

LE RESPONSABILITÀ PENALI NELLE SCELTE DI FINE VITA IN ATTESA DELLA CORTE COSTITUZIONALE NEL CASO CAPPATO (*)

di Pasquale Fimiani

Abstract. *Il tema delle responsabilità penali nelle scelte sul fine vita ha trovato di recente nuovo impulso con l'approvazione della legge n. 219/2017 e con l'ampio risalto, nel dibattito mediatico e giuridico, per vicende processuali, anche di rilievo internazionale, tra le quali, in particolare quella in cui la Corte di Assise del Tribunale di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario. Confrontandosi con tali novità, il contributo passa in rassegna le varie questioni che si pongono sul versante penalistico in tema di eutanasia nelle sue varie accezioni (eutanasia "pura", eutanasia passiva, consensuale e non, eutanasia attiva, consensuale e non) concludendo per la necessità di una legge che regoli il c.d. "suicidio assistito".*

SOMMARIO: 1. Premessa: le questioni in tema di responsabilità penali nelle scelte sul fine vita. – 2. La legge 219/2017 e le responsabilità penali. – 2.1. Il rifiuto e la revoca dei trattamenti sanitari. L'esclusione della obiezione di coscienza. – 2.2. La mancata acquisizione del consenso e le situazioni di urgenza. – 2.3. Trattamenti inesigibili e dovere di curare: l'accanimento terapeutico quale linea di confine. – 2.4. Le disposizioni anticipate di trattamento. Possibili nuovi casi Englaro in mancanza di DAT? – 3. L'eutanasia attiva consensuale. – 3.1. L'esclusione del diritto di morire tra ordinamento nazionale e Cedu. – 3.2. Il concetto di agevolazione al suicidio: rimodulazione per via giudiziaria o normativa?

1. Premessa: le questioni in tema di responsabilità penali nelle scelte sul fine vita.

Il tema delle responsabilità penali nelle scelte sul fine vita ha trovato di recente nuovo impulso con l'approvazione della legge n. 219/2017 (recante "norme in materia di

(*) Il contributo riproduce, con modifiche e integrazioni, la relazione svolta al convegno "Il diritto sulla vita – Il testamento biologico, autodeterminazione e dignità della persona" (Bolzano, Associazione Studiorum del Consiglio Notarile, 11 maggio 2018).

consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento” e di seguito indicata anche come legge 219¹) e con l’ampio risalto, nel dibattito mediatico e giuridico, per vicende processuali, anche di rilievo internazionale, tra le quali, in particolare quella in cui la Corte di Assise del Tribunale di Milano nel processo nei confronti di Marco Cappato², imputato del reato di cui all’art. 580 c.p. per aver “rafforzato” il proposito suicidario del noto dj Fabo poi portato a compimento in una clinica Svizzera³, ha sollevato, con ordinanza del 14 febbraio 2018⁴, questione di legittimità costituzionale della norma nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario.

Al fine di individuare le varie questioni che si pongono sul versante delle responsabilità penali è utile richiamare la tradizionale distinzione, ribadita anche di recente in dottrina⁵, tra:

A) *eutanasia “pura”*, che identifica le pratiche terapeutiche finalizzate a rendere indolore o meno dolorosa la morte naturale. In tal caso non si pongono problemi etici e giuridici di liceità, in quanto l’attività medica non ha solo lo scopo di guarire od

¹ Per primi commenti alla legge cfr. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in *Iacostituzione.info*, 15 dicembre 2017, AMATO, *Biotestamento: il consenso informato influenza il reato*, in *Guida al diritto*, 2018, IX, 14, CASONATO, *A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del re*, in *www.rivistailmulino.it*, 21 aprile 2017, CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell’art. 5 del codice civile?*, in *Consulta Online*, 4 aprile 2018, CUPELLI, [Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici](#), in *questa Rivista*, fasc. 12/2017, p. 123 ss., DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, III, Sez. V, 137, LOMBARDO, *Il testamento biologico non è un atto di fine vita ma una scelta consapevole*, in *Guida al diritto*, 2018, IX, 10, MAINARDI (a cura di), *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Torino, 2018, PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, I, 121 e ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *Iacostituzione.info*, 22 aprile 2017.

² Instauratosi a seguito del rigetto da parte del Gip della richiesta di archiviazione avanzata dalla Procura di Milano con formulazione dell’imputazione coatta. Per commenti ai due provvedimenti, cfr. BERNARDONI, [Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l’archiviazione per Marco Cappato](#), in *questa Rivista*, fasc. 5/2017, p. 381 ss.; ID., [Aiuto al suicidio: il G.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l’imputazione di Marco Cappato](#), in *questa Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 256 ss. e OMODEI, [L’istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell’art. 580 c.p.](#), in *questa Rivista*, fasc. 10/2017, p. 143 ss..

³ Il rafforzamento del proposito suicidario è contestato per avere il Cappato prospettato al poi defunto dj “Fabo”, affetto da tetraplegia e cecità a seguito di incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014, la possibilità di ottenere assistenza al suicidio presso la sede dell’associazione Dignitas, a Pfaffikon in Svizzera, attivandosi per mettere in contatto i suoi famigliari con la Dignitas fornendo loro materiale informativo ed inoltre per aver agevolato il suicidio, trasportando il la vittima in auto presso la Dignitas in data 25 febbraio 2017 dove il suicidio si verificava il 27 febbraio 2017.

⁴ In *questa Rivista*, 16 febbraio 2018, con nota di FORCONI, [La Corte d’Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p.](#) Per primi commenti all’ordinanza, cfr. DE MARZO, *Aiuto al suicidio e tutela della vita tra doveri di solidarietà e diritti di libertà*, in *ilpenalista.it*, 2 marzo 2018, MAGNANI, *L’Ordinanza “Cappato”. L’aiuto al suicidio davanti alla Consulta*, in *forumcostituzionale.it*, 22 febbraio 2018 e PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 16 aprile 2018.

⁵ MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?* nota a Tribunale Vicenza, 2 marzo 2016, in *La giustizia penale*, 2017, I, Parte II, 31.

allungare il più possibile la vita del paziente, ma anche quello di accompagnarlo ed assisterlo nella fase terminale dell'esperienza terrena. Tali pratiche trovano ora la loro disciplina nell'art. 2, comma 1, della legge 219, che afferma la doverosità di adozione della terapia del dolore anche a fronte di rifiuto o revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico, con l'effetto di limitare un'eventuale responsabilità del soggetto che la pratica al solo caso in cui non ci si sia avvalsi "di mezzi appropriati allo stato del paziente". Viene quindi confermata normativamente la prevalente comune opzione, favorevole a ritenere sussistente la scriminante dell'adempimento del dovere (art 51 c.p.) quando l'effetto collaterale di abbreviazione della vita sia bilanciato da una migliore qualità della stessa conseguente all'eliminazione di dolori insopportabili⁶;

B) *eutanasia passiva*, consistente nella morte quale conseguenza della omissione o della sospensione dei trattamenti medico-chirurgici. In tal caso, si distingue tra *eutanasia passiva consensuale*, caratterizzata dal rifiuto dei trattamenti medico-chirurgici o dalla revoca di quelli in atto da parte del paziente, ora disciplinata dalla legge 219 (*infra* parte seconda) ed *eutanasia passiva non consensuale*, da considerarsi in ogni caso illecita anche se la malattia è mortale, stante l'obbligo del medico di praticare il trattamento sanitario, con l'unico limite del divieto di accanimento terapeutico, anch'esso espressamente previsto dalla legge 219 (art. 2, comma 2). Al di fuori di questo limite, il medico che omette di praticare le cure risponde di omicidio ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., in materia di omissione giuridica, anche se solo anticipa l'evento morte⁷;

C) *eutanasia attiva*, consistente nel provocare con un comportamento attivo la morte della persona in modo da evitarle ulteriori sofferenze psico-fisiche. Anche in tal caso si distingue tra *eutanasia attiva non consensuale*, che costituisce sempre omicidio doloso⁸, senza neppure la possibilità di ritenere configurabile, nei casi pietosi, l'attenuante dell'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62, n.1 c.p.)⁹, ed *eutanasia attiva consensuale*, allo stato vietata nel nostro ordinamento senza

⁶ *Contra*, per il caso in cui sia determinata una morte subitanea o una totale perdita di coscienza, EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Archivio penale*, 1985, 510.

⁷ Principio affermato fin da Cass. pen., Sez. V, n. 758/1969: "costituisce omicidio l'anticipare, anche di una minima frazione di tempo, la morte di un uomo, essendo irrilevante che essa si sarebbe verificata ugualmente, per le conseguenze letali di altre lesioni riportate dalla vittima ad opera di altre persone, una volta che l'azione dell'imputato abbia concorso nella causazione della morte".

⁸ Ciò in quanto "lede un triplice diritto: a) il diritto alla vita, per quel tanto che ancora residua (costante - come appena visto - è la giurisprudenza nel considerare omicidio anche l'anticipazione della morte per una ridotta frazione di tempo); b) il diritto, in qualche misura, dell'autodeterminazione, poiché si uccide un soggetto senza o contro la sua volontà (onde non trova applicazione la fattispecie, più attenuata, dell'omicidio del consenziente); c) il diritto di vivere il proprio morire, cioè l'esperienza, unica ed irripetibile, della propria morte naturale: conciliativa, liberatoria o angosciante che sia" (MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit.).

⁹ Cfr. da ultimo, Cass. pen., Sez. I, n. 7390/2018 che, con specifico riferimento all'omicidio perpetrato per pietà verso il congiunto gravemente sofferente (nella specie la moglie) ha confermato l'esclusione dell'attenuante richiamando in primo luogo l'orientamento secondo cui, "quando il movente sia stato quello di porre fine a una vita di strazi, dall'azione criminosa non esula la finalità egoistica di trovare rimedio alla sofferenza, consistente nella necessità di accudire un malato grave ridotto in uno stato vegetativo" (Sez. I, n. 47039/2007),

eccezioni, stante la persistente vigenza nel nostro codice penale degli articoli 579 (omicidio del consenziente) e 580 (istigazione o aiuto al suicidio), norme che costituiscono, per opinione dominante, la base legale del principio di indisponibilità della vita e di antiggiuridicità del suicidio (si rinvia, più diffusamente, alla parte terza).

Un principio che l'ordinanza del Tribunale di Milano - nel ritenere *“che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, non siano sanzionabili¹⁰ e tanto più che non possano esserlo con la pena della reclusione da 5 a 10 anni prevista dall'art. 580 c.p. senza distinzioni tra le condotte di istigazione e quelle di aiuto, nonostante le prime siano certamente più incisive anche solo sotto il profilo causale, rispetto a quelle di chi abbia semplicemente contribuito al realizzarsi dell'altrui autonoma deliberazione e nonostante del tutto diversa risulti nei due casi la volontà e la personalità del partecipe¹¹”* - ha inteso mettere in discussione seguendo un iter argomentativo che suggerisce una riflessione sotto tre profili distinti:

1. se l'evoluzione giurisprudenziale e normativa consenta di affermare l'esistenza di un diritto di morire;
2. quale sia il concetto di aiuto al suicidio previsto e punito dall'art. 580 c.p.;
3. quali siano le possibili risposte della Corte costituzionale sulla questione di legittimità posta alla sua attenzione.

