

QUESITI

ROBERTO D'ANDREA

La pena della vita

Il potere penale è limitato dai diritti costituzionali degli individui. Uno di questi diritti è, a determinate condizioni, l'eutanasia, corollario del diritto alla salute. Infatti, i pazienti affetti da una irreversibile patologia, tormentati da intollerabili sofferenze fisiche e psichiche e capaci di intendere e di volere hanno il diritto di liberarsi dal loro dolore inguaribile ed inevitabile. Non sussiste alcuna differenza giuridica fra uccidere e lasciar morire: in ambo i casi il fine dell'azione dei medici è liberare i loro pazienti dalle sofferenze, e la morte costituisce solo il mezzo necessario a tale scopo. Pertanto, se il nostro ordinamento giuridico disciplina in maniera diversa eutanasia passiva ed eutanasia attiva, finirà inevitabilmente per pregiudicare il principio di eguaglianza.

The pain of life

Criminal power is limited by the constitutional rights of the individuals. One of these rights is, under certain circumstances, euthanasia, corollary of the right to health. In fact, patients affected by irreversible diseases, tormented by unbearable physical and psychological sufferings and capable of understanding and intent do have the right to liberate themselves from their unavoidable and unsustainable pain. There is no juridical difference between killing and letting die: in both cases the purpose of the action carried out by doctors is to free their patients from their suffering, and death is the only, necessary means to achieve that purpose. Therefore, if our law system regulates in a different way passive and active euthanasia, it will inevitably undermine the equality principle.

SOMMARIO: 1. Il diritto (costituzionale) limita il potere (penale). - 2. Definizioni e breve quadro tratteggiato del fine-vita in Italia. - 3. Una parziale evoluzione: il caso Cappato. - 4. Verso un assetto conforme a Costituzione: le criticità della doppia pronuncia sul caso Cappato. - 5. La ricostruzione del diritto all'eutanasia come limite all'intervento penale.

1. *Il diritto (costituzionale) limita il potere (penale).* La quintessenza dei moderni Stati liberali è riassumibile in una formula laconica ma densa di significato: il diritto limita il potere.¹ Nessun potere può dirsi *absolutus*, overrosia sciolto da qualunque “laccio e lacciuolo” e libero di dispiegarsi senza vincoli. Il primo dei vincoli opposti al potere è proprio il diritto, tanto in senso oggettivo (dunque l'insieme di norme che regolano il nostro vivere civile), quanto, e soprattutto, in senso soggettivo, cioè le posizioni giuridiche soggettive ricoperte da ciascun consociato. Una simile conquista di civiltà giuridica, spesso decantata nella letteratura giuspubblicistica con toni stentorei e altisonanti, fatica tuttavia a calarsi dall'empireo mondo del diritto nella concreta realtà dei fatti. Esempio assolutamente emblematico è offerto dal tema del fine-vita in Italia, ove per un lungo turno di tempo, in una prospettiva diametralmente

¹ Per un riconoscimento di questa formula anche nella giurisprudenza costituzionale, si vedano gli spunti interessanti contenuti nella sentenza della Corte cost., n. 162 del 2014, in materia di fecondazione eterologa, ove la Corte afferma come la discrezionalità legislativa non debba ostacolare lo sviluppo e la garanzia dei diritti fondamentali.

opposta a quella adesso indicata, il potere ha ostacolato (ed ancora, come vedremo, in parte ostacola) la piena affermazione di diritti di rango costituzionale. Il dato risulta ancor più grave quando si consideri che si tratta del potere nella sua manifestazione più intensa ed invasiva: il potere penale.

Queste, in estrema sintesi, le tappe del nostro percorso: dopo una breve ricostruzione del quadro normativo odierno sull'eutanasia e della svolta legata alla vicenda cappato, articoleremo più ampiamente i punti che ci auguriamo essere più innovativi. Spiegheremo cioè: 1) perché la parte dell'art. 580 c.p. che incrimina *l'aiuto materiale al suicidio si ponga in rotta di collisione con i principi di uno Stato liberale e del sistema costituzionale*, e non solo in relazione all'eutanasia, ma su di un piano generale; 2) *perché dalla nostra Carta costituzionale si debba ricavare un autentico diritto all'eutanasia ed al suicidio assistito* in capo ai pazienti capaci di intendere e di volere affetti da patologia irreversibile foriera di sofferenze fisiche e psichiche dagli stessi ritenute intollerabili. In particolare, anticipiamo che il fondamento dell'eutanasia non risiede soltanto nella libertà ma, anche e soprattutto, *nel diritto alla salute e nel principio di eguaglianza rispetto alla salute*. Il principale ostacolo all'eguaglianza di fronte alla salute, ossia la presunta differenza fra "uccidere" e "lasciar morire", si rivelerà nella sua *totale inconsistenza*.

2. Definizioni e breve quadro tratteggio del fine-vita in Italia

2.1 Circoscriviamo anzitutto il nostro campo di indagine: al netto delle ipotesi di c.d. eutanasia collettivistica² e di classificazioni dottrinali di dubbia utilità pratica³, in estrema sintesi il fenomeno del fine-vita può essere convenzionalmente suddiviso in due tronconi: *eutanasia c.d. passiva* da un lato, intesa come astensione, ad opera di un medico, da trattamenti sanitari di sostegno vitale ricusati dal paziente (o interruzione dei detti trattamenti quando non più voluti dal malato) ed *eutanasia c.d. attiva* dall'altro, ossia una condotta positiva, sempre ad opera di un medico, volta a cagionare (eutanasia attiva in senso stretto, poiché l'ultimo atto posto in essere è del medico) o ad agevolare (sui-

² Tratteggiate in modo articolato da AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Milano, 2012, 35 ss.

³ Ad es. cfr. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2004., 30, che differenzia fra "eutanasia per omissione" ed "eutanasia per commissione", dall'angolatura di chi compie l'azione; all'interno della prima annovera poi l'eutanasia mediante "mezzi ordinari" e mediante "mezzi straordinari"; entro la seconda, distingue fra "uccisione diretta" e "uccisione indiretta"; infine, dal punto di vista della volontà del paziente, considera l'eutanasia "volontaria" e "involontaria": rispetto a tale ultimo punto, risulterà evidente dal nostro discorso che l'eutanasia a cui ci riferiamo non può non avere carattere volontario, ché altrimenti non sarebbe classificabile neanche come eutanasia (giacché non muore "bene" chi muore e non vuole morire).

cidio assistito, poiché l'ultimo atto posto in essere è dello stesso malato⁴) la morte del paziente su sua richiesta libera e consapevole. Secondo la dottrina prevalente l'espressione "eutanasia passiva" potrebbe risultare fuorviante in quanto si tratterebbe in realtà di un mero diritto al rifiuto delle cure non volute, ma tenteremo di dimostrare nel corso del presente lavoro che invece, nelle circoscritte ipotesi da noi a breve trattate, eutanasia passiva ed eutanasia attiva sono due facce della stessa medaglia.

2.2 Tracciamo adesso, succintamente, le coordinate normative che vengono in rilievo, dalle quali emergeranno già da subito, intuitivamente, insolubili incongruenze. L'eutanasia passiva, o il diritto al rifiuto delle cure, assume ormai, secondo un'opinione largamente condivisa, il rango di diritto costituzionalmente presidiato. Tale diritto viene tratteggiatamente ricondotto (ma, lo vedremo, tale lettura appare insufficiente) ad un più generale diritto all'autodeterminazione ed all'autonomia individuale, storicamente risalente al noto canone dell'*habeas corpus*. Esso trova, nel diritto positivo italiano, il suo ancoraggio nel combinato disposto di tre disposizioni costituzionali: l'*art. 32*, comma II, Cost., a norma del quale nessuno può essere tenuto a determinati trattamenti sanitari non desiderati (salve disposizioni di legge che non possono però travalicare i limiti del rispetto della persona umana), l'*art. 13*, che nel suo primo comma sancisce l'inviolabilità della libertà personale, essenzialmente identificata nella intangibilità ed incoercibilità della propria sfera corporea (salve anche qui talune ristrette ipotesi di deroga previste dai successivi commi dell'*art. 13*, ma con le garanzie ivi predisposte) e l'*art. 2*, secondo cui «*[[l]a Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*». L'affermazione del diritto al rifiuto delle cure ha seguito un percorso lento e travagliato, che si estende da sentenze della Corte costituzionale definibili, senza esagerare, storiche⁵, fino ai più recenti approdi legislativi⁶ e di deontolo-

⁴ Secondo taluni autori (ad es. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Bari-Roma, 2017, 132) il suicidio assistito non rientrerebbe nella categoria di eutanasia attiva, ma se ne differenzerebbe in maniera ontologica. A nostro avviso, e come tenteremo di dimostrare, non sussiste invece alcuna apprezzabile differenza fra le due azioni, almeno sul piano giuridico.

⁵ Ci si riferisce in particolare alla sent. della Corte cost., n. 307 del 1990, in cui si dettano i due criteri guida che devono orientare la legislazione ordinaria: 1) necessità di un interesse della collettività come sola ipotesi di limitazione del diritto all'autodeterminazione; 2) definizione di interesse della collettività come interesse alla altrui *salute*; nonché alla sent. della Corte cost., n. 438 del 2008, secondo cui «*la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli*

gia medica⁷, passando per una oscillante ricostruzione della giurisprudenza comune (non solo civile⁸ e penale⁹ ma anche amministrativa¹⁰) e per chiare ed inequivoche fonti sovranazionali¹¹. A tale diritto si specchia un corrispondente obbligo in capo ai medici non solo di rispettare la volontà dei malati in ossequio alla moderna dialettica di alleanza terapeutica, ma anche, quando occorra, di attivarsi per attuarla e renderla effettiva, senza che ciò comporti un sostanziale abbandono terapeutico. Non solo il medico non è punito penalmente quando interrompa i trattamenti di sostegno vitale rifiutati dal paziente, ma addirittura è tenuto professionalmente alla loro interruzione, senza neanche la possibilità di esercitare un eventuale diritto all'obiezione di coscienza. Anzi, se il medico si ostinasse nella somministrazione di siffatti trattamenti in assenza di volontà del malato che vi è sottoposto, commetterebbe, secondo parte della dottrina, il reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p.¹²

Ben diversa la sorte dell'eutanasia attiva: somministrare al paziente che ne

ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione.»

