

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*

di Massimo Donini

*Luca, 11,46: «Guai anche a voi, dottori della legge,
che caricate gli uomini di pesi insopportabili,
e quei pesi voi non li toccate nemmeno con un dito!».*

SOMMARIO: 1. Il dispositivo della sentenza C. cost. n. 242/2019: perché la sacralità della vita implica oggi la sua disponibilità. – 2. Diritto di morire vs. diritto di essere liberati dal male mediante un “mero” rifiuto terapeutico. – 3. Inesistenza di un diritto costituzionale all’aiuto al suicidio. – 4. Quale diritto è stato riconosciuto a Fabiano Antoniani. – 5. Il profilo più critico della motivazione. – 6. Perché, affermando il contrario, si è riconosciuto il diritto di morire. – 7. Segue. La verità e la prudenza nel discorso della Corte. – 8. “Motivo” e “causa” della scelta per il suicidio assistito. – 9. Il vero fondamento della sentenza: gli art. 3 e 32 Cost. – 10. Le obiezioni etico-religiose come presupposto, e non negazione, della disciplina “pluralistica” vigente. – 11. Le obiezioni etico-professionali della classe medica. – 12. Il caso dei medici tedeschi, la riforma del 2015 e la sua “incostituzionalità”. – 13. L’esplicita individuazione di condizioni di “legittimità” (giustificazione) del ‘fatto’ di aiuto al suicidio. – 14. La categoria delle scriminanti procedurali. – 15. Una questione decisiva: i “trattamenti di sostegno vitale” rinunciabili e l’inesigibilità culturale di sedazioni sostitutive. – 16. I “diritti infelici” riconosciuti, nonostante la diversità tra le aspettative dell’ordinanza 207/2018 e l’esito della sentenza 242/2019. – 17. Perché non si tratta del “caso Cappato”, ma del caso di Fabo (Antoniani)/Cappato. Il diritto intertemporale. – 18. I passi successivi e quelli recessivi. Perché per il legislatore l’aiuto a morire non dovrebbe più chiamarsi omicidio o suicidio.

1. Il dispositivo della sentenza C. cost. n. 242/2019: perché la sacralità della vita implica oggi la sua disponibilità.

1.1. La sentenza C. cost., 25 settembre 2019, n. 242 rappresenta un nuovo inizio, nella storia giuridica del fine-vita¹. Essa è stata preparata da premesse giurisprudenziali

^(*)Lavoro in corso di pubblicazione in G. D’ALESSANDRO – O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, Giappichelli, 2020.

¹ Il commento, un dialogo col testo della Corte più che con la letteratura, presenta essenziali note di richiami. Si rinvia per più ampi riferimenti anche bibliografici ai precedenti scritti M. DONINI, *La necessità di diritti*

(i più importanti *leading cases* nazionali e internazionali su forme di rifiuto di terapie e suicidio assistito, eutanasia indiretta e diretta), dottrinali (il dibattito sui diritti terminali dei malati, sulle scriminanti procedurali, sulle forme di disponibilità della vita già emergenti) e legislative (la normativa sulle disposizioni anticipate di trattamento), qui raccolte in una sintesi che costituisce oggi la base per il superamento di una cultura autoritaria verso la costruzione di percorsi attenti al pluralismo delle componenti della società, non solo alla scusa delle anime pietose. **Non è la vittoria dei laici contro i cattolici: è il punto di partenza di un dialogo pluralistico e interculturale** sulle vicende sempre più urgenti poste da casi drammatici di richieste di trattamenti di fine-vita, pur in presenza di adeguata assistenza familiare e psicologica, di fronte a una capacità tecnica agguerrita della medicina di conservare anche a lungo l'esistenza dei malati in situazioni di innaturale e impietoso prolungamento delle condizioni del corpo e di sedazione del dolore.

1.2. La sentenza C. cost. n. 242/2019 ha ritenuto legittima (in realtà: non punibile per l'esercizio di un diritto fondamentale) la condotta di aiuto al suicidio del malato, purché si tratti di «una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

L'art. 580 c.p. ("istigazione o aiuto al suicidio") è dunque incostituzionale «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) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, **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 una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, **sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate** da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, **previo parere** del comitato etico territorialmente competente».