Questioni tutte il cui approfondimento (*infra* parte terza) richiede il preventivo esame del diritto di autodeterminazione terapeutica e delle sue ricadute in ambito penalistico nel nuovo quadro delineato dalla legge 219, anticipando, sin d'ora, che il tema della liceizzazione penale dell'eutanasia passiva consensuale (il c.d. “suicidio assistito”), al di là delle persistenti critiche alla legge mosse da determinati ambienti ultraconservatori, è fuori dallo spettro applicativo della novella, la quale regola

nonché quello, ritenuto non superato *“attesa la persistente sussistenza di opposte visioni nell'attuale coscienza sociale della comunità”* per il quale, *“dovendo - i motivi considerati - corrispondere a finalità, principi, criteri che ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui agisce chi tiene la condotta criminosa ed in quel determinato momento storico per il loro valore morale o sociale particolarmente elevato, in modo da sminuire, senza eluderla, l'antisocialità dell'azione criminale e da riscuotere il consenso della collettività, con riferimento all'eutanasia, le discussioni esistenti sulla condivisibilità della relativa condotta, fanno persistere la valutazione della mancanza di un suo generale attuale apprezzamento positivo, risultando anzi ampie correnti di opinione che la contrastano nella società contemporanea: situazione che impone di escludere l'evenienza della generale valutazione positiva da un punto di vista etico-morale condizionante la qualificazione del motivo come di particolare valore morale e sociale”* (il riferimento è a Sez. I, n. 2501/1989).

¹⁰ Sotto questo primo profilo la Corte milanese ha ritenuto che l'interpretazione dell'art. 580 c.p. da parte del diritto vivente nel senso di incriminare le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione - e quindi a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio - risulta in violazione degli artt. 2, 13, comma 1 e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in forza dei quali il diritto a por fine alia propria esistenza costituisce una libertà della persona, facendo quindi ritenere non lesiva di tale bene la condotta di partecipazione al suicidio che però non pregiudichi la decisione di chi eserciti questa libertà.

¹¹ Riguardo a questo secondo profilo, l'ordinanza di rimessione ritiene che la sanzione indiscriminata di tutte le condotte di aiuto al suicidio e la previsione della stessa pena prevista per le condotte di istigazione, risulta in violazione dei principi di cui agli artt. 3, 13, comma 2, 25, comma 2, 27, comma 3, della Costituzione, che individuano la “ragionevolezza” della pena in funzione dell'offensività del fatto.

esclusivamente l'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica positivizzando garanzie in passato assicurate dalla giurisprudenza¹² attraverso *leading cases* tra i quali, soprattutto, quelli Welby¹³ ed Englaro¹⁴.

2. La legge 219/2017 e le responsabilità penali.

2.1. Il rifiuto e la revoca dei trattamenti sanitari. L'esclusione della obiezione di coscienza.

Per un corretto esercizio del delineato diritto di autodeterminazione terapeutica è essenziale che sia *"promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico"* (art 1, comma 2, prima parte¹⁵).

Esula da questo intervento e va riservato alla felice sintesi di dottrina¹⁶ l'esame: delle modalità acquisitive del consenso informato; degli strumenti da utilizzare a tal fine; delle procedure garantite, in specie per minori¹⁷ ed incapaci (art. 3), nelle quali

¹² Per un quadro generale degli orientamenti giurisprudenziali formati in passato, si rinvia ad ANDRONIO, *il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella Cedu e nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. Merito*, 2011, II, 300.

¹³ GUP Trib. Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049, (di seguito anche sentenza Welby) *ex plurimis* in Cass. pen., 2008, V, 1791, con nota di CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, I, 437, con nota di TARUFFO ed in *Dir. famiglia*, 2008, II, 675, con nota di Masoni.

¹⁴ Una vicenda articolata, incentrata sulla fondamentale Cass. civ., Sez. I, n. 21748/2007 (di seguito anche sentenza Englaro), *ex plurimis*, per quanto riguarda profili generali e penalistici, in: *Corr. giur.*, 2007, XII, 1676 con nota di CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*; *Resp. civ. prev.*, 2008, V, Sez. II, 1103, con nota di GENNARI, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*; *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, I, 389, con nota di BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome "in cerca di un nome" e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez. I civile sul caso di Eluana Englaro*; *Giust. Civ.*, 2008, VII/VIII, P. I, 1725, con nota SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*; *Foro it.*, 2008, I, P. I, 125, con nota di MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza* e 2008, IX, P. I, 2609, con nota di CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario "life-sustaining"*; *Iustitia*, 2008, I, P. I, 55, con nota di STANZIONE e SALITO, *Il rifiuto "presunto" alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*; *Riv. it. med. leg.*, 2008, II, 583, con nota di SARTEA e LA MONACA, *Lo stato vegetativo tra norme costituzionali e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti; Danno e responsabilità*, 2008, IV, 421, con nota di GUERRA, *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*. Sul tema v. anche SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1561 e VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1035.

¹⁵ Al consenso informato fa riferimento l'art. 35, comma 2, del Codice deontologico dei medici del 2014 per il quale *"il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato"*.

¹⁶ Si rinvia alla nota 1.

¹⁷ L'opzione normativa per un consenso informato *"espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale"* (art. 3, comma 2), e per un minore destinatario di tutte le recepitibili informazioni *"sulle scelte relative alla propria salute"* (art. 3, comma 1) positivizza una procedura la cui assenza non ha però impedito

assume un ruolo decisivo il giudice tutelare; dei soggetti terzi rispetto al paziente che possono essere abilitati a prestarlo, con un'unica annotazione relativa alla possibilità che il paziente indichi più familiari quali soggetti autorizzati a prestare in sua vece il consenso, attivandosi per tal verso una potenziale situazione di contrasto tra gli stessi che la legge non indica espressamente come risolvere, ma che, per evidenti ragioni di coerenza sistematica, deve essere superata con l'intervento del giudice tutelare.

Si tratta di temi che attengono tutti alla verifica di correttezza della volontà espressa nell'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica, in specie di quello disciplinato dall'articolo 1, comma 5, che attiene al rifiuto o alla revoca dei trattamenti sanitari, nel cui novero la legge espressamente include nutrizione artificiale e idratazione artificiale.

al GUP di Padova in data 1 dicembre 2017 di emettere sentenza di non luogo procedere (sentenza inedita, relativa al caso Bottaro cui hanno dato ampio rilievo i mezzi di informazione) nei confronti dei genitori di una diciassettenne sottrattasi alla chemioterapia con esiti mortali.

Per l'accusa gli imputati, violando gli obblighi di garanzia, avevano espresso alla minore il proprio convincimento di disfavore per la chemio e di preferibilità del metodo Hummer, per l'effetto ingenerando nella figlia un falso convincimento.

Per il GUP la condotta dei genitori che avevano favorito l'incontro della figlia con due apprezzati medici, espressisi per la inevitabilità della chemio e per il rischio di morte in caso di sua mancata adozione ricevendosi un rifiuto da parte della minore, doveva considerarsi immune da "colpa penale", dal momento che il rifiuto della minore era stato frutto di una scelta libera e consapevole.

Una ricostruzione in fatto che avrebbe potuto giustificare un proscioglimento per difetto di incidenza causale della condotta incriminata, ma che comunque ha portato ad un esito definitorio che sarebbe stato lo stesso, ove fosse stato vigente l'articolo 3, in quanto sarebbe spettato ai genitori assumersi direttamente la responsabilità del rifiuto.

Un'ulteriore annotazione va fatta con riferimento al silenzio dell'articolo 3 circa la procedura da adottare quando il minore, compiutamente informato e che per età e maturità sia in grado di farlo, esprima una volontà in contrasto con quella dei genitori che pure sono i titolari della manifestazione del consenso.

Con la dottrina (CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, cit.) deve ritenersi che non può prediligersi una soluzione indirizzata a priori verso il prevalere della volontà genitoriale, trattandosi di un'impostazione paternalistica in evidente conflitto con il prioritario soddisfacimento dell'interesse del minore, di talché la composizione del contrasto non può che essere affidata al giudice. Una tale conclusione appare del resto in linea con il principio ribadito dalla Corte Edu (Gard contro Regno Unito del 27/6/2017) per il quale da una lettura congiunta degli artt. 8 e 2 della Cedu può indursi la necessità di un quadro normativo chiaro e preciso che preveda: una forte presunzione a favore del prolungamento della vita; l'obbligo di proseguire e di perseguire il *best interest* del minore; la possibilità di ricorrere in caso di dubbio ad un organo giurisdizionale perché determini la migliore decisione da prendere nei confronti del paziente.

Sulla necessità di un intervento ancora più incisivo di Corte Edu per quanto concerne lo specifico e delicato settore del fine vita, cfr. POLIPO, [Gard c. Regno Unito: un'altra occasione persa della Corte Edu in materia di end-of-life decisions](#), nota a Corte Edu, sez. I, 27 giugno 2017, Gard e Altri c. Regno Unito, in *questa Rivista*, fasc. 3/2018, p. 125 ss.

Di assoluta attualità il noto caso *Alfie* in cui va evidenziato l'impatto che l'art. 3 della legge 219 avrebbe avuto ove si fosse verificato nel nostro Paese, dal momento che, in base alla novella, titolari del diritto al consenso sarebbero stati gli esercenti la potestà genitoriale. Essi pertanto avrebbero potuto autonomamente determinare l'operato dei sanitari, purché nei limiti della esigibilità dell'art. 1, comma 6, laddove, in contrario, nella procedura del Regno Unito essi sono stati semplicemente parti di una procedura che ha visto come protagonisti paritari anche ospedale e tutore nominato al minore.

Siffatta volontà ingenera infatti un dovere di rispetto da parte del sanitario che, come recita l'art 1, comma 6, *“in conseguenza di ciò è esente da responsabilità civile o penale”*.

Occorre allora interrogarsi sulla natura giuridica della non incriminazione del medico nel compimento della condotta di interruzione o mancato inizio delle cure, in virtù della consapevole volontà del malato.

L'opinione dominante in giurisprudenza¹⁸ e dottrina¹⁹ e, come evidenziato espressamente nel procedimento penale relativo al caso Welby, ritiene che il rifiuto alle cure del paziente, espressione del legittimo esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica, garantito dall'art. 32, comma 2, Cost., scrimina la conseguente condotta del medico che concretizzi l'esercizio di tale diritto, eliminandone l'antigiuridicità. Si afferma che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa - insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure - quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui; pertanto il medico agisce adempiendo tale dovere è scriminato in virtù del disposto di cui all'art. 51 c.p., non solo nel caso in cui ometta di iniziare le cure, ma altresì qualora la propria condotta, come nel caso di c.d. distacco della spina, sia naturalisticamente attiva. Si precisa che il rifiuto del paziente a proseguire le cure genera degli obblighi ulteriori e distinti in capo al sanitario, il quale deve verificare preventivamente la consapevolezza nel paziente degli effetti del rifiuto e tentare con la c.d. strategia di persuasione, di indurlo alla revoca, anche ricorrendo all'ausilio di apposita assistenza psichiatrica, per poi, in caso di mantenimento del rifiuto stesso, adottare le c.d. cure palliative in modo tale da ridurre il dolore fisico causato dalla mancata sottoposizione ai trattamenti medico-sanitari.

Una opinione minoritaria²⁰, invece, colloca la natura giuridica della mancata incriminazione del medico non nell'assenza di antigiuridicità della condotta dello stesso, in quanto adottata in adempimento di un dovere giuridico, ma sul piano del fatto tipico, il quale è carente del nesso causale tra la condotta e l'evento. In altri termini, tale impostazione qualifica sempre, anche nel caso di interruzione di cure come il distacco della spina, la condotta del medico come omissiva, in quanto tale

¹⁸ *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. IV, n. 4957/2014.

¹⁹ Si rinvia alla dottrina citata a commento delle sentenze Welby ed Englaro.

