteneva che si dovesse assecondare il paziente; dall'altra, chi riteneva che non fosse possibile chiedere di *interrompere* un trattamento in corso, mettendo fine alla vita di una persona, contro ogni deontologia medica che, è pacifico, è dedita alla vita e non alla morte.

Inoltre, il semplice fatto che Welby non fosse in grado di alzarsi dal letto e andare via dall'ospedale per sottrarsi materialmente alle cure non è di certo considerata una ragione sufficiente per negargli il diritto a non essere sottoposto a trattamenti terapeutici indesiderati.

Un (coraggioso) medico eseguì la volontà del paziente e “staccò la spina” al dispositivo di mantenimento in vita, provocandone la morte.

Il Tribunale di Roma⁶⁸ ha ritenuto che il medico, pur realizzando una condotta attiva di omicidio del consenziente, dovesse essere prosciolto “*perché non punibile in ragione della sussistenza dell’esimente di cui all’art. 51 c.p.*”.

I giudici, ricorrendo ad una scriminante, hanno dato prova di aver inquadrato il problema all’interno della categoria dell’antigiuridicità escludendo che nel caso di specie quest’ultima sussistesse e rifiutando la soluzione offerta dalla dottrina di considerare la condotta del medico come “omissione mediante azione”⁶⁹, quale *escamotage* per qualificare come omissiva la condotta del medico che, al contrario, evidentemente consiste in un *facere*.

Ancora, facendo i giudici riferimento alla causa di giustificazione di cui all’art. 51 c.p., si esclude la non tipicità della condotta, soluzione che avrebbe, invece, incontrato il favore di chi ritiene che il fatto sia “*atipico come bere un caffè o come uccidere una zanzara*”⁷⁰ per evitare *in toto* l’instaurazione di un procedimento penale per insussistenza di una *notitia criminis*.

Ma c’è di più: la sentenza si cimenta in un tentativo apprezzabilissimo di individuazione di quei caratteri procedurali che, se seguiti dal paziente, il medico non potrà ignorare ma ai quali dovrà attenersi per rispettare la volontà reale e consapevole del paziente.

Il giudice immagina quindi l’instaurazione di un vero e proprio rapporto terapeutico tra medico e paziente che deve condurre alla “*ricerca delle condizioni di liceità di un trattamento terapeutico di fine vita, condizioni fondate sull’esercizio di quel diritto fondamentale al rifiuto delle cure che [...] è da porre a difesa di uno spazio consentito al paziente per l’esercizio consapevole di un diritto, libero da ogni pratica di cura coattiva e invasiva del proprio corpo*”⁷¹.

Sicuramente, quindi, questa pronuncia è stata un importante passo in avanti rispetto alla precedente tendenza di ammettere solo quelle forme di eutanasia passiva consensuale che si caratterizzano per la mera omissione o interruzione di un trattamento terapeutico, per le quali l’art. 32 della Costituzione è la stella polare.

⁶⁸ Così G.U.P. Tribunale di Roma, Sent. 2049/2007.

⁶⁹ Per ulteriori approfondimenti su questa teoria Cfr. M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 154 ss.

⁷⁰ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, cit., p. 914.

⁷¹ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 117.

Il ricorso alla tradizionale scriminante dell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.) e l'impossibilità di risolvere il problema attraverso l'elemento della tipicità-atipicità del fatto hanno sicuramente aperto le porte al nuovo modello di giustificazione procedurale che, per lo meno a livello giurisprudenziale, possiamo dire abbia avuto un primo riconoscimento.

Ciò che però non si può dire è che esista una regola generale con riferimento alla possibilità di disattivare un sostegno artificiale vitale: la pronuncia del Tribunale di Roma rappresenta sì un una soluzione apprezzabile e convincente ma non è da escludersi che, in assenza di una disciplina *ad hoc*, un altro giudice possa decidere in maniera differente un caso della stessa specie.

È dunque auspicabile un rapido intervento del legislatore che, ancora oggi, nonostante la legge n. 219/2017 di cui ci occuperemo, non ha saputo formulare una disciplina puntale e risolutiva.

3. Eluana Englaro: il primo caso di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in paziente incosciente

Il secondo caso è quello di Eluana Englaro che, a seguito di un incidente stradale subito da ragazza, viene a trovarsi in uno stato vegetativo persistente tale per cui la paziente è (a differenza di Welby) incosciente a seguito di un trauma cerebrale. È stata tenuta in vita artificialmente e nutrita mediante alimentazione artificiale per parecchi anni e le statistiche rivelano che, trascorso un certo periodo di tempo, le possibilità di recupero del paziente si fanno sempre più remote e ad un certo punto diventano pressoché nulle.

Quando Eluana ha raggiunto la maggiore età, e quindi era formalmente capace di agire, il padre si è fatto nominare suo tutore legale in quanto la ragazza non era in grado di esprimere la sua volontà.

Il signor Englaro inizia una vera e propria battaglia legale nella quale riesce a portare alcuni indizi o principi di prova in giudizio, attraverso i quali dimostrare che la figlia stessa non avrebbe voluto essere mantenuta invita artificialmente: le dichiarazioni rese

ad un'amica davanti ad una persona nelle sue stesse condizioni, alcuni passaggi del suo diario che, vagamente, potevano condurre in quella direzione e altri elementi più o meno convincenti, hanno portato la Cassazione⁷² a dire che ci sussistevano prove sufficienti per ritenere che Eluana non volesse essere mantenuta in vita artificialmente e che fosse non solo lecito ma anzi doveroso, da parte dei medici, interrompere i trattamenti di fronte alla volontà dello stesso interessato.

La Corte di Cassazione ha, con questa sentenza, introdotto un principio di diritto importante a cui ricorrere di fronte a una volontà presunta ricostruita anche attraverso le abitudini e il *modus vivendi*, statuendo che “*ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente*⁷³, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione e idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, [...] il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario⁷⁴” . Questo in presenza di presupposti tassativamente elencati dalla Corte: da una parte, l'irreversibilità della condizione di stato vegetativo e l'improbabilità del recupero, dall'altra, l'univocità della volontà del paziente cosciente o anche incosciente se ricostruita sulla base di elementi di prova chatti e convincenti.

La Corte, pertanto, ha optato per motivare la sua decisione affermando che condizione necessaria è poter stabilire con certezza quale sia la volontà del paziente, a nulla rilevando il volere del padre che, in quanto terzo, non può incidere su una scelta che deve ricadere esclusivamente sul soggetto della cui vita si sta discutendo. Ancora, sceglie di non distinguere tra vite che devono essere considerate meritevoli di essere vissute da vite che non devono esserlo, evitando un approccio oggettivo slegato dalla

⁷² Cfr. Cass. civ., sez. I, Sent. n. 21748/2007, in *Biodiritto.org*; v. nota di G. MOMMO, *Diritto di autodeterminazione del malato: sospendibili anche le cure vitali*, in *Altalex*, 30 ottobre 2007.

⁷³ La sentenza di cui si tratta ha distinto lo “stato vegetativo persistente” da quello “permanente”. Il primo è riconducibile a quei soggetti che hanno subito gravi danni cerebrali a seguito di un trauma (ad es. un incidente stradale) o di una malattia in conseguenza dei quali abbiano perduto una relazione cosciente con l'ambiente esterno, restando invece intatte le funzioni vegetative dell'organismo, e cioè quelle spontanee: non dà luogo ad accanimento terapeutico e quindi alla legittima interruzione del trattamento di mantenimento in vita perché, in questa fase, non è escluso che il paziente possa essere recuperare le proprie funzioni. Il secondo, invece, è caratterizzato da una perdita di coscienza irreversibile per cui è estremamente improbabile una possibilità di recupero. Per maggiori approfondimenti sul punto cfr. L. EUSEBI, *Criteriologie etico-giuridiche dell'intervento medico: in particolare il caso dello stato vegetativo permanente*, in Aa.Vv., *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*, 2009, Firenze Università Press, pp. 87 ss.

⁷⁴Cfr. Cass. civ., sez. I, Sent. n. 21748/2007.

ricostruzione della reale volontà del titolare del bene giuridico ma si accontenta di un consenso presunto a interrompere il trattamento salvifico⁷⁵.

La delicatezza della materia rende difficile, se non impossibile, per lo Stato compiere una valutazione circa la legittimità sostanziale della scelta, né consente al legislatore di predeterminare criteri di cui il giudice penale dovrà accertare la sussistenza *a posteriori*: lo Stato riconosce di non essere in grado di dire in anticipo quale sia la scelta legittima ma non per questo può astenersi dal disciplinare la materia. Il legislatore “[n]on vieta, né liberalizza, ma semplicemente disciplina bilanciamenti che lasciano al singolo margini decisivi di una scelta autonoma, fissati certi presupposti di maturazione della scelta stessa, oltre che di legittimità sostanziale del contesto [s]i tratta, perciò, [...] di “giustificazioni procedurali”⁷⁶”.

A determinate condizioni, pertanto, viene riconosciuto al soggetto un indiretto diritto a morire: col pretesto di lenire le sofferenze del paziente si asseconda la volontà dello stesso di porre fine alla propria vita attraverso l'intervento dell'apparato sanitario che, rispettando una procedura, “trasforma l'esercizio di questi diritti in scriminanti procedurali, benché siano disciplinate solo in modo sommario o carente dalla legge e siano state concretizzate soprattutto dalla giurisprudenza⁷⁷”.

È innegabile che nella maggior parte degli individui ci sia un forte istinto di sopravvivenza per cui la vita, comunque essa sia, è da preferire alla morte.

Per molti, sottoporsi a terapie anche molto invasive con poche possibilità di successo è l'unica opzione comunque perseguibile, è giusto continuare a lottare fino a quando la morte non ha la meglio, ad ogni costo e sopportando qualsiasi tipo di sofferenza pur di restare in vita. Il progresso della scienza e della tecnica ha però in parte messo in discussione questa tendenza a vivere ad ogni costo: è vero che i nuovi strumenti tecnologici sono in grado di mantenere in vita persone che, in assenza di questi, sarebbero destinate alla morte, ma ci si inizia ad interrogare, chiedendosi se il

⁷⁵ Così M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, pp. 565: l'Autore definisce “ipocrita” la motivazione della sentenza della Corte “perché attua una trasformazione occulta di un antico principio (il consenso) senza ammettere ciò che sta facendo”. L'occasione di questa riflessione è il frutto del caso Englaro col Caso Tony Bland (v. Airedale N.H.S. Trust v. Bland, House Of Lords, 4 February 1993) dove la House of Lords ha deciso di accogliere una soluzione oggettiva che si fonda sul “best interest” del paziente, a prescindere da una sua attuale volontà.

⁷⁶ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, cit., p. 909.

⁷⁷ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, cit., p. 559.

mantenimento in vita in condizioni così precarie ed estreme sia preferibile rispetto a un decorso naturale verso la morte.

La giurisprudenza, come abbiamo visto, ha dato prova di essere attenta alle esigenze di quei soggetti che, controcorrente rispetto alla maggioranza (o forse solo perché si trovano in prima persona coinvolti), sono disposti a morire pur di far cessare le insopportabili sofferenze fisiche e psichiche a cui sono sottoposti.

Il nostro ordinamento risulta essere ancora restio ad abbandonare un modello impositivo che soltanto la giurisprudenza sembra aver dato prova di voler accantonare a favore di “*modelli «personalisticamente» permissivi*⁷⁸” che, senza entrare nel merito della scelta dell’individuo, gli offrano un ventaglio di strumenti e procedure per decidere in modo consapevole.

È urgente però un intervento del legislatore che riconosca quelli che sono stati sapientemente definiti “diritti infelici” da Massimo Donini, e cioè quelli di morire e aiuto a morire, per cristallizzare la seppur apprezzabile ma incerta e imprevedibile prassi giurisprudenziale. Oggi, nonostante la legge n. 219/2017, questi diritti non sono codificati e riconosciuti in via diretta: “*il diritto di morire (right to die), inteso come diritto di determinare temporalmente in momento della propria morte, è riconosciuto solo in via indiretta*⁷⁹” rinunciando a trattamenti sanitari o utilizzando la sedazione palliativa che, fingendo di agire con l’unico scopo di liberare dal dolore il paziente, ha l’obiettivo di provocarne la morte.

È apprezzabile, in questo senso, la posizione di chi⁸⁰ auspica “*l’adozione nel nostro ordinamento di un modello legislativo di giustificazione legislativo-procedurale, il quale, tassativo e di sicuro orientamento, avrebbe potuto individuare quelle condizioni affidabili per una legittimazione tassativamente predeterminata di un fatto posto in essere da parte di un soggetto garante [il medico] che cagioni la morte nell’adempimento di un obbligo giuridico come espressione della verità di un diritto*⁸¹”.

⁷⁸ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 275.

⁷⁹ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, cit., p. 558.

⁸⁰ Così ID., op. ult. cit., pp. 562 ss.

⁸¹ A. SESSA, op. cit., p. 133.

4. Disegni di legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento

Il progresso della medicina ha predisposto tecniche di sostegno in vita estremamente all'avanguardia, quali la ventilazione, l'idratazione e la alimentazione artificiali, che hanno posto numerosi interrogativi: che cosa bisogna fare di fronte ad un paziente in condizioni terminali? È lecito o addirittura doveroso interrompere, a certe condizioni, il trattamento salvifico?

Anche in Italia ci si inizia ad interrogare sull'opportunità di introdurre una legge che disciplini la somministrazione di queste terapie di sostegno in vita e, a partire dai primi anni Ottanta si susseguono numerosi progetti di legge mai approvati.

Il primo progetto⁸² venne presentato alla Camera nel dicembre del 1984 dall'onorevole Fortuna e fu intitolato "*Norme sulla tutela della dignità della vita e disciplina dell'eutanasia passiva*".

Volendo riassumerne il più possibile il contenuto, si evince dal testo che le tecniche di sostegno artificiale in vita possono essere applicate *solo* se l'interessato abbia precedentemente dichiarato di volerne usufruire. Il legislatore vuole scongiurare il rischio che non si possa morire naturalmente, il timore di un accanimento terapeutico che, per evitare la morte in qualsiasi modo, avrebbe comportato la dipendenza del paziente da una macchina per un tempo indefinito. Nell'era tecnologica la paura è diversa e contraria rispetto a qualche decennio precedente: non più paura di morire ma paura di non poter morire.

Questa proposta non ebbe l'esito sperato, suscitando molte polemiche nell'opinione pubblica e all'interno dello stesso legislativo. Nella mentalità comune, a maggior ragione in una società cattolica come quella italiana, è diffusa l'idea che la vita debba essere un bene indisponibile e non stupisce quindi che un progetto così distante da quelle che erano le ideologie su un tema così delicato non abbia avuto il successo sperato. Inoltre, tra le critiche più rilevanti, spicca sicuramente quella avanzata da tutti coloro che hanno obiettato che il fatto di non aver dichiarato espressamente di voler

⁸²Proposta di iniziativa Fortuna e altri, 1984 (C-2405.IX); per il testo completo del progetto cfr. D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di "testamento biologico"*. *Contributo a un dibattito da rianimare*, Torino, 2016.

usufruire delle tecniche di sostegno in vita non significa, di per sé, non volerne in concreto usufruirne: non tutti sono a conoscenza della necessità di esprimersi in tal senso o potrebbero non averne avuto l'occasione⁸³.

Ancora, se la nostra Costituzione mette al primo posto la persona (c.d. principio personalistico), è difficile ipotizzare che una mancata dichiarazione da parte del soggetto in condizioni terminali di voler essere mantenuto in vita artificialmente sia sufficiente per condannare a morte un individuo che, se avesse voluto, avrebbe avuto *chance* di vivere.

Il secondo progetto⁸⁴, tre anni dopo, venne presentato dall'onorevole Del Donno col titolo "*Norme per la difesa della vita nel suo stadio terminale*". L'impostazione è esattamente opposta a quella congegnata nella proposta Fortuna: le tecniche di sostegno in vita si possono e si devono praticare quando le persone si trovano in condizioni terminali, *a meno che* l'interessato abbia preventivamente dichiarato di non volerle ricevere.

Nonostante non sia mai stato approvato, è in questa occasione che nasce il concetto di "*testamento biologico*" nel senso di una dichiarazione preventiva fatta da chi ne ha interesse nell'eventualità di trovarsi in condizioni di incapacità di esprimere il consenso ovvero il rifiuto di cure, di mezzi artificiali di sostegno in vita o di altri trattamenti.

In epoca più recente, vale la pena di citare il progetto Marino⁸⁵ dal titolo "*disposizioni in materia di consenso informato e dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico*" in cui non si fa più riferimento al tema delle cure di pazienti in condizioni terminali né al problema di cure somministrate con supporti tecnologici, ma più in generale si tratta del rifiuto preventivo di cure da parte di pazienti in qualsiasi condizione clinica. Si presenta come un progetto che in parte contiene quegli elementi che poi sono confluiti nella vigente legge n. 219 del 2017, che sarà ad oggetto del prossimo paragrafo.

⁸³ Sul punto v. D. CARUSI, *La legge "sul biotestamento". Una pagina di storia italiana*, Torino, 2020, pp. 11 ss.

⁸⁴ Disegno di iniziativa Del Donno e altri, 1987 (C-1596.X)

⁸⁵ Disegno di iniziativa Marino e altri, 2013 (S-5.XVII).

5. Luci e ombre della legge n. 219 del 2017

Così come il progetto Marino di cui al paragrafo precedente, la legge 22 dicembre 2017, n. 219 disciplina in generale il consenso al trattamento medico, in qualsiasi momento della vita umana, come si può ricavare dal titolo “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”.

Si cercherà in queste pagine di mettere in luce quelli che sono gli aspetti di maggior interesse, siano essi considerati positivi o negativi, della legge, allo scopo di vedere se e in che modo il legislatore abbia fatto uso della nuova idea di giustificazione di tipo procedurale che è l’oggetto principale di questa trattazione.

L’art. 1 comma 1⁸⁶ si apre con un esplicito richiamo ai principi costituzionali e convenzionali che riconoscono una pluralità di diritti fondamentali dai quali emerge una forte apertura verso l’autodeterminazione terapeutica. C’è chi⁸⁷, con un’argomentazione condivisibile, ritiene questo comma di dubbia utilità in quanto il legislatore ordinario è sempre ritenuto a rispettare le fonti sovraordinate, a prescindere dal fatto che ci sia un esplicito richiamo nella legge ordinaria.

La seconda parte dello stesso comma, invece, è sicuramente una novità in quanto, per la prima volta:

- i. viene enunciato espressamente il principio della libertà delle cure in una legge ordinaria: un (implicito) riferimento era ricavabile solo in Costituzione (da una lettura congiunta degli artt. 2, 13 e 32) e in alcune pronunce della Corte costituzionale⁸⁸ che hanno qualificato il consenso informato come un “*vero e proprio diritto della persona*”;
- ii. equipara l’inizio di una terapia all’interruzione della stessa, mettendo a tacere quella parte di opinione pubblica che pretendeva di distinguere tra rifiuto ad iniziare una terapia e la sua interruzione: quest’ultima sarebbe stata infatti

⁸⁶ «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato e proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge».

⁸⁷ D. CARUSI, *La legge “sul biotestamento”. Una pagina di storia italiana*, cit., pp. 53 ss.

⁸⁸ Corte cost., sent. 23 dicembre 2008, n. 438; e, più recentemente, Corte cost., sent. 14 dicembre 2016, n. 262

contraria alla deontologia della professione medica, in quanto il comportamento del medico, dal punto di vista naturalistico, è riconducibile ad un *facere*, una condotta attiva (come lo spegnimento di un respiratore), invece che ad un mero *non facere*. Assimilare la condotta del medico che interrompe una terapia a un'ipotesi di *eutanasia attiva*⁸⁹ è però un errore: nonostante il comportamento del medico sia formalmente attivo esso risulta essere sostanzialmente omissivo, posto che causa della morte è la malattia e non la condotta dell'uomo che semplicemente non si adopera ad impedirne il decorso⁹⁰.

Al comma 2 si fa riferimento al rapporto tra il medico e il paziente e alla relazione di cura che si deve instaurare da cui emerge che *“qualsiasi intervento di diagnosi, terapia, prognosi (o sperimentazione) può essere praticato soltanto in virtù di una “autorizzazione” da parte del soggetto cui ricade l'intervento*^{91”}.

Il comma 3 sancisce il diritto di essere informati sulla propria situazione clinica e la possibilità per il soggetto interessato di *“rifiutare in tutto o in parte di ricevere informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole”*.

Quest'ultima parte sembra essere in contrasto con la giurisprudenza precedente: nella sentenza⁹² che ha offerto una soluzione al caso Englaro, gli ermellini hanno sancito l'importanza di ricondurre la decisione sul proprio destino sempre e comunque al soggetto interessato.

Si ricorderà, infatti, che a nulla aveva rilevato la volontà del padre circa l'interruzione del trattamento salvifico, essendo la volontà di Eluana l'unica a rilevare, a tal punto da volerla ricostruire a tutti i costi (anche con qualche forzatura, come si è cercato di sottolineare).

⁸⁹ Per eutanasia attiva si intende l'uccisione di un soggetto gravemente malato e in una fase terminale della malattia da parte di un altro soggetto tipicamente estraneo all'ambito sanitario. L'eutanasia passiva è invece riconducibile all'omissione o interruzione di terapie salvavita, con conseguente decesso del paziente in condizioni terminali. In questo senso CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., pp. 66 ss.

⁹⁰ Così C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Discrimen.it*, 15 ottobre 2018, pp. 18 ss.

⁹¹ S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, p. 73.

⁹² Cfr. Cass. civ., sez. I, Sent. n. 21748/2007.

Ancora, questa delega ad altri sulle decisioni di cura *“per quanto l’incaricato possa essere stretto al paziente da saldi vincoli di affetto e solidarietà, vi si colgono gli estremi di un atto di sottomissione personale, e per dire in altro modo di abdicazione dell’interessato al proprio status personae⁹³”*

Il paziente ha, ai sensi del comma 5, il *“il diritto di revocare in qualsiasi momento [...] il consenso prestato”* e *“sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l’idratazione artificiale”*. Doverosa era quest’ultima precisazione alla luce della giurisprudenza di legittimità a cui abbiamo fatto riferimento: essendo state qualificate come trattamenti medici, la nutrizione e l’idratazione artificiali sono oggi pacificamente rifiutabili in quanto è applicabile l’art. 32 Cost⁹⁴.