⁶ In particolare, si veda l'art. 1 commi terzo e quinto della legge n. 219 del 2017, che sanciscono in modo espresso, rispettivamente, il principio del consenso informato e il diritto al rifiuto di trattamenti sanitari non voluti.

⁷ Cfr. artt. 33 e 35 dell'attuale codice di deontologia medica del 2014.

⁸ Esemplarmente, famosissima la pronuncia della Cass., Sez. I, 4 ottobre 2007, Englaro, in *Mass. Uff.* n. 598966.

⁹ Non senza talune pericolose oscillazioni: si veda ad es. Cass., Sez. un., 21 gennaio 2009, Mazzini, in *Mass. Uff.* n. 241752. Si osservi che in realtà i veri precedenti concettuali cui si sono attenute le sezioni unite sono riconducibili alla Cass., Sez. I, 11 luglio 2002, Volterrani, in *Mass. Uff.* n. 222581, ove il medico viene autorizzato a somministrare gli interventi ritenuti essenziali alla tutela della salute del suo paziente, quasi fosse un mero oggetto di atti medici, salvo soltanto un rifiuto espresso da parte di quest'ultimo. Giuste preoccupazioni sono state espresse al riguardo da CASONATO, *Il principio di volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in www.forumcostituzionale.it; cfr. anche SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, vol. *Il governo del corpo*, t.1, a cura di Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti, Milano, 2011, 218 ss.

¹⁰ Si veda ad es. l'importantissima pronuncia del Cons. St., Sez. III, sent. n. 4460 del 2014.

¹¹ Si pensi all'art. 5 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina del 1997, all'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 ed all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950. Al riguardo si veda RISCATO, *La dignità nel morire fra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 15.

¹² GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1997, 101. *Contra*, CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 86, ove si dà conto anche di ricostruzioni meno convincenti come quella di ricondurre la condotta in questione al delitto di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p.

faccia richiesta libera e consapevole una iniezione letale che direttamente ne cagioni la morte, o propinare un farmaco che il paziente debba assumere per ottenere un rapido ed indolore decesso, integrano due distinte fattispecie delittuose, vale a dire, rispettivamente, il reato di omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p.¹³ e il reato di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p., che commina la pena della reclusione da cinque a dodici anni non solo per chiunque istiga altri al suicidio (nella forma della determinazione, cioè innescando *ex nihilo* un proposito suicidario in altri soggetti, ovvero nella forma del rafforzamento, ossia corroborando una preesistente volizione suicida), ma anche per chiunque ne agevoli, in qualunque modo, l'esecuzione. Appare dunque chiaro come il legislatore penale sbarra(va) la strada, nella maniera più estesa e con draconiani strumenti, a qualsivoglia tipo di cooperazione, ad opera di un soggetto, alla morte di un altro soggetto, a prescindere da quali fossero le motivazioni e in generale le circostanze alla base della condotta dell'agente.

Come accennavamo, il quadro appena tracciato si contrassegna per una irragionevolezza di fondo. Nello svolgimento delle nostre argomentazioni tenteremo di dimostrarne le ragioni.

3. *Una parziale evoluzione: il caso Cappato*

3.1 Un primo passo per rimediare alla evidente obsolescenza di una delle due fattispecie che stiamo esaminando, vale a dire l'art. 580 c.p., è stato coraggiosamente compiuto dalla Corte costituzionale nella sua c.d. doppia pronuncia, costituita dalla ord. n. 207 del 2018 e dalla sent. n. 242 del 2019.¹⁴ Nella prima delle citate pronunce, del tutto atipica ed innovativa per la sua tecnica decisoria nell'intera storia della giurisprudenza costituzionale¹⁵, il Giudice delle

¹³ Che incrimina, con la pena della reclusione da sei a quindici anni, chiunque cagiona la morte di un uomo con il consenso di lui, talché appare evidente come la vita non costituisca nel nostro ordinamento penale un diritto disponibile in capo al suo titolare, tale da scriminare la condotta omicida ex art. 50 c.p.

¹⁴ La doppia pronuncia è relativa al notissimo c.d. caso Cappato, politico e tesoriere dell'Associazione Luca Coscioni assunto agli onori della cronaca per avere aiutato a morire in una clinica svizzera Fabiano Antoniani (per gli amici Dj Fabo), che era rimasto cieco e tetraplegico dopo un terribile incidente stradale. Vani furono i tentativi di cura (come ad es. un tentativo di trapianto di cellule staminali effettuato in India), e pertanto, non rimasta a Fabiano altra via che quella di morire senza soffrire in maniera conforme alla propria idea di sé, questi si mise, insieme con la fidanzata Valeria Imbrogno, in contatto con Marco Cappato per portare a termine il proprio progetto.

¹⁵ Si vedano, fra i plurimi commenti all'ordinanza, in particolare ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in www.diritticomparati.it; BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it; CANALE, *La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire*, in www.osservatorioaic.it; CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite*

Leggi in un primo momento sottolinea la fondamentale funzione cui assolve la norma sospettata di illegittimità costituzionale (per asserita violazione degli artt. 3, 13 e 117 Cost, nonché dell'art. 32 Cost, sebbene quest'ultimo sia stato erroneamente richiamato da giudice *a quo* soltanto in motivazione). Essa costituisce infatti, a giudizio della Corte, una sorta di "cintura protettiva" che il legislatore ha creato attorno all'aspirante suicida per inibire ai terzi qualsivoglia cooperazione con quest'ultimo. La norma, nell'incriminare condotte che «*spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio e di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni sono concepite*», viene reputata funzionale a proteggere il fondamentale bene giuridico della vita umana, «*soprattutto nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere troppo facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta lucida, magari per ragioni di personale tornaconto*»¹⁶.

Non si tratta a nostro giudizio di una valutazione corretta, né con riguardo all'agevolato, né rispetto all'agevolatore. Per quanto infatti concerne la *posizione dell'agevolato*, dalle affermazioni appena riportate si evince che secondo la Corte il legislatore è libero di bilanciare il diritto all'autodeterminazione con il diritto alla vita: a nostro avviso, invece, una concezione laica e liberale del potere¹⁷ non tollera alcun bilanciamento eteronomo (cioè svolto dall'ordinamento anziché dall'individuo stesso) fra più diritti e più valori in capo ad uno *stesso soggetto* pienamente capace di intendere e di volere e che

dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019; CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2018; GIANELLO, *La strada impervia del giudizio incidentale. Nota all'ordinanza di rimessione nel "processo Cappato"*, in www.diritticomparati.it; FIANO, *"Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli". Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in www.forumcostituzionale.it; PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2018; RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Diritti fondamentali*, 2019; SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, in *Quaderni dir. pol. eccles.*, 2018.

¹⁶ Corte cost., n. 207 del 2018, punto 6 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ Che affonda le sue radici nel folgorante pensiero del filosofo J. S. Mill: si veda in particolare il noto saggio *Sulla libertà*.

assuma decisioni libere e consapevoli. Il bilanciamento attraverso norme giuridiche presuppone, deve presupporre, l'*intersoggettività*, ovvero una pluralità di *centri di interesse*. Se non ne derivano conseguenze negative dirette in danno di altri soggetti, ogni individuo pienamente capace di intendere e di volere che assuma decisioni libere e consapevoli deve ritenersi libero di operare *da sé* il necessario bilanciamento fra i diversi diritti e valori in gioco. Se al contrario l'ordinamento, e soprattutto l'ordinamento penale, si arroghi la pretesa non già di suggerire, ma di imporre ad un soggetto un bilanciamento che solo quel soggetto deve operare, paternalisticamente viola la sua autonomia individuale, in maniera illegittima ed immotivata, una simile imposizione non giustificandosi con la necessità di tutelare altri soggetti.