²⁰ Sostanzialmente tributaria: (1) della riserva espressa in dottrina (ANZILLOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, Milano, 2013, 247) sull'eccessiva enfaticizzazione del consenso quale causa *“di un impoverimento del ruolo (giuridico, deontologico, sociale) del professionista medico”* e, insieme, *“svuotamento dell'originaria posizione di garanzia della tutela della vita e dell'integrità corporea”*; (2) dell'opinione espressa da CUPELLI, *Responsabilità colposa e “accanimento terapeutico consentito”*, in *Cass. pen.*, 2011, IX, 2940, in ordine alla circostanza che *“il consenso rappresenta non solo il necessario presupposto ma anche l'insuperabile limite della posizione di garanzia del medico, di talché un inequivocabile richiesta del paziente stesso di non essere sottoposto a cure o che vengano interrotte cure già iniziate, fa venir meno in capo al medico lo stesso obbligo giuridico di curarlo, di continuare a curarlo, anche a costo della sua morte, venendo a mancare il necessario titolo di legittimazione dell'esecuzione del trattamento”*.

condotta non introduce in nessun caso un nuovo fattore di rischio, ma concretizza un rischio preesistente (la malattia), mentre il rifiuto del paziente rimuoverebbe la posizione di garanzia del medico e il suo obbligo di impedire l'evento, presupposto necessario per la sussistenza di un reato omissivo improprio, ed incide – eliminandolo – sul fatto tipico del reato costituente appunto una condotta commissiva mediante omissione.

L'irrelevanza penale prevista dall'art 1, comma 6, è però all'evidenza normativamente costruita quale scriminante, venendo per tal verso smentita l'opinione interpretativa minoritaria sopra riferita attestata su di un asserito venir meno del nesso causale tra la condotta del sanitario e l'evento.

Come osservato in dottrina²¹, a fronte del rifiuto espresso di trattamenti sanitari ritenuti dal medico necessari (gli esempi fatti riguardano il rifiuto di trasfusione di sangue da parte dei testimoni di Geova o quello della chemioterapia da parte dell'ammalato di tumore), lo stesso medico rappresenterà i rischi per la salute del paziente giusta la previsione del comma 5 indicando le alternative possibili, e verificherà la correttezza anche formale del rifiuto di cura espresso dal soggetto legittimato.

Ad avviso dell'Autore residuerebbe comunque la possibilità per il medico di procedere al trattamento rifiutato, invocando la scriminante dello stato di necessità (art. 54 c.p.), ma la tesi appare in tensione con la rigidità del testo normativo ("è tenuto") che impone al medico di rispettare la volontà contraria espressa dal soggetto legittimato.

Ulteriori annotazioni vanno fatte con riferimento alla riconosciuta possibilità di revoca del consenso prestato anche quando comporti l'interruzione di un trattamento in atto (art. 1, comma 5).

Come già anticipato si è per tale verso assicurata copertura normativa al riconoscimento giurisprudenziale (caso Englaro) della comune matrice di legittimo rifiuto della terapia sub specie sia di rifiuto di sottoporvisi, sia di richiesta di interrompere un trattamento sanitario già in atto.

Si è così evitata una discriminazione a carico di pazienti che, per la tipologia della malattia patita o per il tipo di terapia in corso, sarebbero privi della possibilità di interrompere il trattamento.

E soprattutto si è esclusa l'ipotizzabilità di una eutanasia attiva nel comportamento del medico che contribuisce alla disattivazione del trattamento in atto, nonostante tale condotta non sia ascrivibile ad un "non facere", ma ad un'azione positiva (ad esempio disattivazione della ventilazione artificiale).

Così delineato il ruolo del medico a fronte della libertà di autodeterminazione terapeutica, va infine rilevato che non è prevista l'*obiezione di coscienza* quando la scelta del malato risulti contraria ai principi etici del sanitario.

²¹ AMATO, *Biotestamento: il consenso informato influenza il reato*, cit.

Il silenzio della legge 219 va inteso quale esclusione di tale possibilità ²², considerato che spetta al legislatore (come ad esempio nel caso di interruzione volontaria della gravidanza con l'art. 9 legge n. 194/1078) bilanciare la protezione della coscienza individuale – *“che, quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 della Costituzione) o della propria fede religiosa (art. 19 della Costituzione) ... deve esser considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione – ... con i contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale”*²³.

2.2. La mancata acquisizione del consenso e le situazioni di urgenza.

La mancanza del consenso (opportunitamente informato) del malato o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo. Arbitrarietà che integra il delitto di violenza privata²⁴, mentre, sotto il profilo della responsabilità penale per colpa medica, il giudizio *“non presenta differenze di sorta a seconda che vi sia stato o no il consenso informato del paziente. Con la precisazione che non è di regola possibile fondare la colpa sulla mancanza di consenso, perché l'obbligo di acquisire il consenso informato non integra una regola cautelare la cui inosservanza influisce sulla*

²² Conforme DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., in base al combinato disposto dell'art. 1, commi 2 e 6, per il quale *“l'esclusione di qualunque legittimazione nei confronti di pratiche di eutanasia ... la cui contrarietà anche all'ordinamento di settore è confermata dall'art. 17 Codice deontologico, non consente alcuna forma di obiezione di coscienza rispetto alle indicazioni della legge”*.

²³ Corte costituzionale n. 467/1991 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale - per contrasto con gli artt. 3 e 19 della Costituzione - dell' art. 8, terzo comma, della legge 15 dicembre 1972, n. 772 (*Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza*), nella parte in cui non prevede che l'espiazione della pena da parte di chi, al di fuori dei casi di ammissione ai benefici concessi dalla suddetta legge, rifiuta, in tempo di pace, per i motivi di coscienza indicati nell' art. 1 della legge n. 772 del 1972, il servizio militare di leva, dopo averlo assunto, esonera dalla prestazione del servizio militare, sempre che la durata della pena espia sia complessivamente almeno pari al tempo residuo di servizio militare da prestare. La necessità dell'intervento del legislatore è affermata, in modo perplesso, dalla sentenza Welby (*“quando l'ottemperanza alla richiesta di interruzione della terapia da parte del paziente deve consistere in una condotta positiva non pare sia da escludere l'ipotesi di una obiezione di coscienza da parte del singolo medico, ... sarebbe auspicabile l'intervento del legislatore, anche se la dottrina si è già espressa positivamente sul punto”*) ma netto, nella vicenda Englaro, da T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, in *Foro amm. TAR*, 2009, IV, 976 (*“né il rifiuto opposto dall'Amministrazione alla richiesta del sig. Englaro si può giustificare in base a ragioni attinenti l'obiezione di coscienza. Spetta infatti alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro cui possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca comunque la doverosità dal soddisfare officio”*).

²⁴ *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. I, n. 26446/2002.

colpevolezza, essendo l'acquisizione del consenso preordinata a evitare non già fatti dannosi prevedibili (ed evitabili), bensì a tutelare il diritto alla salute e, soprattutto, il diritto alla scelta consapevole in relazione agli eventuali danni che possano derivare dalla scelta terapeutica in attuazione del richiamato art. 32 Cost., comma 2"²⁵.

Solo in un caso "la mancata acquisizione del consenso potrebbe avere rilevanza come elemento della colpa: allorquando, la mancata sollecitazione di un consenso informato abbia finito con il determinare, mediatamente, l'impossibilità per il medico di conoscere le reali condizioni del paziente e di acquisire un'anamnesi completa (ciò che potrebbe verificarsi, esemplificando, in caso di mancata conoscenza di un'allergia ad un determinato trattamento farmacologico o in quello di mancata conoscenza di altre specifiche situazioni del paziente che la sollecitazione al consenso avrebbe portato alla attenzione del medico). In questa evenienza, il mancato consenso rileva non direttamente, ma come riflesso del superficiale approccio del medico all'acquisizione delle informazioni necessarie per il corretto approccio terapeutico"²⁶.

Peraltro, nelle situazioni di emergenza o urgenza, il medico od i componenti dell'équipe sanitaria devono praticare le cure ritenute indispensabili anche se non possono previamente acquisire il consenso, come riconosce l'art. 1, comma 7, della legge 219, secondo cui "nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'équipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla".

In dottrina ²⁷ si annoverano tra le "circostanze" giustificative del mancato recepimento della volontà del paziente "la presenza di indicatori tali da far ragionevolmente ritenere che l'espressione della sua volontà sia viziata", dal momento che "il dovere degli Stati di salvaguardare la vita proteggendo le persone deboli vulnerabili" deve, in presenza di una volontà espressa, con "una integra capacità di comprensione e di determinazione", tener conto di detta volontà.

L'impossibilità di conoscere la volontà del paziente nelle situazioni di urgenza, può riguardare sia il consenso al trattamento sanitario, sia l'effettività ed attualità di un rifiuto al trattamento precedentemente manifestato.

Sotto il primo profilo, va esaminata l'ipotesi in cui il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico, diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, rivelatosi necessario nel corso di effettuazione dell'intervento operatorio regolarmente assentito.

La praticata *variatio*, se eseguita nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, comporta per le Sezioni Unite Giulini del 2009 ²⁸una responsabilità penale per lesioni in caso di *esito infausto* per il paziente.

²⁵ Cass. pen., Sez. IV, n. 2347/2014.

²⁶ Cass. pen., Sez. IV, n. 2354/2018, che rinvia, per utili riferimenti, a Sez. IV, n. 10795/2008, dove si afferma che il medico ha l'obbligo di assumere - dal paziente o, se ciò non è possibile, da altre fonti informative affidabili - tutte le informazioni necessarie al fine di garantire la correttezza del trattamento medico chirurgico praticato al paziente.

²⁷ DE MARZO, *Aiuto al suicidio e tutela della vita tra doveri di solidarietà e diritti di libertà*, cit.

²⁸ Cass. pen., Sez. Un., n. 2437/2009, *ex plurimis* in: *Riv. pen.*, 2009, X, 1130, con nota di BRIGNONE, *Il trattamento medico senza consenso al vaglio delle Sezioni Unite: passi avanti e persistenti ambiguità*; *Cass. pen.*,

Precisa tuttavia la Corte che “nell'ambito della imputazione del fatto a titolo soggettivo - trattandosi pur sempre di condotta volta a fini terapeutici - accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni di cui all'art. 582 c.p., già posta in luce dalla prevalente dottrina e dai più recenti approdi giurisprudenziali di questa Corte, potranno assumere un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui - a seconda dei casi e delle varianti che può assumere il "vizio" del consenso informato - si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (art. 55 c.p. e art. 59 c.p., comma 4)”.

Diversa è la soluzione proposta nel caso in cui l'intervento si sia concluso con *esito fausto*, nel senso che dall'intervento è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni fisiche del paziente e senza che vi fosse una volontà contraria espressa dal paziente medesimo. In tal caso, la condotta del sanitario è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo del reato di lesioni personali previsto dall'art. 582 c.p., che sotto quello del reato di violenza privata disposto dall'art. 610 c.p.

In particolare, l'insussistenza del reato di lesioni personali deriverebbe dal fatto che l'esito fausto risulta incompatibile con la malattia, intesa come peggioramento oggettivo e non soggettivo della salute del soggetto passivo, richiesta come evento dello stesso reato. Inoltre, l'incompatibilità tra la stessa condotta e il reato di cui all'art. 610 c.p. sussisterebbe in quanto tale norma incriminatrice, così come interpretata dalla giurisprudenza dominante, richiederebbe un dissenso attuale del soggetto sottoposto a costrizione, attualità carente quando il paziente si trova in uno stato di incoscienza derivante dagli anestetici assunti.