1.3. Che questo sia **diritto giurisprudenziale** è pacifico. Ma è un *ius cogente* e paralegislativo, non è mera dottrina, cultura. È *lex* e *ius* insieme. E che estenda i diritti dei consociati, purché malati in quelle condizioni, non può dubitarsi.

infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 547-572; ID., *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Giur. Cost.*, 2019, 2855-2870. E prima ancora ID., *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, Atti del Convegno di Lecce, 7-8 marzo 2008, dell'Associazione Franco Bricola, a cura di M. DONINI, R. ORLANDI, Bologna, Bononia University Press, 2010, spec. 262 ss.; ID., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, n. 3/2007, 902-918; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004, 27 ss.

Anche se nel testo della motivazione non compare mai l'espressione **esercizio di un diritto e adempimento di un dovere**, le categorie basiche del pensiero giuridico non si possono cancellare. Vedremo che tipo di diritto sia, dato che il suo esercizio, ma in qualche modo anche la sua esistenza "giuridica", vengono proceduralizzati: attraverso cioè l'obbligo di introduzione (e anche di semplice applicazione, allo stato) di una scriminante procedurale – senza procedura nessuna giustificazione, per il futuro – capace di rendere "costituzionalmente" compatibile la disciplina della "non punibilità" nei casi regolati.

1.4. Secondo una politica dei piccoli passi, ma in questo caso con un "salto qualitativo" di portata storica, singole vicende umane e processuali stanno smontando pezzo dopo pezzo l'impianto tradizionale non già della **sacralità** della vita – che rimane sempre molto sacra anche se immersa in una nuova cultura – quanto della sua **indisponibilità**.

La vita oggi è sacra solo se in parte disponibile, altrimenti risulta vilipesa e offesa nel suo valore².

La rivoluzione epistemica si è originata da singoli casi, e sono tutti *leading cases*: Welby, Englaro, Fabiano Antoniani/Cappato, per restare in Italia; ma anche all'estero è sempre il diritto giurisprudenziale, in questioni di bioetica e biodiritto, a realizzare una evoluzione, e di norma un progresso, della disciplina giuridica.

2. Diritto di morire *vs.* diritto di essere liberati dal male mediante un "mero" rifiuto terapeutico.

2.1. **La Corte non riconosce (e anzi esclude) un diritto di morire**, citando anche la Corte Edu, ma solo e implicitamente **quello di essere liberati dal male mediante un "rifiuto"**, previsto dall'art. 32, co. 2, Cost., in certi casi anche *al prezzo della morte* del paziente per mano propria.

Questi casi sono peraltro un **limite scriminante** alla punibilità dell'aiuto al suicidio, perché il soggetto esercita **un diritto** che deve essere riconosciuto dal sistema sanitario. Ma l'esenzione da pena e la liceità del fatto suppongono, per il futuro, che tutto avvenga **nel rispetto di una procedura** di verifica e autorizzazione. Al di là della formula finale relativa alla non punibilità che deve essere estesa ("non esclude la punibilità"), c'è una equiparazione a casi di sicuro esercizio del diritto: come per Welby il diritto di rifiutare le cure in modo letale, per Fabiano Antoniani il diritto ad un intervento comunque letale. Vedremo allora se davvero non si tratti, nei due casi "equiparati", di diritto di morire o di altro.

2.2. Che ci si trovi quanto meno ai confini del *right to die*, è evidente dalla cautela della Corte. La premessa delimitativa posta già nella precedente e risolutiva ordinanza

² Ovviamente la vita non è mai priva di valore. Ma quando è vilipesa dal male e si costringe a viverla contro le proprie convinzioni, non viene rispettata rendendola indisponibile. Il rifiuto delle cure è pacificamente (solo) il punto di partenza di questo riconoscimento. C. cost. n. 242/2019 è andata oltre tale acquisizione. Capire perché, è un impegno comune, oltre i confini della motivazione della sentenza.

n. 207/2018 è, come detto, che il paziente non solo sia affetto da una patologia irreversibile e fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, pur restando capace di prendere decisioni libere e consapevoli: occorre anche che egli sia “tenuto in vita” a mezzo di “trattamenti di sostegno vitale”. **Egli è già sul limite del congedo dalla vita, ma non è richiesto che sia un malato “terminale”.**

Questa delimitazione “tecnica” è sicuramente la più arbitraria tra quelle poste dalla Corte: perché mentre le altre suddette sono patrimonio culturale comunemente accettato, la condizione dei trattamenti di sostegno vitale ha una chiara funzione delimitativa e costituisce dunque **un’opzione politica**.

In potenza, è una condizione capace di delimitare così tanto la casistica, da ridurla alle ipotesi giudicate fin qui.