Un soggetto capace di intendere e di volere, quand'anche fragile e vulnerabile (*a fortiori* quando non sia fragile e vulnerabile), non può essere limitato nel suo diritto di disporre della propria vita e dunque di porvi fine, e la sanzione penale in capo all'agevolatore si configura proprio come una indebita limitazione. In nome di quale altro interesse avviene tale limitazione? Certamente non in nome di Dio, ove appena si consideri il carattere laico e secolare del moderno diritto penale di stampo liberale. Non in nome di un generico dovere di solidarietà, che tramuterebbe il diritto alla vita in un sostanziale *interesse legittimo* da esercitarsi compatibilmente con un *bene superiore* non meglio identificato, e trasformerebbe gli individui da esseri liberi a schiavi che solo in rarissime circostanze possono essere "manumessi".¹⁸ Quando poi si voglia supporre che il bilanciamento eteronomo trovi il proprio fondamento in fini di carattere generale, come quello di una astratta tutela della vita o dell'esigenza di evitare una "normalizzazione" dei suicidi o, peggio, un intento emulativo, ciò equivale a strumentalizzare l'individuo a fini di politica legislativa, degradandolo da fine a mezzo e così recando un gravissimo *vulnus* alla sua dignità di persona. In tema di fine-vita la discrezionalità legislativa dovrebbe esercitarsi soltanto per garantire che siano impediti abusi e storture, per ostacolare il configurarsi di un pernicioso "piano inclinato". Proprio per assolvere a questa funzione rimane fondamentale il ruolo giocato dall'art. 580 c.p. nella sua prima parte, in cui si incrimina la condotta di istigazione al sui-

¹⁸ Per quest'ultima considerazione inerente alla paradossalità di ricondurre il diritto alla vita ad un dovere di vivere e di far degradare il diritto alla vita ad un mero interesse legittimo, paradossalità tuttavia insita nel tessuto di un codice di matrice fascista mai completamente bonificato che individua nel suicidio un fatto illecito da impedire, v. PADOVANI, *Dovere di vivere e aiuto al suicidio: un sintagma*, in *BioDiritto*, 2019, nonché ID, *Note in tema di suicidio ed aiuto al suicidio*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, a cura di De Francesco Gargani-Notaro-Vallini, Atti del convegno Pisa, 12 ottobre 2018, 139 ss.

cidio, volta appunto ad alterare le autonome determinazioni volitive del soggetto passivo. È proprio per assolvere a questa funzione risulta imprescindibile una rigorosa regolamentazione del fine-vita indirizzata ad assicurare la genuinità di una aspirazione la cui realizzazione non sarebbe più reversibile.

Per quanto poi riguarda la *posizione dell'agevolatore*, l'art. 580, seconda parte, che punisce l'aiuto materiale al suicidio, risulta del tutto scevro di bene giuridico tutelato, e la condotta incriminata risulta assolutamente carente di offensività in astratto¹⁹ (proprio perché non sussiste alcun bene giuridico offeso). Il bene giuridico tutelato non può infatti essere ritenuto il bene vita, perché abbiamo mostrato non essere conforme ad uno Stato liberale tutelare un diritto *contro* il suo titolare capace di intendere e di volere e che assuma una decisione libera e consapevole.

Se invece un soggetto, per dirla con la Corte, malato, depresso, psicologicamente fragile, anziano e in solitudine fosse agevolato al suicidio, occorre operare una distinzione. Qualora infatti la condizione concreta dell'aspirante suicida menomasse la sua capacità decisionale²⁰, allora non sarebbe pienamente capace di intendere e di volere né di assumere decisioni libere e consapevoli: in questa eventualità, e *solo* in questa eventualità, ha senso una norma che incrimini l'agevolazione al suicidio.²¹ Qualora invece la condizione concreta

¹⁹ Sul principio di offensività, cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005. Essenziali per comprendere appieno tutti i limiti di un cieco e inutile paternalismo penale sono gli scritti di FEINBERG, in particolare *The Moral Limits of the Criminal Law, Harm to self, III*, Oxford-New York 1986, che si pone in linea logicamente consequenziale alla impostazione milliana. Per una analisi critica del pensiero feinbergiano, v. PULITANO, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 7/2018, 5 ss. Non si può inoltre che condividere la seguente considerazione: "A ben vedere, chi critica gli sviluppi del pensiero di Feinberg sulla questione del paternalismo, sostanzialmente lo fa perché parte da presupposti filosofici di base differenti Del resto lo stesso Feinberg non cerca di dimostrare la verità delle sue asserzioni anche riguardo alla tematica del paternalismo. Si limita a dire che partendo dalla concezione liberal di Mill e sviluppandola logicamente, essa porta a tutte le conclusioni che lo studioso stesso individua, antipaternalismo compreso" (CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 229).

²⁰ Come però correttamente osserva PADOVANI, *Dovere di vivere e aiuto al suicidio*, cit., 143, addirittura il modo stesso di argomentare della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/2018 lascia subdolamente intendere che la scelta di porre fine alla propria vita si riveli sostanzialmente quasi sempre, con presunzione pressoché assoluta, indice sintomatico di vulnerabilità fisiopsichica ed incapacità decisionale. Presupposto, come segnala l'Autore, assolutamente fallace e inconsistente, fondato su una generalizzazione spuria.

²¹ Dovrebbe così "sopravvivere" ad una censura di legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio esclusivamente il secondo comma dell'art. 580, che attualmente configura solo una circostanza aggravante e che dovrebbe piuttosto essere riqualificato in reato autonomo. Legittimi dubbi sul senso della persistenza nell'ordinamento di norme come quella della seconda parte dell'art. 580 sono stati acutamente sollevati da MAGRO, *The last dance. Riflessione a margine del c.d. caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 2019,

dell'aspirante suicida *non* menomasse la relativa capacità decisionale, l'ordinamento deve essere costretto a rispettare le valutazioni operate dal soggetto fragile in questione e non può legittimamente punire chi si limiti ad agevolarlo a realizzare il suo proposito. Se infatti il legislatore intende evitare che i soggetti particolarmente fragili siano indotti a congedarsi prematuramente dalla vita, è suo compito (cercare di) rimuovere le condizioni in cui una simile volontà matura, e non, invece, ostacolarne l'attuazione una volta maturata. Se così non fosse, saremmo di fronte ad uno Stato forte coi deboli e debole coi forti.²²

Se, in ultimo, un soggetto, per ragioni ad esempio di personale tornaconto²³, *influisce* sulla volontà di altro soggetto, allora la sua condotta si sussume interamente nell'alveo applicativo della prima parte dell'art. 580 c.p., configurando una istigazione al suicidio. Qui è ben riconoscibile il bene giuridico che il legislatore intende tutelare, ovvero sia il diritto all'autodeterminazione e autonomia individuale anche in ordine alla scelta di porre fine alla propria esistenza. Va perciò punita solo la condotta che alteri la fisiologica dinamica del percorso psichico del soggetto passivo. È quindi profondamente irragionevole che una parte (istigazione al suicidio) dell'art. 580 c.p. vada *a favore* dell'autodeterminazione, ed altra parte (aiuto al suicidio) si ponga *in contrasto* con la medesima. Questa nostra considerazione sull'incostituzionalità della seconda parte dell'art. 580 c.p. esula dal ristretto ambito del fine-vita e si colloca su di un piano più generale: il diritto (all'autodeterminazione) limita il potere (penale)²⁴. Torniamo adesso, più specificamente, al piano del fine-vita.

3.2 Nonostante la difesa da parte della Corte, in via generale, dell'art. 580 seconda parte c.p., la Consulta non è rimasta sorda alle drammatiche peculiarità

27.

²² Analoghe considerazioni devono svolgersi in relazione alla norma che incrimina il favoreggiamento della prostituzione volontaria: se la Repubblica intende contrastare, in quanto contrassegnato da un moralistico stigma, il fenomeno della prostituzione volontaria, deve impegnarsi a rimuovere le condizioni che possano generare la volontà di prostituirsi, e non, invece, impedire a un soggetto di prostituirsi sottraendogli una libertà individuale senza che ne corrispondano altrui vantaggi e senza che l'esercizio di tale libertà rechi danno ad altri. Se impedisce a una persona agevolare la prostituzione volontaria al solo fine di disincentivare la prostituzione, strumentalizza la persona in questione a fini di politica legislativa. Se davvero si deve intendere il diritto penale come *extrema ratio*, al legislatore è precluso incriminare un fatto il cui disvalore non rechi diretto nocimento ad altri. Se il legislatore intende (a nostro avviso a torto) perseguire una politica moralizzante, non può farlo avvalendosi del diritto penale.

²³ Pertinente appare al riguardo il richiamo dell'art. 114 del codice penale svizzero, che punisce solamente chi istiga o presta aiuto al suicidio *per motivi egoistici*.

²⁴ V. ancora PADOVANI, *op ult. cit.*, ove dal tenore complessivo del discorso che l'Autore va svolgendo emerge con evidenza la contraddittorietà che caratterizza la surrettizia dimensione di *doverosità* del diritto alla vita.

della storia di Fabiano ed ha riconosciuto come queste ultime impongano di ritagliare dalla portata incriminatrice dell'art. 580 c.p. una circoscritta area di non punibilità dell'agevolatore limitatamente ai casi in cui ricorrano, in via cumulativa, quattro condizioni dettate dalla Corte. In particolare, l'aspirante deve essere: a) affetto da *patologia irreversibile*, b) afflitto da *sofferenze fisiche e psichiche da lui ritenute intollerabili* derivanti dalla malattia, c) dipendente da trattamenti di sostegno vitale e d) munito di *capacità decisionale*, capace cioè di assumere decisioni libere e consapevoli²⁵.

Il passo centrale del ragionamento che la Corte costituzionale sviluppa per giungere ad una simile conclusione si struttura sul principio di ragionevolezza: «*se [...] il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione di trattamenti sanitari - anche quando ciò richieda una condotta attiva [corsivo nostro], almeno sul piano naturalistico [?], da parte dei terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) - non vi è ragione [corsivo nostro] per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo dal decorso più lento - apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa - conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale*».²⁶ Altrettanto irragionevole, secondo la Consulta, sarebbe poter considerare i pazienti capaci di intendere e di volere quando debbano interrompere determinati trattamenti sanitari e ritenere invece sempre e comunque bisognosi di una «*ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà*» i pazienti che debbano concludere la loro esistenza con l'aiuto altrui, «*quale alternativa maggiormente dignitosa alla predetta interruzione*».

3.3 Riconosciuta, in ogni caso, in motivazione l'incompatibilità con la Costituzione della norma incriminatrice oggetto della questione di legittimità costituzionale, la Corte non la dichiara subito incostituzionale ma, in un «*ambito ad altissima sensibilità etico-sociale*», asserisce che spetta al Parlamento ed alla sua discrezionalità politica operare i necessari e delicati bilanciamenti fra i

²⁵ Assai dibattuta la natura giuridica di tale area di non punibilità. L'opinione dominante in giurisprudenza (si veda ad es., *infra*, la c.d. sent. Trentini) la configura come scriminante, senza eccessive riflessioni. La dottrina, più oscillante, si divide fra chi la ritiene, del pari, una scriminante procedurale, e chi, invece, la reputa una causa di esclusione della tipicità penale del fatto (BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it).