In dottrina ²⁹sono state avanzate critiche alla suddetta sentenza soprattutto affermando che: (1) "non è per nulla chiaro chi possa stabilire quale esito è fausto o infausto: si tratta di un concetto vago, che può essere riguardato da diversi punti di vista e facilmente manipolato"; (2) "si trascura la volontà del paziente che potrebbe non avere alcun interesse a quel genere di guarigione ... e si rischia di offuscare il principio del consenso, il diritto all'autodeterminazione ed all'integrità fisica"; (3) "che l'assunto della Corte sul dolo si rivela assai insidioso... il medico ha danneggiato il paziente, ma, in fondo, non voleva fargli male e, dunque, neppure in tal caso si potrà pensare ad una sua responsabilità dolosa"; (4) "le potenzialità della colpa impropria sono state intuite dalle Sezioni Unite che, in un rapido passaggio evocano l'articolo 55, tuttavia tale

2009, V, Sez. II, 1793, con nota di VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, V, Sez. II, 1042, con nota di TORDINI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso* ed in *Dir. Pen. e proc.*, 2009, IV, IV, 447, con nota di PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*.

²⁹ BLAIOTTA, *Anche dopo le Sezioni Unite incertezze sulla disciplina penale delle patologie della relazione terapeutica*, in *Cass. pen.*, 2010, X, 3358-B, cui si rinvia per ulteriori riferimenti di dottrina critici verso la soluzione delle Sezioni Unite.

richiamo appare dogmaticamente incongruente, visto che la pronuncia risolve il problema giuridico sul piano della atipicità e non della illiceità”.

In realtà le Sezioni Unite avevano in parte anticipato e contrastato tali critiche, laddove non si erano nascoste la possibilità che il paziente avesse un'idea del suo benessere diversa rispetto a quella del medico.

E tuttavia è apparso risolutivo per la negazione della tipicità delle lesioni in caso di esito fausto il ritenere tale esito incompatibile con il prodursi di una malattia.

Quest'ultima, infatti, non può consistere nella mera alterazione anatomica del corpo del paziente, ma in ciò che, all'esito del trattamento non consentito, residui un processo patologico o una menomazione funzionale che, nel caso di esito fausto, non esiste.

Trattasi di un orientamento che contrasta il pregresso arresto della sentenza Firenzani del 2001³⁰ attestato sulla concezione di malattia prodotta dal mero atto operatorio, ma che al contrario valorizza l'esito fausto di tale atto e l'assenza di conseguenti alterazioni funzionali o di significativi processi patologici.

Quanto poi alle riserve sulle opzioni in tema di imputazione soggettiva dell'esito infausto, sembra necessario sottolineare che il richiamo del combinato disposto degli articoli 55 e 59, comma 4, è in sostanza condiviso dallo stesso estensore della nota critica che avanza solo dubbi sulla tenuta dogmatica della formula finale assolutoria adottata³¹.

Devi convenirsi con la dottrina³² che considera attuale e compatibile con la novella sia il *dictum* di Sezioni Unite Giulini, laddove distingue tra esito fausto o infausto di intervento operato in mancanza di consenso (soluzione del resto asseverata anche dal citato comma 7 dell'art. 1), sia l'esclusione della ravvisabilità di una colpa impropria del sanitario quando praticati interventi non assentiti e ad esito infausto, ma con la consapevolezza della futura produzione di un danno all'integrità fisica del paziente sia pure per scopi scientifici o di ricerca³³.

Quanto infine all'ipotesi in cui l'impossibilità di conoscere la volontà del paziente nelle situazioni di urgenza riguardi l'effettività ed attualità di un rifiuto al trattamento sanitario manifestato precedentemente, occorre preliminarmente risolvere la questione se, con l'introduzione delle disposizioni anticipate di trattamento, queste rappresentino la forma tipica ed esclusiva per manifestare preventivamente il dissenso alle cure mediche, con la conseguenza che il medico potrebbe legittimamente non

³⁰ Richiamato da Cass. pen., Sez. IV, n. 34521/2010, *Riv. it. med. leg.*, 2011, I, 237, con nota di FIORI, MARCHETTI e LA MONACA, *Gli atti medici terapeutici e non terapeutici alla luce della sentenza della Cass. pen., sez. IV n. 34521/2010*.

³¹ Le Sezioni Unite, rilevato che l'intervento non consentito era stato correttamente eseguito, hanno annullato senza rinvio la pronuncia di merito perché il fatto non sussiste.

³² AMATO, *Biotestamento: il consenso informato influenza il reato*, cit..

³³ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, n. 34521/2010 cit., laddove afferma che “in tema di trattamento medico-chirurgico risponde di omicidio preterintenzionale il medico che sottoponga il paziente ad un intervento (dal quale consegua la morte di quest'ultimo) in assenza di finalità terapeutiche, ovvero per fini estranei alla tutela della salute del paziente, ad esempio provocando un'inutile mutilazione, ed agendo per scopi estranei (scientifici, dimostrativi, didattici, esibizionistici o di natura estetica) non accettati dal paziente”.

tenere conto di un dissenso manifestato senza il rispetto delle forme di cui all'art. 4 della legge 219.

Si rinvia quindi al paragrafo 2.4. che segue.

2.3. *Trattamenti inesigibili e dovere di curare: l'accanimento terapeutico quale linea di confine.*

L'art. 1, comma 6, seconda parte, statuisce *l'inesigibilità di trattamenti sanitari contrari non solo a norme di legge, ma anche alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali.*

Con riferimento a tale norma si è espressa una riserva sul "rinvio al codice deontologico come se fosse un testo di legge che pare quantomeno poco opportuno, stante il rischio di equipararlo ad una fonte primaria, con la conseguenza che l'autodeterminazione del paziente possa essere limitata da vincoli non determinati e chiaramente fissati in legge", con l'effetto che "si legittimerebbe una sorta di obiezione di coscienza che non è, comunque, in alcun modo prevedibile dinanzi ad un mancato consenso ad un trattamento sanitario"³⁴.

Questa critica è stata ribadita da chi ³⁵ ritiene che il riferimento alla deontologia professionale potrebbe trasformarsi "in una pericolosa clausola generale a rinvio mobile", derubricando ogni decisione del paziente "in una supplica al sovrano, dove sovrano è l'ordine dei medici" e per tal verso creando "una sorta di uscita di sicurezza per i sanitari", incomprensibilmente legittimati "a rifiutare una richiesta del paziente che sia, in ipotesi, conforme alla legge, ma contraria alla deontologia".

Si tratta tuttavia di timori smentiti da una lettura, immune da pregiudizi nei confronti dei sanitari, del testo della legge che affranca dall'adempimento degli obblighi professionali solo il medico cui venga "richiesto" dal paziente il trattamento avvertato da regole deontologiche.

Una richiesta che comprometterebbe l'autonomia del medico con l'esigere ad esempio cure "non supportate da risultati sperimentali come per il metodo Stamina".

Un esempio quest'ultimo formulato da chi ³⁶ ha affermato che, per comprendere correttamente il significato attuale del consenso informato, occorre registrarne la composizione in due fasi.

La prima, informativa, ha "come protagonista il medico che dovrà spiegare con chiarezza percentuali di successo, controindicazioni, effetti collaterali, statistiche di rischio e alternative".

La seconda fase, decisionale, appartiene al malato e qualora all'interno di essa vengano formulate richieste di trattamenti contrari a norme di legge, deontologia

³⁴ ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in *lacostituzione.info.it*, 15 dicembre 2017.

³⁵ ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *lacostituzione.info.it*, 22 aprile 2017.

³⁶ CASONATO, *A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del Re*, in *rivistamulinio.it*, 21 aprile 2017.

professionale o buone pratiche clinico-assistenziali, vengono meno gli obblighi professionali del medico.

Nel rapporto tra queste due fasi occorre pervenire al ragionevole bilanciamento tra "la libertà del paziente di decidere in funzione delle proprie preferenze e convincimenti personali" e "le ragioni della scienza medica e dei sanitari a cui pertiene la valutazione in ordine all'appropriatezza di un determinato trattamento nel caso specifico".

Ne consegue che "non si può ipotizzare una simmetria tra il sacrosanto diritto di rifiutare qualunque trattamento, anche quelli appropriati in termini terapeutici salvavita, e il diritto di pretendere un qualunque trattamento compresi quelli inappropriati o sproporzionati (il caso Stamina docet)"³⁷.

Al di là di detto reiterato riferimento al caso Stamina pare piuttosto opportuno ricondurre soprattutto nel novero dei trattamenti inesigibili ex articolo 1, comma 6, quelli iscritti dall'art. 2, comma 2, nel paradigma dei "trattamenti inutili e sproporzionati", da cui il medico deve astenersi anche se sollecitati da paziente con prognosi infausta a breve termine o in imminenza di morte³⁸.

In passato è stata ricondotta a colpa penale l'infrazione alla regola deontologica che nella versione del 2006 imponeva di astenersi dal cosiddetto accanimento diagnostico-terapeutico "consistente nella ostinazione in trattamenti da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente o un miglioramento della qualità della vita"³⁹.

Lo ha fatto Cassazione⁴⁰ con riferimento al caso di intervento chirurgico praticato, con il consenso della paziente, nonostante la conclamata inoperabilità e l'impossibilità di antevere un beneficio, intervento cui seguiva la morte.

Va sottolineato che la Corte si è limitata ad un rinvio adesivo alle argomentazioni del giudice "a quo" in punto di colpa per violazione della regola deontologica, senza affrontare il problema di una mancanza di definizione operativa

³⁷ Rossi, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, cit.

³⁸ In occasione del meeting sul fine vita organizzato dalla Pontificia Accademia della vita il Santo Padre ha affermato che "non attivare mezzi sproporzionati, o sospenderne l'uso, equivale a evitare l'accanimento terapeutico, cioè compiere un'azione che ha un significato etico completamente diverso dall'eutanasia, che rimane sempre illecita, in quanto si propone di interrompere la vita, procurando la morte (...). È dunque moralmente lecito rinunciare all'applicazione di mezzi terapeutici o sospenderli, quando il loro impiego non corrisponde a quel criterio etico umanistico che verrà definito proporzionalità delle cure" (per il testo dell'intervento, cfr. osservatoreromano.it, 17 novembre 2017).

³⁹ Detto articolo 39 è stato modificato nella versione del 2014 nei seguenti termini: "Assistenza al paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza. Il medico non abbandona il paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza, ma continua ad assisterlo e se in condizioni terminali impronta la propria opera alla sedazione del dolore e al sollievo dalle sofferenze tutelando la volontà, la dignità e la qualità della vita. Il medico, in caso di definitiva compromissione dello stato di coscienza del paziente, prosegue nella terapia del dolore e nelle cure palliative, attuando trattamenti di sostegno delle funzioni vitali finché ritenuti proporzionati, tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento ". È evidente la valorizzazione che nel nuovo testo è data alla volontà del paziente, cui non faceva riferimento il pregresso art. 39.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. IV, n. 13746/2011.

condivisa dell'accanimento terapeutico e della dubbia possibilità di fondare su una norma deontologica una responsabilità a titolo di colpa specifica che la dottrina ha invece sollevato in una nota critica alla citata sentenza⁴¹.

È verosimile che siffatto background giurisprudenziale e dottrinario sia stato tenuto presente dal legislatore che ha definito normativamente i casi di accanimento terapeutico inesigibili dal paziente ed al contempo impraticabili dal medico senza esporsi a colpa per inosservanza di leggi.

Va peraltro sottolineato come la potenziale latitudine applicativa della locuzione "trattamenti inutili o sproporzionati" riproduca nell'art. 2, comma 2, un deficit definitorio che già era proprio della citata regola deontologia.