2.3. Già il caso di Davide Trentini, rispetto al quale Marco Cappato è attualmente *sub iudice*, potrebbe, se si adottasse una determinata lettura, non rientrare in questi limiti.

Ciò perché in quel caso il malato non era sottoposto a trattamenti di sostegno vitale consistenti in: alimentazione e idratazione forzata, respirazione artificiale e simili. La sua vita procedeva con dolori insopportabili, a seguito della sclerosi multipla, pur in assenza di quei trattamenti (ma in presenza di altri sì), potendo «addirittura» respirare e alimentarsi autonomamente, come un Cristo sulla croce in effetti.

3. Inesistenza di un diritto costituzionale all’aiuto al suicidio.

3.1. **Non esiste** secondo la Corte il “**diritto costituzionale di essere aiutato a suicidarsi**”.

Una sorta di liberalizzazione dell’aiuto al suicidio potrebbe essere introdotta dal legislatore abrogando l’art. 580 c.p., con soluzione presente da molto tempo in altri Paesi. Sarebbe di fatto la proposta ermeneutica contenuta nell’ordinanza della **Corte d’Assise di Milano**, ispirata a una cultura liberista e liberalizzante, che vede solo nell’abusivo ingresso manipolatorio nella volontà di suicidio un atto criminalizzabile, non nell’aiuto a una persona già liberamente autodeterminatasi. Ma a differenza di quanto ritenuto dall’organo remittente, si tratterebbe non di un vincolo costituzionale alla disciplina dell’aiuto al suicidio – un obbligo costituzionale (!) di prevedere il suicidio assistito – quanto di una libera scelta parlamentare.

La Corte costituzionale tuttavia non ha seguito il percorso argomentativo della Corte d’Assise milanese, come noto, **già nell’ordinanza n. 207/2018³**, delimitando il problema posto dal caso “Cappato-dj Fabo” a una questione di **diritti del malato**.

3.2. Chi scrive, in tempi ancora non arroventati dal profluvio di interventi che si sono affollati negli ultimi due-tre anni, aveva sostenuto questo punto di vista che riguarda l’esistenza di «diritti infelici» come diritti *fondamentali* del malato. Non già il

³ Ampiamente su tale ordinanza i volumi collettanei AA.V.V., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. MARINI e C. CUPELLI, Napoli, Esi, 2019 e AA.V.V. “*Questioni di fine vita*”. *Dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, fascicolo 1-bis.

diritto a un *taedium vitae* suicida, al di fuori di condizioni “necessitanti”. Questa prospettiva trascura, secondo il Giudice delle leggi, l’obbligo solidaristico *ex art. 2 Cost.* che impone di tutelare le persone vulnerabili da manipolazioni e abusi resi possibili da un indiscriminato diritto di suicidarsi e di essere aiutati a farlo.

La forte delimitazione del campo ha permesso alla Corte di definire i presupposti della nuova disciplina, in modo da funzionare come una regola (temporaneamente?) auto-applicativa. Vedremo se in spazi esigui o più ampi, prima di un auspicato intervento legislativo.

4. Quale diritto è stato riconosciuto a Fabiano Antoniani.

4.1. Il caso è quello di **un malato che non sarebbe in grado di lasciarsi morire “dignitosamente” attraverso un “mero” rifiuto di terapie**, perché le sue terapie salvavita non sono tali che la loro sospensione realizzi immediatamente la morte desiderata, ma semmai un prolungamento innaturale e indesiderato, a volte molto doloroso, dell’esistenza, almeno per qualche giorno. Il discorso non tocca i malati “terminali”: la tipologia di casi regolati riguarda malattie inguaribili, non necessariamente terminali, ciò che aggrava la posizione dei pazienti che vivano sofferenze intollerabili, ma non visibilmente “a termine”.

4.2. La risposta tradizionale a queste situazioni era: la sacralità della vita implica la sua indisponibilità. È ammessa una rinuncia terapeutica radicale, o una terapia del dolore con sedazione profonda continua, che accompagni il malato fino alla fine.

Tuttavia, di fronte a malattie non terminali questa soluzione appare inadatta e innaturale. E del resto la sedazione profonda continuativa è destinata a quel novero circoscritto di casi.

Poiché – dice la Corte – in altri casi si dà la possibilità, e il malato può esigere anche senza motivare, che sia attivata una interruzione di terapie salvifiche di per sé mortale conseguente al rifiuto delle cure che esplicitamente veicola una richiesta di morire, anche qui, in casi come quello di *dj Fabo*, la soluzione deve poter realizzare il *medesimo diritto*.