²⁶ Ordinanza della Corte cost., n. 207 del 2018, punto 9 del *Considerato in diritto*.

valori in gioco, e rinvia pertanto il giudizio ad una data successiva, in un rapporto di *«leale e dialettica collaborazione istituzionale»*. Come era tuttavia agevole prevedersi, il Parlamento italiano non ha introdotto *medio tempore* alcuna nuova disciplina regolativa della materia, e così la Corte costituzionale, il giorno fissato nell'ordinanza, ha assunto una decisione logicamente conseguenziale alle premesse poste nella precedente pronuncia. Per scongiurare vuoti di tutela, la Corte costituzionale, con la sent. n. 242/2019, dichiara l'art. 580 c.p. costituzionalmente illegittimo *«nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) [...] agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli [...]»*.

A nostro avviso, la Corte costituzionale ha sinora “tragheggiato” il nostro ordinamento penale e costituzionale solo fino a metà del guado. Tenteremo, nel prosieguo della nostra trattazione, di attraversare l'altra metà.

4. *Verso un assetto conforme a Costituzione: le criticità della doppia pronuncia sul caso Cappato*

4.1 Prendiamo subito le mosse dalle maggiori criticità che emergono dalla doppia pronuncia della Consulta. La prima è propria esclusivamente della sent. 242/2019 e consiste nella (presumibilmente consapevole) rimozione, nella sent. 242/2019, di qualsiasi riferimento alla dignità in senso soggettivo, all'inscindibile legame che intercorre fra dignità e libertà. Del resto, anche il principio di autodeterminazione è quasi completamente oscurato (ancora una volta, a differenza della ordinanza n. 2017/2018). Si tratta in ogni caso di una soluzione compromissoria che si esaurisce sul fronte meramente terminologico, giacché appare chiaro dal contenuto della sentenza come il Giudice delle Leggi abbia inteso accordare nella sostanza significativa tutela a dignità soggettiva ed autodeterminazione del paziente. Eppure, la ricostruzione del concetto di dignità ad opera della nostra Corte costituzionale non è mai stata contrassegnata da particolare nettezza di giudizio. Se infatti è vero che il riferimento alla c.d. dignità soggettiva figura nella ordinanza n. 207/2018, nella sentenza n. 242/2019 ogni esplicito riferimento ad una siffatta accezione di dignità viene (forse volutamente) espunto, ed anzi in recenti pronunce la Corte non ha esitato ad avvalersi di una accezione *oggettiva* della dignità, quasi

fosse una camicia di forza²⁷.

4.2 La seconda criticità consiste nel requisito di cui alla lettera c) della motivazione dell'ord. n. 207/ 2018, ossia la necessità, affinché sia esclusa la punibilità dell'agevolatore al suicidio, che l'aspirante suicida sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale. Già buona parte della dottrina ha indirizzato i suoi strali contro tale requisito²⁸, rimarcando come, oltre a non essere previsto in nessuna legislazione straniera, esso si manifesta irragionevole rispetto alla *ratio* stessa dell'area di non punibilità ritagliata dalla Corte: mentre infatti le altre condizioni sono improntate alla tutela del paziente dai suoi mali e dalle sue sofferenze, affinché egli sia libero di scegliere un *commodus discessus*, la condizione di cui alla lettera c) non solo risulta del tutto inutile da questa angolatura,²⁹ ma rischia di confinare peraltro l'area di non punibilità ai casi concreti che meno ne hanno bisogno. La non punibilità dell'agevolatore si rivela infatti assai più utile proprio quando l'agevolato *non* abbia come alternativa l'interruzione del detto trattamento con contestuale sedazione e con successivo, rapido sopravvenire della morte: proprio quando, cioè, l'agevolazione al c.d. suicidio assistito si presenta davvero come l'*unica via* in grado di offrire in maniera rapida, indolore e conforme all'idea di dignità che l'agevolato ha di sé, la liberazione da mali irreparabili. È allora preferibile ritenere, nel solco della dottrina più avvertita, che il requisito in questione, lungi dall'essere indefettibile ai fini del configurarsi dell'area di non punibilità segnata dalla Corte, rappresenti esclusivamente l'esigenza, avvertita dal Giudice delle Leggi, di ancorarsi nella propria pronuncia, non essendo un legislatore, alle peculiarità del caso concreto che aveva davanti. Il *caso Trentini*³⁰, di cui non abbiamo in

²⁷ L'esempio più lampante è dato dalla sent. n. 141/2019 in materia di favoreggiamento della prostituzione volontaria. Si osservino al riguardo le acute osservazioni di FIANDACA, Fino a che punto è condizionale la soluzione costituzionale del caso Cappato?, in *disCrimen*, 2020, 13 ss.

²⁸ *Ex multis*, ad es., VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 816 ss.; LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre Dj Fabo: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini*, in www.sistemapenale.it, ove al paragrafo 13 l'Autore ripropone un insuperabile paradosso: "allo stato, per accedere al suicidio assistito, un paziente che avesse da sempre rifiutato qualsiasi cura dovrebbe prima chiedere di essere sottoposto a un trattamento per poi, subito dopo, rinunciarvi".

²⁹ Non si può convenire con l'opinione di CANESTRARI, espressa ad es. nel citato seminario tenutosi il 9/11/20, secondo cui, al cadere del requisito di cui alla lettera c), cadrebbero anche tutti gli altri, in quanto proprio la condizione dei trattamenti di sostegno vitale contribuirebbe a meglio delineare tutti gli altri requisiti, altrimenti inevitabilmente incerti e discutibili. Noi riteniamo invece che gli altri requisiti siano già di per sé chiari e autonomamente suscettibili di accertamento medico.

³⁰ Davide Trentini, da anni affetto dalla sclerosi multipla, non solo aveva estreme difficoltà di movimento e a compiere attività della vita quotidiana, come ad es. di evacuazione, ma era anche frequentemente percorso da intollerabili dolori fisici dovuti a spasmi, contrazioni etc. La sua condizione non solo era irreversibile, ma anche completamente inguaribile e solo in parte lenibile farmacologicamente. Egli

questa sede modo di dar conto, appare emblematico della difficoltà concettuale di subordinare la non punibilità *ex art. 580* ad un requisito come la presenza di trattamenti di sostegno vitale.

4.3 La terza e più rilevante criticità della sentenza n. 242/2019 consiste nel mancato riconoscimento, in capo ai soggetti che si trovino nelle condizioni ivi indicate, di un diritto ad essere agevolate a porre fine alle proprie sofferenze. Questo è il punto in cui la “miopia” della Corte costituzionale raggiunge le vette più alte. È ben vero che la dottrina minoritaria ha ipotizzato un implicito riconoscimento, da parte della Corte, di un vero e proprio diritto all’agevolazione al suicidio, ma a ben vedere la stessa Corte in proposito parla chiaro, precisando come «quanto [...] *al tema dell’obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell’aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici [corsivo nostro]. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato [corsivo nostro]*».

Appare evidente già dal tenore letterale di questo passaggio come la Corte riconosca, al più, una mera *aspettativa di fatto* in capo ai malati nelle dette condizioni, se non un pio desiderio (appunto, da *esaudire*), reso ancora meno “esaudibile” dal fatto che il medico “agevolatore” rimarrebbe esposto ad eventuali sanzioni disciplinari.³¹ Né la Corte opera alcun riferimento in ordine ad un obbligo in capo al Sistema Sanitario Nazionale nel suo complesso di garantire un aiuto a morire. La Corte costituzionale, con questo passaggio, si pone finanche in contraddizione con le sue stesse premesse, come ha rilevato la dottrina più attenta: se il perno dell’intero ragionamento svolto nella c.d. doppia pronuncia è il principio di ragionevolezza, non può che essere irragionevole attribuire a taluni pazienti (bisognosi di un mero rifiuto delle cure)

dunque, in una fase avanzata della propria patologia, non aspettava altro che di poter porre fine dignitosamente alla propria esistenza per liberarsi definitivamente dalle proprie sofferenze. Ancora una volta, chiese ed ottenne aiuto da Marco Cappato, e Mina Welby, e si liberò da tutti i propri dolori il 17 aprile 2017.

³¹ D'altronde si è già prontamente attivata la FNOMCeO rimarcando che la disciplina deontologica rimane immutata ed esprimendo la propria ostilità alla sentenza nell'audizione parlamentare del 30 maggio 2019: i relativi rappresentanti si sono infatti premurati di sottolineare che dal punto di vista della Federazione i medici non potranno giocare alcun ruolo se non quello di offrire la “definizione clinica” dei requisiti delineati nella sentenza, ma mai sarà loro consentito di provvedere alla somministrazione di un farmaco che direttamente conduce alla morte del paziente che richieda il suicidio assistito (giusta il dettato dell’art. 17 del codice di deontologia medica, che pone il divieto in capo ai medici di compiere atti finalizzati a provocare la morte del paziente).

un autentico diritto e ad altri pazienti (che necessitano invece di una condotta attiva di aiuto a morire) una mera aspettativa di fatto³².