Ne consegue che è necessario adottare un'interpretazione restrittiva di detta locuzione, onde evitare una dequotazione della volontà del paziente a favore dell'esenzione del medico da obblighi professionali.

Così intesa, l'espressa enunciazione del divieto di accanimento terapeutico, oltre a delineare profili di colpa specifica per il medico che si sottragga indebitamente al dovere di curare, delimita con sufficiente determinatezza i casi di accanimento assicurando pertanto ai medici una più certa individuazione del confine dei propri obblighi professionali e, per altro verso, ai pazienti, una più definita bussola di orientamento per verificare gli spazi di esigibilità dei trattamenti sanitari.

2.4. Le disposizioni anticipate di trattamento. Possibili nuovi casi Englaro in mancanza di DAT?

Le considerazioni esposte in punto di ricadute penali della disciplina complessiva del consenso informato valgono anche con riferimento all'esercizio anticipato del diritto di autodeterminazione terapeutica previsto dall'art. 4.

Esula da questo intervento e va riservato alla felice sintesi di dottrina l'approfondimento su contenuto, forma, redazione e conservazione delle DAT, sulla loro modificabilità e revocabilità, nonché sul ruolo del fiduciario ove indicato e sulla

⁴¹ CUPELLI, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. pen.*, 2011, IX, 2940, il quale nutre dubbi che «la fonte presa in considerazione - il codice deontologico - possa realmente assurgere a rango di "regola cautelare codificata" (sub specie "disciplina"), idonea a fondare una responsabilità a titolo di colpa specifica. Infatti, se è innegabile che la deontologia medica, oltre ad una "funzione e portata di orientamento culturale all'interno della comunità medica, con valore promozionale e non solo ricettivo dell'esistente nella prassi" e ad una "rilevanza giuridica interna, con eventuali effetti disciplinari", possiede anche "un'intrinseca finalità di interesse pubblico e in particolare di tutela degli interessi degli utenti", che le fa acquisire una indubbia "rilevanza giuridica esterna" (ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 27) e "si fa progressivamente più ricca se non di indicazioni esaurienti, quantomeno di spunti e aperture utili per la ricerca di possibili soluzioni", è altresì vero che "essa non è fonte del diritto, bensì un complesso di norme interne a un'associazione privata qual è l'ordine professionale" (GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, 554)».

persistente efficacia delle DAT quando manchi tale indicazione, ovvero il fiduciario abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace⁴².

Va in questa sede esaminato, in primo luogo, il comma 5 dell'art 4, integrativo del dettato dell'art. 1 comma 6 ed espressamente mantenuto fermo dalla norma per quanto riguarda l'affrancamento da responsabilità penale ivi previsto.

Al medico, tenuto al rispetto delle DAT, la norma riconosce la possibilità di disattenderle, in accordo con il fiduciario, *“qualora appaiono palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita”*.

Appare evidente che detto comma 5 dell’articolo 4, comporta il riconoscimento di una significativa autonomia valutativa del medico su *congruenza* (nel senso di inequivocità che sia tale da prevenire il “difetto di genericità o di imprecisione terminologica che potrebbe rendere le DAT non del tutto idonee ad esplicitare una volontà chiara circa i trattamenti accettati o rifiutati dal paziente complicando, per certi versi, l’esercizio dell’attività medica”⁴³) e *attualità* (da valutarsi esclusivamente sotto il profilo clinico-scientifico, tenendo cioè conto delle condizioni cliniche in atto delle DAT, ovvero della sopravvenienza di terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita, mentre non compete al medico valutare l’attualità della volontà espressa con le DAT, stante la necessaria forma richiesta per la loro modifica o revoca secondo le previsioni del comma 6 dell’art. 4 e la presenza del fiduciario⁴⁴).

Trattasi di autonomia diretta anche ad assicurare un rapportarsi flessibile alle *“mutate condizioni oggettive che intervengono in ambito medico e scientifico”*⁴⁵.

Tuttavia si richiede, a garanzia del rispetto della volontà espressa dalla persona nelle DAT, che vi sia l’accordo del fiduciario, giacché in difetto spetterà al giudice tutelare l’ultima parola, giusta la procedura prevista dall’art. 3, comma 5.

Nella fase estrema della vita con un paziente che ha perso il controllo del proprio corpo, un medico che non è immune dalle suggestioni della medicina difensiva, gli eventuali familiari del paziente dibattuti sul da farsi, spetterà dunque al

⁴² Si rinvia alla nota 1.

⁴³ PISU, *Quando «il bene della vita» è la morte, una buona morte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, III, 911. Va evidenziato che il necessario requisito della inequivocità è stato costantemente indicato dalla giurisprudenza quale fondamentale condizione perché il dissenso alle cure mediche possa esonerare il medico dal potere-dovere di intervenire.

⁴⁴ Ferma restando la possibilità di ricorrere al giudice tutelare nel caso di conflitto tra medico e fiduciario, ai sensi dell’art. 4, comma 5, ultimo periodo, che rinvia al comma 5 dell’art. 3. In mancanza del fiduciario, il medico che abbia il dubbio se disattendere o meno le DAT, deve confrontarsi con il legale rappresentante o l’amministratore di sostegno eventualmente nominato, possibilità di ricorso al giudice tutelare in caso di conflitto. Sul ruolo dell’amministratore di sostegno in presenza di disposizioni anticipate di trattamento, sia consentito rinviare al NOSTRO, *Testamento biologico. I principî in tema di scelte di fine vita*, in *Libro dell’anno del diritto - Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2012, 30, in cui sono state esaminate le previsioni del disegno di legge approvato dalla Camera il 12 luglio 2011 con il n. 2350, a modifica di quello approvato con identica numerazione dal Senato il 26 marzo 2009.

⁴⁵ ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, cit.

giudice tutelare comporre le situazioni di conflitto emergenti, ma solo l'aver adottato le DAT consentirà di intervenire a detta composizione nel pieno rispetto del diritto di autodeterminazione terapeutica espresso "ora per allora" dal soggetto interessato con un anacronismo espressivo che giustifica la corrente denominazione delle DAT come testamento biologico.

Sembra pertanto ingiustamente pessimistica la notazione di chi ⁴⁶ ha affermato che l'intervento del giudice tutelare "se rischia di burocratizzare e decontestualizzare la decisione da prendere, rimane pure difficilmente sostituibile".

Non solo infatti per tal verso si accredita sfiducia nell'operato attento del magistrato tutelare, ma non se ne coglie quell'effetto essenziale di certezza garantita all'operato del medico.

Una certezza che lo affranca da responsabilità per colpa, restituendogli quella serenità operativa sul versante penale che già il legislatore aveva mostrato di voler favorire con l'introduzione dell'articolo 590-*sexies* c.p. da parte della legge 8 marzo 2017, n. 24.

Obiettivo all'evidenza dimidiato dalla scelta ermeneutica delle Sezioni Unite con la sentenza n. 50078/2017, intesa ad escludere la punibilità solo per colpa lieve ed in riferimento all'esclusivo parametro dell'imperizia, con chiaro disfavore rispetto al pregresso assetto normativo che escludeva dal rilievo penale la colpa lieve non solo in caso di imperizia, ma, secondo la giurisprudenza che andava consolidandosi, anche in caso di negligenza e imprudenza⁴⁷.

Alle DAT viene affidata un'adeguata tutela della serenità nell'operato del medico ed è auspicabile che un tale risultato non sia compromesso da forzature ermeneutiche anche giurisprudenziali possibili in specie con riferimento ai casi in cui è consentito disattenderle.

Come già anticipato (retro, par. 2.2.) l'introduzione delle disposizioni anticipate di trattamento pone la questione se queste rappresentino la forma tipica ed esclusiva per manifestare preventivamente il dissenso alle cure mediche, con la conseguenza che il medico potrebbe legittimamente non tenere conto di un dissenso manifestato senza il rispetto delle forme di cui all'art. 4 della legge 219.

Nel senso che, in difetto di ricorso alle DAT, ma sussistendo le condizioni caratterizzanti casi come quello Englaro, possa ritenersi inibita la manifestazione della volontà del paziente per il tramite di un suo familiare o tutore.

La risposta è negativa, non tanto perché l'art. 4, usando il verbo "può", sembra configurare il ricorso alle DAT quale una facoltà, quanto piuttosto per il necessario "*favor voluntatis*" che in materia di diritti personalissimi, quale è quello alla autodeterminazione terapeutica, deve essere riconosciuto al paziente. Alla introduzione delle DAT, quindi, non può, per una sorta di improvvida eterogenesi dei

⁴⁶ CASONATO, *A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del Re*, cit..

⁴⁷ In dottrina (PIRAS, [Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico](#), in *questa Rivista*, 20 aprile 2018) considera *contra legem* l'interpretazione delle Sezioni Unite in detta sentenza Mariotti, in quanto "il testo di legge viene riscritto, e viene riscritto in *malam partem*, perché viene cancellata l'imperizia grave che, invece, letteralmente rientra nell'area di non punibilità".

fini, connettersi un effetto limitativo dell'ambito di operatività dell'esercizio di tale diritto e sarebbe grave che la novella venisse presa a pretesto per rilanciare quello che è stato definito "il lato oscuro dei diritti umani"⁴⁸ posto in evidenza dalle manifestazioni di ostilità espresse nei giorni finali dell'odissea di Eluana Englaro.

Il mancato ricorso alle disposizioni anticipate di trattamento potrà, in considerazione soprattutto della pregresse peculiari condizioni personali del paziente, rendere più rigorosa l'indagine da svolgere in punto di coincidenza della volontà espressa dal familiare o tutore e quella suo tempo manifestata dal paziente, ma non si ritiene che l'opzione omissiva delle DAT, quale che ne sia la causa (inerzia, scarsa conoscenza dell'istituto, rifiuto dei suoi formalismi, eccetera), possa tradursi in un superamento della conquista di civiltà che il caso Englaro ha rappresentato.

Nell'ipotesi di mancanza di DAT, conservano allora attualità le pregresse affermazioni della giurisprudenza secondo cui, da un lato, *"il dissenso alle cure mediche, per essere valido ed esonerare così il medico dal potere-dovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale⁴⁹: non è sufficiente, dunque, una generica manifestazione di dissenso formulata ex ante ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato ex post, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure"⁵⁰ e dall'altro "il dissenso precedentemente manifestato non impedisce al medico di effettuare cure salvavita quando ricorrono tre condizioni: sia peggiorato il quadro clinico del paziente; il paziente non sia in grado di manifestare la propria volontà; possa ragionevolmente presumersi che, se fosse stato informato, il paziente non avrebbe confermato il proprio dissenso alle cure"⁵¹; principi in base ai quali la S.C., nel primo caso, ha ritenuto che non ricorressero le condizioni per un valido dissenso in una fattispecie in cui era risultato da un cartellino, rinvenuto addosso al paziente, testimone di Geova, al momento del*

⁴⁸ In termini PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, IV, 1613.