Giova sottolineare, però, che è difficile immaginare un soggetto che necessiti di nutrizione e idratazione artificiali che sia perfettamente in grado di manifestare il proprio consenso o dissenso al trattamento terapeutico.

Il comma 6 mette al riparo il medico dalla responsabilità civile o penale nel caso in cui abbia rispettato la volontà del paziente: alla luce di questo comma, il medico che ha *“staccato la spina”* a Piergiorgio Welby non dovrebbe oggi subire un procedimento penale a suo carico. Il paziente è libero di rifiutare le cure ma *“non può – così il comma 6 – esigere [dal medico] trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali”*: il legislatore vuole qui evitare che il medico sia tenuto consentire a trattamenti non approvati dalla comunità scientifica. L’equiparazione tra legge e fonti deontologiche rischia di configurare in capo al medico una legittimazione a disattendere la volontà del paziente, secondo alcuni, in maniera troppo libera, a tal punto da creare *“una sorta di uscita di sicurezza per i sanitari⁹⁵”*

Ai sensi del comma 7, *“nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell’equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla”*.

⁹³ D. CARUSI, *La legge “sul biotestamento”*. Una pagina di storia italiana, cit., p. 57.

⁹⁴ Così, condivisibilmente, C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Discrimen.it*, cit., p. 13.

⁹⁵ S. ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2017, p. 2.

È possibile affermare, allora, che quando un soggetto arriva in ospedale in stato di incoscienza ed è urgente procedere alla somministrazione di cure, il medico deve procedervi. Tuttavia, egli potrebbe aver preventivamente rifiutato di ricevere determinati trattamenti attraverso delle dichiarazioni anticipate formate ai sensi dell'art. 4 della presente legge: in questo caso il medico è tenuto a rispettare la volontà del paziente.

L'art. 2, comma 1, impone al medico la c.d. "terapia del dolore", anche quando il paziente si rifiuti di ricevere le cure necessarie allo scopo di contenere le sofferenze e il dolore.

Fino ad ora ci siamo occupati esclusivamente di rifiuto alle cure⁹⁶, cosa diversa è chiedere al sistema sanitario di attivarsi per realizzare un comportamento positivo che conduce alla morte del paziente, non limitandosi il medico ad una semplice omissione o interruzione delle terapie salvavita.

Il problema del suicidio assistito, che sarà oggetto di queste pagine nei prossimi paragrafi, viene solo "sfiorato" dalla legge n. 219/2017 proprio all'art. 2 comma 2⁹⁷: il soggetto che ha una bassa aspettativa di vita, che non risponde ai trattamenti sanitari, nemmeno alla terapia del dolore, può consentire alla sedazione palliativa profonda continua che consiste nella perdita di coscienza indotta da farmaci con la conseguenza di essere accompagnato alla morte attraverso il sonno. Si tratta dell'unica forma di "aiuto a morire" prevista in Italia da una legge⁹⁸.

L'art. 4 disciplina le c.d. disposizioni anticipate di trattamento. Il comma 1 afferma che "[o]gni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o

⁹⁶ Per un primo commento al testo della legge cfr. S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante "norma in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento")*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 3, pp. 975 ss.

⁹⁷ Così l'art. 2 comma 2 della legge n. 219/2017: "*Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente.*"

⁹⁸ Sul punto v. L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o diritto a morire? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2018, p. 429.

il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di séguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e le rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie”: l’individuazione del fiduciario sembra, dalla lettera della legge, condizione necessaria delle DAT ma il comma 4 dello stesso articolo smentisce il precedente comma disciplinando l’ipotesi in cui non sia stato indicato (o vi abbia rinunciato, o sia deceduto, o sia divenuto incapace).

Non convince ancora il ruolo cruciale che pare essere affidato a questo soggetto: il comma 1 dell’art. 4 attribuisce al fiduciario il compito di *«fare le veci»* del paziente, in contrasto col principio personalistico che vede il paziente come unico soggetto che può esprimersi sul rifiuto alle cure. Questa sorta di “delega in bianco” che viene attribuita dalla legge al fiduciario ha preoccupato una parte della dottrina⁹⁹, che auspica che, dal punto di vista applicativo, non venga attribuita una responsabilità così grande ad un soggetto terzo, ma piuttosto sia intesa come una figura di aiuto al medico ad interpretare le dichiarazioni anticipate che presentano dei margini di ambiguità.

Per concludere, questa (rapida) analisi del testo della legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, occorre fare alcune considerazioni sull’art. 5. Soltanto in presenza di un paziente affetto da una *«patologia cronica e invalidante, o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta»* si fa riferimento alla possibilità di realizzare una pianificazione condivisa delle cure con il medico: fa specie che, in assenza di una malattia così come sopra descritta, non sia previsto che la dichiarazione anticipata debba essere raccolta da un medico. A maggior ragione in assenza di una malattia, situazione in cui è ancora più utile il parere di una figura specializzata che possa indirizzare il paziente a manifestare la propria volontà in un linguaggio chiaro e sufficientemente tecnico.

Ciò anche alla luce del fatto che presupposto di validità delle DAT, ai sensi dell’art. 4 comma 1, è l’*«aver acquisito adeguate informazioni mediche»* per cui rischiano di essere invalide quelle direttive *«redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata¹⁰⁰»* che non sono state il frutto di un lavoro congiunto tra medico e paziente.

⁹⁹ V., per tutti, D. CARUSI, *La legge “sul biotestamento”*. Una pagina di storia italiana, cit., pp. 73 ss.

¹⁰⁰ Così l’art. 4 comma 6 della legge n. 219/2017.

Volendo fare un bilancio degli aspetti positivi e negativi, è opportuno riconoscere alla legge il merito di aver dato, una volta per tutte, esplicito riconoscimento a un diritto all'autodeterminazione terapeutica di fine vita in pazienti terminali, rendendo lecite quelle forme di «eutanasia impropria¹⁰¹ passiva¹⁰² consensuale», che avevano avuto riconoscimento soltanto per via giurisprudenziale, dimostrando forte rispetto per l'autodeterminazione del paziente che desidera rifiutare le cure.

Un ulteriore elemento positivo, stimolato dai due casi giurisprudenziali più problematici¹⁰³, è l'equiparazione tra il dissenso ad iniziare un trattamento e quello a proseguire un trattamento già in atto. Si tratta di un passaggio fondamentale effettuato dal legislatore che mette al riparo da potenziali effetti paradossali e discriminatori: così, a titolo d'esempio, Cupelli evidenzia la disparità di trattamento che, in assenza di questa equiparazione, si verificherebbe a seconda che un soggetto sia in grado di interrompere la terapia da solo o meno, facendo dipendere la possibilità di arrestare il percorso terapeutico dalla tipologia di malattia. Allo stesso modo, sarebbe paradossale che un individuo, ora perfettamente cosciente, non potesse interrompere una terapia che è stata iniziata, quando era incosciente, da un medico che ha agito in stato di necessità¹⁰⁴.

Ancora, il legislatore ha esplicitamente previsto il ricorso da parte del medico alla “terapia del dolore” e ai trattamenti palliativi con lo scopo di alleviare le sofferenze

¹⁰¹ Il termine «eutanasia» con riferimento alle ipotesi di morte come risultato di una lecita relazione terapeutica viene sempre di più ritenuto inadeguato dalla dottrina che preferisce espressioni come «trattamenti leciti di fine vita» o «eutanasia impropria», v., per tutti, F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 427.

¹⁰² “Mentre nell'eutanasia passiva l'emissione del medico si inserisce in un processo causale già messi in atto autonomamente che conduce alla morte, nell'eutanasia attiva la condotta umana è il fattore causale unico, o concorrente con altri, dell'evento letale”, così M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 134.

¹⁰³ Il riferimento è ai casi Welby ed Englaro di cui si è parlato nei paragrafi precedenti. Quanto al caso Welby, il G.U.P. del Tribunale di Roma, nella Sent. n. 2049/2007, ha infatti stabilito che l'interruzione di una terapia, a certe condizioni e se il consenso del paziente è da ritenersi valido e pieno, “costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturiti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio, con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuì a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p.”. Quanto al caso Englaro, l'interruzione dei trattamenti di idratazione e alimentazione venne disposta in virtù di un riconosciuto consenso presunto della paziente in condizioni terminali.

¹⁰⁴ Così C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, cit., p. 20.

del paziente e ha esplicitato la possibilità, a certe condizioni, di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua.

Per questi e altri motivi la recente disciplina sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento deve essere considerata «una buona legge buona¹⁰⁵», ma è necessario porre l'accento su alcune previsioni (o mancate previsioni) che non hanno dato modo alla dottrina di astenersi da critiche¹⁰⁶.

In effetti, abbiamo già avuto modo di rilevarlo, il legislatore ha fatto più volte ricorso (anche se mai dichiaratamente) ad una giustificazione di tipo procedurale.

Non sempre, infatti, è riuscito ad effettuare quel bilanciamento tra interessi contrapposti quando, soprattutto in materia di inizio – fine vita, gli interessi in gioco appaiono essere parimenti meritevoli di tutela e non è possibile stabilire quale sia quello prevalente.

Il legislatore non è in grado di compiere una scelta autoritativa in quanto non sa quale sia la via migliore: preferisce, allora, lasciare decidere chi sarebbe il destinatario della sua scelta, affidando a lui la responsabilità delle decisioni che lo riguardano. Il legislatore si limita a disciplinare una procedura che ritiene essere la migliore per consentire al soggetto di prendere una decisione matura e consapevole, ma senza sostituirsi a lui e senza giudicarlo per la via che avrà deciso di percorrere.

A titolo di esempio, in materia di aborto, nella legge n. 194 del 1978¹⁰⁷, si prevede che “una disciplina di natura pubblicistica [...] individua modalità procedurali che, fuori dalle ipotesi di serio (art. 4) e grave (art. 6) pericolo per la vita e la salute della donna, sono rivolte a determinare, attraverso la soluzione consultiva così come disciplinata dall'art. 5, quelle condizioni costitutive di uno spazio libero dall'incriminazione dell'interruzione volontaria della gravidanza per quanto previsto dalla stessa legge sulla tutela sociale della maternità¹⁰⁸”.

¹⁰⁵ S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante “norma in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”)*, cit., pp. 975 ss.

¹⁰⁶ Per un approfondimento cfr. R. BARTOLI, *Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona*, in *Discrimen.it*, 20 giugno 2019 e, in particolare, il paragrafo n. 3 del contributo: “La legge n. 219 del 2017: nulla di nuovo sotto il sole nel rapporto tra vita e autodeterminazione”, pp. 3 ss.

¹⁰⁷ V. *supra* p. 23 ss.

¹⁰⁸ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 324.

In materia di trattamenti leciti di fine vita, invece, questa apertura del legislatore verso la giustificazione di tipo procedurale sembra interrompersi¹⁰⁹.

5.1. Il consenso/dissenso informato

Anzitutto, preme evidenziare¹¹⁰ che esistono due visioni del consenso/dissenso informato. Quando un soggetto decide di non voler essere sottoposto a determinate cure, l'esercizio di questo suo diritto di autodeterminarsi opera come causa di giustificazione o come causa di esclusione del fatto tipico?

Alla luce della strutturazione della legge n. 219/2017 il legislatore sembra individuare nel diritto al rifiuto di cure una causa di esclusione del fatto tipico, aprendo ad uno spazio libero dal diritto del medico¹¹¹, senza offrire una procedura da seguire per un effettivo esercizio del diritto all'autodeterminazione: il medico non è tenuto a, e anzi deve astenersi¹¹² da, ottemperare al diritto al rifiuto di cure salvavita quando ciò che gli viene chiesto di fare non consiste in una mera astensione ma in un *facere*.

C'è chi¹¹³ ha acutamente sottolineato che sembra esserci una diffusa convinzione in dottrina a che il medico sia titolare di un obbligo giuridico di impedire un evento preciso (la morte o una malattia) ex art. 40 comma 2 c.p. In effetti, però, da ciò non può discendere che il medico possa e debba fare tutto ciò che è in suo potere per impedire quegli eventi, e questo perché il suo agire potrebbe incidere su altri interessi meritevoli

¹⁰⁹ Tradendo così l'auspicio di una nuova legittimazione di testamento biologico di L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 77, che immaginava la "creazione di una scriminante procedurale in grado di risolvere in via definitiva, quanto meno sul piano strettamente penalistico, i problemi sollevati da tutte le ipotesi di eutanasia passiva [...] in special modo a quelle materie in cui il diritto penale intervenga solo (e soltanto) se non è stata rispettata una procedura amministrativa in grado di realizzare con le dovute garanzie un accertamento tecnico che richieda speciali competenze".

¹¹⁰ Cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., p. 915, dove l'autore ribadisce l'importanza di distinguere tra tipicità e scriminanti con riferimento a problematiche delicate come la *causazione della morte altrui*.

¹¹¹ V. Supra p. 23 ss.

¹¹² In tal senso l'art. 40 c.p.:

"Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

¹¹³ A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, pp. 1 ss.

di tutela: il medico non può, per impedire la morte, somministrare un farmaco che rischia di compromettere altri organi vitali del paziente; così come non può e non deve tentare di mantenerlo in vita ad ogni costo prescindendo dalla volontà del paziente che ha dichiarato di voler rifiutare un determinato trattamento sanitario.

Il medico è allora, più correttamente, titolare di un “obbligo *di ottenere il miglior “compromesso” disponibile per la salute del paziente nel suo complesso*¹¹⁴” e non di un obbligo di impedire un evento preciso.

Egli dovrebbe quindi offrire al malato informazioni dettagliate e precise con riferimento alle conseguenze che derivano a seconda della decisione terapeutica che vorrà prendere, e quindi esporre quali sono i rischi temuti e i benefici attesi dalle diverse opzioni, tra cui il paziente può scegliere.

Il ruolo dello specialista va quindi oltre la prescrizione dell’art. 40 c.p. che appare impropria e riduttiva con riferimento al rapporto medico – paziente e al ruolo centrale che in questa relazione gioca il consenso informato ex art. 32 Cost.

Il consenso informato così compiutamente e consapevolmente formatosi funge da causa di giustificazione procedurale per il medico che, trovandosi in una posizione di garanzia, agisce assecondando la volontà del paziente e non invece per il terzo che realizza una condotta tipica non scriminata e quindi penalmente rilevante¹¹⁵.

Questo approccio non è stato accolto dal legislatore del 2017, con la conseguenza che, nonostante il merito della legge già evidenziato di aver disciplinato quelle forme di eutanasia impropria passiva consensuale, un enorme vuoto normativo si apprezza (*rectius*: si disprezza) con riferimento alle forme di eutanasia impropria attiva consensuale.

E questo alla luce del fatto che, se da una parte “*la mera interruzione di una terapia, come tale, non è conforme al tipo, perché la malattia produce da se stessa la morte, dall’altra la condotta attiva di interruzione di un decorso causale di salvataggio è in linea di principio un omicidio giustificato, perché è appunto interrotto il decorso causale in atto e, pertanto, essa va considerata come condotta di omicidio*¹¹⁶”.

¹¹⁴ A. VALLINI, *op. ult. cit.*, p. 6.

¹¹⁵ In tal senso M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, *cit.*, pp. 914 ss.

¹¹⁶ A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato cit.*, p. 331 in nota.

A scopo di sintesi, è solo il ricorso ad una causa di esclusione dell'antigiuridicità di tipo procedurale che può consentire di esercitare in modo pieno il diritto di autodeterminarsi, inglobando quelle forme di eutanasia impropria attiva consensuale che ancora oggi trovano riconoscimento soltanto per via giurisprudenziale.

La procedura che il legislatore è chiamato a ideare dovrebbe fondarsi sulla valorizzazione di una relazione medico – paziente, improntata al c.d. modello discorsivo¹¹⁷, che individui le modalità di azione migliori atte a garantire l'esercizio di un diritto il più consapevole possibile da parte del soggetto che chiede aiuto, attraverso *“una protezione di valori affidata non più al tradizionale terreno della tipicità, ma a quello più avanzato delle scriminanti, al fine di consentire solo così l'affermazione di quelle istanze democratiche qui individuabili nella tutela del pluralismo etico”*¹¹⁸.

Ancora, per concludere con i punti di criticità della recente legge sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento, occorre soffermarsi sull'art. 1 comma 6, seconda parte¹¹⁹, dove viene riconosciuta in capo al medico quella che viene definita «autonomia professionale», per cui egli può legittimamente rifiutare un trattamento richiesto dal paziente sulla base del fatto che *“alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili e del quadro clinico del paziente – cioè in base a parametri oggettivi e verificabili – quel determinato trattamento è inappropriato nel caso specifico”*¹²⁰.

Cosa diversa dall'autonomia professionale è l'obiezione di coscienza, in base alla quale il medico rifiuta una prestazione non perché le conoscenze scientifiche non siano disponibili o siano contraddittorie, né perché la prestazione richiesta non sia idonea a produrre un beneficio per il paziente, ma perché ritiene che questa vada contro le proprie convinzioni morali.

In effetti, l'obiezione di coscienza non è contemplata dalla legge n. 219/2017¹²¹. La ragione di questa esclusione può essere comprensibile: il legislatore ha voluto evitare

¹¹⁷ V. *supra* pp. 19 ss.

¹¹⁸ A. SESSA, *op. ult. cit.*, p. 341.

¹¹⁹ *“Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali”*.

¹²⁰ D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Biolaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2018, 1, pp. 33 ss.

¹²¹ Sul punto v. P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Penalecontemporaneo.it*, 18 maggio 2018.

che la disciplina restasse inattuata nella pratica per via di un ricorso all'obiezione di coscienza di massa da parte di tutto il personale medico.

In realtà, in molti altri ambiti¹²² è previsto questo diritto in capo al medico ma non per questo è accaduto che le strutture sanitarie si siano paralizzate con la conseguenza di non garantire ai soggetti i propri diritti.

Un valido compromesso potrebbe essere quello di imporre allo specialista obiettore di indicare chi, al posto suo, potrà e vorrà garantire al paziente il pieno esercizio del proprio diritto all'autodeterminazione in modo da andare incontro a entrambe le figure coinvolte nella relazione di cura (il medico e il paziente, appunto)¹²³.

Il medico può ritenere (di questo tenore l'art. 1 comma 7) che un determinato trattamento sanitario sia inesigibile da parte del paziente in quanto contrario alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali: il rischio è che il medico possa, sulla base di questa norma, disattendere la volontà espressa dal paziente, vanificando il diritto all'autodeterminazione del soggetto sulla base di una sua convinzione personale che lo porta a non volere assecondare a determinate pratiche¹²⁴.

Se la disciplina prevedesse il diritto all'obiezione di coscienza, così come accade in altre fonti normative, da una parte il medico obiettore sarebbe legittimato a non tenere comportamenti che esulano dalla propria morale, dall'altra sarebbe concesso al paziente di rivolgersi ad un altro specialista che voglia dare esecuzione alle sue volontà, anche e soprattutto quando gli si richiederà un *agere* positivo che realizzi obiettivamente una condotta omicida (il fatto resta infatti tipico), scriminata però da una procedura *ad hoc* che ne elimina l'antigiuridicità.

¹²²La legge n. 194 del 1978 in materia di aborto riconosce all'art. 9 il diritto all'obiezione di coscienza; allo stesso modo anche l'art. 16 della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita; ancora, così anche l'art. 2 della legge n. 91 del 1999 in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti; d'accordo con la scelta del legislatore è M. RINALDO, *Il silenzio normativo e l'intervento "evolutivo" della Corte Costituzionale nell'ambito delle scelte di fine vita*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 2, p. 621, dove ritiene che "l'interruzione di un trattamento già avviato si pone all'interno di un piano di cura, sì che attribuire al medico il diritto di rifiutarsi di interromperlo andrebbe a comprimere irragionevolmente il diritto di autodeterminazione".

¹²³ A sostegno di questa convincente tesi A. GARGANI, *Jus imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 2, p. 513 dove afferma che "l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza [...] dovrebbe essere subordinat[o] all'esplicita indicazione – da parte dell'obiettore – del medico disponibile in sua vece a provvedere agli adempimenti resi necessari dal rifiuto di cure".

¹²⁴ Così C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, cit., p. 6.

6. Il caso Antoniani e il processo a Marco Cappato

6.1. Premessa

Come si è in più occasioni tentato di evidenziare, la legge n. 219/2017 è riuscita soltanto parzialmente a risolvere le numerose e complesse questioni che ruotano attorno al fine vita.

In particolare, si è limitata a disciplinare quella forma di eutanasia passiva consensuale consistente nella morte quale conseguenza del rifiuto o interruzione di cure, ribadendo, una volta per tutte e a scampo di equivoci, ciò che il Costituente aveva già riconosciuto con l'art. 32, comma 2, Cost., e cioè che “[n]essuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge”. Rimane invece illecita la c.d. eutanasia passiva non consensuale, in quanto il medico, in assenza di una manifestazione di dissenso¹²⁵ a ricevere le cure necessarie da parte del paziente, è obbligato a iniziare il trattamento terapeutico ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p.

Nulla è detto dalla legge¹²⁶ sulla eutanasia attiva, ossia sulla possibilità di realizzare un comportamento attivo per portare alla morte un soggetto gravato da insopportabili sofferenze fisiche e psichiche. Se è, opportunamente, da respingere la previsione di una forma non consensuale di eutanasia attiva¹²⁷, qualche perplessità desta l'attuale

¹²⁵ Anche preventiva, attraverso il perfezionamento di disposizioni anticipate di trattamento ai sensi dell'art. 4 della legge n. 219/2017, o ricostruita sulla base delle abitudini e il *modus vivendi* del paziente ora incosciente: così, infatti, si è conclusa la vicenda Englaro dove, nonostante il paziente fosse incapace di esprimere il proprio attuale consenso/dissenso all'interruzione del trattamento salvifico, è stato possibile interrompere il trattamento sulla base di una “volontà presunta” di Eluana a non volere essere mantenuta artificialmente in vita quando le possibilità di recupero di una esistenza dignitosa fossero state così remote.