Ma qual è il suo nome?

4.3. Se il suo nome non è quello del diritto di morire (espressione censurata dalla Corte) è tuttavia quello di una liberazione con effetti letali: non è un mero rifiuto di terapie. La Corte afferma che se non si consentisse di realizzare il medesimo risultato perseguito dai rifiuti con effetti letali, con mezzi diversi, comprese le forme di aiuto al suicidio, saremmo in presenza di una “disparità di trattamento”, dell’imposizione autoritativa di un unico mezzo, e con ciò di **una disuguaglianza addirittura incostituzionale**. Rifiuto delle cure e suicidio assistito vengono ritenuti equivalenti al fine di non imporre una soluzione indesiderata o inesigibile.

5. Il profilo più critico della motivazione.

5.1. **Questo passaggio**, che in apparenza è il più minimale e tecnico, perché consente alla Corte di delimitare molto – anche attraverso l’altro criterio dei trattamenti di sostegno vitale – l’apertura pur importantissima che ha valorizzato, si traduce in realtà in **un profilo critico della motivazione**: chi beneficia di *trattamenti di sostegno vitale “di salvataggio immediato”*, come un respiratore automatico, può chiedere l’interruzione della terapia al fine dichiarato di morire subito, se la patologia rende necessario continuamente il respiratore. Chi non beneficia di questo trattamento “di salvataggio immediato”, perché il suo sostegno vitale non ha le stesse caratteristiche, in quanto il paziente potrebbe (come nel caso di Fabiano Antoniani) sopravvivere qualche giorno o qualche settimana, non dovrebbe essere gravato dell’onere di una interruzione accompagnata da sedazione profonda, che egli può ritenere comunque lesiva della sua dignità e che l’ordinamento non può costringere ad accettare. Una parità o eguaglianza di trattamento di queste due analoghe situazioni – dice la Corte – comporta che il paziente che non beneficia di un trattamento di salvataggio immediato possa chiedere non già una sua “inutile” o “troppo gravosa” interruzione, ma una soluzione alternativa e parimenti efficace. Ed è appunto quella di un aiuto alla morte di mano propria. **Il passaggio è ardito, per nulla scontato**. Era già contenuto nell’ordinanza n. 207/2018 e viene ora ripreso testualmente. C’è qualcosa che non persuade del tutto in questo argomento, non perché sia sbagliata la conclusione, ma perché è un passaggio che nasconde la motivazione vera.

5.2. Dove sta il momento critico della motivazione? Nel fatto che in realtà si ammette e si nasconde al medesimo tempo che **l’ordinamento, in questo modo, fa proprio il fine di morire del paziente**. Non semplicemente il fine di non soffrire, ma proprio di morire. Perché **lo Stato potrebbe consentire**, per non cedere a una corresponsabilità nella morte del malato, **la sola sedazione profonda, imponendola e anzi allargando a casi come questo, di malati “non terminali”, la disciplina più restrittiva dell’art. 2, co. 2 e 3, l. 219/2017⁴**.

Ma se lo facesse si direbbe che impone una soluzione “cattolica”: quella che evita il suicidio assistito.

Non sarebbe una soluzione “crucele”, in questi casi. Ma “imporre” la sedazione profonda oggi a chi versi in condizioni come quelle di Fabiano Antoniani *non sarebbe trattamento equivalente a quello ricevuto da Welby?* Nonostante la diversità delle situazioni?

5.3. La Corte ragiona in senso opposto. Non dice che per djFabio un’offerta di sedazione palliativa non sarebbe stata crudele ed esigibile. Si chiede invece: perché

⁴ Cfr. l’art. 2, co. 2 e 3, l. 219/2017. «2. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente.

3. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

imporlo a Fabiano Antoniani? Solo perché Welby è stato più fortunato a beneficiare di una interruzione di terapie salvavita immediate?

Eppure chi, come Welby, fosse oggi in grado di azionare con un dito uno stantuffo che gli faccia inghiottire una pillola letale, potrebbe farlo, senza avere solo l'opzione dell'interruzione della ventilazione artificiale (v. *infra*, § 6). Sarebbe *in facultate solutionis* per lui. C'è sempre paradossalmente una possibilità in più per questi malati.