⁴⁹ Peralto va precisato che il requisito dell'attualità della volontà non richiede la necessaria e stretta contestualità tra la morte e la perdita di coscienza della persona (cfr. la sentenza Welby, secondo cui *"appare del tutto irrilevante, oltre che arduo dal punto di vista probatorio, andare ad accertare se lo stato di coscienza del paziente sia cessato nel momento esatto in cui subentrava la morte naturale per il distacco dalla macchina. In altre parole appare del tutto irrilevante andare ad accertare concretamente se egli sia stato messo nelle condizioni di poter, fino all'ultimo istante, revocare la sua precedente decisione, poiché ciò sarebbe stato in totale contrasto con l'intento coerentemente perseguito fino a quel momento e con la sua storia personale ed in quanto tale accertamento "impossibile" appare, in ogni caso, rappresentare esso stesso un'inutile forzatura. Infatti, non può che costituire un inutile artificio voler far coincidere il requisito dell'attualità della volontà con la necessaria e stretta contestualità tra la morte e la perdita di coscienza della persona, soprattutto quando si rende opportuno o necessario procedere alla sedazione del paziente. In realtà quello che effettivamente rileva sotto tale profilo non è la stretta contestualità tra la perdita di coscienza e la morte ma la prevedibilità dell'intervento, ovvero se il paziente permanga nella sua decisione, pur sapendo quello a cui sta andando incontro e sempre che quello che effettivamente poi avviene è ciò che era stato previsto e che era comunque da lui ragionevolmente prevedibile. Anche sotto tale profilo si può affermare con ragionevole certezza che il Welby ha mantenuto ferma la sua decisione fino alla perdita di coscienza avvenuta contestualmente o poco prima al suo decesso, evento, quest'ultimo, che egli sapeva bene che sarebbe subentrato al distacco dalla macchina"*).

⁵⁰ Cass. civ. Sez. III, n. 23676/2008.

⁵¹ Cass. civ. Sez. III, n. 4211/2007.

ricovero, in condizioni di incoscienza, che recava l'indicazione "niente sangue", appunto perché la manifestazione di volontà non risultava essere stata raccolta, in modo inequivoco, dopo aver avuto conoscenza della gravità delle condizioni di salute al momento del ricovero e delle conseguenze prospettabili in caso di omesso trattamento e, nel secondo caso, ha confermato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda di risarcimento dei danni morali patiti dall'attore per essere stato costretto, contro la sua volontà a subire l'intervento, espressamente rifiutato, di una trasfusione sanguigna, in quanto l'originario dissenso era stato espresso in un momento in cui le sue condizioni di salute non facevano temere un imminente pericolo di vita, tanto che il paziente era stato trattato con terapie alternative e successivamente aveva chiesto, qualora fosse stato ritenuto indispensabile ricorrere ad una trasfusione, di essere immediatamente trasferito presso un ospedale attrezzato per l'autotrasfusione, così manifestando, implicitamente ma chiaramente, il desiderio di essere curato e non certo di morire pur di evitare d'essere trasfuso.

3. L'eutanasia attiva consensuale.

3.1. L'esclusione del diritto di morire tra ordinamento nazionale e Cedu.

Come anticipato nella prima parte, l'eutanasia attiva consensuale è allo stato vietata nel nostro ordinamento, stante la persistente vigenza nel nostro codice penale degli articoli 579 (omicidio del consenziente) e 580 (istigazione o aiuto al suicidio) ⁵²,

⁵² Cass. pen., Sez. I, n. 3147/1998 precisa che "il discrimine tra il reato di omicidio del consenziente e quello di istigazione o aiuto al suicidio va individuato nel modo in cui viene ad atteggiarsi la condotta e la volontà della vittima in rapporto alla condotta dell'agente: si avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria". Critico verso una qualificazione giuridica come omicidio del consenziente piuttosto che come aiuto al suicidio dipendente "dal fatto, marginale e fungibile", dell'attivazione del dispositivo per mano degli «accompagnatori alla morte» o per mano del morituro è MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., il quale considera «un appiglio, ostentatamente documentato, quello di lasciare al morituro l'ultimo atto di premere il pulsante o azionare una leva, che pone il quesito se esso non costituisca il segno di un'ineliminabile inquietudine di fondo, degli "accompagnatori alla morte"». Va precisato che l'istigazione (al pari della agevolazione) è punita a condizione che la stessa venga accolta e il suicidio si verifichi o quantomeno il suicida, fallendo nel suo intento, si procuri una lesione grave o gravissima (da ritenere quale evento del reato, come afferma OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, cit., il quale ricorda la posizione tradizionale – espressa da MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, 122, secondo cui il suicidio costituisce una condizione obiettiva di punibilità di tipo intrinseco). Pertanto, non è configurabile il tentativo con riguardo al reato di cui all'art. 580 cod. pen., nell'ipotesi in cui all'istigazione non segua un suicidio consumato o tentato con lesioni gravi o gravissime (Cass. pen., Sez. V, n. 57503/2017 che ha escluso la configurabilità del tentativo di istigazione al suicidio nel

norme che costituiscono, per opinione dominante, la base legale del principio di indisponibilità della vita e di anti-giuridicità del suicidio, il quale *“pur non essendo punito in sé nel vigente ordinamento penale a titolo di tentativo⁵³, costituisce pur sempre una scelta moralmente non condivisibile, non giustificabile ed avversata dalla stragrande maggioranza dei consociati, a prescindere dalle loro convinzioni religiose e politiche, siccome contraria al comune modo di sentire, in quanto negatrice del principio fondamentale, su cui si fonda ogni comunità organizzata e costituito dal rispetto e dalla promozione della vita in ogni sua manifestazione”*⁵⁴.

L'anti-giuridicità del suicidio viene tradizionalmente spiegata con il richiamo degli artt. 32 Cost. (tutela della salute) e 5 c.c. (divieto di atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume) nonché dell'art. 2 Cost. che mette in relazione i diritti fondamentali della persona con l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. In particolare, si osserva che l'art. 32, comma 1, Cost., statuendo che il diritto alla salute è un fondamentale diritto dell'individuo, nonché un interesse della collettività, evidenzia che tale bene non è soltanto un valore per il suo titolare, bensì anche per gli altri, onde il singolo, per quanto abbia un diritto inviolabile alla sua salute non ha il diritto di distruggere tale bene⁵⁵. Si aggiunge, poi, che l'art. 5 c.c. conferma che l'ordinamento non consente al singolo di disporre arbitrariamente della propria salute e della propria vita, con la conseguenza che il suicidio è giuridicamente connotato da una nota di disvalore e può essere legittimamente impedito⁵⁶.

Né dalla legge 219 è possibile trarre un generale riconoscimento del diritto di morire⁵⁷.

Diversa infatti, rispetto al suicida, è la posizione del malato cui è riconosciuto, come recita l'incipit dell'articolo 1 della legge 219/2017, sulla base degli artt. 2, 13 e 32

caso di invio di messaggi telefonici ad un minore nell'ambito del gioco noto come *“Blue Whale Challenge”*, pur se contenenti l'invito a compiere atti potenzialmente pregiudizievoli).

⁵³ La scelta di non punire il tentativo di suicidio viene spiegata per ragioni di *“aiuto, solidarietà e assistenza medica”* dell'autore del gesto (MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit.). Ricorda OMODEI, [L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.](#), cit., cui si rinvia per i riferimenti, come l'incriminazione di cui all'art. 580 c.p. viene *“ideata e strutturata dal legislatore codicistico alla stregua di una classica figura concorsuale dove, per ragioni di opportunità politico-criminale, viene sottoposto a sanzione penale il solo concorrente”*.

⁵⁴ Cass. pen., Sez. I, n. 33244/2013, relativa ad una fattispecie di porto ingiustificato del coltello fuori della propria abitazione in cui è stata ritenuta infondata la tesi difensiva secondo cui sussisteva il giustificato motivo che esclude la configurabilità del reato in quanto la condotta dell'agente era finalizzata alla volontà di suicidarsi lontano dalla propria abitazione.

⁵⁵ RONCO, *Il controllo penale degli stupefacenti*, Napoli, 1990, 380.

⁵⁶ PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1990, V, 10.

⁵⁷ La dottrina è unanime sul punto. Per tutti CUPELLI, [Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici](#), cit.

Cost. e degli artt. 1, 2 e 3 della CDFUE, un diritto di autodeterminazione terapeutica il cui esercizio può anche condurre a morte⁵⁸.

Può dirsi pertanto che la novella "non chiama in causa il diritto di morire, ma la libertà (di fatto) di morire come conseguenza negativa del non sottoporsi a trattamenti terapeutici"⁵⁹ in linea con l'orientamento consolidato secondo cui, "sino ad oggi, il diritto di morire (right to die) inteso come diritto di determinare temporalmente il momento della propria morte è riconosciuto solo in via indiretta. Esso può esprimersi attraverso la rinuncia definitiva a trattamenti sanitari (più o meno) intollerabili ovvero di fatto mediante l'utilizzo di trattamenti sanitari (palliativi) che come conseguenza indiretta (eutanasia indiretta) producono necessariamente l'accorciamento della vita, che non venga perseguita come scopo, essendo il fine solo quello di lenire i dolori"⁶⁰.

L'antigiuridica in assoluto dell'eutanasia attiva consensuale è stata criticata⁶¹ con il rilievo che l'ordinamento, "escludendo che la volontà del singolo interessato possa valere a rendere lecita la condotta del terzo che determina o agevola la morte su richiesta, muove dal presupposto che la salvaguardia della vita sia appunto un valore meritevole di essere affermato in ogni caso, anche a dispetto del punto di vista contrario di chi non vorrebbe più continuare a vivere", così assumendo "una posizione paternalistica ... perché sceglie d'autorità ciò che è bene, o comunque preferibile per la società e per gli individui, prescindendo del tutto dal dare rilievo alla prospettiva della autodeterminazione personale dei singoli", in contrasto con una visione laico-liberale della tutela penale⁶².

L'Autore ha quindi prospettato una possibile reinterpretazione delle fattispecie ex artt. 579 e 580 c.p. "come non più poste a tutela della vita come bene in ogni caso indisponibile, bensì finalizzate a garantire che la scelta di morire sia sorretta da una volontà vera e seria, in presenza di motivazioni obiettivamente ragionevoli". In tale prospettiva, "si tratterebbe di fattispecie di pericolo astratto in rapporto al rischio che la scelta di non continuare

⁵⁸ Giova richiamare la sentenza Englaro della Cassazione: "il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. E d'altra parte occorre ribadire che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa - insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure - quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui".

⁵⁹ PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte costituzionale*, cit.

⁶⁰ DONINI, [La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale](#), in questa Rivista, 15 marzo 2017. Sulle prospettive di revisione della fattispecie, v. anche OMODEI, [L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.](#), cit.

⁶¹ FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, part. V, 227.

⁶² L'Autore richiama la distinzione "tra paternalismo diretto e paternalismo indiretto: il primo (diretto) tende a giustificare l'uso della coercizione (penale) nei confronti di chi si autodanneggia (ad esempio, nei confronti di chi fa uso personale di droghe); il secondo (indiretto) tende a giustificarlo anche nei confronti del terzo che lede (o contribuisce a ledere) una persona col consenso di questa: come, appunto, nel caso dell'omicidio consentito o dell'aiuto al suicidio".

a vivere sia assunta quale effetto di una volontà viziata o immatura, ovvero manifestata in circostanze che non consentano adeguate opportunità di ripensamento”; così reinterpretata, la tutela penale andrebbe a collocarsi – prosegue l’Autore – “nella direzione di un paternalismo «debole», non incompatibile in realtà con una concezione penale liberale, proprio perché essa finisce con l’assumere a ragione ispiratrice la preoccupazione per la reale autonomia dell’individuo che richiede di morire: si teme infatti che possa trattarsi di un individuo sostanzialmente incapace di intendere e di volere, e perciò, incapace di esprimere un desiderio di morire reale, non frutto di cadute in errore, pressioni, forzature o manipolazioni da parte di altri”.