¹²⁶ Cfr. M. RINALDO, *Il silenzio normativo e l'intervento “evolutivo” della Corte Costituzionale nell'ambito delle scelte di fine vita*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 2, pp. 609-610: “La legge n. 219/2017 se ammette espressamente la possibilità di rifiutare o di interrompere qualsiasi cura medica anche di sostegno vitale, non è intervenuta sulle azioni volontarie dirette ad interrompere la vita, restando materia propria del codice penale questioni come il suicidio assistito e l'eutanasia attiva consistente nella somministrazione di un farmaco in grado di far cessare in maniera indolore le funzioni vitali e condurre alla morte definitiva della persona”.

¹²⁷ In quanto lesiva di un triplice diritto, così come rileva F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, Nota a sentenza: Trib. Vicenza, ufficio G.I.P., 14 ottobre 2015, in *La giustizia penale*, 2017, 122, 1, pp. 31 ss.: a) il diritto alla vita; b) il diritto all'autodeterminazione; c) il diritto di vivere il proprio morire.

divieto di eutanasia attiva consensuale, nonostante il contributo che, ormai da anni, la giurisprudenza costituzionale e di merito stanno offrendo in attesa di un intervento da parte del legislatore. Di questo tratteranno le prossime pagine.

6.2. Il fatto

Moltissime riflessioni e contributi dottrinali e giurisprudenziali sono stati incentivati da una drammatica vicenda che ha interessato e coinvolto l'opinione pubblica del nostro Paese.

Il protagonista di questo triste episodio è Fabiano Antonioni (altrimenti noto come DJ Fabo) il quale, a seguito di un grave incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità bilaterale corticale. Non era autonomo né nella respirazione (necessitava, infatti, di un respiratore), né nell'alimentazione (dovendosi ricorrere alla nutrizione artificiale) né nell'evacuazione ma conservava intatte le facoltà intellettive.

Il paziente era inoltre sottoposto ad atroci sofferenze causate da frequenti spasmi e contrazioni che non potevano essere allieciate con i farmaci, ma solo attraverso la sedazione profonda.

Nonostante i molteplici tentativi di riabilitazione e di cura non si è mai conseguito un apprezzabile miglioramento che potesse consentirgli di vivere una vita dignitosa e, per questo motivo, già a partire dal 2016, DJ Fabo inizia a desiderare di porre fine alle proprie sofferenze, essendo in grado di rendersi conto della situazione in cui versava. Non riuscirono a convincerlo neppure sua madre e la sua fidanzata che hanno tentato in tutti i modi di dissuaderlo dal proprio intento, mostrandosi però presenti e sempre disponibili ad assecondarlo qualora la morte si rivelasse essere l'unica strada che il loro caro avesse intenzione di percorrere.

Al fine di riuscire nel proprio obiettivo, Fabio Antonioni fece la conoscenza di Marco Cappato¹²⁸, il quale gli propose di ricorrere alla c.d. sedazione palliativa profonda

¹²⁸ Cappato è il tesoriere dell'associazione "Luca Coscioni". Si tratta di un'associazione no profit di promozione sociale fondata nel 2002 da Luca Coscioni, un economista affetto da sclerosi laterale

continua¹²⁹ – l'unica strada legalmente perseguibile in Italia – consistente nella possibilità di farsi sedare interrompendo, contemporaneamente, la nutrizione artificiale.

Fabo rifiutò la strada italiana perché non riusciva ad accettare di dover attendere un numero di giorni imprecisato per ottenere un risultato che, in altri paesi, è raggiungibile in pochi minuti e decise così, il 25 febbraio 2017, di recarsi in Svizzera in auto assieme a Marco Cappato che lo assecondò nel suo proposito di porre fine alla propria vita.

Due giorni dopo, morì azionando con la bocca uno stantuffo che gli iniettò nelle vene la dose letale.

Appena fece ritorno in Svizzera, Marco Cappato decise di autodenunciarsi ai Carabinieri¹³⁰.

6.3. L'intricato iter giudiziario

La procura di Milano¹³¹ chiedeva al g.i.p. l'archiviazione in quanto l'art. 580 c.p., secondo l'accusa, doveva essere interpretato in modo restrittivo, attribuendo rilevanza penale esclusivamente alle ipotesi in cui l'aiuto si concretizzò nella «fase esecutiva» del suicidio, in una condotta di «partecipazione materiale» nel suicidio altrui. Il semplice accompagnamento presso la struttura dove praticare il suicidio assistito non sarebbe risultato penalmente rilevante, trattandosi di una condotta non tipizzata che esula dall'art. 580 c.p.¹³²

amiotrofica scomparso nel 2006. Tra le numerose “battaglie” che si propone di affrontare bisogna menzionare, ai fini della nostra indagine, le scelte di fine vita e, in particolare, la legalizzazione dell'eutanasia. Per ulteriori approfondimenti v. www.associazionelucacoscioni.it.

¹²⁹ Già prevista dalla legge n. 38 del 2010 e oggi disciplinata dall'art. 2 comma 2 della legge n. 219 del 2017.

¹³⁰ Per una cronologia completa degli avvenimenti, con relativi allegati, fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019, cfr. G. STAMPANONI BASSI, *Processo nei confronti di Marco Cappato per il suicidio assistito di DJ Fabo*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019.

¹³¹ Procura della Repubblica di Milano, Richiesta di Archiviazione del 26 aprile 2017, proc. 9609/2017 R.G.N.R., PP. MM. Siciliano e Arduini, indagato Cappato.

¹³² Cfr. R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistemapenale.it*, 22 novembre 2021, pp. 9-10, in cui l'Autore distingue l'aiuto e l'istigazione al suicidio dal mero rafforzamento del proposito suicidario che si ha quando il soggetto è già deciso a togliersi la vita e il terzo semplicemente lo asseconda. Ritenere che

Ancora, la procura di Milano sosteneva che Cappato, affidando il malato al centro svizzero, avesse interrotto il nesso di causa per cui la sorte del paziente non era più nelle sue mani ma in quelle di un soggetto terzo che ha determinato l'evento morte in maniera completamente indipendente.

Anziché parlare di interruzione del nesso di causa, convince la posizione di chi ritiene che la condotta di Cappato costituisca *“un anello della catena causale piuttosto distante dall'evento finale (il suicidio)”*¹³³: in effetti, le condotte dei medici svizzeri sono state sicuramente più prossime al verificarsi dell'evento morte rispetto alla condotta tenuta da Cappato, temporalmente molto più distante.

Ciò che risulta essere particolarmente ambizioso è l'assunto per cui, secondo i PP.MM. milanesi, i diritti all'autodeterminazione e al rispetto della dignità umana devono prevalere sul principio di indisponibilità della vita, ponendo le basi per un inedito¹³⁴ *“diritto a morire”*, frutto di una visione del suicidio come vero e proprio diritto soggettivo.

In particolare, nella richiesta di archiviazione, si dice che *“nel caso di specie sussiste, per il suicida (cioè per l'Antoniani) una forma di “causa di giustificazione impropria”, con rilievo oggettivo, che trasforma questo “fatto illecito non punito” in un vero e proprio diritto, addirittura di rilievo costituzionale. Ne deriva pertanto, che la condotta di Cappato, che presenta la struttura del concorso in tale fatto, risulta scriminata per effetto della diversa qualificazione che riceve il fatto in cui egli ha concorso”*¹³⁵.

La concezione del suicidio come diritto inviolabile e «garantito» dall'art. 2 della Costituzione è, ancora oggi, del tutto minoritaria¹³⁶. Prevale, invece, l'idea del suicidio

debba essere incriminato il “rafforzatore” avrebbe come irragionevole conseguenza il fatto che sarebbe impedito qualsiasi discorso sulla morte: il terzo sarebbe infatti chiamato *“con forza ed energia ad avere un costante atteggiamento oppositivo verso le argomentazioni a favore della morte espresse dall'interlocutore”*.

¹³³ P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 2017, 5, p. 385.

¹³⁴ A ben vedere, né la nostra Corte costituzionale, né le corti sovranazionali hanno, finora, riconosciuto il rango di diritto fondamentale costituzionalmente garantito alla prospettiva di ottenere una morte dignitosa.

¹³⁵ Procura della Repubblica di Milano, Richiesta di Archiviazione del 26 aprile 2017, proc. 9609/2017/21 R.G.N.R., PP. MM. Siciliano e Arduini, indagato Cappato, cit., foglio nr. 15.

¹³⁶ Cfr. L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Legislazione penale*, 2000, p. 481.

come facoltà¹³⁷ esercitabile da parte del soggetto, tollerata dall'ordinamento anche se non approvata.

Il g.i.p. di Milano, con ordinanza del 10 luglio 2017, respingeva la richiesta di archiviazione e ordinava al Pubblico Ministero di formulare l'imputazione per il reato di cui all'art. 580 c.p. nei confronti di Marco Cappato, *“per aver rafforzato il proposito suicidiario di Antoniani Fabiano (detto Fabo) prospettandogli la possibilità, in alternativa alla terapia sedativa profonda in Italia, di ottenere assistenza al suicidio presso la Dignitas in Svizzera accreditata per la sua affidabilità e serietà; attivandosi per mettere in contatto la Dignitas con i prossimi congiunti di Antonioni facendo pervenire presso la loro abitazione il materiale informativo e, infine, per aver agevolato il suicidio di Antonioni trasportandolo fisicamente presso la Dignitas il giorno precedente al suicidio”*¹³⁸.

Il g.i.p. non concordava con la Procura di Milano circa l'interruzione del nesso causale della condotta di Cappato, ritenendo che quest'ultima fosse rilevante rispetto all'atto suicida e che avesse contribuito a rafforzare la volontà di DJ Fabo: è vero che Antoniani era già fermamente convinto di porre fine alla propria esistenza ma la prospettazione da parte di Cappato della possibilità di recarsi in Svizzera avrebbe contribuito a corroborare la propria intenzione suicida, consistendo in un'offerta di aiuto concreta e agilmente praticabile.

Anche l'esistenza di un “diritto a morire con dignità”, così come prospettato dalla Procura, veniva smentita dal giudice, che sottolineava la volontà del legislatore di limitare al massimo la possibilità di disporre della propria vita, volontà che è chiaramente percepibile alla luce degli artt. 5 c.c. e 579 e 580 c.p.¹³⁹.

¹³⁷ V., per tutti, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 677 ss.; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, pp. 63 ss.; e, più di recente, ID., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021, p. 10, dove l'autore ribadisce l'importanza di qualificare come facoltà la condotta suicida per tre ordini di motivi: a) *consente di sancire in maniera definitiva il principio di liceità del suicidio*; b) *consente di ricondurre il suicidio ad una categoria “intermedia” senza ricorrere ad un tertium genus connotato da una disapprovazione morale nei confronti del gesto suicida come “atto tollerato”*; c) *consente di valorizzare l'idea di un contemperamento tra la prospettiva solidaristica che rende legittimo ed auspicabile un intervento delle istituzioni orientato a scoraggiare il suicidio e l'affermazione del suicidio come atto di libertà*.

¹³⁸ Ordinanza del g.i.p. di Milano, 10 luglio 2017, proc. 9609/2017/21 RGNR, giud. Gargiulo, imp. Cappato.

¹³⁹ Così P. BERNARDONI, *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 2017, 7-8, p. 257.

È vero che la giurisprudenza ha in più occasioni (tra tutti, con riferimento alle vicende Welby ed Englaro) riconosciuto un “diritto a lasciarsi morire” e che anche il legislatore¹⁴⁰ è recentemente intervenuto per dichiarare legittime, una volta per tutte, quelle forme di eutanasia passiva consensuale, ma, ribadisce il g.i.p., non bisogna confondere il “diritto a lasciarsi morire” con un generalizzato “diritto a morire con dignità” che non ha alcun fondamento nel diritto positivo.

Durante l’udienza preliminare del 6 luglio 2017 i Pubblici Ministeri hanno riferito circa il contenuto di una loro memoria¹⁴¹ in cui, ribadendo la loro opinione sulla necessità di operare un’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della fattispecie di cui all’art. 580 c.p., chiedevano al Giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale affinché la Consulta potesse dichiararlo incostituzionale “[nella] *sola parte in cui incrimina la condotta di “partecipazione fisica” o “materiale” al suicidio altrui senza escludere la rilevanza penale della condotta di chi aiuta il malato terminale o irreversibile a porre fine alla propria vita, quando il malato stesso ritenga le sue condizioni di vita fonte di una lesione al suo diritto di dignità”*”.

A seguito della richiesta di Cappato di essere giudicato col rito immediato, in data 18 settembre 2017 veniva emesso dal Tribunale di Milano il decreto che dispone il giudizio immediato con data di inizio fissata per l’8 novembre 2017 davanti alla prima sezione della Corte di Assise.

All’udienza del 14 febbraio 2018, la Corte di Assise di Milano pronunciava ordinanza¹⁴² con cui sollevava la questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p.

¹⁴⁰ Il riferimento è alla legge n. 219/2017, norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento che ha espressamente previsto un generalizzato diritto al rifiuto di cure anche salvavita.

¹⁴¹ Cfr. Memoria del 4 luglio 2017 presentata dai PP.MM. Siciliano e Arduini in occasione dell’udienza preliminare del 6 luglio 2017, proc. 9609/2017/21 RGNR.

¹⁴² Cfr. Ordinanza della I Corte d’Assise di Milano, 14 febbraio 2018, proc. 9609/2017/21, con particolare riferimento alla pretesa incostituzionalità dell’art. 580 c.p. A) “*nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, I comma e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*”;

B) “*nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell’esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell’aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25, II comma e 27, III comma della Costituzione*”.

6.4. L'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale

Prima dell'intervento della Corte costituzionale, l'assenza totale di temperamenti dell'art. 580 c.p. non lasciava alcun margine di scelta al malato che, non essendo il grado di darsi da solo la morte, avrebbe potuto, alternativamente:

- i. accettare la propria condizione, sopportando atroci sofferenze fisiche e psichiche, da soggetto ingiustamente discriminato rispetto a chi, in una situazione simile alla sua, è però in grado di porre fine alla propria vita autonomamente;
- ii. chiedere la non somministrazione o l'interruzione dei trattamenti di mantenimento in vita, se possibile ricorrendo alla sedazione palliativa profonda continua di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 219 del 2017 e attendere (ore, giorni o settimane) che la malattia lo conduca in modo naturale alla morte ledendo la propria dignità;
- iii. coinvolgere un soggetto terzo, così come ha fatto DJ Fabo rivolgendosi a Cappato, chiedendo di essere aiutato a morire e chiedendo altresì, indirettamente, di accettare di essere poi indagato per il reato di cui all'art. 580 c.p.

Col comunicato¹⁴³ del 24 ottobre 2018 la Corte costituzionale *“ha rilevato che l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti”* e *“ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'articolo 580 Codice penale all'udienza del 24 settembre 2019”*.

L'ordinanza¹⁴⁴, depositata nei giorni successivi, ha determinato un importante cambio di rotta da parte della Corte costituzionale che, per la prima volta, non ha dichiarato la questione inammissibile ma, al contrario, ha deciso di pronunciarsi in materia di

¹⁴³ Cfr. Comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale del 24 ottobre 2018 *“Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli”*.

¹⁴⁴ Corte Cost., 16 novembre 2018 n. 207, in cortecostituzionale.it; per un approfondimento v. G. LEO, *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, pp. 241 ss.

suicidio assistito offrendo interessanti spunti di riflessione che sono stati oggetto di critiche e apprezzamenti da parte della dottrina. Si tenterà ora di ripercorrere quelli che sono i passaggi salienti della pronuncia e gli spunti che questa ha suggerito al legislatore.

Anzitutto, la Consulta si è dimostrata da subito in disaccordo nel ritenere del tutto inoffensivo l'aiuto al suicidio, come invece aveva prospettato la I Corte d'Assise di Milano¹⁴⁵, in quanto il divieto di cui all'art. 580 c.p. è, ancora oggi, *“funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio”*.

Inoltre, conservando l'incriminazione dell'aiuto a morire, a protezione dell'inviolabilità della vita, particolarmente per soggetti vulnerabili, si sarebbe potuto garantire quel necessario presidio volto alla assoluta riduzione di abusi da facilitazione nell'accesso al suicidio (cd. pendio scivoloso)¹⁴⁶.

Ancora, il fatto che l'ordinamento non sanziona chi abbia tentato di porre fine alla propria vita non si pone in contrasto con la previsione dell'art. 580 c.p., che punisce chi aiuta il soggetto ad attuare il suo proposito suicida.

L'incoerenza sussisterebbe solo qualora si potesse parlare di “diritto al suicidio” poiché incriminare chi aiuti taluno a esercitare un proprio diritto sarebbe contraddittorio.

In realtà, il fatto che il suicidio sia un atto penalmente lecito non implica che sia un diritto costituzionalmente garantito¹⁴⁷. Le conseguenze sarebbero infatti paradossali: se il suicidio fosse un diritto tutelato dall'ordinamento, quest'ultimo dovrebbe non solo

¹⁴⁵ Cfr. nota n. 142.

¹⁴⁶ Così A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2019, p. 2; sulla necessità di non depenalizzare *tout court* l'aiuto al suicidio v. anche M. RINALDO, *Il silenzio normativo e l'intervento “evolutivo” della Corte Costituzionale nell'ambito delle scelte di fine vita*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 2, p. 616 ss. e M. ROMANO, *Istigazione e aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 4, p. 1792 ss.

¹⁴⁷ In effetti, la dottrina italiana non è unanime circa la natura del suicidio. Da una parte c'è chi, pur ritenendo la condotta riprovevole e antisociale, considera il suicidio non punibile e quindi lecito (così M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 187 ss.; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 63 ss.; recentemente, *ID.*, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 5 ss.); dall'altra c'è chi ritiene esista una libertà costituzionalmente garantita di suicidarsi (così L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, cit., p. 481; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 74 ss.).

non sanzionare chi aiuti a esercitarlo ma dovrebbe addirittura incentivare chi si offrisse di rendere effettivo l'esercizio di tale libertà¹⁴⁸; inoltre, stando così le cose, sarebbe incriminabile (ai sensi dell'art. 610 c.p. "Violenza privata") la condotta di salvataggio nei confronti di un aspirante suicida, quando è invece dovere del terzo intervenire in presenza dei presupposti dell'art. 593 c.p. ("Omissione di soccorso")¹⁴⁹. Il terzo, poi, può (ma non deve) intervenire "[q]ualora il tentato suicida rifiuti l'aiuto i modo chiaro e percepibile [...] lo stato di necessità (art. 54 c.p.) pare costituire la base più corretta per una tale azione di salvataggio"¹⁵⁰.

La Corte costituzionale, a sostegno della propria tesi per cui il "diritto a vivere" desumibile dall' art. 2 Cost. – e dall'art. 2 CEDU – non implica il riconoscimento di un "diritto a morire", ricorda che neanche la Corte europea dei diritti dell'uomo si è mai spinta a fare una valutazione di questo tipo.

In particolare, il riferimento della Consulta è al caso *Pretty c. Regno Unito*¹⁵¹, dove una donna affetta da sclerosi laterale amiotrofica, perfettamente cosciente ma condannata a morire per via dello stadio molto avanzato della malattia, desiderava che il marito la aiutasse a morire, non essendo in grado di suicidarsi autonomamente, e, al contempo, chiedeva alla Procura inglese (*Directory of Public Prosecutions*) di non procedere penalmente nei confronti del marito. Dopo che sia la *Divisional Court* e la *House of Lords* inglesi rigettavano la richiesta della donna, la signora Pretty presentava ricorso alla Corte EDU ritenendo che il *Suicide Act* del 1961 fosse in contrasto con alcune norme della Convenzione, tra cui gli artt. 2 ("diritto alla vita") e 8 ("diritto al rispetto della vita privata"), nella parte in cui non prevedeva che all'interno del diritto alla vita dovesse essere ricompreso anche, *a contrario*, un diritto di morire. La Corte europea, invece, escludeva la sussistenza di un diritto di questo tipo in capo all'individuo e sanciva l'impossibilità di scegliere se vivere o morire¹⁵² riconoscendo, però, in capo agli Stati firmatari, la possibilità di addivenire a soluzioni anche totalmente opposte in virtù del c.d. *marginale nazionale di apprezzamento*, che in una

¹⁴⁸ Sul punto A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, p. 805.

¹⁴⁹ Così S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., p. 9.

¹⁵⁰ Così M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, cit., p. 561.

¹⁵¹ Corte EDU, sez. III, dec. 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02.

¹⁵² Cfr. § 39.

materia così delicata deve essere inteso nel senso più ampio possibile: ciascuno Stato è quindi libero di disciplinare la materia come meglio ritiene e, pertanto, la normativa inglese che, a differenza di altre, è d'ostacolo a pratiche eutanasiche deve ritenersi comunque compatibile con la Convenzione¹⁵³.

La Corte costituzionale, anche alla luce della giurisprudenza europea¹⁵⁴ in materia, ritiene che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non possa essere ritenuta incompatibile con la Costituzione.

In effetti è evidente che, progressivamente, anche la Corte EDU si stia muovendo verso il riconoscimento in capo a ciascun individuo del diritto di scegliere quando e come porre fine alla propria vita. È anche vero però che questo riconoscimento è ancora molto timido e prudente “*non avendo mai, la Corte, condannato alcuno Stato per non aver, questo, riconosciuto il diritto a morire*¹⁵⁵”, nascondendosi dietro all'attribuzione di un così ampio margine di apprezzamento in capo ai singoli Stati firmatari tale da svilire la funzione della Corte di Strasburgo che potrebbe invece sbilanciarsi a favore della posizione più rigida (contro la depenalizzazione dell'aiuto a morire) o di quella più permissiva (più accomodante nel rendere lecita anche la c.d. eutanasia attiva).