5.4. Lo **“stratagemma ermeneutico” della Corte**, di far leva sull'art. 3, co. 1, Cost., **equipara due situazioni diverse**: una in cui si attua (di fatto, ma si assume che non sarebbe “di diritto”) la volontà di morire di persona che può semplicemente rifiutare la ventilazione per realizzare subito il suo desiderio, e un'altra in cui si attua la volontà di morire (di fatto, che ora diventa “di diritto”) di una persona che per non voler accettare di essere sedata per qualche giorno viene “addirittura” aiutata a suicidarsi. E allora non è una semplice liberazione dal dolore che si realizza. E certo non è un semplice rifiuto: perché **dj Fabo ha rifiutato alternative che non erano certo tutte inesigibili. E infine si è esaudita una richiesta, una pretesa molto attiva, non un mero rifiuto.**

6. Perché, affermando il contrario, si è riconosciuto il diritto di morire.

6.1. Ha prevalso il punto di vista personale del malato che ritenga inaccettabile o lesiva della dignità una breve, temporanea sedazione offerta, che peraltro è assai discutibile (e a chi scrive non pare) che sia *oggettivamente* lesiva. Si è dunque *privilegiata una opzione soggettiva*. Perché lo si è fatto? La mera liberazione dalle sofferenze era possibile, con interruzione delle terapie, senza procedere a un suicidio assistito, ma con esito un po' ritardato. Ed esaudendo “di fatto”, anziché “di diritto”, la volontà terminale del malato. E se Welby avesse rifiutato la progressiva sedazione durante il distacco del respiratore perché “leso nella sua dignità”, avrebbe potuto chiedere il suicidio assistito? Certo, oggi gli spetterebbe, a questo punto: a riprova che non si è trattato di esaudire un rifiuto legittimo di tecniche veramente “inesigibili”, ma della **scelta di agevolare al meglio richieste positive di soluzioni terminali, già ammesse in altri casi**, ma allora (in passato) solo dissimulate sotto la giustificazione del rifiuto di terapie.

6.2. Allora non è stato riconosciuto il “diritto di ricevere un'analogia soluzione medica” per ottenere la liberazione dal male, perché **una analogia è qui comprensibile non come mera liberazione dal male, quanto solo come diritto di morire**. Si è (ma solo) implicitamente ammesso che Welby poteva soddisfare la sua volontà di morire, di ottenere una immediata eutanasia, giovandosi della ventilazione artificiale per lui necessaria⁵, interrompendola (ma pur sempre con sedazione); mentre Fabiano Antoniani aveva una ventilazione non così immediatamente salvifica, a motivo di una minore compromissione della respirazione, che sarebbe esplosa solo a distanza di un tempo maggiore. *Questa differenza* ha giocato un ruolo decisivo nella decisione della Corte per

⁵ La si chiami passiva se si vuole. Sono soltanto nomi.

riconoscere a dj Fabo il diritto al suicidio assistito (*rectius*: la non punibilità di Cappato a titolo di aiuto al suicidio, ma sul presupposto implicito di un diritto sottostante).

6.3. È vero allora che *la Corte, senza volerlo ammettere, ha realizzato una estensione di ipotesi dove l'ordinamento oggi sembra riconoscere il diritto di morire* sotto il nome apparente di interruzione di terapie (Welby), *ad altre ipotesi* (dj Fabo) dove in modo ancora più evidente a tutti non si tratta più di interruzione di terapie, ma del rifiuto di alcune forme di interruzione di terapie, per ottenere una finalità terminale sempre più diretta.

6.4. Infatti, come anticipato, quando sussistono condizioni per scegliere tra interruzione di terapie, sedazione terminale o aiuto al suicidio, le premesse della sentenza della Corte non possono che ammettere libertà di scelta. Sia Welby, sia il tutore, oggi nei casi di scelta per rappresentanza, ai sensi della disciplina prevista dalla l. n. 219 del 2017 sulle DAT, e non solo Fabiano Antoniani, secondo questa decisione, avrebbero (dovrebbero avere) ora la possibilità di optare per tutte e tre quelle soluzioni. Ciò significa che una volta introdotta la liceità dell'aiuto al suicidio per casi come quello Cappato/Antoniani – motivata come motivata ora non interessa più – essa **si estende anche ad altri casi dove il distacco di un trattamento di sostegno vitale potrebbe bastare**: purché sussistano le condizioni legittimanti previste dalla Corte.