Solo apparentemente, poi, sarebbe invalicabile la “differenza tra «lasciar morire» (lecito) e «aiutare a morire» (illecito)” in quanto, “in presenza di persone accomunate comunque da gravi sofferenze, finisce col perdere non poca parte del suo significato, a fronte di un’esigenza di eguaglianza nel poter morire”, mentre “una lettura aperta di una norma come l’art. 3 Cost., italiana offre una indicazione preziosa, dal momento che vieta ogni discriminazione fondata sulla condizione personale. La condizione del morente deve essere presa in considerazione nella sua interezza e complessità, senza che al suo interno siano ammissibili distinzioni che alterino l’uguaglianza di ciascuno di fronte alla morte. La dimensione costituzionale si congiunge con la dimensione esistenziale, e la sostiene⁶³”.

Avverte però l’Autore che tale prospettiva ermeneutica avrebbe bisogno di “contesti strutturali, nell’ambito dei quali sia possibile attivare apposite procedure legali finalizzate a verificare sia l’effettività e serietà della volontà di morire, sia la presenza di condizioni (come appunto nei casi di pazienti senza speranza che chiedono la sospensione delle terapie) che fanno apparire ragionevoli la rinuncia a una sopravvivenza non più desiderata”.

Una avvertenza che, sostanzialmente, riconosce l’impraticabilità di una rivisitazione per via ermeneutica degli artt. 579 e 580, come del resto concorda chi ⁶⁴ rileva che “il riconoscimento di un diritto di morire implicherebbe peraltro la conseguenza di dover rivedere anche i vigenti articoli 579 e 580 codice penale”, contestualmente sottolineando che “chi non è malato può continuare ad essere tutelato dalle norme incriminatrici tradizionali, anche se bisognose di decisive riforme nell’ambito delle sanzioni ... con radicale distinzione tra l’istigazione al suicidio, che dovrà dovrebbe rimanere punita, ed il semplice aiuto, che non dovrebbe essere sottoposto a pena ovvero dovrebbe essere sanzionato con pena fortemente diminuita”.

Inciso, quest’ultimo, che fa giustamente riferimento alla diversità della posizione del malato rispetto a quella di qualsiasi altro soggetto che viene protetto dalle norme a tutela della vita con riferimento ad una scelta suicidaria sostenuta da motivi non sanitari (economici, sentimentali, politici, eccetera)⁶⁵.

⁶³ Inciso ripreso da RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 254.

⁶⁴ DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, cit.

⁶⁵ Distinzione che MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., indica quale primo argomento a favore della liceità dell’eutanasia attiva consensuale, indicandoli “in un crescendo di intensità e di aperture..., 1) dapprima, nella pietà verso il malato terminale, incurabile, sofferente o incapace, per il suo particolare stato, di una «vita degna»; 2) poi, nella autodeterminazione, presenti certe condizioni estreme, circa la propria vita; 3) e, secondo le posizioni più radicali, nel diritto di

Neppure dalle sentenze della Corte Edu che si sono pronunciate nella materia può evincersi l'esistenza di un diritto di morire, assoluto ed incondizionato.

In una prima occasione (sentenza *Pretty c. Regno Unito* del 29 aprile 2002) la Corte Edu si è occupata della legittimità dell'art. 2, par. 2 del *Suicide Act* inglese del 1961, che prevede come reato l'aiuto al suicidio, su ricorso di una cittadina britannica che, paralizzata e sofferente per una malattia neurodegenerativa incurabile, aveva richiesto al Direttore della Pubblica Accusa, ricevendosene un rifiuto, di accordare l'immunità penale al marito, se l'avesse aiutata a suicidarsi.

La violazione della Carta è stata esclusa sia per quanto riguarda il diritto alla vita di cui all'art. 2, poiché non attribuisce il diritto di morire⁶⁶, sia per quanto riguarda l'art. 3, in quanto le norme nazionali che sanzionino l'aiuto al suicidio non possono ritenersi violazione della norma secondo cui "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti", sia infine per quanto riguarda l'art. 8, in quanto il diritto dell'individuo di fronte ad arbitrarie ingerenze delle pubbliche autorità nella sua vita privata, pur in astratto leso dal divieto assoluto di suicidio, va bilanciato con il diritto alla vita.

A tal fine, compete agli Stati il diritto di controllare, tramite l'applicazione del diritto penale generale, le attività pregiudizievoli per la vita e la sicurezza dei terzi, individuando una disciplina idonea a "*salvaguardare la vita, proteggendo le persone deboli e vulnerabili, specialmente quelle che non sono in grado di adottare decisioni con cognizione di causa da atti volti a porre fine all'esistenza o aiutare a morire*"⁶⁷.

Principio ribadito dalla successiva sentenza *Haas c. Svizzera* del 20 gennaio 2011, relativa ad un caso in cui il ricorrente, con gravi problemi di bipolarismo ed intenzionato a suicidarsi, aveva lamentato la violazione della Carte Edu in quanto la normativa svizzera, pur ammettendo il suicidio assistito, richiedeva per ottenere la

libertà sul proprio corpo e, quindi, al suicidio per mano propria e al suicidio assistito (da mano altrui), per l'asserita identità di quest'ultimo col primo, in quanto mera modalità organizzativa del proprio suicidio". Per converso l'Autore ricorda che "a sostegno della illiceità, anche *de iure condendo*, si invoca: 1) l'argomento di principio della in tangibilità della vita umana come valore in sé...; 2) gli argomenti di ordine pratico: a) della incontenibilità dell'eutanasia pietosa ...; b) degli imponenti e continui progressi della medicina palliativa...; c) dell'estrema difficoltà di accertare la reale volontà, libera e definitiva, del "voglio morire", che può celare, spesso, una disperata richiesta di vicinanza e di solidarietà; d) della fatale burocratizzazione delle pratiche eutanasiche ...; 3) gli argomenti di opportunità: a) dell'intorpidimento dell'identità, morale e professionale, del medico, investito del potere di uccidere, b) del fatale aumento di sfiducia nella classe medica, sapendosi che il medico può infliggere il colpo di grazia sulla base di consensi dubbi, presunti, prestati od attestati da altri o in testamenti biologici formulati in un lontano momento di benessere o, comunque, distaccato dalle reali angosce di una vita che fugge. ... Anche per liberare corsie ospedaliere e parenti da gravosi oneri".

⁶⁶ La Corte si allinea al riguardo alla distinzione tra rifiuto di cure ed eutanasia attiva consensuale illustrata in precedenza.

⁶⁷ L'ordinanza del Tribunale di Milano sottolinea come la decisione «appare significativa perché nel riconoscere il diritto di ciascuno Stato a vietare e sanzionare l'aiuto al suicidio, ha individuato espressamente la ratio di queste norme nell'esigenza di tutelare appunto le persone deboli e vulnerabili. Inoltre, nell'affermare che a fronte di detta necessità la disciplina inglese, che sancisce "la natura generate del divieto di suicidio assistito", "non è sproporzionata", ha sottolineato pure che il diritto inglese prevede la possibilità "di valutare in ciascun caso concreto tanto l'interesse pubblico ad avviare un'azione giudiziaria, quanto le esigenze giuste ed adeguate del castigo e della dissuasione"».

sostanza letale una prescrizione medica rilasciata a seguito di un esame psichiatrico approfondito (prescrizione negatagli).

La Corte, specificando quanto accennato nella sentenza Pretty, ha affermato che *"il diritto di un individuo di decidere con quali mezzi ed a che punto la propria vita finirà, a condizione che egli o ella sia in grado di raggiungere liberamente una propria decisione su questa questione ed agire di conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata entro il significato dell'art 8 della Convenzione"*, ma nel contempo ha ribadito che l'art. 2 della Convenzione impone agli Stati *"l'obbligo di "proteggere le persone vulnerabili, anche contro azioni con cui minaccino la loro stessa vita"*, attivandosi per evitare che *"un individuo possa mettere fine alla sua vita quando la sua decisione non è intervenuta liberamente e con piena conoscenza"*.

Ha quindi escluso la violazione della Carta in quanto, pur riconoscendo la *"volontà del richiedente di suicidarsi in maniera sicura, degna e senza dolore e sofferenze superflue"*, la previsione di una prescrizione medica per il rilascio di un farmaco letale era giustificata, poiché finalizzata a *"proteggere le persone dal prendere decisioni precipitose"* e a prevenire possibili abusi, avendo gli Stati il dovere di *"evitare che un paziente privo di capacità di discernimento possa ottenere una dose mortale di pentorbital sodico"*; ciò perché *"il diritto alla vita garantito dall'art. 2 della Convenzione obbliga gli Stati a predisporre una procedura appropriata a garantire che una decisione di mettere fine alla propria vita corrisponda alla libera volontà dell'interessato"*.

Una valorizzazione ulteriore dell'art. 8 si rinviene nella sentenza Gross c. Svizzera del 14 maggio 2013, relativa al caso di un'anziana donna, la quale desiderava di porre fine alla sua vita senza soffrire di alcuna patologia e che non era stata in grado di ottenere, da parte delle Autorità svizzere, il permesso di procurarsi una dose letale di farmaco cosicché il suicidio potesse essere portato a termine.

La Corte, infatti, ha rilevato che la richiesta della ricorrente si fondava *"sul suo diritto al rispetto della vita privata"*, in quanto *"lo scopo principale dell'art. 8 e quello di proteggere gli individui contro interferenze arbitrarie delle Pubbliche Autorità"*, interferenze che sono giustificate solo nel caso di *"previsione di legge"* e solo in forza di una delle *"necessità"* individuate nel secondo comma di detta norma⁶⁸, ed ha ritenuto violata la Convenzione in quanto le linee guida adottate in Svizzera dall'Ordine dei medici riguardavano solo i casi relativi a pazienti terminali (la cui malattia li avrebbe portati a morte in poche settimane), ma non anche la condizione della ricorrente, mentre *"la legge svizzera, pur offrendo la possibilità di ottenere una dose letale di pentobarbital su prescrizione medica, non offre linee guida che assicurino chiarezza sull'estensione di tale diritto"*.

Per la Corte, quindi, il diritto al suicidio può essere riconosciuto ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, quale corollario del diritto al rispetto della vita privata, ma la

⁶⁸ Per il quale *"non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui"*.

necessità di un suo bilanciamento con il diritto alla vita previsto dall'art. 2 richiede l'individuazione di una disciplina idonea a "salvaguardare la vita, proteggendo le persone deboli e vulnerabili, specialmente quelle che non sono in grado di adottare decisioni con cognizione di causa da atti volti a porre fine all'esistenza o aiutare a morire" (caso Pretty), prevedendo altresì "delle esaustive e chiare linee guida" (caso Gross) per regolare il diritto al suicidio in ogni suo aspetto.

3.2. Il concetto di agevolazione al suicidio: rimodulazione per via giudiziaria o normativa?

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., tendente ad escludere dalla fattispecie penale le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, richiede, evidentemente, una riflessione sul concetto di agevolazione⁶⁹.

Secondo la Cassazione⁷⁰, premesso che di aiuto al suicidio può parlarsi solo se "l'intenzione di auto sopprimersi sia stata autonomamente e liberamente presa dalla vittima, altrimenti vengono in applicazione le altre ipotesi previste dal medesimo art. 580", ritiene "sufficiente che l'agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio", in quanto "la legge, nel prevedere, all'art. 580 c.p., tre forme di realizzazione della condotta penalmente illecita (quella della determinazione del proposito suicida prima inesistente, quella del rafforzamento del proposito già esistente e quella consistente nel rendere in qualsiasi modo più facile la realizzazione di tale proposito) ha voluto punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongano alla realizzazione del proposito, ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo di impedire la realizzazione dell'evento. L'ipotesi dell'agevolazione al suicidio prescinde totalmente dall'esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui. Anzi presuppone che l'intenzione di autosopprimersi sia stata autonomamente e liberamente presa dalla vita, altrimenti vengono in applicazione le altre ipotesi previste dal medesimo art. 580"⁷¹.