Occorre tuttavia adesso spiegare in modo più stringente e rigoroso a quali conclusioni la Corte sarebbe dovuta pervenire, se avesse seguito fino in fondo e con coerenza le proprie pur lodevoli premesse (cioè, in sostanza, l'emergere, per via degli sviluppi della scienza e della tecnica, di situazioni inimmaginabili al tempo in cui fu emanato l'art. 580 c.p., situazioni che impongono una rilettura tanto della norma penale quanto, aggiungiamo noi e preciseremo meglio in seguito, delle norme costituzionali). Ammettiamo pure (ma abbiamo detto come non lo si possa ammettere) che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio conservi, in sé, una *ratio puniendi* che la ponga al riparo da censure di incostituzionalità. Bisogna però domandarsi, in compagnia della migliore dottrina: le ipotesi di pazienti affetti da patologie irreversibili alla base di sofferenze fisiche e psichiche intollerabili e capaci di assumere decisioni libere e consapevoli, che chiedano di essere aiutati a liberarsi dalle proprie sofferenze attraverso una morte rapida e indolore, sono ancora ipotesi di suicidio?³³ O, quando tali pazienti siano impossibilitati persino ai più basilari movimenti del corpo e dunque non riescano autonomamente neppure a porre in essere l'ultimo atto che cagioni loro la morte, si tratta ancora di ipotesi di

³² Lo ha ravvisato la dottrina più attenta, che sul punto si spinge fino ad inchiodare la Corte costituzionale al suo stesso *modus operandi*: «*parafasando la Corte, 'non si vede la ragione per la quale' la stessa persona, a determinate condizioni, possa rivendicare il diritto all'interruzione dei trattamenti terapeutici senza possibilità di obiezione di coscienza da parte del singolo medico, e possa invece solo esprimere una richiesta di aiuto al suicidio, lasciando al medico la libertà di esaudirla o meno. E soprattutto 'non si vede la ragione per la quale' la Corte abbia dovuto scrivere una sentenza così dirompente sotto molteplici profili, valicando [...] il [...] confine tra lasciar morire e aiutare a morire, per poi lasciare nelle mani di persone in condizioni di intollerabile sofferenza fisica o psichica solo la libertà di esprimere una richiesta.*» (TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Giur. It.*, 2019).

³³ Si leggano al riguardo le considerazioni svolte da MANES nell'udienza tenutasi davanti alla Corte cost. il 23 ottobre del 2018, riproposte nelle Note di Udienza: «*[è] ancora suicidio la richiesta di aiuto nelle modalità del proprio trapasso di chi versa in una condizione in cui lo spirito si trova rinchiuso, prigioniero, in una mera oggettività organica inerte, che non risponde se non alle sollecitazioni di qualche macchina? E' ancora suicidio l'atto di chi chiede di essere aiutato a spirare perché fronteggia non una malattia della psiche (come la follia che può condurre, e spesso conduce, a gesti inconsulti, per ragioni insondabili come lo sono solo i paesaggi dell'anima), e neppure una più o meno grave malattia fisica (magari terminale, come può essere un tumore particolarmente aggressivo ed invincibile), ma una autentica dissociazione dal corpo capace di trasformarsi in una malattia dello spirito, che porta alla disperazione delle Ecclesiaste, al sentimento di vuoto e dell'assurdo? E' ancora classificabile nella categoria del suicidio la scelta di un individuo che non è più tale, perché l'individuo -l'in-dividuum- ha perso la sua indivisibilità poiché è ormai scisso separato, fratto, e non aderisce più a quei volumi di senso in cui il nostro corpo si esprime?»». Cfr. anche CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 15.*

omicidio del consenziente? Sono ancora ipotesi sussumibili, rispettivamente, nell'alveo delle norme incriminatrici di cui agli artt. 580 e 579 c.p.³⁴

Sembrirebbe che il nostro linguaggio non abbia gli strumenti sufficienti per inquadrare queste nuove ipotesi e per adeguatamente definirle e disciplinarle. Noi però riteniamo che gli strumenti linguistici di cui attualmente disponiamo siano, se correttamente utilizzati, perfettamente idonei a definire e normare tali ipotesi. La soluzione da noi prospettata al problema del fine-vita poggia fondamentalmente su tre passaggi.

5. *La ricostruzione del diritto all'eutanasia come limite all'intervento penale*

5.1 Primo passaggio: il diritto al rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale non voluti dal paziente (o eutanasia passiva) di cui all'art. 32, co II, Cost. ed il diritto, in capo ai pazienti muniti di capacità decisionale e affetti da patologia irreversibile fonte di sofferenze intollerabili, di porre fine alle proprie sofferenze attraverso una morte dignitosa, costituiscono invero due necessarie estrinsecazioni del *medesimo diritto alla salute*³⁵ di cui all'art. 32, co. I, Cost; salute intesa appunto, nella sua accezione ovvia e basilare, talmente nota da rischiare di diventare, hegelianamente, sconosciuta, come *assenza di* (o, dinamicamente, liberazione da) *sofferenze*.³⁶

Alla luce dei nuovi sviluppi della scienza e della tecnica, tali non solo da consentire di prolungare artificialmente la vita oltre il suo termine naturale, ma anche da rendere possibile una morte rapida e indolore, sono ormai giocoforza mutati anche il significato e la portata delle norme costituzionali che

³⁴ Non troviamo condivisibili le osservazioni di ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in www.sistemapenale.it, 11 ss., secondo cui la "china scivolosa" si realizzerebbe se si ammettesse la possibilità che il medico inietti una sostanza letale nelle vene del paziente provocandone direttamente la morte (senza il passaggio per il suicidio assistito). La china scivolosa si imbocca solo travalicando le tre condizioni dettate dalla Corte costituzionale (patologia irreversibile, sofferenze intollerabili, capacità decisionale), o rendendo l'eutanasia non volontaria. Non rileva, ai fini della *ratio* dell'eutanasia, se l'ultimo atto sia posto in essere dal medico o dal paziente: se infatti il paziente non è in grado di porre in essere alcun atto col proprio corpo, avrà bisogno di un medico che lo compia per lui. E d'altronde anche nel caso del distacco di un macchinario su richiesta del paziente (interruzione delle cure), l'ultimo atto che cagiona la morte è posto in essere dal medico, e non mi sembra che questo dato crei problemi di sorta.

³⁵ Non, a differenza di quanto sostiene parte della dottrina (ad es. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista Aic*, 2019, 11) all'autodeterminazione, poiché non si spiegherebbe in questo caso come fondare un *obbligo* in capo a determinati soggetti (medici o sistema sanitario nel suo complesso) di garantire tale diritto. E se un diritto costituzionalmente garantito che per sua natura necessita di un apporto esterno per la sua realizzazione non trova alcun soggetto che sia tenuto ad attuarlo, non è un vero diritto.

³⁶ Del resto l'assenza di sofferenze costituisce un presupposto imprescindibile perché si goda della salute in senso pieno così come definita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, cioè uno stato di completo benessere psicofisico.

vengono in rilievo. L'art. 32, secondo comma, Cost. va infatti ormai riletto non soltanto come espressione di un diritto di libertà e dell'*habeas corpus*, o come una variante negativa del diritto alla salute (diritto, cioè, a *non* farsi curare), ma anche e soprattutto come una manifestazione, e specificazione, ancora *positiva* del diritto alla salute, avvinta dunque al primo comma dell'art. 32 non solo a livello topografico, ma anche concettuale.³⁷ Il paziente che ricusa o che non vuole più un trattamento di sostegno vitale non è infatti generalmente indotto ad una simile decisione per una nichilistica pulsione all'autoannientamento³⁸ o semplicemente per rivendicare, in astratto, una libertà e intangibilità della propria sfera corporea, come se automaticamente ciò valesse a risolverne i problemi; ricusa o non vuole più il trattamento di sostegno vitale perché non lo ritiene o non lo ritiene più idoneo alla sua salute (essendo piuttosto unicamente idoneo a mantenere il paziente in vita, almeno biologicamente...), a lenire sufficientemente le sue sofferenze fisiche e psichiche (ché anzi le sofferenze psichiche potrebbero essere addirittura acuite da tale trattamento). Se proprio di *habeas corpus* si vuol parlare, il paziente rivendica la libertà o liberazione del proprio corpo non soltanto dai trattamenti sanitari, ma soprattutto dalle sofferenze che è, appunto, *costretto* a patire.

La morte non costituisce il fine ultimo dell'interruzione delle cure ma un imprescindibile passaggio per ottenere la liberazione dalle sofferenze del paziente, per ottenere la massima salute possibile³⁹ (posto che, nei casi di cui trattasi, la salute in senso pieno, ovvero un completo stato di benessere psicofisico, si rivela per tale tipo di paziente inattuabile). In maniera del tutto analoga, co-

³⁷ Spunti verso questa direzione possono rinvenirsi in PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Politica del Diritto*, 2020, p. 11, secondo cui “l'orizzonte di quella libertà [la libertà di autodeterminazione] è segnato in modo pregnante dalla malattia e dalla sofferenza: è questa la bussola che orienta in materia e che ha orientato fondamentalmente la Corte”; cfr. anche FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *disCrimen*, 2020, 15, GIUNTA, *L'insostenibile leggerezza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *www.discrimen.it*, 2, e DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *www.sistemapenale.it*, 9 ss. Per via di tale mutamento di prospettiva, non si rivela fondamentale ai nostri fini tutto il percorso compiuto dalla giurisprudenza della Corte EDU, dal *leading case Pretty c. Regno Unito* alle sentenze *Haas c. Svizzera*, *Koch c. Germania* e *Gross c. Svizzera*. Per una ricostruzione d'insieme, si veda l'ottima ricostruzione di ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *www.legislazionepenale.eu*.