In assenza di una chiara presa di posizione da parte della Corte di Strasburgo, è opportuno ribadirlo, il giudice costituzionale italiano¹⁵⁶ preferisce abbracciare una visione ancora paternalistica e impositiva che mantiene ferma, almeno in generale, l'applicazione dell'art. 580 c.p. con riferimento all'aiuto al suicidio¹⁵⁷.

¹⁵³ A onore del vero, una maggior apertura sul tema da parte della CEDU si può apprezzare nel caso *Haas c. Svizzera* (Corte EDU, sez. I, dec. 20 gennaio 2011, ric. n. 31322/07) dove “*la Corte sembra ammettere, contrariamente a quanto fatto in Pretty c. Regno Unito, che la tutela dei soggetti fragili non implica necessariamente il divieto assoluto di aiuto al suicidio, potendosi perseguire il medesimo scopo protettivo anche attraverso una disciplina normativa contenente regole precise, come appunto quella svizzera, seppure molto permissiva*”, così T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni “multilivello”*, in *Sistemapenale.it*, 7 febbraio 2022, p. 13.; per una più completa analisi della questione v. A. COLELLA, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 CEDU discenda il diritto ad un suicidio dignitoso*, in *Penalecontemporaneo.it*, 4 aprile 2011

¹⁵⁴ Per una più completa panoramica delle principali pronunce della Corte europea in materia cfr. anche *Koch c. Germania* (Corte EDU, sez. V, dec. 19 luglio 2012, ric. n. 497/09) così come tratteggiata da C. PARODI, *Una cauta pronuncia della Corte Europea in tema di eutanasia attiva*, in *Penalecontemporaneo.it*, 19 febbraio 2013; *Gross c. Svizzera* (Corte EDU, sez. II, dec. 14 maggio 2013, ric. n. 67810/10); *Lambert e altri c. Francia* (Corte EDU, Grande Camera, dec. 5 giugno 2015, ric. n. 46043/14).

¹⁵⁵ U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Riv. AIC*, 2/2016, 15 maggio 2016, p. 30.

¹⁵⁶ Corte cost. 16 novembre 2018 n. 207, in *cortecostituzionale.it*, §8.

¹⁵⁷ Sul punto vedi M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistemapenale.it*, 8 gennaio 2020, pp. 4 ss.

L'ordinanza della Consulta sembrerebbe, *prima facie*, dichiarare la questione infondata se non ammissibile sennonché, a partire dal punto 8 del *Considerato in diritto*, si assiste ad “*imprevedibile mutamento di rotta*¹⁵⁸” laddove la Corte esprime la necessità di impedire all'art. 580 c.p. di continuare a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili.

La pronuncia in esame, infatti, compie un passo ulteriore che è sicuramente quello maggiormente degno di nota in quanto riconosce che ci sono situazioni in cui “*il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce [...] per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze [...] imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita*¹⁵⁹”.

Se “*il valore della vita*” impone al medico l'obbligo di rispettare la volontà del malato di interrompere i trattamenti sanitari (anche se ciò richieda una condotta attiva da parte di un terzo quale lo spegnimento di un macchinario), “*non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale*”.

In particolare, la Corte individua quattro condizioni in presenza delle quali il tuttora vigente articolo 580 c.p. si pone in contrasto con la Costituzione e cioè quando il soggetto che si vuole assistere nel suicidio sia una persona “*a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli*”¹⁶⁰.

In breve, quindi, la Corte costituzionale ritiene che l'art. 580 c.p. abbia, ancora oggi, in generale, una sua utilità; tuttavia, riconosce che esso sia incostituzionale nella parte in cui punisce anche chi abbia aiutato a morire un soggetto che si trova in condizioni

¹⁵⁸ Così E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2/2019, 13 maggio 2019, p. 145.

¹⁵⁹ La Corte, qui, si riferisce alla possibilità che il paziente aveva di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua prevista dall'art. 2, comma 2, della legge n. 219/2017, strada che, come si è detto nelle pagine precedenti (v. *supra* pp. 50 ss.), DJ Fabo ha deciso di non perseguire perché non gli avrebbe assicurato una morte rapida.

¹⁶⁰ Punto 8 del *Considerato in diritto*. Queste quattro condizioni saranno riprese dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019 di cui si dirà più avanti (v. *infra* pp. 62 ss.).

tali per cui, pur malato terminale afflitto da intollerabili sofferenze, è nel pieno possesso delle proprie capacità mentali.

Si assiste, pertanto, ad un'apertura esplicita all'aiuto al suicidio che è cosa ben diversa dall'interruzione di cure: se, in quest'ultimo caso, interrotta la terapia, la morte è conseguenza del decorso causale naturale della malattia, nel caso dell'aiuto al suicidio la morte è la conseguenza di un decorso causale tale per cui colui (il medico) che contribuisce a realizzare il desiderio dell'aspirante suicida cagiona, di fatto, la morte, non limitandosi a "lasciar morire"¹⁶¹.

La Consulta, propone al legislatore una via che potrebbe essere seguita per disciplinare la materia: la soluzione potrebbe essere quella di inserire all'interno della legge n. 219/2017, disciplinante la sedazione palliativa continua e il rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, una specifica disciplina che preveda la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte per quei soggetti che, pur potendo ricorrere alla sedazione palliativa con correlativo rifiuto della terapia salvavita, preferiscono morire più rapidamente, senza andare così a modificare l'impianto dell'art. 580 c.p.

Un ulteriore aspetto che merita qualche considerazione è quello relativo alla forma utilizzata dalla Corte e alle ragioni del mancato accoglimento. In effetti, la Consulta afferma di non voler, almeno per il momento, invadere il campo del legislatore ma è allo stesso tempo conscia del fatto che la tecnica dell'inammissibilità della questione con monito al legislatore affinché intervenga sulla materia è stata fallimentare. Questa, infatti, ha prodotto come conseguenza il fatto che restassero applicabili norme costituzionalmente illegittime, senza che il legislatore recepisce l'invito della Corte ad intervenire.

La Corte decide allora di rinviare il giudizio in corso ad una successiva udienza fissata ad un anno di distanza preannunciando *"un'incostituzionalità accertata, anche se non*

¹⁶¹ Sul punto v. F. CONSULICH, *Stat sua cui qui dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1, pp. 103 ss. L'autore afferma che, mentre "[i]l rifiuto o sospensione di cure non producono la morte del paziente in senso naturalistico, ma si limitano a non interrompere il decorso eziologico proprio della malattia", nel caso del suicidio assistito, il decesso, *"non viene semplicemente accelerato rispetto al naturale decorso di una malattia, ma causato tout court in costanza di osservazione clinica"*.

ancora dichiarata”¹⁶² qualora non fosse sopraggiunto un intervento da parte del legislatore¹⁶³. Si tratta di un tipo di pronuncia senza precedenti e senza alcun fondamento costituzionale, tanto che è la stessa Corte, affermando, con una formula ambigua e poco convincente, di far leva “*sui propri poteri di gestione del processo costituzionale*”, a dimostrare di non avere un solido appiglio normativo.

Il Parlamento è quindi chiamato¹⁶⁴ a colmare un vuoto legislativo, riservandosi la Corte di valutare “*l’eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela*”. Questo passaggio ha suscitato non pochi dubbi in dottrina, in particolare da parte di chi¹⁶⁵ si è chiesto se la Corte sia legittimata a valutare nel merito una legge senza che sia stata sollevata alcuna questione di legittimità costituzionale: se forse è legittimata con riferimento allo specifico aspetto della predisposizione del trattamento diretto a determinare la morte, con tutta probabilità non può compiere alcun sindacato circa gli altri eventuali aspetti della disciplina.

Alla luce di quanto finora detto sull’ordinanza n. 207/2018, non sembra che il giudice delle leggi si sia astenuto dal compiere valutazioni nel merito e dal riscontrare profili di illegittimità costituzionale e convince pertanto la posizione di chi¹⁶⁶ ritiene che la pronuncia in questione abbia la forma dell’ordinanza soltanto per l’inedito rinvio che contiene, essendo per gli altri aspetti riconducibile a una sentenza. L’Autore si domanda, quindi, se non sarebbe stato più opportuno adottare una sentenza

¹⁶² Così E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., p. 147; cfr. anche M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018; cfr., da ultimo, anche G. LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi, in riferimento alla giurisprudenza costituzionale del 2018*, in *cortecostituzionale.it*, 2019, p. 13, il quale parla di “*incostituzionalità prospettata*”.

¹⁶³ Pare opportuno chiedersi se la Corte, dichiaratasi impossibilitata ad invadere il campo del legislatore nell’ordinanza del 2018, abbia invece questa possibilità di dichiarare incostituzionale l’art. 580 c.p. l’anno successivo.

¹⁶⁴ In senso contrario G. RAZZANO, *Sulla relazione tra ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 1° luglio 2019, p. 2 ss.; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta-online*, 20 novembre 2018, p. 573; L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a corte cost. (ord.) n. 2017/2018*, in *Discrimen.it*, 19 dicembre 2018, p. 8, i quali ritengono che non possa essere una semplice pronuncia della Corte costituzionale a imporre un mutamento così forte e radicale dell’ordinamento su un argomento così delicato.

¹⁶⁵ R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 8 aprile 2019, pp. 11 ss.

¹⁶⁶ V. R. BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 8 ss. e p. 13.

interpretativa costituzionalmente orientata, in cui la Consulta avrebbe potuto fornire un'interpretazione più ristretta del concetto di agevolazione “nell'esecuzione”, escludendo così tutte quelle ipotesi di mero accompagnamento presso il luogo in cui sarebbe stato praticato il suicidio assistito.

6.5. La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale

Come alcuni¹⁶⁷ avevano preventivato, il monito che la Corte aveva rivolto al legislatore l'anno precedente è rimasto inascoltato¹⁶⁸.

Come promesso, la Consulta si è nuovamente pronunciata, questa volta con sentenza¹⁶⁹, depositata il 22 novembre 2019, ricalcando e completando ciò che, in larga parte, aveva anticipato con l'ordinanza n. 207 del 2018.

La Corte, a distanza di quasi un anno dalla precedente pronuncia, afferma di non poter più attendere l'intervento del legislatore perché “l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia”¹⁷⁰.

Preliminarmente, i giudici delle leggi si sono preoccupati di ribadire alcuni “punti fermi”¹⁷¹ che erano già stati esplicitati nella precedente pronuncia e, in particolare, hanno confermato che non deve ritenersi punibile la condotta di aiuto al suicidio quando si tratti di un proposito di porre fine alla propria vita “autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che ella trova intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e

¹⁶⁷ F. CONSULICH, *Stat sua cui qui dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, cit., p. 120.

¹⁶⁸ Sul punto v. C. CUPELLI, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2019.

¹⁶⁹ Corte cost., sentenza 24 settembre 2019 (dep. 22 novembre 2019), n. 242 (Pres. Lattanzi, Est. Modugno) – in *corte costituzionale.it.*, v., tra tutti, il commento di G. GENTILE, *Il suicidio assistito nello spazio libero dal diritto penale*, in *Dir. Pen. proc.*, 2020, pp. 377 ss.

¹⁷⁰ Corte cost., 24 settembre 2019 n. 242, cit., §4.

¹⁷¹ Tra gli altri, il fatto che l'art. 580 c.p. non è, di per sé, incompatibile con la Costituzione e, al contrario, è funzionale alla “tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio” (§ 2.2).

consapevoli” (§5) e solo se queste condizioni siano state medicalmente accertate da una *struttura pubblica del servizio nazionale, previo parere del comitato etico competente*, se la sua volontà è stata manifestata in modo chiaro e univoco e solo se il paziente è stato informato della possibilità di ricorrere alla via alternativa della sedazione palliativa profonda continua.

Non proprio tutto ciò che era contenuto nell’ordinanza del 2018 è poi confluito nella successiva sentenza e molti esponenti della dottrina¹⁷² non hanno mancato di farlo presente: nella seconda pronuncia della Corte è infatti assente l’esplicito riferimento alla dignità del malato che era invece uno degli elementi principali a fondamento del diritto del paziente alla propria autodeterminazione.

La Corte costituzionale, con questa “doppia pronuncia”, pur non avendo esplicitamente previsto un diritto di morire, ha sentito l’esigenza di ampliare la sfera delle situazioni in cui la vita, generalmente indisponibile, debba ritenersi, in parte e a certe condizioni, disponibile. E questo lo ha fatto spostando la protezione del “bene vita” dal terreno dell’incriminazione a quello della causa di giustificazione in quanto il divieto assoluto di aiuto al suicidio deve essere rivisto in presenza di alcune condizioni tassativamente previste. Ha ritenuto irragionevole e ingiusto che un soggetto avesse la possibilità di provocare la propria morte attraverso il rifiuto di trattamenti salvavita ma che questa stessa persona, a certe condizioni, non potesse ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l’aiuto di altri.

Come già proposto nell’ordinanza¹⁷³, la Corte fa dunque riferimento alla “*disciplina racchiusa negli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017*” come “*punto di riferimento già presente nel sistema*”: la “*procedura medicalizzata*”¹⁷⁴ già prevista dal legislatore potrebbe essere estendibile ai quei soggetti che, pur potendo ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua (e contestuale interruzione dei trattamenti di cura)

¹⁷² V., tra tutti, L. POLI, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 370 e M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, pp. 15 ss.

¹⁷³ V. *supra* pp. 55 ss.

¹⁷⁴ Per un approfondimento cfr. C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*” in *Sistemapenale.it*, 4 dicembre 2019, pp. 41 ss., dove l’Autore fornisce un’utile sintesi delle condizioni in presenza delle quali la Corte costituzionale ha ritenuto legittimo l’aiuto al suicidio; cfr. anche G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *Discrimen.it*, 3 febbraio 2020.

disciplinata all'art. 2, comma 2, della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento, vogliono porre fine alla loro esistenza senza dover attendere che la malattia li conduca "naturalmente" verso la morte. La Consulta non manca infatti di ribadire che il suo intervento è circoscritto, nelle more del legislatore, "*in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza*": non si tratta quindi di un «liberi tutti» ma di una prudente apertura al suicidio assistito.

Un'altra previsione contenuta nella sentenza¹⁷⁵ è quella relativa alla possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario. A differenza della legge n. 219/2017 dove non è previsto il diritto all'obiezione di coscienza¹⁷⁶, la Corte costituzionale offre al medico questa possibilità. È importante però che questo diritto in capo al singolo medico non generi una estromissione del Servizio sanitario dalle pratiche di suicidio assistito¹⁷⁷ perché ciò comporterebbe una paralisi del sistema con conseguente impossibilità di assicurare, nella pratica, il riconosciuto diritto ad essere aiutati a morire: il singolo medico ha il diritto all'obiezione di coscienza ma il sistema sanitario, nel suo complesso, ha l'obbligo di garantire al malato l'esercizio del suo diritto. L'atto con cui il medico è chiamato a intervenire non è quindi «dovuto» ma «volontario»¹⁷⁸ garantendo lui l'autonomia professionale ed individuale.

¹⁷⁵ Cfr. § 6 *Considerato in diritto*, dove si afferma che "*la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato*". V. anche § 10 *Considerato in diritto* nell'ordinanza n. 207 del 2018 dove la Corte aveva palesato al legislatore la necessità di regolamentare l'obiezione di coscienza nella disciplina che, ad oggi, non è ancora stata adottata.

¹⁷⁶ Cfr. *supra* pp. 47 ss.; sul punto v. anche A. LEUZZI, *La questione delle pratiche eutanasiche nell'ordinamento italiano*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2021, 4, pp. 1872 ss.

¹⁷⁷ Così M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistemapenale.it*, 10 febbraio 2020, p. 11-12, dove l'autore, non senza forti affermazioni, critica l'atteggiamento della classe medica troppo ancorata ad una visione paternalistica sempre e comunque *pro vita*, definendo l'imposizione della durata della vita come una "*forma di disposizione della vita altrui da parte di terzi*"; v. anche E. ROSSI, *Obiettare è boicottare? L'ambiguità dell'obiezione di coscienza e i fini dell'ordinamento*, in *Biolaw journal*, 2019, 2, 127, dove l'Autore auspica un intervento del legislatore in materia di obiezione di coscienza, in quanto solo lui è in grado di bilanciare l'autodeterminazione del paziente con la coscienza del medico in modo da non arrecare pregiudizio al buon funzionamento del sistema.

¹⁷⁸ Così M. RINALDO, *Il silenzio normativo e l'intervento "evolutivo" della Corte costituzionale nell'ambito delle scelte di fine vita*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 2, p. 620.

Alla luce della sentenza della Consulta, in un tentativo di sintesi, si può affermare che una persona «capace di agire» potrà chiedere di essere aiutata a morire solo se risulti che da parte del medico:

- i. la richiesta sia stata avanzata, per volontà del malato, ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge 219, il quale disciplina le modalità in cui il consenso informato deve essere acquisito e cioè “*nei modi più consoni alle condizioni del paziente, [...] documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare*”. La richiesta dovrà altresì essere inserita “*nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico*”;
- ii. le informazioni al paziente siano state date “*in modo completo, aggiornato e al [u]i comprensibile*” e che gli siano state prospettate le possibili alternative (art. 1, comma 3);
- iii. sia stata offerta al paziente “*ogni azione di sostegno [...] anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica*” (art. 1, comma 5);
- iv. Sia stato dato conto del “*carattere irreversibile della patologia*” e delle “*sofferenze fisiche e psicologiche* (§5).

La verifica di queste condizioni e delle relative modalità di esecuzione dovrà essere affidata, almeno fino a quando il legislatore non disporrà diversamente, a “*strutture pubbliche del servizio nazionale*”. Sarà inoltre necessario “*organo collegiale terzo*”: *il comitato etico territorialmente competente* dotato di funzioni consultive idonee a “*garantire la tutela dei diritti e dei valori della persona*”.

All'interno della pronuncia della Corte costituzionale e a differenza di quanto accade nella precedente ordinanza, accanto a requisiti oggettivi di tipo sostanziale (irreversibilità della patologia, sofferenza fisica e psicologica intollerabile, trattamento di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli) è possibile individuare alcuni requisiti procedurali¹⁷⁹ anch'essi necessari per la non punibilità del suicidio assistito:

¹⁷⁹ Così L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Giurisprudenza italiana - Corti supreme e salute*, 2019, 2, pp. 195 ss.; vedi anche M. PICCHI, *Considerazioni a prima lettura sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2019, 3, pp. 1 ss.

- i. l'accertamento dei requisiti sostanziali di cui si è appena detto deve essere compiuto da un medico nell'ambito di una struttura sanitaria pubblica;
- ii. deve essere acquisito un parere, da considerarsi vincolante, di un comitato etico territoriale indipendente e terzo.

La Consulta sembra allora fare propria quella nuova idea di giustificazione che queste pagine si propongono di approfondire con un approccio teorico ma specialmente pratico, andando a individuare gli spazi in cui la giustificazione procedurale ha fatto il suo (ancora timido) ingresso¹⁸⁰.

In effetti, è la stessa Corte costituzionale che, al §5, parla di un “*controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta*”, dando, per la prima volta, un riconoscimento formale alla nuova categoria di scriminante che è stata in dottrina chiamata “procedurale”¹⁸¹, in aggiunta a quella tradizionale (o sostanziale). La risoluzione dei diversi e contrapposti diritti e interessi in gioco (la vita, la salute, la dignità) viene affidata ad una procedura costitutiva in cui il diritto all'aiuto al suicidio “*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 c.p. e la licitizzazione dell'aiuto al suicidio ad opera della scriminante relazionale riconducibile all'art. 32 Cost.*”¹⁸². Solo così, infatti, è possibile, da una parte, garantire una tutela dei soggetti più vulnerabili e facilmente condizionabili tenendo fermo l'art. 580 c.p., e dall'altra attenuare la rigidità del divieto di aiuto al suicidio per ipotesi particolari e nel rispetto di una specifica procedura che rende eccezionalmente lecita l'agevolazione verso la morte altrui.

La scriminante procedurale così delineata autorizza a offendere un interesse per proteggerne un altro, con le modalità che sono ritenute, in quel momento, le più idonee.

¹⁸⁰ Sul punto cfr. A. SESSA, *Il processo all'art. 580 del Codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione*, in www.la-legislazione-penale.eu, 11 ottobre 2019, pp. 1 ss.

¹⁸¹ Cfr., in primis, W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gerechtede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler – Gmelin, K. Kinkel – H. Meyer – H. Simon, Baden Baden, 1994, pp. 731 ss; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., pp. 27 ss.

¹⁸² A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in Penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2019, p. 9.

Questa autorizzazione c'è, a differenza di quanto accade con la giustificazione sostanziale, sin dal momento della condotta, la quale è non impedibile per l'operare di una scriminante che interviene *ex ante* attraverso il rispetto di una procedura di controllo pubblico, senza che il giudice debba, *ex post*, verificare che sia stato rispettato, nel caso concreto, il principio di proporzionalità¹⁸³. Sul punto, A. Natalini ha affermato che la scriminante procedurale così delineata “si propone di porre al riparo dall'incertezza di accertamenti giudiziari *ex post* il soggetto che abbia deciso di agire nel rispetto di una disciplina normativa di controlli pubblicistici”¹⁸⁴.

Il ricorso alla scriminante procedurale è tanto più incentivato quanto più complessa e delicata è la materia: lo Stato può così determinare i presupposti e i limiti all'esercizio dei diritti senza doversi esprimere su quale sia la scelta che i soggetti devono fare, senza sbilanciarsi a favore di uno o di un altro interesse meritevole di tutela. È così che “*si limita a stabilire le procedure che ne consentono un corretto ed equilibrato impiego, tutelando lo stesso pluralismo delle visioni del mondo*”¹⁸⁵. Il grande vantaggio di questo tipo di giustificazione è che permette di raggiungere un importante compromesso: di fronte a situazioni in cui una decisione sulla legittimità sostanziale del fatto risulta difficile da prendere e in presenza di un improcrastinabile bisogno di risposte urgenti, lo Stato definisce una procedura da seguire, senza prendere decisioni autoritative ma, contemporaneamente, evitando di rinunciare a disciplinare la materia. Prima dell'intervento della Consulta non era in nessun caso consentito al medico di mettere a disposizione del paziente trattamenti diretti a provocarne la morte. Il paziente poteva pretendere l'interruzione di ogni tipo di terapia e rifiutare qualsiasi dispositivo artificiale per la nutrizione, l'idratazione e la ventilazione, poteva chiedere di essere ammesso alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, ma non gli era possibile chiedere al medico una condotta attiva al fine di determinare la morte. Oggi è la Corte costituzionale a indicare i presupposti e le modalità in presenza delle quali è lecito ottenere un aiuto al suicidio, dando prova di voler aderire a quella causa

¹⁸³ Così, A. SESSA, *op. ult. cit.*, p. 10; *ID.*, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., pp. 187 ss.