La Corte di Assise di Milano nella ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, ha considerato "diritto vivente" l'accezione ampia del concetto di agevolazione, ritenendo quindi necessario l'intervento del giudice delle leggi.

⁶⁹ Per l'atto istigatorio un problema di rapporto con la sfera di autonoma autodeterminazione secondo i parametri Cedu non si pone, in quanto trattasi di condotta di interferenza in quella sfera e quindi in sé lesiva del diritto alla vita privata.

⁷⁰ Cass. pen., Sez. I, n. 3147/1998, cit.

⁷¹ La Corte ha quindi annullato la sentenza di merito in cui era stato affermato invece che l'art. 580 c.p. punisce la condotta agevolatrice del suicidio soltanto quando questa implica anche un rafforzamento del progetto suicidario, ritenendo che in caso contrario l'azione non sarebbe "idonea a ledere il bene giuridico tutelato".

Una diversa interpretazione del concetto è stata praticata dalla sentenza del GUP di Vicenza del 2 marzo 2016⁷², assertiva della necessità di un'incidenza causale dell'agevolazione prestata rispetto al praticato suicidio. Il GUP vicentino, infatti, ha affermato che in tema di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), integra una agevolazione penalmente rilevante la sola condotta che sia direttamente e strumentalmente connessa all'attuazione materiale del suicidio, con la conseguenza che non rientra nel paradigma del delitto la condotta di chi, senza influire sull'altrui proposito suicida, determinandolo o rafforzandolo, si limiti ad accompagnare in auto l'aspirante suicida dalla propria abitazione in Italia fino ad una struttura per il suicidio assistito situata in Svizzera.

La decisione, confermata dalla Corte di Appello di Venezia ⁷³, ha ritenuto che l'accompagnamento non concernesse l'esecuzione del suicidio e fosse attività del tutto fungibile, in quanto la vittima era comunque determinata al suicidio ed avrebbe potuto egualmente raggiungere la clinica.

La decisione è stata da alcuni accolta con favore per la limitazione del concetto di agevolazione alla fase esecutiva del suicidio ⁷⁴, mentre altri l'hanno criticata in quanto sostanzialmente abrogativa della norma che, invece, si riferisce all'agevolazione in qualsiasi modo della realizzazione e della verifica del suicidio ed è perciò inclusiva di qualsiasi agevolazione prestata anche prima, oltre che durante l'esecuzione del suicidio stesso⁷⁵.

⁷² In *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, I, 300, con nota di SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione* ed in *La giustizia penale*, 2017, I, Parte II, 31, con nota di MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit.

⁷³ Sentenza del 10 maggio 2017, inedita.

⁷⁴ SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione* cit., aderisce alla soluzione della fungibilità dell'aiuto praticata dai giudici vicentini laddove in particolare afferma che l'articolo 580 del codice penale "non si limita a riferirsi all'agevolazione tout court, ma evoca l'essenziale necessità che essa riguardi l'atto di esecuzione del suicidio, sicché possono evitarsi imbarazzanti ed anche risibili derive interpretative, inevitabili ove si pretenda di applicare il divieto penale a qualsiasi comportamento, anche abbondantemente pregresso, che sia sul piano materiale inserito nell'iter delle modalità seguite dall'aspirante suicida nell'organizzazione delle varie fasi della procedura".

⁷⁵ MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit. L'Autore ha altresì affermato che l'accompagnamento in auto ha costituito "condicio sine qua" per la realizzazione nella sede svizzera del suicidio assistito, e la fungibilità del trasporto è pertanto un "mero sofisma" in quanto "la condotta agevolatrice e quella in concreto tenuta dall'agente hic et nunc", sicché essa "sposta soltanto il problema della responsabilità, in quanto esso si proporrebbe rispetto ad altro trasportatore inconsapevole".

Si pone pertanto MANTOVANI l'interrogativo "se la soluzione assolutoria degli ausiliatori del suicidio assistito, con le motivazioni addotte dalla sentenza in discorso, costituisca un atto, più che di giurisdizione (jus dicere), di sovranità (jus facere)", optando per lo "jus facere" ed inquadrando la pronuncia in una particolare visione del mondo "per la quale solo la vita sana è autentica vita umana, pienamente degna di rispetto e di protezione e solo la malattia curabile, o, comunque, socialmente tollerabile (così solo in certe forme di handicap) va combattuta".

Orbene, è pur vero che il testo di legge è aperto sia alla lettura restrittiva datane dal giudice vicentino, che a quello opposta elaborata dal MANTOVANI in punto di indifferenza del tempo dell'agevolazione al suicidio e che, stante la pluralità di orientamenti giurisprudenziali dogmatici in punto di determinazione del nesso

Posizione sostanzialmente analoga è quella della Corte di Assise di Milano, secondo cui la soluzione praticata dal G.U.P. di Vicenza e dalla Corte di Appello di Venezia, pur non criticandola apertamente, disattendono l'ampia interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione, che invece costituisce "diritto vivente", finendo esclusivamente per rivelare l'esigenza di evitare i profili di incostituzionalità che "l'interpretazione ampia e indiscriminata delle condotte costitutive del concetto di aiuto al suicidio solleva sotto il profilo dell'offensività".

Contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di Assise di Milano, la decisione del giudice vicentino appare compatibile con l'arresto della Corte di Cassazione, il quale non ha escluso la necessità di una verifica dell'apporto causale dell'agevolazione prestata, verifica da operare secondo il meccanismo del giudizio controfattuale che il giudice vicentino ha di fatto operato, escludendo che l'accompagnamento in Svizzera dell'aspirante suicida, che era nelle condizioni di procedere da sola al viaggio, fosse, proprio "perché del tutto fungibile", da ritenersi antecedente causale del praticato suicidio.

È stata piuttosto la Corte di Assise di Milano ad omettere, in sede di motivazione della rilevanza della prospettata questione, un'adeguata argomentazione in ordine al riconoscimento dell'incidenza causale dell'aiuto prestato dal Cappato in un contesto di relazioni personali del malato con familiari e fidanzata che potevano assicurare comunque l'assunzione di informazioni ed il raggiungimento della clinica svizzera.

Una via che il professor Flick, con la sensibilità e la competenza che derivano anche dalla sua esperienza di Presidente della Corte Costituzionale, ha espressamente indicato in sede di commento "a caldo" dell'ordinanza del Tribunale di Milano⁷⁶, affermando che *"i giudici potevano tentare di interpretare come già successo altre volte all'esempio a Vicenza il 2/3/2016. In quell'occasione i giudici dissero che accompagnare una persona in Svizzera è una semplice assistenza in nome della solidarietà. Accompagnare non integra quindi la condotta, penalmente di rilevante, dell'agevolazione. Ecco perché dico che quel vuoto deve essere colmato dal Parlamento che ripeto, deve chiarire una volta per tutte il problema di se e come coinvolgere una terza persona. Le norme si dichiarano incostituzionali solo quando non consentono un'interpretazione conforme a costituzione, non quando consentono un'interpretazione non in contrasto con essa"*.

Nella sintesi di una risposta ad un'intervista giornalistica, oltre all'evocazione del precedente del Tribunale di Vicenza, colpisce il richiamo alla necessaria previa

di casualità, è ben possibile pervenire a soluzioni diverse riguardo all'incidenza causale dell'aiuto del trasportatore la cui fungibilità è valorizzata a tal fine e non già quale "mero sofisma".

Ma, sottolineati tali residui margini di opinabilità delle tesi contrapposte, quello che non si può condividere è la riconduzione della decisione assunta da più giudici di merito nel novero delle aperture pro-eutanasiche iscrivibili in una "pulsione autodistruttiva nichilistica che assieme ai tanti altri sintomi decadenziali confluisce in quel prevalere del senso di morte sul senso di vita, del *Thanatos* sull'*Eros* che sembra sempre più caratterizzare la nostra civiltà occidentale".

Un po' troppo, per una sentenza argomentata con il ricorso a canoni ermeneutici non implausibili che è stata poi confermata in sede d'appello.

⁷⁶ Intervista resa a T-news il 16 febbraio 2018 e accessibile a questo [link](#).

verifica di praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma sottoposta al sindacato di costituzionalità, verifica che è condizione di ammissibilità della questione e che non risulta adeguatamente compiuta nell'ordinanza della Corte di Assise di Milano⁷⁷.

Sembra allora possibile una interpretazione del concetto di agevolazione che, senza procedere sulla sottile linea di confine tra atti preparatori ed esecutivi del suicidio⁷⁸, valorizzi il valore meramente solidaristico di condotte estranee alla sfera di formazione della volontà suicidaria e non costituenti antecedente causale necessario del suicidio (in tal senso “fungibili”), quali il mero accompagnamento o l'informazione all'aspirante suicida della clinica estera presso la quale è possibile praticare il gesto finale.

In questa prospettiva, sono da ritenere non implausibili i prospettati dubbi di ammissibilità della questione proposta da parte dell'Avvocatura dello Stato⁷⁹.

Ad ogni buon conto, l'auspicata riforma dell'articolo 580 c.p. nella fattispecie agevolativa appare indispensabile per il superamento dell'evidente irragionevolezza di equiparazione sanzionatoria con le condotte di determinazione e rafforzamento dell'intento suicidario, irragionevolezza che appare non superabile praticando l'iter adottato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 236/2016 dichiarativa della illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 567 c.p. con riferimento alla alterazione di stato per la manifesta irragionevolezza di cui al comma 1⁸⁰, in quanto nell'art. 580 c.p. manca il *tertium comparationis* sanzionatorio cui la Consulta aveva potuto fare riferimento, sicché si impone un intervento legislativo.

E soprattutto una riforma dell'art. 580 c.p. si impone:

- sia per *differenziare la posizione del malato* rispetto a quella di qualsiasi altro soggetto che viene protetto dalle norme a tutela della vita con riferimento ad una scelta suicidaria sostenuta da motivi non sanitari (economici, sentimentali, politici, eccetera);

⁷⁷ Rilievo questo mosso anche da PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte costituzionale*, cit.

⁷⁸ Osserva OMODEI, [L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.](#), cit., che la limitazione dell'agevolazione ai soli contributi attinenti alla fase esecutiva rischia di risultare arbitraria e contraria alla lettera della legge e pone il delicato problema della perimetrazione della fase esecutiva.

⁷⁹ Quando saranno ostensibili, si conosceranno le eccezioni mosse dall'Avvocatura nella loro intrezza. BIN, *Cappato, il Governo, la Corte costituzionale e le false notizie*, in *lacostituzione.info.it*, 4 aprile 2018, giustamente osserva che la decisione del Governo per un intervento dell'Avvocatura dello Stato “non significa difendere l'incriminazione del Cappato”. Per l'Autore probabilmente la Corte costituzionale rivolgerà un monito al legislatore perché cambi la legge, trattandosi di questione politica da sottoporre “al prossimo governo e alla prossima maggioranza, non alla Corte costituzionale”.

⁸⁰ Dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 567, comma 2, c.p., nella parte in cui prevede per “chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità” la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni prevista dal comma 1 per “chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile”.

sia per assicurare ai *terzi non medici*, esclusi dalle guarentigie degli artt. 1, comma 6 e 4, comma 5, della legge 219 espressamente riservate ai soli medici che si adoperano per aiutare il paziente nell'esercizio del suo diritto di autodeterminazione terapeutica, un riferimento normativo inequivoco in punto di conseguenze eventualmente penali del proprio operato.