³⁸ Ancora una volta, cfr. MANES, *Aiuto a morire*, cit., 46. In particolare, si sostiene esservi una *dissimmetria* fra il suicidio quale *pulsione di morte* e il caso di Dj Fabo, fortemente indicativo, piuttosto, di una “*incontenibile voglia di vivere [...] che [...] purtroppo si scontra con l'irreversibilità di uno status*” da lui ritenuto insostenibile.

loro che siano affetti da una patologia irreversibile fonte di sofferenze intollerabili, ma non attaccati ad un macchinario per essere mantenuti in vita, non potendo più attingere la salute in senso pieno, si ritrovano costretti, per liberarsi dalle sofferenze e raggiungere così il massimo grado di salute loro possibile,⁴⁰ ad assumere un farmaco che procuri loro la morte. In ambo i casi la morte non è un diritto, ma *l'unico mezzo per rendere effettivo il diritto alla salute*.

Frequente obiezione attiene alla possibilità, per il malato, di ricorrere in ogni caso alla medicina palliativa⁴¹, esponenzialmente sviluppatasi e capace di ridimensionare fortemente il dolore. Tale possibilità viene oggi regolata dal combinato disposto dell'art. 2 della l. n. 219/2017 («*Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita*») e dell'art. 2 della l. n. 38/2010. Quando non siano sufficienti singole determinate cure palliative per ridurre il dolore, l'art. 2 co. II della l. 219/2017 accorda al paziente «*con prognosi infausta a breve termine*» o che si trovi «*nell'imminenza di morte*» la possibilità di ricorrere alla c.d. sedazione palliativa profonda, la quale comporti l'annullamento della sua coscienza fino al sopraggiungere della morte, per fugare il dolore. Ora, quanto alle semplici cure palliative, correttamente si osserva che «*anche un paziente (e sempre che lo voglia) adeguatamente sedato nelle sofferenze fisiche può non esserlo in quelle psicologiche, 'sociali' e 'relazionali' o, in ogni caso, nella sofferenza interiore che lo porta ad affermare che lo stadio terminale ed irreversibile della malattia che lo costringe ad una esistenza solo biologica non rende più la sua vita degna di essere vissuta.*»⁴² Peraltro anche la medicina palliativa non è infallibile e si son dati casi di «*insuccessi della medicina palliativa*».⁴³

Rispetto alla sedazione palliativa profonda o continua (alla quale ha fatto ri-

⁴⁰ Discorreremo successivamente sull'insufficienza al riguardo della medicina palliativa, ivi compresa la sedazione continua.

⁴¹ Si veda, per un maggiore approfondimento, PIZZETTI, «*Ai confini delle cure*»: la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire, in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, a cura di Macchia, Atti del convegno tenuto ad Asti l'11 novembre 2011, Napoli, 2012. Corrette anche le osservazioni formulate da CANESTRARI nel citato seminario del 9/11/20, secondo cui lo Stato dovrebbe rendere omogenea in tutto il territorio della Repubblica l'erogazione delle cure palliative e della sedazione profonda. La loro assenza non deve tuttavia costituire un alibi per negare il diritto all'eutanasia sulla base del timore che troppi pazienti fragili possano essere indotti a congedarsi prematuramente dalla vita: ritorniamo alle argomentazioni del paragrafo 3.4.

⁴² ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018, 217.

⁴³ DEFANTI, *Eutanasia, cambiamenti in medicina e norme giuridiche*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di Mazzoni, Bologna, 1998, 242, citato da ADAMO, *op. ult. cit.*, 217.

corso, ad es., la nota scrittrice Marina Ripa di Meana nella fase terminale della sua malattia), già dal tenore testuale dell'art. 2 co II della l. n. 219/2017 appare chiaro che, *a contrariis*, vengono lasciati fuori i malati, quand'anche irreversibilmente, *non* terminali o *non* nell'imminenza della morte, per quanto insopportabili siano le loro sofferenze psico-fisiche.⁴⁴

Inoltre, anche laddove si estendesse⁴⁵ l'applicabilità di tale rimedio terapeutico ai casi di malati non terminali e non nell'imminenza della morte, la sedazione profonda, «*provocando la perdita di coscienza del malato, riduce quest'ultimo in uno stato di dipendenza psico-fisica che annulla la sua autonomia, pregiudicando qualsiasi sua ulteriore possibilità di scelta*»⁴⁶ e costringendolo immobile e incosciente ad un lungo periodo di lenta ed inesorabile decadenza fisica. Sostanzialmente, il paziente in questione verserebbe nelle stesse condizioni di E. Englaro. Si comprende così benissimo perché una simile opzione, oltre a non poter essere ad oggi praticata nelle ipotesi da ultimo descritte, venga anche ritenuta dalla maggior parte dei pazienti in contrasto con la loro dignità di persone. In tali casi, quando si negasse, a dispetto della percezione dell'interessato, una violazione della sua dignità, si vanificherebbero tutte le conquiste dal nostro ordinamento raggiunte a partire dal caso Englaro.⁴⁷ In ultimo, se la possibilità di ricorrere alla sedazione profonda potesse precludere quella di ricorrere all'eutanasia attiva, si finirebbe ancora una volta per imporre al paziente una precisa modalità di congedo⁴⁸ vanificando le alternative: in una tale prospettiva, infatti, se il paziente esercitasse il suo diritto al rifiuto delle cure (tra cui appunto la sedazione profonda), egli si vedrebbe definitivamente precluso il diritto alla salute (intesa come assenza di/liberazione da sofferenze), perché sarebbe costretto ad una lenta e terribile agonia fisica e psichica. Sarebbe dunque, addirittura, reso ineffettivo il fondamentale diritto al rifiuto delle cure non volute.

Non vale infine obiettare come facendo coincidere la salute con la liberazione dalle sofferenze, e la liberazione dalle sofferenze con la morte, si finirebbe con il produrre una bislacca equazione: salute = morte. La salute, che indi-

⁴⁴ Acutamente lo osserva anche VOLPE, *Il diritto di morire*, 2018, 110.

⁴⁵ Cfr. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle 'procedure legittimanti l'aiuto a morire' imposte da Corte cost. n. 242/2019*, in www.sistemapenale.it, 6 ss.

⁴⁶ CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, cit., 141.

⁴⁷ Eluana Englaro fu vittima di un orribile incidente stradale nel 1992, che la costrinse a vivere in stato vegetativo permanente per 17 anni, su reiterata e per lungo tempo inascoltata richiesta del padre e tutore Beppino Englaro, fu distaccata dal macchinario che la teneva in vita.

⁴⁸ Si tornerebbe altrimenti alle problematiche già sottolineate da MANES, *Aiuto a morire*, cit., 51 ss.

cherebbe la pienezza di vita, diventerebbe ora il suo opposto. Certamente può apparire un paradosso, ma innanzitutto ogni paradosso reca in sé, spesso, ampi margini di verità. Inoltre, abbiamo già detto come la salute in senso pieno risulta inattuabile per tali pazienti, e per questa ragione, solo per questa ragione, i medesimi si vedono costretti, quando non tollerino più i propri mali, a chiedere di rimuoverli, nonostante una simile richiesta trovi la sua inevitabile *conseguenza* (conseguenza appunto, e non finalità!) nella morte. In ultimo, altrettanto paradossale è stato ammettere si possa rinunciare alla vita, nelle ipotesi di cui all'art. 32, co II Cost., in nome della libertà, nonostante la vita sia il presupposto della libertà stessa: eppure si tratta di una acquisizione ormai, giustamente, pacifica. Perché dunque si può rinunciare alla vita in nome della libertà, e non si può rinunciare alla vita in nome della salute? È, inoltre, pienamente pacifico ad esempio anche nella cultura cattolica che i Testimoni di Geova (maggioresi) hanno il diritto di rifiutare le trasfusioni di sangue, *anche salvavita*, per l'esercizio della loro libertà religiosa. Perché dunque, ancora una volta, si può rinunciare alla vita in nome della propria libertà religiosa, e non si può rinunciare alla vita in nome della salute? O dunque si accetta tale dinamica sempre o non la si accetta mai, ma non si può accettarla solo quando conviene.

5.2 Secondo passaggio: deve a nostro parere essere scardinata la dicotomia, oramai divenuta quasi un mantra da ripetere acriticamente per comodità ideologica, fra *uccidere (to kill o mercy killing)* e *aiutare a morire*, propri rispettivamente dell'eutanasia attiva e del suicidio assistito, da un lato e *lasciar morire (to let die)* o *aiutare nel morire*, tipico del rifiuto alle cure o eutanasia passiva, dall'altro⁴⁹.

La dottrina tradizionale tende a distinguere le due azioni sulla base di una serie di profili: anzitutto, dal punto di vista della causalità, si sostiene che mentre nell'eutanasia attiva la causa del decesso del paziente deve imputarsi direttamente al farmaco somministrato dal medico, nell'eutanasia passiva la morte rappresenta la naturale conseguenza del decorso della patologia, non (o non più) impedito dal medico attraverso l'attività di cura.⁵⁰ Differente sarebbe al-

⁴⁹ La distinzione è anche conosciuta come teoria o dottrina c.d. del doppio effetto, fondata sul principio morale secondo cui *“mentre non è mai permesso tenere un comportamento immorale al fine di ottenere un risultato buono, vi sono situazioni nelle quali è giustificato perseguire un fine buono sebbene ciò possa provocare effetti collaterali immorali”* (CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, cit., 146). Si tratta, come dimostreremo, di inconsistenti ed ipocrite sofisticherie.