¹⁸⁴ A. NATALINI, *Il tema del “fine vita” nella vicenda Cappato: i nuovi confini procedurali dell'aiuto (lecito) al suicidio*, cit., p. 47 (in nota).

¹⁸⁵ M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, cit., p. 14.

di esclusione dell'antigiuridicità elaborata dalla dottrina tedesca, già tacitamente utilizzata dal giudiziario¹⁸⁶ e dal legislativo¹⁸⁷ italiani per disciplinare situazioni eticamente complesse di fronte alle quali lo Stato ha dimostrato di essere incapace di prendere decisioni autoritative.

La causa di giustificazione così delineata, dice A. Sessa, si caratterizza, più che per l'affermazione di un diritto, per “*una struttura votata al riconoscimento anticipato dello stesso*” e si differenzia dalla giustificazione sostanziale per la sua “*natura costitutiva dell'accertamento ex ante*” di quel diritto.¹⁸⁸ È nelle questioni eticamente connotate che è opportuno ricorrere a questo tipo di giustificazione quando la complessità della questione genera un forte smarrimento per cui non è possibile intervenire autoritativamente (c.d. deficit assoluto di conoscenza).¹⁸⁹

Con questa coppia di pronunce, la Corte costituzionale, pertanto, ha non solo dimostrato una forte sensibilità con riferimento alle infelici esigenze di soggetti in condizioni particolarmente delicate, ma per fare questo, è ricorsa alla scriminante procedurale da alcuni criticata e osteggiata¹⁹⁰, ingenerando nei promotori della categoria una forte speranza a che questa possa trovare spazio sul piano dommatico al fianco e ad integrazione della (generalmente riconosciuta) giustificazione sostanziale. Bisogna però precisare che non l'intera disciplina offerta dalla Corte costituzionale ha ottenuto il plauso da parte della dottrina. In particolare, è necessario prendere in considerazione la terza condizione (lett. c) indicata dalla Consulta¹⁹¹: “*i trattamenti di sostegno vitale*”.

¹⁸⁶ Cfr. supra pp. 30 ss.

¹⁸⁷ Cfr. supra pp. 23 ss.

¹⁸⁸ Così A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, cit., p. 12.

¹⁸⁹ V. A. SESSA, *op. ult. cit.*, p. 12-13 dove l'Autore riassume il concetto affermando che il modello discorsivo tipico della giustificazione procedurale ha generato “*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 cos'è come maturato tra antipaternalismo giudiziario e limiti normativi, 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 coinvolto*”.

¹⁹⁰ Cfr. M. MANTOVANI, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in Aa.Vv., *Il penale nella società dei diritti: cause di giustificazione e mutamenti sociali*, cit., p. 185 ss.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, cit., pp. 1269 ss.

¹⁹¹ Il riferimento è alla tetralogia di condizioni indicate dalla Corte costituzionale dapprima al § 8 del *Considerato in diritto* nell'ordinanza n. 207 del 2018 e poi al § 2.3 del *Considerato in diritto* nella

L'inserimento di questo presupposto per poter ottenere un aiuto al suicidio pare arbitrario *“per la forte capacità escludente rispetto a importanti patologie analogamente atroci”*¹⁹²: la Consulta sembra restringere irragionevolmente il campo, aprendosi soltanto da un punto di vista formale ad uno spazio di liceità dell'aiuto al suicidio, restando per la maggior parte preclusa la possibilità di ricorrevi per l'illogica condizione di cui alla lett. c). Se davvero il soggetto che ne fa richiesta, per poter essere aiutato nel morire, deve necessariamente essere tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, questa possibilità non potrebbe darsi a chi, pur essendo sottoposto a *“sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili”*, ma essendo il grado di alimentarsi e respirare autonomamente, non necessita di essere tenuto in vita con l'ausilio di una macchina. È vero che resta salva la facoltà di interrompere ogni terapia anche salvavita, ma non dare un'alternativa a chi per morire deve attendere che il proprio corpo non possa più fare a meno dei farmaci significa condannarlo a subire insopportabili sofferenze per un periodo di tempo non definito e suscettibile di prolungarsi nel tempo: incisiva e chiarificatrice è la posizione di M. Donini¹⁹³ che definisce questa preclusione *“inesigibile, un atto di crudeltà del sistema, che indurrebbe se non a una “morte subito”, certo a una “morte peggiore”*”.

C'è chi¹⁹⁴ ha acutamente interpretato il requisito *sub c)* introdotto dalla Consulta come un modo per evitare di affrontare quelle questioni estremamente complesse in cui è assai difficile accertare la capacità decisionale del malato: escludendo quei soggetti che non sono tenuti in vita artificialmente non risulta necessario, con riferimento a questi, verificare la sussistenza del requisito *sub d)* (capacità del soggetto di prendere decisioni libere e consapevoli) di difficilissimo accertamento. Anche il requisito *sub a)* (patologia irreversibile) può presentare problemi di oggettività: la Corte, prevedendo il requisito *sub c)*, evita di compiere valutazioni eccessivamente audaci e

sentenza n. 242 del 2019: *“persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli”*.

¹⁹² M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, cit., p. 16.

¹⁹³ ID., *op. ult. cit.*, p. 17.

¹⁹⁴ S. CANESTRARI, *Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Discrimen.it*, 8 settembre 2020, p. 15 s.; v., più recentemente, ID., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021, pp. 36 ss.

esclude tutte quelle situazioni in cui l'accertamento dell'irreversibilità potrebbe risultare difficoltoso.

Ancora, non solo questa condizione preclude l'aiuto a morire a moltissimi soggetti affetti da atroci patologie, ma non si comprende per quale motivo la Corte stabilisca che possano essere aiutati a morire proprio e solo quei soggetti che senza il trattamento di sostegno vitale morirebbero: essi potrebbero senz'altro rinunciare a quel trattamento, ottenendo subito lo stesso risultato fatale senza che sia per loro necessario suicidarsi. In altre parole, l'aiuto al suicidio sarebbe lecito solo per chi potrebbe già procurarsi la morte rifiutando le cure salvavita¹⁹⁵.

Se, da un lato, è stato possibile muovere critiche alla decisione della Corte per l'eccessiva cautela e prudenza che ha voluto adottare, non bisogna però dimenticare che il giudice delle leggi è chiamato a pronunciarsi con riferimento al caso concreto sottoposto alla sua attenzione: non può e non deve sostituirsi al Parlamento redigendo una normativa nuova e completa.

6.6. Dopo le pronunce della Corte costituzionale: l'assoluzione di Cappato

La sentenza della Corte d'Assise di Milano¹⁹⁶ costituisce la prima applicazione del dettato della pronuncia n. 242 del 2019 della Corte costituzionale. I giudici milanesi, come è comprensibile, non hanno avuto difficoltà nel verificare che i quattro requisiti indicati dalla Consulta ricorressero nel caso concreto, essendo stata proprio la vicenda di Marco Cappato l'occasione che la Corte ha avuto per pronunciarsi circa la legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

¹⁹⁵ A. LEUZZI, *La questione delle pratiche eutanasiche nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 1863 ss., dove l'Autore ritiene che sia "limitante e discriminatorio ritenere che, ad esempio, un malato di cancro nella fase terminale che non possa dirsi "tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale", si veda privato della possibilità di ricevere assistenza al suicidio, a differenza di altri pazienti che trovandosi, invece, in tale condizione finirebbero per essere agevolati rispetto al ventaglio di possibili soluzioni tra le quali optare per ottenere quella liberazione definitiva delle sofferenze di cui si è detto".

¹⁹⁶ Corte d'Assise di Milano, sent. 23 dicembre 2019 (dep. 30 gennaio 2020), in *Sistemapenale.it*, 06 febbraio 2020; cfr. F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi «storica»?*, in *Politica del diritto*, 1, 2020, pp. 3 ss.

Ciò che ai fini di questa trattazione merita un maggiore approfondimento è la natura giuridica della “non punibilità”¹⁹⁷ delle condotte individuate dalla Corte costituzionale all’interno della fattispecie di cui all’art. 580 c.p.

La Corte milanese, utilizzando la formula assolutoria “*perché il fatto non sussiste*” (anziché “*perché il fatto non costituisce reato*”, tipica della causa di giustificazione sostanziale) ha dato prova di aderire a sua volta alla scriminante procedurale: il fatto è scriminato *ex ante* al momento della realizzazione della condotta, non sussumibile *ab origine* nel fatto tipico in quanto scriminato.

Di diverso avviso è P. Bernardoni¹⁹⁸ secondo cui la scelta di formula effettuata dalla Corte sembrerebbe tradire la scriminante di tipo procedurale, facendo ritenere che la condotta di aiuto al suicidio sia atipica, perché il soggetto era legittimato a tenere quella condotta, e aderendo alla teoria c.d. bipartita¹⁹⁹ del reato (pur facendo, erroneamente²⁰⁰, esplicito riferimento a quella c.d. tripartita) che vede nelle cause di giustificazione elementi negativi del fatto.

Non è d’accordo M. Donini, il quale ritiene priva di fondamento tecnico la tesi della atipicità a scapito della scriminante di tipo procedurale almeno fino a quando non verrà riscritto l’art. 580 c.p.: “*finché esiste l’art. 580 c.p., mai rimosso dalla Corte, ma solo manipolato nella parte in cui non esclude la punibilità dei casi ora liceizzati, esso è il presupposto della non punibilità introdotta [dalla Consulta], situazione “esemplare” di un fatto che ha bisogno di una giustificazione per essere lecito (e non punibile), ma non di un fatto...inesistente*”²⁰¹.

Da ultimo, c’è chi²⁰² ha ritenuto che, se davvero nei casi individuati dalla Corte è preesistente un diritto al suicidio del malato, non fosse necessario dichiarare l’art. 580 c.p. parzialmente incostituzionale ma che fosse sufficiente, con una sentenza interpretativa di rigetto, dichiarare il diritto al suicidio prevalente rispetto alla

¹⁹⁷ Così F. COPPOLA, *Diritto di aiuto al suicidio e nuove prospettive. Verso la scriminante procedurale*, in *Rivista Scientifica ANVUR*, 16 dicembre 2020 §2.1.

¹⁹⁸ Cfr. P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla “non punibilità” dell’aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in *Sistemapenale.it*, 26 febbraio 2020.

¹⁹⁹ V. *supra* pp. 8 ss.

²⁰⁰ Così M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, cit., p. 21.

²⁰¹ *ID.*, *op. ult. cit.*, p. 21 in nota.

²⁰² V., per tutti, F. CONSULICH, *Stat sua cui qui dies. Libertà o pena di fronte all’aiuto al suicidio?*, cit., p. 133 e P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla “non punibilità” dell’aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, cit., pp. 8 ss.

fattispecie incriminatrice in base al combinato disposto degli artt. 51, comma 1 c.p. e 119, comma 2, c.p.²⁰³ : la formula assolutoria più corretta avrebbe dovuto quindi essere quella per cui “*il fatto non è previsto dalla legge come reato*” in quanto il fatto risulta essere inoffensivo e quindi non corrispondente ad alcuna fattispecie penale tipica.

7. La prima applicazione dei principi sanciti dalla Corte costituzionale: la Corte di Assise di Massa assolve Marco Cappato e Mina Welby per il caso Trentini

7.1. Il fatto

La prima vera applicazione, indipendente rispetto al caso Cappato, dei principi sanciti dalla Corte costituzionale si è avuta con riferimento ad un'altra tragica vicenda di fine vita, simile ma non analoga a quella che aveva coinvolto Fabiano Antoniani²⁰⁴, che ha come protagonista Davide Trentini, paziente affetto da sclerosi multipla. La malattia, diagnosticata nel 1993, sotto controllo nei primi anni, era proseguita con “*decorso recidivante remittente ad elevata frequenza di riacutizzazioni cliniche*”²⁰⁵, rendendo impossibile ogni recupero e condannando il paziente a sofferenze progressivamente sempre più dolorose: Davide Trentini, a partire dai primi anni Duemila, iniziava ad aver bisogno di aiuto anche per le più ordinarie attività quotidiane come farsi la doccia, alzarsi dal letto e andare in bagno e neppure la somministrazione dei farmaci più potenti era in grado di alleviare le atroci sofferenze a cui era sottoposto. Dal 2014 in avanti Trentini cominciava a manifestare l'intenzione di porre fine alla propria esistenza, condividendo questo suo desiderio con i membri della sua famiglia, i quali, invano, cercavano di distoglierlo dal proposito suicida.

²⁰³ Sul punto v. M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 20, dove l'Autore ritiene che, essendo la fattispecie prevista dall'art. 580 c.p. un'ipotesi di reato plurisoggettivo necessario, debba operare l'art. 119, comma 2, c.p. “*che nei casi di concorso in generale prevede che le ipotesi scriminanti oggettive si estendano agli altri “concorrenti”, rendendo lecito anche il loro aiuto al “fatto” giustificato*”.

²⁰⁴ Cfr. *supra* pp. 49 ss.

²⁰⁵ Così Corte d'Assise di Massa, sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), Pres. est. De Mattia, imp. Cappato e Schett, in *Giurisprudenza Penale*, 8 settembre 2020.

Dopo aver abbandonato l'idea di procurarsi la morte da sé gettandosi dalla finestra dell'appartamento in cui risiedeva, non solo perché terrorizzato dall'eventualità di non riuscire effettivamente a darsi la morte per la non considerevole altezza, ma anche e soprattutto perché riteneva di avere diritto a una morte dignitosa, rapida e indolore, decideva di ottenere informazioni dalle strutture svizzere che praticano il suicidio assistito ed entrava in contatto con Marco Cappato e Mina Welby per ottenere un supporto morale ed economico.

Il 13 aprile 2017, a Basilea, Davide Trentini moriva in pochi secondi dopo aver azionato egli stesso il meccanismo che iniettava la dose letale²⁰⁶.

7.2. La pronuncia di assoluzione della Corte d'Assise di Massa

Si è già tentato di sottolineare come, in assenza di una disciplina legislativa in materia, ci sia sempre il rischio che il caso concreto, che ogni volta viene posto all'attenzione dei giudici, sia da questi deciso in maniera differente per la diversa interpretazione che è possibile dare ai requisiti forniti dalla Consulta nella pronuncia n. 242 del 2019: è pacifico che il giudice delle leggi “*abbia tracciato l'area di “non punibilità delle condotte di agevolazione al suicidio altrui facendo astrazione di alcune circostanze fattuali salienti della vicenda concreta*”²⁰⁷, nel caso di specie il caso di DJ Fabo da cui era originato il giudizio *a quo*.

Il caso Trentini è, infatti, solo il primo di molte altre vicende, caratterizzate da forte incertezza, che il legislatore non ha ancora voluto compiutamente regolare.

Per aver aiutato Davide Trentini a raggiungere la Svizzera e ottenere il suicidio assistito, Marco Cappato e Mina Welby sono stati imputati del reato di cui agli artt. 110 e 580 c.p. perché, in concorso tra loro, agendo anche rispettivamente quali

²⁰⁶ Per un approfondimento cfr. A. MASSARO, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 9, pp. 2 ss.

²⁰⁷ F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre Dj Fabo: la nozione di “trattamenti di sostegno vitale” nella sentenza sul caso Trentini*, in *Sistemapenale.it*, 14 settembre 2020, §2.

segretario e legale responsabile il Cappato, presidente dell'Associazione no-profit denominata "Soccorso Civile" la Welby, rafforzavano l'altrui proposito di suicidio e ne agevolavano l'esecuzione.

Quanto alla prima condotta di rafforzamento la Corte di Assise di Massa ha assolto gli imputati ai sensi del comma 1 dell'art. 530 c.p.p. con la formula "*perché il fatto non sussiste*" perché risultava provata l'insussistenza dell'elemento materiale del reato: le dichiarazioni rese dai numerosi testimoni conducevano inevitabilmente ad una volontà suicidaria autonomamente e liberamente formatasi per cui era escluso qualsiasi tipo di influenza da parte degli imputati.

Bisogna, invece, fare qualche considerazione con riferimento alla seconda condotta di agevolazione al suicidio.

Anzitutto, è doveroso premettere che, trattandosi di un fatto commesso precedentemente rispetto agli interventi della Corte costituzionale in materia, non è possibile richiedere che le condizioni procedurali indicate dalla Consulta siano rispettate tal quali. Il giudice delle leggi contempla questa eventualità nella sentenza n. 242 del 2019, stabilendo che "*riguardo ai fatti anteriori la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata, in specie, al fatto che l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti*²⁰⁸" a quelle offerte dalla legge n. 219 del 2017.

Sulla base di questa previsione, la Corte d'Assise di Massa ha effettuato valutazioni simili a quelle della Corte d'Assise di Milano²⁰⁹, interrogandosi circa la sussistenza dei requisiti sostanziali di cui alle lettere a) – d) dell'ordinanza n. 207/2018 e procedurali (*i.* accertamento medico circa la sussistenza dei requisiti sostanziali; *ii.* volontà univoca del paziente; *iii.* adeguata informazione circa la propria condizione clinica e le soluzioni alternative). Come risulta dai certificati medici, Davide Trentini era affetta da una malattia irreversibile (requisito *sub a*), fonte di sofferenze fisiche intollerabili (requisito *sub b*), capace di compiere decisioni libere e consapevoli (requisito *sub d*).

²⁰⁸ Così la Corte cost., 24 settembre 2019 n. 242, cit., §7, ripresa nella motivazione al §12 da Corte d'Assise di Massa, sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), *cit.*

²⁰⁹ Corte d'Assise di Milano, sent. 23 dicembre 2019 (dep. 30 gennaio 2020), *cit.*

Con riferimento al requisito *sub c*), e cioè l'essere il paziente sottoposto a trattamenti di sostegno vitale, è possibile scorgere quello che, almeno *prima facie*, sembra essere un importante ostacolo alla possibilità di ottenere aiuto al suicidio secondo quanto previsto dalla Corte costituzionale: occorre chiedersi se tale condizione sia verificata o meno nel caso concreto²¹⁰.

La Corte d'Assise di Massa fornisce un'interpretazione estensiva del requisito *sub c* affermando che “*la dipendenza da “trattamenti di sostegno vitale” non significa necessariamente ed esclusivamente dipendenza da una macchina*²¹¹”. I giudici hanno, quindi, effettuato un'applicazione analogica del requisito che, essendo un elemento costitutivo di una scriminante, è destinato ad operare in *bonam partem*²¹² : per trattamento di sostegno vitale, dice la Corte, “*deve intendersi qualsiasi trattamento sanitario, interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida*²¹³”

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, i giudici toscani hanno ritenuto sussistenti tutti i requisiti richiesti dalla causa di giustificazione configurata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019, anche con riferimento al requisito *sub c*, rispetto al quale sussiste per lo meno “*un dubbio in merito alla configurabilità nel caso in esame di tale esimente*²¹⁴” e hanno quindi assolto i due imputati con la formula “*perché il fatto non costituisce reato*”.

La sentenza di primo grado è stata confermata in appello dalla Corte d'Assise di Genova²¹⁵ chiudendo definitivamente il caso. In assenza di un intervento da parte del legislatore, però, questa sarà solo la prima di tante pronunce giurisprudenziali dall'esito imprevedibile, frutto della libera interpretazione che i giudici possono dare,

²¹⁰ Sul punto, v. C. CUPELLI, *I confini di liceità dell'agevolazione al suicidio e il ruolo del legislatore. Brevi note a margine della nuova sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby*, in *Sistemapenale.it*, 3 agosto 2020, §5. , dove l'Autore, prima del deposito della motivazione, auspica un'interpretazione estensiva del requisito *sub c* da parte della Corte d'Assise di Massa chiamata a decidere sulle responsabilità di Marco Cappato e Mina Welby nella vicenda di Davide Trentini.

²¹¹ Corte d'Assise di Massa, sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), *cit.*, §15.2.

²¹² Così F. LAZZERI, *op. ult. cit.*, §9.

²¹³ Corte d'Assise di Massa, sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), *cit.*, §15.2.

²¹⁴ Corte d'Assise di Massa, sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), *cit.*, §19.

²¹⁵ Corte d'Assise d'Appello di Genova, sent. 28 aprile 2021 (dep. 20 maggio 2021).

con riferimento al caso concreto portato alla loro attenzione, circa la sussistenza o meno dei requisiti indicati dalla Consulta per la non punibilità dell'aiuto al suicidio.

CAPITOLO IV

PERPLESSITÀ E INCERTEZZE SUL FINE VITA NEL SILENZIO DEL LEGISLATORE: LA PROPOSTA DI *REFERENDUM* ABROGATIVO DELL'ART. 579 C.P. E LE RAGIONI DELLA SUA INAMMISSIBILITÀ

1. Premessa

Con le due pronunce che si è voluto commentare nelle precedenti pagine, la Corte costituzionale ha dimostrato di voler prendere le distanze da quell'idea di assoluta indisponibilità del bene vita che era alla base dell'impostazione originaria del codice del 1930.

La *forma mentis* del legislatore storico è facilmente percepibile se ci si rivolge alle due ipotesi di reato previste agli articoli 579 c.p. (Omicidio del consenziente) e 580 c.p. (Istigazione o aiuto al suicidio) che impediscono, a chi voglia porre fine alla propria vita e non possa provvedervi da solo, di chiedere l'intervento o l'aiuto di altri soggetti²¹⁶.

Per un inquadramento completo del discorso risulta opportuno a chi scrive riproporre una felice distinzione di concezioni elaborata da autorevole dottrina²¹⁷.

- i. La prima è quella c.d. *statalista*, secondo cui la vita è nell'esclusiva disponibilità dello Stato e ogni azione umana che cagioni la morte deve essere incriminata: non solo le ipotesi di aiuto e istigazione al suicidio (art. 580 c.p.) e di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) devono essere punite, ma anche lo stesso suicidio è visto in termini di disvalore;

²¹⁶ Per un approfondimento cfr. F. CONSULICH – C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *giurisprudenzapenale.com*, 22 gennaio 2019, pp. 4 ss.

²¹⁷ R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistemapenale.it*, 22 novembre 2021, pp. 10 ss.

- ii. all'estremo opposto si colloca la concezione c.d. *individualista* che accondiscende a qualsiasi comportamento che si fondi sull'autodeterminazione, sulla base del fatto che quest'ultima deve prevalere sulla vita. Chiaro è che nessuna delle ipotesi previste dagli articoli 579 e 580 del Codice penale meriterebbe allora di essere punita né, *a fortiori*, è disvalorato il suicidio;
- iii. in una posizione mediana tra le due appena delineate si colloca la concezione c.d. *naturalista/causalista* secondo cui l'unico comportamento rimproverabile è quello posto in essere dal terzo che cagioni la morte di un soggetto con il suo consenso (art. 579 c.p.), in quanto il nesso causale è interamente da impuntarsi al terzo. Non così invece nell'ipotesi di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), che viene assimilata all'ipotesi non punibile di suicidio;
- iv. da ultimo, rileva quell'orientamento che è stato definito *solidarista* e che si fonda sulla reversibilità ovvero irreversibilità della malattia: solo se la malattia è irreversibile sono ammissibili le ipotesi di aiuto o istigazione al suicidio e di omicidio del consenziente; se, invece, la malattia è reversibile, la condotta rimane illecita e punibile.

Come non ci sono dubbi che il codice Rocco abbia adottato una concezione statalista, è possibile affermare che un tentativo di abbracciare l'orientamento mediano naturalista/causalista sia stato esperito dalla Corte d'Assise di Milano ²¹⁸ nell'ordinanza con la quale aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: i giudici avevano infatti proposto di dichiarare incostituzionale il solo aiuto al suicidio, mantenendo in vigore l'art. 579 c.p. sull'omicidio del consenziente.

Un ritorno all'adesione alla concezione statalista del codice Rocco si è avuto con gli interventi della Corte costituzionale, nella parte in cui quest'ultima ha affermato che l'art. 580 c.p. ha ancora una sua ragione d'esistere. Nel farlo ha però introdotto il riferimento alla irreversibilità della malattia e alle altre condizioni per la non punibilità

²¹⁸ Ordinanza della I Corte d'Assise di Milano, 14 febbraio 2018, proc. 9609/2017/21; v. *supra* pp. 54 ss.

dell'aiuto a morire (concezione solidarista), restringendo così la portata applicativa della fattispecie incriminatrice.

Le pronunce della Corte, è un dato di fatto, nulla dicono sull'altra fattispecie relativa al fine-vita e cioè sull'ipotesi di omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p., ma questo non deve stupire in quanto la Consulta è chiamata a pronunciarsi solo sulla legittimità costituzionale della norma che il giudice *a quo* ha sottoposto alla sua attenzione.

Tuttavia, il fatto che la sentenza non sia *“particolarmente lineare e ineccepibile sul piano della rigorosa consequenzialità logica dei passaggi, frequentemente caratterizzati da un'insoddisfacente, assertiva, apoditticità”*²¹⁹ ha, secondo alcuni, permesso di dare letture diverse alla decisione anche in relazione alle vicende che riguardano il vicino, anche se non analogo campo dell'omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p., rese possibili dalla assenza totale del Parlamento che non si è ancora adoperato per dare effettiva attuazione alle indicazioni della Consulta.

Accade infatti che gli ospedali pubblici, ai quali la Corte costituzionale rimanda per l'accertamento dei requisiti necessari indicati nella sentenza, non sono disposti a provvedere in assenza di una legge del Parlamento e di provvedimenti esecutivi del Governo che ne disciplinino le modalità: l'inerzia del legislativo e dell'esecutivo ha come conseguenza che, nella pratica, l'incostituzionalità dichiarata dalla Corte costituzionale sia mantenuta.²²⁰

A titolo di esempio, ha recentemente destato scalpore la vicenda relativa a Fabio Ridolfi²²¹, un quarantaseienne di Fermignano immobilizzato da diciotto anni per una tetraparesi da rottura dell'arteria basilare, il quale si è affidato all'Associazione Luca Coscioni e si è rivolto all'Asur (Azienda sanitaria unica regionale) Marche per ottenere il riconoscimento del diritto a morire secondo il dettato della Corte costituzionale. Nonostante fosse in possesso di tutti i requisiti per porre fine alle proprie sofferenze, Fabio non ha ottenuto il parere favorevole da parte del Comitato etico regionale per

²¹⁹ Così G. BALBI, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, in *Sistemapenale.it*, 11 febbraio 2022, p. 3.

²²⁰ V. ZAGREBELSKY, *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, su *“La Stampa”*, 26 giugno 2021, p. 19; sul punto cfr. anche M. ROMANO, *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell'inammissibilità*, in *Sistemapenale.it*, 25 gennaio 2022, p. 5.

²²¹ Sul punto cfr. *“Suicidio assistito, terza richiesta in Italia, l'appello di Fabio Ridolfi: “Lo Stato mi aiuti a morire”*”, *“La Repubblica”*, 18 maggio 2022.

potersi legittimamente congedare dalla vita. Nelle more del Servizio sanitario e nell'impossibilità di ottenere una morte immediata, Fabio ha comunicato di voler ricorrere alla sospensione dei trattamenti di sostegno vitale in corso e alla sedazione palliativa profonda continua: il decesso è avvenuto in data 13 giugno 2022.

L'incapacità del legislatore di intervenire per dare concreta attuazione al dettato della Consulta²²² e l'esigenza di arrivare il prima possibile ad una disciplina del fine-vita completa ma soprattutto coerente ed organica nel suo insieme, hanno spinto diverse associazioni, tra tutte la "Luca Coscioni", a promuovere un *referendum* abrogativo per l'eutanasia legale. Questo sarà l'argomento delle prossime pagine.

2. Considerazioni multilivello sul quesito referendario

Nell'aprile 2021 l'attenzione dell'opinione pubblica è stata richiamata, per l'ennesima volta, sul complesso tema del fine vita.

La promozione del *referendum* ha infatti riscosso un ampio consenso superando rapidamente il milione di adesioni: risultato che è stato facilmente raggiunto in quanto, per la prima volta, è stato possibile firmare digitalmente la richiesta online attraverso lo Spid o la Carta d'Identità Elettronica (CIE)²²³.

Il testo del quesito era il seguente: *“Volete voi che sia abrogato l’art. 579 c.p. del Codice penale (omicidio del consenziente) approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, comma 1, limitatamente alle seguenti parole “la reclusione da sei a*

²²² Occorre evidenziare che, nei giorni immediatamente precedenti alla conclusione del presente lavoro, è stato reso noto che in data 16 giugno 2022, per la prima volta in Italia e pur nelle more del legislatore, è stata data attuazione al dettato della Corte costituzionale (sent. n. 242/2019): Federico Carboni (dapprima conosciuto come Mario, nome di fantasia), quarantaquattrenne marchigiano tetraplegico da dodici anni a causa di un incidente stradale, ha potuto legalmente scegliere il suicidio assistito dopo una lunga battaglia legale, somministrandosi in prima persona la dose letale.

²²³ Per un approfondimento sulla firma online della richiesta di referendum cfr. *Referendum sull'eutanasia legale: da oggi si può firmare anche online*, in *Rollingstone.it*, 12 agosto 2021; o, ancora, *La svolta delle firme digitali per i referendum*, in *Ilpost.it*, 13 settembre 2021; *Referendum eutanasia, siamo a 900 mila firme e sono le giovani donne a sfruttare maggiormente la firma digitale*, di Ilaria Roncone, in *Giornalettismo.com*, 15 settembre 2021.

quindici anni”; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole “*Si applicano*”?”

Se, da una parte, il giudizio di legittimità dell’Ufficio centrale per il *referendum* presso la Suprema Corte di Cassazione²²⁴ è stato favorevole; dall’altra, sono sorte subito perplessità circa il giudizio di ammissibilità da parte della Corte costituzionale.

Non ci sono dubbi che il quesito referendario non rientri in uno dei divieti previsti esplicitamente in Costituzione. La Carta, all’art. 75, comma 2, esclude, infatti, che possa essere ammesso il referendum “*per leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali*”: è evidente che l’art. 579 c.p. non incarna alcuna di queste tipologie di leggi.

Tuttavia, la Corte, in materia di ammissibilità del *referendum*, si è dimostrata piuttosto altalenante e imprevedibile.

Nel rispetto della Costituzione²²⁵, è la legge n. 352 del 1970 a disciplinare le modalità di attuazione del *referendum* e numerose sono state le pronunce²²⁶ in cui la Consulta ha dato prova di seguirne il dettato²²⁷, escludendo la possibilità di effettuare un giudizio che si concretizzi in un sindacato preventivo di legittimità costituzionale della normativa di risulta. I requisiti che la Corte generalmente richiede per l’ammissibilità del *referendum* sono quelli di omogeneità, univocità, semplicità, completezza, coerenza²²⁸.

Non sempre, però, il Giudice delle leggi ha ragionato in questo modo, avendo più volte sentito l’esigenza di procedere ad una valutazione più pregnante che andasse a

²²⁴ Cfr. Ordinanza del 15 dicembre 2021, depositata il 16 dicembre 2021, con la quale l’Ufficio centrale per il *referendum*, costituito presso la Corte di cassazione, ha dichiarato conforme alle disposizioni di legge la richiesta di *referendum* popolare abrogativo ai sensi dell’art. 12 della legge 25 maggio 1970, n. 352.

²²⁵ Il riferimento è all’art. 75, ultimo comma, Cost.: “*La legge determina le modalità di attuazione del referendum*”.

²²⁶ Sul punto v. A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, 131 ss.; tra le sentenze della Corte in questo senso cfr. Corte cost., sentt. n. 25 del 2004, nn. 15 e 16 del 2008 e n. 27 del 2017.

²²⁷ L’art. 33, comma 4, della legge n. 352 del 1970, affermando che “[l]a Corte costituzionale, a norma dell’articolo 2 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, decide con sentenza da pubblicarsi entro il 10 febbraio, quali tra le richieste siano ammesse e quali respinte, perché contrarie al disposto del secondo comma dell’articolo 75 della Costituzione”, sembra stabilire che il sindacato della Consulta debba limitarsi a verificare che oggetto di *referendum* non sia una tipologia di legge espressamente esclusa dall’art. 75, comma 2, Cost.

²²⁸ Così li ha sapientemente riassunti M. ROMANO, *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell’inammissibilità*, cit., p. 2.

considerare non solo il quesito in sé, ma anche le conseguenze che l'eventuale approvazione del *referendum* abrogativo avrebbe comportato nell'ordinamento.

In particolare, la Consulta ha più volte voluto verificare che l'esito della consultazione popolare non incidesse su leggi costituzionalmente necessarie ovvero leggi a contenuto costituzionalmente vincolato. Si tratta di due ipotesi distinte²²⁹ spesso però considerate in modo unitario: la domanda che in questo caso bisogna porsi è se la disciplina di risulta garantirebbe alla vita umana una tutela costituzionale minima.

Tuttavia, sembra opportuno fare riferimento all'osservazione di chi²³⁰ ha ricordato come la giurisprudenza costituzionale abbia censurato un'abrogazione totale della norma costituzionalmente necessaria, lasciando la possibilità di abrogarla parzialmente, purché non sia intaccato il livello minimo di tutela: questo è esattamente ciò che, secondo l'Autore, accade nel caso di specie, in quanto in caso di approvazione del *referendum*, l'art. 579 c.p. manterrebbe intatto *“il nucleo costituzionalmente irrinunciabile”*, conservando *“la punibilità del fatto se commesso contro un soggetto vulnerabile o il cui consenso sia stato estorto o carpito”*.

Il testo del nuovo art. 579 c.p., così come modificato dall'eventuale approvazione del *referendum* abrogativo, sarebbe stato: *«chiunque cagiona la morte di un uomo con il consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio, se il fatto è commesso: 1. contro una persona minore degli anni diciotto; 2. contro una persona inferma di mente o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3. contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno»*.

Se ci si sofferma sulla precedente e tuttora vigente formulazione dell'articolo è possibile individuare due disposizioni normative differenti: il primo comma prevede infatti una fattispecie incriminatrice *“minorante”* rispetto all'omicidio comune, nel

²²⁹ Sulla differenza tra le due nozioni cfr. S. B. TAVERRITI, *Ragioni e spazi del favor per la democrazia diretta in materia penale. Note a margine del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 1-bis, p.4 ss.: *“Le leggi costituzionalmente obbligatorie sono quelle la cui esistenza è imprescindibile per l'ordinamento costituzionale, senza che – tuttavia – ne sia necessariamente vincolato anche il contenuto [...] Viceversa, le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato racchiudono nella loro morfologia l'unica e infettibile opzione legislativa consentita dalla Costituzione”*.

²³⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il referendum per l'eutanasia legale*. Forum di Giustizia insieme (Intervista di Roberto Conti), 29.09.2021.

terzo comma è presente un “clausola di riserva in favore della tutela comune” quando il consenso viene prestato da parte di un soggetto che si trova in una delle tre condizioni espressamente previste. C’è chi²³¹, effettuando una comparazione tra il vecchio e il nuovo articolo, ha rilevato che l’oggetto dell’abrogazione proposta dal *referendum* è costituito esclusivamente dalla fattispecie “minorante” e cioè di quella parte che prevede un’ipotesi di omicidio sanzionata meno severamente, in deroga alla fattispecie di omicidio comune prevista all’art. 575 c.p.

Nell’attesa della pronuncia sul *referendum* abrogativo da parte della Corte costituzionale, autorevole dottrina si è interrogata circa l’ammissibilità ovvero l’inammissibilità del quesito referendario così come formulato, introducendo argomentazioni e riflessioni che, pochi mesi dopo, sono in parte confluite nella recentissima decisione della Consulta²³².

Ai fini della nostra indagine è opportuno fare riferimento ad alcune di esse.

Anzitutto, autorevole dottrina²³³ ha ritenuto preterintenzionale la portata del *referendum* rispetto a quanto dichiarato dagli stessi promotori sul sito *eutanasialegale.it*, i quali affermano che con l’approvazione del quesito referendario “*l’eutanasia attiva sarà consentita nelle forme previste dalla legge sul consenso informato e il testamento biologico, e in presenza dei requisiti indicati dalla sentenza della Consulta sul caso Cappato*”.

In effetti, la nuova formulazione dell’articolo dedicato all’omicidio del consenziente non conteneva alcun riferimento alla necessità dei requisiti indicati dalla Corte costituzionale per l’aiuto al suicidio, né alla legge n. 219 del 2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento. L’esito positivo del *referendum*, pertanto, avrebbe autorizzato chiunque a prestare il proprio consenso ad essere ucciso, senza limitare questa possibilità a chi si trovava nelle condizioni

²³¹ T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p.*, Testo della relazione al Seminario preventivo ferrarese “*Amicus curiae*” del 26 novembre 2021, pp. 2 ss.

²³² Cfr. Corte cost., sentenza 15 febbraio 2022 (dep. 02.03.2022), n. 50, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il quesito referendario: v. *infra* pp. 89 ss.

²³³ Tra tutti, v. D. PULITANÒ, *Problemi di fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistemapenale.it*, 19 ottobre 2021, pp. 1 ss.

tassativamente indicate dalla Corte costituzionale per il riconoscimento di quei “diritti infelici”²³⁴ quale è l’aiuto al suicidio²³⁵.

E la Consulta ha già avuto modo di opporsi a un tale riconoscimento nelle pronunce del 2018 e 2019, non accogliendo la soluzione prospettata dalla Corte d’Assise di Milano nella questione di legittimità da essa sollevata sull’art. 580 c.p. con riferimento alla vicenda di Marco Cappato.

Nemmeno un intervento successivo del legislatore o della stessa Corte costituzionale potrebbe, secondo alcuni²³⁶, porre rimedio ad un’apertura eccessiva a forme di eutanasia attiva.

Volendo riprendere le diverse concezioni elaborate da R. Bartoli²³⁷, il *referendum* si muoveva in una prospettiva fortemente *individualistica* che andava ben al di là della strada tracciata dalla Corte costituzionale. L’omicidio del consenziente sarebbe stato legittimato *tout court*, in un’ottica in cui l’autodeterminazione deve prevalere sempre sulla vita, a prescindere dalla presenza di una malattia irreversibile fonte di sofferenze fisiche e psichiche, senza che ci sia alcun tipo di controllo *ex ante* sulla verifica dei requisiti che, appunto, non esistono (perché nessun requisito viene nemmeno indicato) e senza che questo tipo di attività sia riservata a soggetti professionalmente qualificati inseriti all’interno del servizio sanitario pubblico.

In breve, chiunque avrebbe potuto chiedere a chiunque e in qualsiasi momento (e anche a pagamento!) di porre fine alla propria vita.

²³⁴ Espressione coniata da M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, pp. 554 ss.

²³⁵ Di opposto avviso autorevolissima dottrina: T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 7 ss.; U. ADAMO, *Intorno al giudizio sull’ammissibilità del referendum per l’abrogazione parziale dell’art. 579 del Codice penale (omicidio del consenziente)*, in *Riv. AIC*, 1/2022, 01 febbraio 2022, pp. 244 ss., secondo cui “con la legge di risulta chiunque, per non essere incriminato per omicidio, dovrà muoversi nello stretto ambito del *fine vita medicalizzato*”.

²³⁶ Cfr. O. DI GIOVINE, *Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale*, in *Sistemapenale.it*, 25 gennaio 2021, p. 2, dove l’Autore si domanda se il legislatore abbia la possibilità di “*sconfessare la scelta dei cittadini*” ovvero se la Consulta possa incidere *ex post* con un sindacato il *malam partem* su una norma penale, opzione che essa stessa ha più volte scartato ex art. 25 Cost.; così anche R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p.* (versione provvisoria), Relazione introduttiva al Seminario di *Amicus Curiae*, 21 agosto 2021, p. 7, nella parte in cui sostiene che “*l’esito positivo del referendum [...] potrebbe addirittura mettere in dubbio la legittimità di un successivo intervento del legislatore in senso riduttivo della libertà di autodeterminarsi, in quanto contrastante con la volontà espressa dal corpo elettorale*”.

²³⁷ Il riferimento è alle quattro diverse concezioni elaborate da R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, *cit.*, p. 19, di cui si è detto in Premessa a questo capitolo: cfr. *supra*, pp. 77 ss.

Con altre e più esplicative parole questo concetto viene ripreso da alcuni esponenti della dottrina, i quali ritengono che l'art. 579 c.p. *“da norma posta a tutela della vita, si [sarebbe] trasform[ata] in disposizione che legittima una forma assoluta di autodeterminazione e, sulla base del consenso, l'intervento dei terzi nella attuazione della volontà di porre fine alla propria esistenza”*²³⁸.

La disposizione, assente nel codice Zanardelli, è stata infatti introdotta con il codice penale del 1930, da una parte, per evitare che l'omicida per richiesta della vittima, mosso da pietà nei confronti di chi lo implora di porre fine alle sue sofferenze, dovesse soggiacere alla rigidissima pena prevista per l'omicidio comune (art. 575 c.p.); dall'altra per scongiurare l'ipotesi che la giurisprudenza assicurasse l'impunità al reo, soluzione inaccettabile in un contesto in cui la vita doveva essere rispettata e protetta ad ogni costo²³⁹.

Tuttavia, è doveroso chiarire che, nella pratica, l'art. 579 c.p. ha avuto scarsissima applicazione²⁴⁰: i giudici sono sempre stati molto cauti nel ritenere che sussistessero le condizioni per l'applicazione di questa norma con pena attenuata, avendo ritenuto all'epoca, ma anche più recentemente, che debba esserci prova di un consenso *“serio, esplicito, non ambiguo e perdurante sino al momento della commissione del fatto”*, da cui emerga *“un'evidente volontà di morire, la cui prova deve essere univoca, chiara e convincente”*²⁴¹.

Un ulteriore aspetto critico è stato sollevato da altre voci²⁴², le quali ritenevano irragionevole la normativa di risulta per il fatto che l'omicidio del consenziente, senza dubbio più invasivo rispetto alla fattispecie prevista dall'art. 580 c.p. in quanto è il terzo a causare la morte, sarebbe stato sanzionato meno severamente rispetto alla

²³⁸ *Ex multis*, v. N. ROSSI, *L'impasse del fine vita. L'aiuto a morire tra referendum e legge*, in *Questione Giustizia* del 24.11.2021, par. 3.

²³⁹ Sul punto cfr. anche la *Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori del Codice penale*, V, parte II, Roma 1929, p. 373, dove si afferma che la protezione della vita *“rappresenta un prevalente interesse sociale”*.

²⁴⁰ Così conclude O. DI GIOVINE, *Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale*, cit., p. 5; cfr. anche A. PISU, *Eutanasia e consenso: dal reato al diritto, passando per il referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 1-bis, pp. 8 ss.

²⁴¹ V., da ultima, Cass. pen., sez. I, 19 aprile 2018, n. 747.

²⁴² Così G. BALBI, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, cit., p. 5: l'autore ritiene la fattispecie dell'omicidio del consenziente più invasiva rispetto a quella di aiuto (o istigazione) al suicidio in quanto *“sottraendo al destinatario l'ultimo gesto, attenua nel contempo – o comunque può attenuare, a seconda dell'opzione modale posta in essere – la possibilità di un'eventuale, ultima chance di ripensamento da parte del titolare del bene”*.

fattispecie meno grave di aiuto al suicidio che, seppure con i limiti indicati dalla Corte, avrebbe continuato a trovare applicazione.

Si è già accennato che la Corte ha più volte condizionato l'ammissibilità del *referendum* al fatto che la normativa di risulta sia coerente e chiara, in modo tale da evitare che il cittadino che si reca alle urne venga suggestionato o convinto di una realtà distorta.