⁵⁰ Si veda ad es. AZZONE, *La rivoluzione dell'etica medica. Il Principio di autonomia e la concezione evolutivistica*, in *Dignità del morire*, Atti del convegno di Venezia presso l'Istituto Veneto di Scienze

tresi la volontà del malato, che corrisponderebbe al desiderio di morire nell'eutanasia attiva e al rifiuto dei trattamenti sanitari nell'eutanasia passiva, e specularmente differirebbe anche l'intenzione del medico, di procurare cioè la morte nell'eutanasia attiva e di non somministrare o interrompere i trattamenti non voluti nell'eutanasia passiva. Diverso sarebbe infine il risultato della condotta del medico, ossia il decesso del paziente nell'eutanasia attiva e la sospensione del trattamento con conseguente “*liberazione del paziente*” nell'eutanasia passiva.⁵¹

Orbene, a fronte di simili distinzioni, la dottrina più avanzata ha talvolta tentato di metterle in discussione, ora però appellandosi ad una vaga porosità di confini sul piano pratico-concreto, senza dunque toccare la bontà della distinzione a livello giuridico,⁵² ora invece rilevando che al giorno d'oggi il progresso delle tecnologie, capaci di mantenere artificialmente in vita un paziente, ha reso opportuno riqualificare una mera astensione dal *facere* (cioè dalla sottoposizione del paziente agli interventi di sostegno vitale) in condotta attiva causativa della morte,⁵³ ora, infine, perorando l'idea dell'equivalenza (solo?) *morale* fra “uccidere” e “lasciar morire”⁵⁴. Altra parte della dottrina insiste nel mostrare le differenze fra le due ipotesi e si limita ad evidenziare la necessità di attenuarle in ossequio all'esigenza di parità di trattamento.⁵⁵ Altri ancora affermano l'identità delle due condotte solamente sotto certi profili.⁵⁶

Noi intendiamo, più radicalmente, sostenere la totale equipollenza delle due

Lettere e Arti, 1998, pubblicati in *Bioetica*, 1999, 60. Cfr. NICOLUSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Giur. it.*, /2019, 203.

⁵¹ Per tutte queste distinzioni si veda CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012., 220, ma anche BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5 e CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 7 ss.

⁵² CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 220.

⁵³ MORI, *Sul morire con dignità e sulla moralità dell'eutanasia*, in *Nuvole*, 1996, 11 ss.

⁵⁴ RACHELS, *The end of life. Euthanasia and morality*, Oxford, 1986.

⁵⁵ D'AMICO, *Sulla illegittimità costituzionale della norma che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in www.giurisprudenzapenale.com, 13.

⁵⁶ MAGRO, *The last dance. Riflessione a margine del c.d. caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 24. La più netta e intelligente assimilazione fra “uccidere” e “lasciar morire” è stata operata da DONINI, *La necessità dei diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 9 ss. A giudizio dell'autore in entrambe le ipotesi il fulcro è la finalità di morire che permea il desiderio del paziente. Al contrario secondo la nostra impostazione la morte non è il fine ma il mezzo necessario per conseguire il diverso fine della liberazione dalle sofferenze. Se infatti esistesse una qualunque alternativa alla morte atta a liberare il paziente dalle sofferenze in maniera dignitosa (dunque non, ad avviso di molti pazienti, la sedazione profonda continua), come una cura efficace, il paziente sarebbe ben contento di non dover morire.

condotte sul piano giudico ed affermiamo che la loro differenziazione costituisce nient'altro se non il portato della necessità di giungere ad un compromesso con un determinato filone della dottrina cattolica: grazie a questo compromesso anche buona parte di tale dottrina ha riconosciuto il diritto, di fondamento costituzionale, al rifiuto delle cure anche quando ciò comporti il sacrificio del bene-vita. Paradossalmente, noi intendiamo concordare in pieno con le premesse della cultura cattolica più oltranzista secondo cui non si può tracciare alcuna distinzione fra “uccidere/aiutare a morire” e “lasciar morire/aiutare nel morire”, salvo poi giungere a corollari diametralmente opposti: se la prima mira a scardinare tale differenza per negare la liceità di ambo le condotte, noi al contrario ci proponiamo di rimarcare non solo la liceità, ma la *doverosità* di ammettere entrambe. Riprendiamo allora punto per punto i profili di distinzione sopra riferiti per illustrarne l'inconsistenza: dal punto di vista eziologico, innanzitutto, il c.d. distacco della spina (eutanasia passiva) costituisce causa della morte tanto quanto la somministrazione di un farmaco letale (eutanasia attiva).

Premettendo infatti che l'interruzione dei trattamenti, secondo la miglior dottrina, non si configura quale condotta omissiva bensì quale intervento attivo o commissivo⁵⁷, poniamo caso che il medico distacchi il paziente dal macchinario che lo tiene in vita *contro* la volontà del paziente: nessun tribunale, ovviamente, penserebbe mai di assolvere il medico argomentando che il paziente sarebbe morto per il naturale decorso della malattia, sicché ad “ucciderlo” sarebbe stata la malattia stessa! Secondo qualunque teoria della causalità nel diritto penale, la condotta del medico sarebbe sicuramente qualificata come *omicidio*, ed è dunque materialmente *il medico ad uccidere* il paziente. Né vale dire che il malato *sarebbe comunque morto, senza il distacco, eventualmente anche in poco tempo, a causa della malattia*, perché, ancora una volta secondo la miglior scienza ed esperienza del diritto penale, il medico si deve ritenere comunque responsabile di *quella specifica morte in quello specifico momento*. Se invece il medico “stacca la spina” *in virtù della e conformemen-*

⁵⁷ CANESTRARI., *Principi di biodiritto penale*, cit., 80: “[a] mio avviso, non vi è dubbio che siamo di fronte a una condotta attiva - e non omissiva - naturalisticamente causa del decesso del paziente. La tesi opposta richiama lo schema concettuale dell'omissione mediante commissione' (Unterlassung durch Tun) per sostenere che l'interruzione del funzionamento del macchinario - anche se richiede un'azione del medico - deve essere considerata dall'ordinamento come omissione dell'ulteriore trattamento sanitario rifiutato dal paziente. [...] Questa elegante ricostruzione non può essere accolta, perché una simile conversione di un *facere* in un'“astensione” appare artificiosa e funzionale all'obiettivo di non affrontare la delicata questione concernente l'eventuale sussistenza di un diritto all'obiezione di coscienza - melius: di un diritto di astensione - del sanitario».

te alla volontà del malato, la stessa condotta miracolosamente perde i suoi connotati e ad uccidere il paziente diventa la malattia e il suo naturale decorrere. Appare chiaro che una asimmetria del genere non può reggere: la condotta rimane, in ambo i casi, una condotta omicida, e chi lo negasse cadrebbe in una irrimediabile incoerenza. L'elemento del consenso del paziente influisce solo, per un verso, sul piano della colpevolezza del medico (perché la volontà del medico viene quasi, si può efficacemente dire, "fagocitata" da quella del paziente) e, per altro verso, sul piano dell'antigiuridicità della condotta stessa, la quale viene esclusa dall'esimente «dell'adempimento di un dovere terapeutico scaturente dall'art. 32 comma 2, Cost., quello di interrompere il trattamento sanitario rifiutato dal paziente informato e competente.»⁵⁸

Ne deriva che nulla cambia rispetto all'eutanasia attiva: anche in quel caso, difatti, la condotta rimane comunque materialmente omicida; anche in quel caso, poi, la richiesta e quindi il consenso consapevole e informato del paziente opera sul duplice piano della colpevolezza del medico (anche qui infatti la volontà di quest'ultimo viene "fagocitata" da quella del paziente) e dell'elisione dell'antigiuridicità della condotta, assumendo rilevanza la scriminante dell'adempimento di un dovere terapeutico fondato, come abbiamo sopra dimostrato, sull'art. 32, comma I, Cost.: il medico deve infatti dare attuazione al diritto alla salute (come sopra intesa) del paziente, e sollevarlo così dalla sofferenza. È un preciso dovere deontologico⁵⁹ e quasi la missione stessa dei medici.⁶⁰ Identica, nell'eutanasia attiva e in quella passiva, risulta d'altra parte anche la volontà del malato: in entrambe le fattispecie si può dire, alternativamente (ma è lo stesso) che il paziente desidera la morte, di cui tanto l'interruzione dei trattamenti quanto la somministrazione di un farmaco letale rappresentano il mezzo di esecuzione o (opzione preferibile) che desidera la liberazione dalle proprie sofferenze (*id est* il massimo di salute dal medesimo attingibile) per raggiungere la quale la morte costituisce imprescindibile passaggio. Stesso dicasi in ordine alla finalità perseguita dal medico: in ambo le situazioni essa coincide con l'adempimento del dovere, di matrice costituzio-

⁵⁸ ID., 81.

⁵⁹ Si veda, dal punto di vista della deontologia medica, l'art. 3 dell'attuale Codice deontologico medico, a norma del quale è dovere generale del medico, fra gli altri, il "sollevio della sofferenza". Si opporrebbe certo l'art. 17 dello stesso codice, ma già contrasta con esso in realtà, sulla base di quanto abbiamo detto, anche il distacco del macchinario, in quanto atto diretto a provocare la morte del paziente. L'art. 17, nella sua trattativa assolutezza, deve essere soggetto a profonda rivisitazione, ché altrimenti non dovrà e non potrà, nelle circostanze da noi assunte, essere applicato.

⁶⁰ Oltre a salvare vite, i medici dovrebbero porre maggiore enfasi appunto sulla loro missione di sollevare i loro pazienti dalle sofferenze.

nale oltreché deontologica, di liberare il paziente dalle sue sofferenze, e procurare la morte di quest'ultimo ne risulta solamente il mezzo necessario. Identico anche, infine, il risultato della azione stessa: *liberazione dalle sofferenze* del malato attraverso la perdita della di lui vita (erroneamente invece, abbiamo visto sopra, la teoria della distinzione tra le due condotte, per provare la diversità del relativo risultato, identifica il risultato dell'eutanasia passiva nella sospensione stessa del trattamento, che ne è invece il mezzo analogamente alla somministrazione del farmaco nell'eutanasia attiva).