Non manca chi²⁴³, conscio di questa prassi da alcuni fortemente criticata²⁴⁴, ha infatti sottolineato che nel Codice penale vigente la fattispecie di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) è punita in modo sensibilmente inferiore rispetto a quella di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e, pertanto, le condizioni di liceità previste dalla sentenza n. 242 del 2019 per il suicidio assistito dovrebbero, *a fortiori*, essere valide anche per quest'ultima ipotesi.

Sulla base di questa premessa l'Autore propendeva per un giudizio di inammissibilità del quesito referendario da parte della Consulta in quanto l'eventuale esito favorevole del *referendum* sarebbe andato a vanificare lo sforzo effettuato dalla Corte nell'indicare le condizioni procedurali in presenza delle quali l'aiuto al suicidio non è punibile: qualunque persona maggiorenne capace di prendere decisioni libere e consapevoli avrebbe potuto chiedere di porre fine alla propria esistenza indipendentemente da qualsiasi patologia fonte di sofferenze fisiche e psichiche e dall'essere tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale.

C'è chi, al contrario, riteneva che *“la conservazione dell'art. 580 delimit[asse] il campo successivo al sì referendario [...]. Anche se ciò non poteva essere scritto nel quesito, che è solo abrogativo, il rapporto col permanente art. 580 c.p. dice proprio questo”*²⁴⁵.

²⁴³ Cfr. M. ROMANO, *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell'inammissibilità*, cit., pp. 5 ss.

²⁴⁴ Critico sul punto è A. PUGIOTTO, *Referendum sull'eutanasia, altro che “quesito sbagliato”*: gli errori di Flick sul fine vita, in *Il riformista*, 24.08.2021, dove l'Autore individua (almeno) tre ragioni per cui i precedenti della Consulta che compiono una valutazione sulla normativa di risulta sono censurabili: “1) confondono – fino all'impropria sovrapposizione – due giudizi che hanno ritmi, regole processuali, finalità differenti; ; 2) raccontano di un sindacato prematuro e astratto – quasi profetico – su una normativa che potrebbe anche non vedere mai la luce, quando invece il giudizio di legittimità non è a oggetto ipotetico, svolgendosi sempre su disposizioni già in vigore, valutate nel loro significato applicato; 3) espongono la Corte all'accusa di negare arbitrariamente il diritto di voto (referendario), indebolendo la propria legittimazione”.

²⁴⁵ Così M. DONINI, *Il senso “ammissibile” del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sistemapenale.it*, 30 novembre 2021, p. 2.

Secondo M. Donini la scelta di non allargare il *referendum* anche all'art. 580 c.p. è stata dettata dal buonsenso dei proponenti, in quanto la sua conservazione avrebbe comportato il fatto che il nuovo articolo 579 c.p. avrebbe dovuto essere coordinato con l'art. 580 c.p. così come interpretato dalla Corte costituzionale attraverso le sue due note pronunce.

Ancora, con la modifica dell'art. 579 c.p., profili di irragionevolezza e disuguaglianza non sarebbero emersi solo con riferimento all'art. 580 c.p., ma l'intero assetto normativo sarebbe stato, secondo alcuni, fortemente debilitato. G. Balbi²⁴⁶, a titolo di esempio, citava l'art. 5 c.c. che limita la possibilità di disporre della propria integrità fisica e si chiedeva in che modo possa coesistere questa norma di fronte alla possibilità di chiedere a chiunque e senza limiti di porre fine alla propria vita; o ancora si domandava quale legittimità sarebbe residua per l'obbligo di indossare le cinture di sicurezza in automobile (art. 172 Codice della Strada) o il casco sulla moto (art. 171, d.l. 285/1992).

Se l'esito del nuovo quesito referendario sulla normativa di risulta ha suscitato perplessità circa la tenuta del sistema e la salvaguardia dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, anche l'attuale assetto normativo ha, per la verità, attirato le critiche di parte della dottrina, in quanto ritenuto insoddisfacente e ipocrita²⁴⁷.

In particolare, si è detto che anche oggi esiste una forte sproporzione tra le due norme: si tratta di una sproporzione inversa in quanto solo l'art. 580 c.p. ha subito un temperamento ad opera della Corte costituzionale mentre, allo stato attuale, nessuno spazio all'autodeterminazione è stato riconosciuto nell'ambito dell'omicidio del consenziente. Anche la disciplina attuale, dunque, sarebbe caratterizzata da una chiara violazione dell'art. 3 Cost., considerando che risulta difficile distinguere le due ipotesi nel contesto di una malattia "*perché analogo è il quadro esistenziale, medesima la scelta e medesimo l'esito*"²⁴⁸.

²⁴⁶ G. BALBI, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, cit., p. 6.

²⁴⁷ Così V. ZAGREBELSKY, *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, pp. 19 ss., in cui l'Autore ritiene che ci sia una forte dose di ipocrisia nel distinguere le due ipotesi di suicidio assistito e omicidio del consenziente, in quanto "*quando è accertata la consapevolezza e libertà di chi ha deciso di morire, la differenza non ha rilievo rispetto alla autonomia della persona nel decidere come e quando morire*".

²⁴⁸ Così G. BALBI, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, cit., p. 7.

In effetti, fa riflettere la posizione di chi ritiene non convincente e incoerente la pretesa di giudicare la ragionevolezza della normativa di risulta assumendo come parametro la disciplina vigente, la quale risulta essa stessa, per molti versi, fortemente caratterizzata da irragionevolezza²⁴⁹.

Ancora, viene da chiedersi se i quattro requisiti indicati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019 sul suicidio assistito siano da ritenersi tutti necessari e contestuali per garantire al bene vita il livello minimo di tutela, o se anche solo uno o alcuni di essi possano ritenersi sufficienti. S. Canestrari²⁵⁰ ritiene che le condizioni di cui ai punti *sub a), b), c)* siano funzionali al requisito *sub d)* il quale richiede che il soggetto da assistere nel suicidio sia una persona “*capace di prendere decisioni libere e consapevoli*”.

Sarebbe quindi questo il requisito veramente decisivo che è peraltro l'unico al quale neanche l'eventuale nuova fattispecie di omicidio del consenziente ha saputo rinunciare²⁵¹: se così fosse non sussisterebbero motivi ostativi ad una pronuncia di ammissibilità del *referendum* abrogativo sull'art. 579 c.p.

A conclusione, M. Donini parla di una “occasione di giustizia” che la Corte non deve impedire, anche se il prezzo da pagare è un illimitato riconoscimento della facoltà dei terzi di porre fine alla vita altrui: si tratta di un *vulnus* sicuramente inaccettabile che non è la Corte Costituzionale a dover scongiurare bensì il legislatore: “*anziché assumersi indebitamente il compito di impedire il riconoscimento di alcuni [...] diritti che il Parlamento ha dimostrato ampiamente di non saper proteggere e sui quali l'elettore vuole decidere, può invece, ammettendo il referendum, rimettere al Parlamento la tutela di altri diritti resi insicuri dall'abrogazione, e che la politica non avrà nessuna difficoltà a salvaguardare tempestivamente*²⁵²”.

Nonostante le argomentazioni avanzate dai promotori e dai sostenitori del *referendum*, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 50/2022, ha optato per la non ammissibilità del quesito.

²⁴⁹ Cfr. F. LAZZERI, *Il pendio verso l'ammissibilità del referendum sull'eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, in *Sistemapenale.it*, 10 gennaio 2022, p. 1.

²⁵⁰ S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, cit., pp. 36 ss.

²⁵¹ Sul punto v. F. LAZZERI, *op. cit.*, §7.

²⁵² M. DONINI, *Il senso “ammissibile” del quesito referendario sull'aiuto a morire*, cit., p. 6.

Sarà cura di chi scrive dedicare le pagine che seguono ai passaggi logico giuridici seguiti dalla Consulta per arrivare a una tale decisione.

3. La sentenza n. 50/2022 della Corte costituzionale sull'inammissibilità del quesito referendario

Come anticipato, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile²⁵³ la richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del Codice penale.

Sia consentito, nei paragrafi successivi, l'approfondimento dei passaggi più significativi della sentenza.

Dopo una completa ed efficace sintesi degli eventi che hanno offerto l'occasione alla Corte di pronunciarsi sull'ammissibilità del quesito referendario²⁵⁴, la Consulta chiarisce che oggetto del proprio giudizio dovrà essere esclusivamente il quesito così come esso è stato formulato, a prescindere dalle dichiarazioni eventualmente rese dai suoi promotori circa la lettura che è opportuno dare allo stesso²⁵⁵: non può pertanto, dice la Corte, essere accolta la tesi dei promotori che sostengono che la normativa di risulta andrebbe reinterpretata alla luce della sentenza n. 242 del 2019 (e dell'ordinanza n. 207 del 2018).

A differenza di quanto accade oggi, in caso di approvazione del *referendum* abrogativo, quindi, la vita sarebbe pienamente disponibile da parte del suo titolare capace di esprimere il proprio consenso, senza alcun tipo di limitazione relativa all'esistenza di una patologia irreversibile fonte di sofferenze ovvero all'essere tenuti in vita attraverso ventilazione o alimentazione artificiali.

²⁵³ Il dispositivo della sentenza n. 55/2022 era già stato reso noto col comunicato stampa pubblicato dalla Corte il 15 febbraio 2022, il quale preannunciava l'inammissibilità del referendum perché, in caso di abrogazione dell'art. 579 c.p., “non sarebbe preservata la tutela minima costituzionalmente necessaria della vita umana, in generale, e con particolare riferimento alle persone deboli e vulnerabili”. Per approfondire cfr. S. CORBETTA, *La Corte costituzionale spiega il no al referendum sull'omicidio del consenziente*, in *Altalex*, 08 marzo 2022; B. PITINGOLO, *Le ragioni del «no» della Corte costituzionale al referendum sull'eutanasia in Italia*, in *Ius in itinere*, 08 aprile 2022.

²⁵⁴ Cfr. *Ritenuto in fatto*, Corte cost., sentenza n. 50/2022 del 15 febbraio 2022 (dep. 02 marzo 2022).

²⁵⁵ § 3 *Considerato in diritto*. Di uguale avviso era stato, tra gli altri, D. PULITANÒ, *Problemi di fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, cit., pp. 1 ss.

Il nuovo articolo 579 c.p., infatti, non farebbe in alcun modo ritenere che “l’*esenzione della responsabilità resti subordinata al rispetto della “procedura medicalizzata” prefigurata dalla legge n. 219 del 2017 per l’espressione (o la revoca) del consenso a un trattamento terapeutico (o del rifiuto di esso)*”²⁵⁶.

C’è chi²⁵⁷ ha ritenuto non convincente questo passaggio della Consulta: la Corte di cassazione ha dimostrato di essere estremamente rigorosa nella valutazione della sussistenza del consenso ex art. 579 c.p., tanto che la fattispecie dell’omicidio del consenziente è stata utilizzata molto di rado: stando così le cose, non sarebbe allora azzardato affermare che l’unica modalità di prestazione del consenso che la Corte è disposta ad autorizzare sia quella della “procedura medicalizzata” di cui alla legge n. 219 del 2017 e alla sentenza n. 242 del 2019.

Come, da una parte, non sarebbero richiesti requisiti di natura oggettiva nel senso appena precisato; dall’altra, il giudice delle leggi fa presente che neppure la qualità del soggetto attivo sarebbe rilevante in caso di esito positivo del *referendum*: da nessuna parte, infatti, sarebbe possibile far derivare la necessità di una figura esercente la professione sanitaria quale soggetto che si attiva per procurare l’altrui morte²⁵⁸.

Ancora, al § 4 del *Considerato in diritto*, la Corte costituzionale afferma che non è sufficiente, per dichiarare ammissibile il quesito, che l’iniziativa referendaria sia destinata a “*fungere dal volano per il varo di una legge che riempia i vuoti lasciati dal referendum*”.

Il quesito deve quindi essere valutato nella sua portata oggettiva, a prescindere dal fatto che l’intento dei promotori sia quello di sollecitare il Parlamento a sostituire la disciplina abrogata. È evidente, allora, come non sia stato ascoltato il monito di M. Donini²⁵⁹, il quale ha ritenuto che non si dovesse richiedere alla normativa di risulta di essere autoapplicativa: secondo l’Autore è preferibile che la Corte non ponga il veto ad una disciplina, anche eccessivamente aperta alla facoltà dei terzi di sopprimere la

²⁵⁶ § 3.3 *Considerato in diritto*.

²⁵⁷ R. D’ANDREA, *Inammissibile il quesito sull’omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistemapenale.it*, 01 aprile 2022, pp. 3-4.

²⁵⁸ § 3.2 *Considerato in diritto*.

²⁵⁹ M. DONINI, *Il senso ammissibile del quesito referendario sull’aiuto a morire*, cit., p. 6; *ID.*, *Referendum sull’eutanasia, ecco perché la Consulta non lo può bocciare*, in *Ilriformista.it*, 13 novembre 2021.

vita di chi vi acconsenta, in modo tale che sia (finalmente!) il legislatore a intervenire su una materia che necessita di riforme urgenti.

Sebbene non abbia costretto il legislatore ad attivarsi subito per porre rimedio ad una lacuna inaccettabile, non è tuttavia sfuggito ad alcuni²⁶⁰ il monito che la Corte costituzionale ha rivolto al legislatore nella recentissima sentenza: soltanto il Parlamento può intervenire in quest'ambito, facendo tesoro delle direttive impartite dalla Consulta negli ultimi anni.

Un ulteriore aspetto che la Corte non ha ommesso di affrontare è il rapporto tra il bene vita e la libertà di autodeterminazione. Quest'ultima, ribadisce la Consulta, *“non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene [vita], risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima²⁶¹”*.

Il giudice delle leggi ha espressamente manifestato la volontà di non aderire alla tesi per cui l'autodeterminazione deve prevalere *tout court* sul bene vita²⁶²: già con le due pronunce del 2018 e del 2019 la Corte ha dimostrato di non condividere la tesi estrema e fortemente paternalistica del «dover vivere ad ogni costo» ma, nonostante ciò, ha ribadito l'impossibilità di abrogare la disciplina dell'art. 579 c.p. facendo venir meno le istanze di protezione del bene vita *“a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale”²⁶³*.

La soluzione proposta da uno tra gli autori più autorevoli²⁶⁴ non viene seguita dalla Corte costituzionale: la proposta di affidare totalmente all'autodeterminazione del

²⁶⁰ V., per tutti, S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Diritticomparati.it*, 17 marzo 2022, p. 7.

²⁶¹ § 5.3 *Considerato in diritto*.

²⁶² Così, invece, avevano prospettato i promotori del *referendum*, i quali aderiscono a quell'impostazione promossa dall'ordinanza della I Corte d'Assise di Milano, 14 febbraio 2018, proc. 9609/2017/21, con la quale era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.; sul punto v. anche D. PULITANO, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistemapenale.it*, 19 ottobre 2021, pp. 4 ss.

²⁶³ § 5.3 *Considerato in diritto*.

²⁶⁴ Cfr. R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, cit., pp. 22-23, che, riprendendo la distinzione tra concezione statalista e solidarista, immagina così una coesistenza delle due in quanto *“[u]na soluzione del genere consentirebbe di superare il paradosso secondo cui si riconoscono spazi al soggetto vulnerabile invece che a quello che vulnerabile non è. Inoltre, consentirebbe di raggiungere l'obiettivo del controllo. Ma soprattutto consentirebbe di raggiungere l'obiettivo della piena ed effettiva autodeterminazione”*.

singolo la decisione sulla propria vita, ma solo dopo un'attenta e accurata verifica circa l'effettività e la consapevolezza di tale autodeterminazione e attraverso controlli preventivi, non ha convinto i giudici costituzionali.

La Consulta ha quindi deciso di non accogliere la tesi per cui è consentito porre fine alla propria esistenza a prescindere da una condizione di malattia dell'individuo, anche se venisse appurato e accertato che il desiderio di porre fine alla propria esistenza si è formato liberamente.

L'inammissibilità dichiarata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 50 del 2022, come è stato rilevato²⁶⁵, si fonda su una delle quattro cause di inammissibilità individuate dalla Consulta con la sentenza n. 16 del 1978, considerata il *leading case* sull'art. 75 Cost. disciplinante il *referendum* abrogativo. Respingendo la tesi per cui debba considerarsi «rigorosamente tassativa» l'elencazione dei casi di inammissibilità del *referendum*, la Corte aveva infatti individuato quattro diverse ragioni in presenza delle quali non si sarebbe dovuto sottoporre il quesito al corpo elettorale:

- i. quesito caratterizzato da una «*pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria*»;
- ii. *referendum* aventi ad oggetto «*la Costituzione, le leggi di revisione costituzionale, le altre leggi costituzionali considerate dall'art. 138 Cost., come pure gli atti legislativi dotati di una forza passiva peculiare*»;
- iii. *referendum* aventi ad oggetto «*disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato*»;
- iv. *referendum* aventi ad oggetto quelle tipologie di leggi individuate espressamente dal Costituente all'art. 75, comma 2, Cost.

Ciò premesso, risulta evidente che l'elemento cruciale e decisivo della sentenza, come aveva già avvertito F. Lazzeri²⁶⁶, sia quello relativo alla *natura* della disposizione che punisce l'omicidio del consenziente. Le argomentazioni sin qui offerte dalla Corte nella sentenza n. 50 del 2022 portano i giudici costituzionali a optare per la natura

²⁶⁵ V., tra tutti, M. R. DONNARUMMA, *L'inammissibilità del referendum sull'abrogazione parziale dell'art. 579 del Codice penale e l'istituto del referendum abrogativo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 4, pp. 2 ss.

²⁶⁶ Cfr. F. LAZZERI, *Il pendio verso l'ammissibilità del referendum sull'eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, *cit.*, pp. 1 ss.

costituzionalmente necessaria dell'art. 579 c.p.²⁶⁷ sulla base del fatto che una sua abrogazione non assicurerebbe quel livello minimo di tutela della vita che la Costituzione, invece, impone.

La Consulta respinge, quindi, la tesi per cui si tratterebbe di una norma a contenuto costituzionalmente vincolato²⁶⁸, riconoscendo che la disciplina ora vigente non sia l'unica conforme a Costituzione, potendo bene il legislatore modificarla o sostituirla, ma non ammette che possa essere meramente abrogata in quanto è necessaria a garantire un livello di tutela minimo e irriducibile del bene vita.

Ciò che la Consulta ha voluto scongiurare è stato dunque il rischio di privare totalmente di efficacia il valore costituzionale della vita: autodeterminazione e vita sono due interessi che devono necessariamente essere bilanciati tra loro, non potendo la prima «prevalere incondizionatamente» (così la sentenza al § 5.3) sulla seconda.

Critico su questo aspetto è R. D'Andrea²⁶⁹, il quale ritiene che, per come l'art. 579 c.p. continua ad esistere a seguito dell'inammissibilità del *referendum* abrogativo, non vi sia spazio alcuno per effettuare un bilanciamento tra i due interessi in conflitto, essendo l'autodeterminazione del tutto sacrificata e soccombente rispetto alla vita che rimane un bene totalmente indisponibile: la decisione della Corte risulterebbe allora ipocrita, non essendo vero che l'abrogazione parziale della disposizione relativa all'omicidio del consenziente avrebbe reso impossibile effettuare un bilanciamento tra i due valori, essendo anche allo stato attuale preclusa tale possibilità. Tuttalpiù, allora, è corretto dire che la Corte ha ritenuto non corretto il bilanciamento effettuato dai promotori del *referendum*, anticipando quindi un giudizio di legittimità costituzionale sulla normativa di risulta, attività dalla quale avrebbe dovuto astenersi in questa sede.

Ancora, l'Autore ritiene che non sia corretto l'uso dell'avverbio «incondizionatamente» con riferimento alla prevalenza dell'autodeterminazione sulla vita che si sarebbe verificata in caso di approvazione del *referendum*: il comma 3 dell'art. 579 c.p., che fa salvi alcuni fattori di vulnerabilità che impediscono

²⁶⁷ § 6 *Considerato in diritto*.

²⁶⁸ Sul punto v. G. BALBI, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, cit., p. 7.

²⁶⁹ Cfr. R. D'ANDREA, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistemapenale.it*, 01 aprile 2022, pp. 4 ss., nella parte in cui afferma che “*dopo l'abrogazione, non sarebbe venuto meno un bilanciamento preesistente; si sarebbe solo posto fine all'assolutezza di un divieto*”.

all'autodeterminazione di avere la meglio, sarebbe rimasto impregiudicato dalla nuova formulazione dell'articolo.

Ancora una volta, e dopo le due pronunce sull'art. 580 c.p. che avevano aperto alla possibilità di introdurre una nuova scriminante, la Corte costituzionale ha perso una buona occasione per ricorrere ad una causa di giustificazione di tipo procedurale.

Dichiarando inammissibile il quesito referendario, la Consulta ha accantonato la soluzione proposta, tra gli altri, da U. Adamo²⁷⁰, il quale auspicava un'interpretazione conforme a Costituzione del nuovo articolo 579 c.p., così come avvenuto il relazione all'aiuto al suicidio, facendo valere *“la scriminate procedurale «creata» dalla Corte stessa, sulla base (anche) della l. n. 219/2017”*: l'omicidio del consenziente sarebbe stato lecito, quindi, *soltanto* in presenza di quei requisiti individuati dalla Corte in relazione all'art. 580 c.p. con la sentenza n. 242 del 2019 (e, già un anno prima, con l'ordinanza n. 207 del 2018).

Dello stesso parere è F. Lazzeri²⁷¹, secondo cui soltanto una *“procedura che consenta un controllo (i.) ex ante e (ii.) in concreto dell'autenticità del volere”* avrebbe potuto salvare l'ammissibilità del referendum abrogativo. Questo sarebbe stato possibile ampliando ulteriormente l'ambito di applicazione della procedura medicalizzata prevista dalla legge n. 219 del 2017 con riferimento all'acquisizione del consenso informato, così come la Corte costituzionale ha già fatto nella sentenza n. 242 del 2019 per l'aiuto al suicidio.

²⁷⁰ U. ADAMO, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del Codice penale (omicidio del consenziente)*, cit., p. 247.

²⁷¹ Così F. LAZZERI, *Il pendio verso l'ammissibilità del referendum sull'eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, cit., p. 7.

Conclusioni

Il presente studio si è posto l'obiettivo di approfondire una categoria di scriminanti ai più sconosciuta ma che, secondo molti, meriterebbe di trovare una propria collocazione all'interno del panorama giuridico italiano. Nella prima parte dell'elaborato sono stati richiamati gli elementi essenziali della causa di giustificazione c.d. sostanziale, che trova ampio riconoscimento nell'ordinamento, per metterla a confronto con la causa di giustificazione procedurale, in una prospettiva *de iure condendo*. E non con la pretesa che quest'ultima possa sostituirsi alla prima ma, al contrario, immaginando una convivenza simbiotica delle due scriminanti al fine di attuare un sistema completo in grado di risolvere ogni tipo di conflitto tra interessi individuali e sociali.

La causa di giustificazione procedurale troverebbe applicazione con riferimento a questioni eticamente complesse, per cui è difficile se non impossibile effettuare un bilanciamento tra due interessi contrapposti che risultano allo Stato parimenti meritevoli di tutela.

Anche di fronte a questo limite, il legislatore, che non può astenersi dal disciplinare una determinata materia, evitando di indicare al soggetto agente quale sia la scelta più corretta da compiere, si limiterebbe a fornirgli la procedura che ritiene maggiormente idonea ad assicurare il rispetto di certe condizioni etiche o di diligenza qualificata che la legge ha predeterminato.

La scriminante procedurale, che assume un chiaro valore costitutivo e non meramente dichiarativo, individuerrebbe condizioni in presenza e nel rispetto delle quali l'offesa ad un determinato bene giuridico risulta essere proceduralmente non vietata, in quanto giustificata in funzione del riconoscimento del diritto sostanziale che ne costituisce il fondamento.

A differenza della causa di giustificazione "tradizionale", la scriminante di tipo procedurale non richiederebbe un giudizio *ex post* da parte del giudice circa la sussistenza dei requisiti in presenza dei quali l'antigiuridicità è esclusa ma, individuando condizioni tassativamente determinate *ex ante*, assicurerebbe la non

imprescindibilità della condotta in un momento antecedente, così da porre al riparo da situazioni giuridicamente caotiche e caratterizzate da incertezza.

È con riferimento alle sensibili materie di inizio e fine vita che la nuova categoria di scriminanti potrebbe fare il suo ingresso. Se in maniera implicita e latente la causa di giustificazione procedurale è stata già utilizzata dal legislatore e dalla giurisprudenza per tutelare beni giuridici difficilmente bilanciabili, nel modo che questa trattazione si è prefissata di evidenziare, ad oggi non c'è stato alcun esplicito riconoscimento dommatico alla scriminante di tipo procedurale tanto voluta, ormai da tempo, dalla dottrina più autorevole.

Un intervento del legislatore italiano, finalizzato all'introduzione di procedure predeterminate e giustificanti, è oggi particolarmente auspicabile²⁷² anche in virtù della non indifferente diffusione che la scriminante procedurale sta avendo negli ordinamenti stranieri.

Particolarmente avanzato in questo ambito, insieme a Belgio e Lussemburgo²⁷³ è, ad esempio, l'ordinamento olandese che è ricorso alla giustificazione procedurale in materia di eutanasia con la legge Speciale WTL (Wet Toetsing Levensbeëindiging) – Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedure) Act del 2002²⁷⁴ – prevedendo la non punibilità dell'aiuto al suicidio e dell'omicidio del consenziente per il medico che esaudisca il desiderio del paziente di porre fine alla propria vita nel rispetto delle procedure prestabilite. Gli articoli del codice penale olandese che puniscono i sopracitati reati restano in vigore ma l'antigiuridicità del fatto viene meno solamente in caso di intervento sanitario, in presenza di una richiesta volontaria e ponderata del paziente, di una sofferenza interminabile e insopportabile e in assenza di ragionevoli alternative, purché venga rigorosamente rispettata la procedura indicata dalla legge²⁷⁵.

²⁷² Per non trascurare l'attualità della vicenda, si segnala che la Camera dei deputati, in data 09 marzo 2022, ha approvato in prima lettura la proposta di legge concernente "Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita". Nel momento in cui si scrive, la proposta è in attesa di approvazione da parte del Senato della Repubblica ma, come alcuni non esitano ad affermare, la strada potrebbe essere ancora lunga.

²⁷³ In Belgio la legge sull'eutanasia è del 28 maggio 2002, il Lussemburgo ha disciplinato l'eutanasia e il suicidio assistito con una legge del 2009.

²⁷⁴ Il testo completo della legge n. 194 del 2002 (in vigore dal 01 aprile 2002) è reperibile in *Bioetica*, 2001, pp. 389 ss.

²⁷⁵ Sul punto v. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, pp. 573 ss.

Un altro Paese a cui è opportuno far riferimento nell’ottica di formulare una nuova disciplina organica, coerente e sensibile alle questioni etiche più complesse è la Germania, la quale è un esempio calzante di ordinamento europeo che ha da sempre adottato un approccio opposto rispetto a quello italiano.

Se infatti in Italia (come è stato evidenziato nel terzo capitolo) nell’attesa di un intervento da parte del legislatore, solo di recente è intervenuta la Corte costituzionale per dichiarare illegittimo il divieto assoluto di aiuto al suicidio, il Codice penale tedesco non ha mai previsto alcuna fattispecie di reato che sanzionasse l’agevolazione nella morte altrui. Solo alla fine del 2015 il legislatore tedesco ha introdotto la fattispecie incriminatrice di aiuto al suicidio esclusivamente quando questo fosse stato prestato in forma «commerciale» (§217 StGB). Questo circoscritto divieto è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale tedesca nel 2020²⁷⁶, la quale, dopo aver premesso che la decisione circa la fine della propria vita “non [deve restare] *limitata al sussistere di condizioni di malattia grave o insanabili né a determinate fasi della vita o della malattia*” (Rn. 210) e dopo aver sancito “*la libertà di cercare aiuto, per tale fine, presso terzi*” (Rn. 212), ha stabilito che il divieto penale introdotto dal §217 StGB si configurava come un ostacolo illegittimo all’effettivo diritto ad una morte autodeterminata²⁷⁷.

Occorre allora domandarsi²⁷⁸, se sia ragionevole un ordinamento giuridico che preveda un divieto penale “generale” di aiuto al suicidio nelle forme tradizionali o se sia preferibile, come la Corte costituzionale tedesca ha prospettato al legislatore, predisporre garanzie procedurali per verificare la genuinità del proposito suicidiario²⁷⁹.

²⁷⁶ BverfG, Urteil des Zweiten Senats von 26 Februar 2020 – 2 BUR 2347/2015.

²⁷⁷ Per un approfondimento cfr. M. B. MAGRO, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di protezione positiva nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2020, pp. 6 ss.

²⁷⁸ S. CANESTRARI, *Ferite dell’anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021, p. 25 ss.; così anche F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma “commerciale”*, in *Sistemapenale.it*, 28 febbraio 2020, §6.

²⁷⁹ Sul punto v. N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Sistemapenale.it*, 28 luglio 2020, p. 68.

Da ultimo, sembra utile a chi scrive volgere lo sguardo alla Spagna, dove recentemente il legislatore è intervenuto²⁸⁰ per introdurre non già una semplice libertà, bensì un vero e proprio diritto all'eutanasia. La nuova legge ha introdotto, infatti, un diritto individuale, cui corrisponde una prestazione, in capo ai soggetti che si trovano nelle condizioni che il legislatore indica come “contesto eutanasiaco” per ottenere un aiuto nel morire. Si tratta di situazioni di “sofferenza grave, cronica ed inabilitante” e di “malattia grave e incurabile”²⁸¹ in presenza delle quali la morte assistita può essere realizzata mediante la somministrazione diretta al paziente di una sostanza da parte del professionista sanitario competente oppure mediante la prescrizione di una sostanza per darsi la morte in autonomia²⁸².

L'art. 143 del Codice penale spagnolo (che ha ad oggetto le fattispecie di istigazione e aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente) è rimasto in vigore ma, a parità di condizioni sostanziali, la condotta di aiuto a morire viene o meno sanzionata a seconda che sia stata o meno rispettata la procedura indicata dalla *LORE*: risulta evidente, allora, l'“ancoraggio procedurale” introdotto dalla nuova legge²⁸³.

A differenza di quanto è accaduto nel nostro Paese, il Legislativo spagnolo, invece di seguire il Giudiziario lo ha anticipato: il risultato ottenuto è stato quello di concretizzare il diritto ad una morte dignitosa rendendolo effettivo. È stato più volte evidenziato in queste pagine che in Italia, invece, nonostante la Corte costituzionale abbia già da qualche anno dichiarato illegittimo il divieto assoluto di aiuto al suicidio, la disciplina in materia è ancora fortemente caratterizzata da incertezza, al punto che,

²⁸⁰ Il riferimento è alla *Ley Orgánica* n. 3/2021 de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia (LORE)*. Pubblicata nel B.O.E. (*Boletín Oficial del Estado*) il 25 marzo 2021; sul punto v. V. G. ARRUEGO, *Las coordenadas de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, 122, pp. 85 ss.; C. M. ROMEO CASABONA, *La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal*, in *Biolaw Journal*, 2, 2021, pp. 283 ss.; C. TOMÁS – VALIENTE LANUZA, *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid, 2021; Per un ulteriore approfondimento cfr. ROMBOLI, *Una storia a lieto fine: la Spagna approva i trattamenti eutanasiaci di fine vita*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, pp. 431 ss.

²⁸¹ Art. 3, lett. b) e c) della *LORE*.

²⁸² Art. 3, lett. g), 1° e 2°; per ulteriori requisiti e la procedura dettagliata da seguire v. T. NOTO, *I diritti fondamentali nel fine vita. Riflessioni in chiave comparatistica alla luce della nuova legge spagnola sull'eutanasia*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 1-bis, p. 8. In particolare, si fa riferimento alla necessità di predisporre per iscritto le informazioni disponibili sulle procedure mediche, le alternative, quali ad esempio l'accesso alle cure palliative, e la necessità di prestare consenso informato prima di ricevere la prestazione di morte assistita.

²⁸³ Così F. LAZZERI, *Dum Romae (non) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia attiva*, in *Sistemapenale.it*, 22 marzo 2021, §10.

nelle more del Parlamento, le richieste di aiuto al suicidio sono state pressoché nulle. Ad avviso di chi scrive, è condivisibile la posizione di chi²⁸⁴ ha ritenuto che “[i]l rischio di attribuire alla giurisprudenza costituzionale italiana un contenuto dal precipitato simbolico anziché fattivo è molto elevato”.

Non resta che attendere un intervento da parte del legislatore per la regolamentazione puntuale e completa delle problematiche relative al fine vita, in un contesto europeo caratterizzato da sempre maggiore attenzione agli spinosi problemi bioetici. La causa di giustificazione procedurale, lo dimostra il suo sempre più frequente e troppo spesso implicito utilizzo, potrebbe essere un valido strumento per la regolamentazione di una casistica assai problematica.

²⁸⁴ U. ADAMO, *L'aiuto a morire nell'ordinamento spagnolo e definizione del contesto eutanasico*, in *Biolaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 3, 2021, p. 223.

BIBLIOGRAFIA

- U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Riv. AIC*, 2016, 2, pp. 31 ss.
- U. ADAMO, *L'aiuto a morire nell'ordinamento spagnolo e definizione del contesto eutanasi*, in *Biolaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2021, 3.
- U. ADAMO, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del Codice penale (omicidio del consenziente)*, in *Riv. AIC*, 1/2022, 01 febbraio 2022, pp. 233 ss.
- E. ALTAVILLA, voce *Eccesso colposo*, in *Novissis. dig. it.*, IV, Torino, 1960.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1994.
- V. G. ARRUEGO, *Las coordenadas de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, 122, pp. 85 ss.
- G. BALBI, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, in *Sistemapenale.it*, 11 febbraio 2022.
- R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *Dir. pen. cont.*, 8 aprile 2019.
- R. BARTOLI, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistemapenale.it*, 22 novembre 2021.
- R. BARTOLI, *Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona*, in *Discrimen.it*, 20 giugno 2019.

- P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, pp. 381 ss.
- P. BERNARDONI, *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 7-8, pp. 256 ss.
- P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in *Sistemapenale.it*, 26 febbraio 2020.
- M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018.
- S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, pp. 55 ss.
- S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante "norma in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento")*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 3, pp. 975 ss.
- S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015.
- S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Discrimen.it*, 8 settembre 2020.
- S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021.
- D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di "testamento biologico". Contributo a un dibattito da rianimare*, Torino, 2016.
- D. CARUSI, *La legge "sul biotestamento". Una pagina di storia italiana*, Torino, 2020.
- 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, pp. 553 ss.

A. COLELLA, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 CEDU discenda il diritto ad un suicidio dignitoso*, in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2011.

F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018.

F. CONSULICH – C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *giurisprudenzapenale.com*, 22 gennaio 2019.

F. CONSULICH, *Stat sua cui qui dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1, pp. 103 ss.

F. COPPOLA, *Diritto di aiuto al suicidio e nuove prospettive. Verso la scriminante procedurale*, in *Rivista Scientifica ANVUR*, 16 dicembre 2020.

S. CORBETTA, *La Corte costituzionale spiega il no al referendum sull'omicidio del consenziente*, in *Altalex*, 08 marzo 2022.

C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2017.

C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2017.

C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Discrimen.it*, 15 ottobre 2018.

C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato* in *Sistemapenale.it*, 4 dicembre 2019.

C. CUPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sistemapenale.it*, 6 febbraio 2020.

C. CUPELLI, *I confini di liceità dell'agevolazione al suicidio e il ruolo del legislatore. Brevi note a margine della nuova sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby*, in *Sistemapenale.it*, 3 agosto 2020.

C. CUPELLI, *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2019.

M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, pp. 15 ss.

R. D'ANDREA, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistemapenale.it*, 01 aprile 2022.

O. DI GIOVINE, *Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale*, in *Sistemapenale.it*, 25 gennaio 2022.

M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 4, pp. 1646 ss.

M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.*, 2007, 3, pp. 902 ss.

M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.

M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, pp. 554 ss.

M. DONINI, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sistemapenale.it*, 30 novembre 2021.

M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistemapenale.it*, 10 febbraio 2020.

M. DONINI, *Referendum sull'eutanasia, ecco perché la Consulta non lo può bocciare*, in *Ilriformista.it*, 13 novembre 2021.

M. DONINI – R. ORLANDI, *Il penale nella società dei diritti: cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Bologna, 2010.

M. R. DONNARUMMA, *L'inammissibilità del referendum sull'abrogazione parziale dell'art. 579 del Codice penale e l'istituto del referendum abrogativo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 4.

L. EUSEBI, *Aborto*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, a cura di E. Sgreccia – A. Tarantino, Napoli, 2009, pp. 27 ss.

L. EUSEBI, *Criteriologie etico-giuridiche dell'intervento medico: in particolare il caso dello stato vegetativo permanente*, in Aa.Vv., *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*, 2009, pp. 87 ss.

L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o diritto a morire? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2018, pp. 415 ss.

L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a corte cost. (ord.) n. 2017/2018*, in *Discrimen*, 19 dicembre 2018.

L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Giurisprudenza italiana - Corti supreme e salute*, 2019, 2, pp. 193 ss.

G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019, VIII ed.

G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *Discrimen.it*, 3 febbraio 2020.

P. f, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2018.

E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2/2019, 13 maggio 2019.

A. GARGANI, *Jus imperfectum? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2014, 2, pp. 505 ss.

G. GENTILE, *Il suicidio assistito nello spazio libero dal diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, pp. 377 ss.

F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 74 ss.

C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961.

C. F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale*, Milano, II ed., 2017.

W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gerenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler – Gmelin, K. Kinkel – H. Meyer – H. Simon, Baden Baden, 1994, pp. 731 ss.

A. KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972.

G. LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in riferimento alla giurisprudenza costituzionale del 2018, in *Cortecostituzionale.it*, 2019.

F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma “commerciale”*, in *Sistemapenale.it*, 28 febbraio 2020.

F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell’aiuto al suicidio, oltre DjFabo: la nozione di “trattamenti di sostegno vitale” nella sentenza sul caso Trentini*, in *Sistemapenale.it*, 14 settembre 2020.

F. LAZZERI, *Dum Romae (non) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l’eutanasia attiva*, in *Sistemapenale.it*, 22 marzo 2021.

F. LAZZERI, *Il pendio verso l’ammissibilità del referendum sull’eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, in *Sistemapenale.it*, 10 gennaio 2022.

G. LEO, *Nuove strade per l’affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, pp. 241 ss.

A. LEUZZI, *La questione delle pratiche eutanasiche nell’ordinamento italiano*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2021, 4, pp. 1849 ss.

M. B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1382 ss.

M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001.

M. B. MAGRO, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di protezione positiva nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2020.

F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, pp. 422 ss.

F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Padova, 2011, VII ed.

F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, Nota a sentenza: Trib. Vicenza, ufficio G.I.P., 14 ottobre 2015, in *La giustizia penale*, 2017, 122, 1, pp. 31 ss.

M. MANTOVANI, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in Aa.Vv., *Il penale nella società dei diritti: cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Bologna, 2010, pp. 185 ss.

G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico – criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1190 ss.

G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2020, IX ed.

A. MASSARO, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 9.

G. MOMMO, *Diritto di autodeterminazione del malato: sospendibili anche le cure vitali*, in *Altalex*, 30 ottobre 2007.

A. NAPPI, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in *Leg. pen.*, 23 settembre 2019.

A. NATALINI, *Il tema del “fine vita” nella vicenda Cappato: i nuovi confini procedurali dell’aiuto (lecito) al suicidio*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità 2019, Corte di Cassazione, Ufficio del massimario, Approfondimenti tematici*, pp. 39 ss.

T. NOTO, *I diritti fondamentali nel fine vita. Riflessioni in chiave comparatistica alla luce della nuova legge spagnola sull'eutanasia*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 1-bis.

P. NUVOLONE – A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, pp. 24 ss.

T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, Testo della relazione al Seminario preventivo ferrarese "Amicus curiae" del 26 novembre 2021.

F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Torino, 2008, III ed.

F. PALAZZO, *Costituzioni e scriminanti*, in Aa. Vv., *Il penale nella società dei diritti: cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Bologna, 2010, pp. 293 ss.

F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi «storica»?*, in *Politica del diritto*, 1, 2020, pp. 3-14.

D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Biolaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 1, 2018.

C. PARODI, *Una cauta pronuncia della Corte Europea in tema di eutanasia attiva*, in *Dir. pen. cont.*, 19 febbraio 2013.

S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Diritticomparati.it*, 17 marzo 2022.

A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010.

M. PICCHI, *Considerazioni a prima lettura sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2019, 3, pp. 1 ss.

A. PISU, *Eutanasia e consenso: dal reato al diritto, passando per il referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 1-bis.

- B. PITINGOLO, *Le ragioni del «no» della Corte costituzionale al referendum sull'eutanasia in Italia*, in *Ius in itinere*, 08 aprile 2022.
- L. POLI, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, pp. 363 ss.
- A. PUGIOTTO, *Referendum sull'eutanasia, altro che “quesito sbagliato”*: gli errori di Flick sul fine vita, in *Il riformista*, 24.08.2021.
- A. PUGIOTTO, *Il referendum per l'eutanasia legale*. Forum di Giustizia insieme (Intervista di Roberto Conti), 29.09.2021.
- D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, IV ed.
- D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistemapenale.it*, 19 ottobre 2021.
- F. RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2007, IV ed.
- G. RAZZANO, *Sulla relazione tra ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 1° luglio 2019.
- N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Sistemapenale.it*, 28 luglio 2020.
- M. RINALDO, *Il silenzio normativo e l'intervento “evolutivo” della Corte costituzionale nell'ambito delle scelte di fine vita*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 2, pp. 606 ss.
- L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008.
- M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistemapenale.it*, 08 gennaio 2020.

- M. ROMANO, *Cause di Giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 4, pp. 1269 ss.
- M. ROMANO, *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell'inammissibilità*, in *Sistemapenale.it*, 25 gennaio 2022.
- M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 60 ss.
- M. ROMANO, *Istigazione e aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 4, pp. 1792 ss.
- R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. (versione provvisoria)*, Relazione introduttiva al Seminario di *Amicus Curiae* del 21 agosto 2021.
- S. ROMBOLI, *Una storia a lieto fine: la Spagna approva i trattamenti eutanasi di fine vita*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021.
- C. M. ROMEO CASABONA, *La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal*, in *Biolaw Journal*, 2, 2021, pp. 283 ss.
- E. ROSSI, *Obiettare è boicottare? L'ambiguità dell'obiezione di coscienza e i fini dell'ordinamento*, in *Biolaw journal*, 2019, 2, pp. 127.
- N. ROSSI, *L'impasse del fine vita. L'aiuto a morire tra referendum e legge*, in *Questione Giustizia* del 24.11.2021.
- S. ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2017.
- A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta-online*, 20 novembre 2018.
- S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, pp. 677 ss.

- A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018.
- A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2019.
- A. SESSA, *Il processo all'art. 580 del Codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione*, in www.legislazionepenale.eu, 11 ottobre 2019.
- L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Legislazione penale*, 2000.
- S.B. TAVERRITI, *Ragioni e spazi del favor per la democrazia diretta in materia penale. Note a margine del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 1-bis.
- C. TOMÁS – VALIENTE LANUZA, *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid, 2021.
- A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, pp. 1 ss.
- A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019.
- T. VITARELLI, *Verso la legalizzazione dell'aiuto medico a morire? Considerazioni "multilivello"*, in Sistemapenale.it, 07 febbraio 2022.
- V. ZAGREBELSKY, *Perché sul fine vita deve decidere il popolo*, su *"La Stampa"*, 26 giugno 2021, p. 19.