Quand'anche, infine, non si fosse ancora pronti ad ammettere un obbligo in capo ai medici di liberare il paziente dalle sofferenze anche quando ne derivi la morte rapida e indolore⁶¹, si potrebbe semplicemente riconoscere un obbligo in capo al sistema sanitario nel suo complesso di garantire tale diritto fondamentale.⁶²

5.3 Terzo passaggio: occorre adesso saldare i due aspetti che abbiamo acquisito. Se il diritto al rifiuto delle cure ed all'eutanasia attiva costituiscono necessaria manifestazione del diritto costituzionale alla salute, e se la prestazione da parte del medico risulta in sostanza identica nell'eutanasia passiva e nella eutanasia attiva, si può allora ricavarne che il nostro quadro normativo *non è conforme a Costituzione* nel garantire il massimo grado possibile del diritto alla salute esclusivamente ai malati bisognosi, per tipo di patologia da cui sono affetti, della pratica dell'eutanasia passiva, e non invece anche ai malati bisognosi, per un diverso tipo di patologia, dell'eutanasia attiva (proprio perché è previsto un diritto all'eutanasia passiva ma non all'eutanasia attiva).

Urge ora, più rigorosamente, domandarsi in cosa consistano i profili di inco-

⁶¹ Finanche il Tribunale costituzionale tedesco si è mostrato fermo (analogamente alla Corte costituzionale italiana) nel negare che possa configurarsi alcun obbligo in capo ad un qualche soggetto di realizzare la volontà suicida di altro soggetto. Ma sta forse proprio qui il punto: poiché non si tratta più di un suicidio e di una volontà di autodistruzione, bensì dell'aspirazione ad essere liberati da sofferenze intollerabili, allora può e deve rimettersi in discussione una posizione così (inutilmente e dannosamente) rigida (e propria anche degli autori più *liberal* e progressisti (ad es. ZAGREBELSKY, *op.cit.*, 9, secondo cui sarebbe impossibile rendere obbligatoria per i medici l'assistenza al suicidio). Del resto il ruolo del medico deve continuare ad affrontare un mutamento ontologico: nelle ipotesi che stiamo esaminando il *focus* va spostato dalla mera vita biologica alla necessità di debellare le sofferenze del malato. Fortemente critico di una paternalistica e irragionevole impostazione "bio-centrica", DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 11 ss.

⁶² Acutamente osserva DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 12 ss., che "esiste un diritto del malato a essere liberato dal dolore secondo modalità compatibili con la sua differente visione del mondo e della propria dignità, la posizione della classe medica appena ricordata rappresenta una violazione dei diritti fondamentali del malato, impedendo che sia gestita professionalmente una problematica che oggi richiede una risposta sociale e non una benevola e scusata generosità di qualche amico, parente compassionevole, ma magari imperito».

stuzionalità da noi anticipati: l'asimmetria poc'anzi delineata si pone in insuperabile contrasto con il valore supremo dell'*eguaglianza*, tutelato dall'art. 3 Cost, che pone il divieto di discriminazioni anche in base alle "condizioni personali". Si tratta di una delle espressioni più trascurate e sottovalutate dell'intero testo costituzionale, essendo ritenuta dalla dottrina maggioritaria ora scevra di autonomo significato e, al più, «*norma di chiusura del sistema dell'eguaglianza formale*»⁶³, ora «*generica [...] o [...] poco definita o definibile a priori*»⁶⁴; la stessa Corte costituzionale⁶⁵ non l'ha neanche annoverata fra i parametri che vengono in rilievo per dichiarare l'incostituzionalità della legislazione ordinaria⁶⁶, e addirittura finanche i Padri Costituenti la inserirono «*all'ultima ora, senza la minima consapevolezza delle sue naturali conseguenze*»⁶⁷: in ultima analisi, essa finirebbe «*in buona sostanza per vietare le c.d. leggi personali.*»⁶⁸

A nostro avviso, tuttavia, l'espressione va interpretata e applicata rigorosamente come le altre, e annoverata anch'essa fra le componenti del nucleo forte del principio di eguaglianza. Anche se, come si è detto, la sua portata normativa risulta difficilmente individuabile aprioristicamente, cionondimeno (anzi forse proprio per questo) diviene essenziale indagarne e comprenderne il significato, dacché giova sempre, nell'esegesi di un testo, partire, a mo' di presunzione relativa, dal presupposto ermeneutico secondo cui con ogni singola parola ed ogni singolo sintagma l'autore intende veicolare un separato concetto.

A ben vedere, anche qui la "presbiopia" della nostra Carta costituzionale emerge in tutto il suo vigore, fin al di là delle stesse intenzioni storiche dei Padri Costituenti. Non sono del resto mancate recenti *rivalutazioni ex post* dell'espressione in parola, conformi all'evolversi non solo del contesto storico-politico-sociale ma anche della scienza medica (non era infatti neppure immaginabile, al tempo dei Costituenti, tutto il dibattito successivamente sviluppatosi sull'eutanasia).⁶⁹ In ogni caso, come rilevato da autorevole dottrina⁷⁰,

⁶³ MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in *I diritti costituzionali*, I, a cura di Nadia-Ridola, Torino, 2001, 186.

⁶⁴ PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, t.1, Padova, 1985, 659.

⁶⁵ Sentenza della Corte cost., n. 131 del 1979.

⁶⁶ Così fa notare CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Milano, 2006, 75.

⁶⁷ PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, 179 ss.

⁶⁸ CELOTTO, *ibid.*

⁶⁹ Cfr. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 94, e RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 254.

l'espressione "condizioni personali" spiega la sua efficacia sul duplice piano dell'eguaglianza formale e sostanziale.

Sotto il profilo dell'eguaglianza formale, si ha una indebita discriminazione, secondo una formula conosciutissima, quando si trattano "in modo eguale situazioni eguali o in modo diverso situazioni diverse": ora, per evitare di svuotare di ogni significato una formulazione di per sé tautologica, è il giurista a dover chiarire quando e rispetto a cosa le situazioni siano eguali o diverse, e lo dovrà fare alla luce della «*funzione, dello scopo a cui la legge è preordinata*»⁷¹. Se consideriamo infatti l'esigenza di assicurare il diritto alla liberazione dalle sofferenze, a nulla rileva il diverso tipo di patologia da cui sono affetti i malati bisognosi dell'eutanasia passiva e quelli bisognosi dell'eutanasia attiva⁷²; si tratta di un dettaglio meramente naturalistico; rilevano solo la irreversibilità della patologia e le intollerabili sofferenze psicofisiche di cui essa è fonte⁷³, perché sono queste le circostanze che ci suggeriscono come il malato, se resta in vita, non potrà mai liberarsi dalla malattia e dalle sue sofferenze, e l'unica via che gli resta è una morte rapida e indolore⁷⁴. Sono inoltre queste le circostanze che impongono l'attivazione di un obbligo, almeno in capo alle strutture sanitarie, di attivarsi per garantire l'eutanasia, giusta i doveri del Sistema Sanitario Nazionale di sollevare i pazienti dalla sofferenza.

La differenza naturalistica legata al diverso tipo di patologia deve operare, piuttosto, sul piano dell'eguaglianza sostanziale⁷⁵ e rende, al contrario, doveroso per lo Stato attivarsi per appianarla e garantire a tutti i malati irreversibili con atroci sofferenze, *nonostante tale differenza*, con un trattamento, gioco-forza, *materialmente distinto, la stessa liberazione*.

⁷⁰ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. 2, 9^a ed., Padova, 1976, 1028.

⁷¹ CELOTTO, *op. cit.*, 81.

⁷² L'irragionevolezza di una simile assurda discriminazione in base al tipo di patologia da cui il paziente è affetto è stata messa in luce già da buona parte della dottrina (CASONATO, *Il caso di Dj Fabo: il quadro costituzionale*, in *www.lacostituzione.info*, 2017; RODOTA', *Dai diritti sociali ai diritti dell'individuo*, in *Bioetica*, 2003, 220; TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., 180). Nessun autore tuttavia ne ha ancora tratto le dovute conseguenze.

⁷³ Forse potrebbe anche bastare che le intollerabili sofferenze siano conseguenza certa e inevitabile della patologia irreversibile che ne è alla base. Non dovrebbe infatti ritenersi necessaria l'"attualità" di tali sofferenze, posto che «[o]ccorrerebbe aver risposta alla domanda che chiede perché il richiedente aiuto al suicidio debba soffrire attualmente di pene intollerabili e non invece temerle come inevitabile conseguenza della sua malattia e volerle evitare» (ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 7).

⁷⁴ Un percorso argomentativo che si avvicina al nostro nel combinare gli artt. 3 e 32 della Costituzione, allontanandosene però nel soffermarsi sul profilo, non dirimente, del pluralismo etico può rinvenirsi in DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 9 ss.

⁷⁵ Ricordiamo appunto la duplice valenza formale e sostanziale dell'espressione "condizioni personali".

Ancora una volta, come abbiamo mostrato, il diritto (alla salute) limita⁷⁶ (e, nel nostro caso, anche vincola) il potere, tanto nel nostro ordinamento quanto in qualsiasi altro ordinamento che tuteli nella propria Costituzione *la libertà, l'eguaglianza e la salute*.

⁷⁶ Spunti preziosi in DONINI, *Libera nos a malo*, cit., p. 14. Il diritto *sostanziale* a cui fa riferimento l'autore non è però il mero diritto di morire ma appunto il diritto alla salute.