7. Segue. La verità e la prudenza nel discorso della Corte.

7.1. Siamo allora **giunti al punto decisivo**. Occorre **muovere dall'esatta premessa**. Vale a dire che esiste nel sistema il diritto di morire nelle tre forme dell'interruzione di terapie, di alimentazione e idratazione, della sedazione profonda continuativa o dell'aiuto al suicidio, perché tutte queste forme lo esprimono e lo realizzano. **Solo una di queste tre possibilità (l'aiuto a morire di mano propria), peraltro, suppone necessariamente che la finalità terminale del soggetto sia contenuta nella "causa" giuridica del «tipo di aiuto» sanitario.**

Negli altri casi essa rimane "un motivo soggettivo" del richiedente (es. casi Welby, Englaro, e i famosissimi Cruzan, Bland, Terri Schiavo, Lambert, etc.).

7.2. La Corte si è prudentemente richiamata a un'ipotesi di analogia nell'eguale trattamento, e perciò **dobbiamo ricercare il fondamento vero di questa disciplina**. **Tale fondamento la Corte non lo ha potuto fornire** nel momento in cui è rimasta **vincolata a un discorso più tecnico** che le ha consentito di limitare al massimo la rivoluzione culturale introdotta, così adottando una scelta motivazionale "difensiva" rispetto al caos delle opzioni etico-giuridiche oggi sul tappeto. Una motivazione diversa avrebbe fatto esplodere critiche da ogni dove, e verosimilmente allo stesso interno del Collegio giudicante. La scelta di non esplicitare il fondamento più vero è stata vincente in termini di risultato, ma a noi tocca il compito di svelare la sostanza delle cose.

8. “Motivo” e “causa” della scelta per il suicidio assistito.

8.1. **Si potrebbe tentare di sostenere** che non solo la Corte, ma **l’ordinamento stesso non condivide i desideri di eutanasia dei malati quale scopo diretto della propria azione**; non solo non intende uccidere a richiesta, ma neppure cooperare ad atti di suicidio col fine di esaudire direttamente volontà terminali: semplicemente esaudisce quelle richieste, a determinate condizioni, e con opzioni differenziate (sedazione profonda, interruzione di terapie salvifiche, aiuto diretto alla morte di mano propria) **per consentire sempre e comunque, anche quando la finalità eutanasica fa parte della “causa” tipica del mezzo usato (aiuto al suicidio), la cessazione delle sofferenze in modo rispondente al rispetto delle diverse visioni del mondo.**

Meri rifiuti e sedazioni profonde possono del resto supporre malati fortemente ostili al suicidio.

È un ordinamento che ha oggi *diverse strategie di intervento*, ma a fronte di opzioni culturali differenziate e anche radicalmente incomunicabili, **non può imporre a nessuno** la visione di *una di quelle opzioni*, dovendo invece **offrire a tutti** un ventaglio di alternative che garantiscano il massimo della libertà di tutti compatibile con la tutela delle persone malate: tutela da abusi di terzi, da se stesse se non pienamente capaci di deliberare o disperate e depresse, tutela da un sistema sanitario sordo alle grida di disperazione, tutela da visioni del mondo ostili.

D’altro canto, ovunque si riconoscano diritti e doveri, **l’ordinamento, se anche giustifica** condotte compiute nel loro esercizio o adempimento, **non per questo “approva” i fatti scriminati!**

8.2. **Scopo unitario o comune** di tutte queste forme alternative di aiuto “nel morire” o “a morire” **non sarebbe** allora di realizzare la soppressione di una vita, **ma** di liberare dal male di dolori insopportabili: tanto che **ognuno dei soggetti che versi nelle condizioni previste dalla Corte può scegliere**, direttamente o, nel caso delle DAT, anche per interposta persona, una di quelle principali soluzioni **alternative: sedazione profonda continua, interruzione di terapie, suicidio assistito.** Resta tuttavia il fatto che **mentre il “mero rifiuto” può essere immotivato, il suicidio assistito no, esigendo una vera procedura autorizzativa, perché non è un mero rifiuto.**

Ciò complica notevolmente il tentativo di assimilare tutte e tre queste forme di scelte terminali **senza mai tener conto del “motivo” della scelta.**

9. Il vero fondamento della sentenza: gli art. 3 e 32 Cost.

9.1. La decisione della Corte non può affermare che il fine del paziente sia irrilevante: per il suicidio assistito è insuperabile la sua centralità nella “causa” dell’azione pubblica.

Il **vero fondamento della sentenza** qui commentata appare allora essere **l’equiparazione di visioni alternative del trattamento e del fine-vita** (“laici/cattolici”, per intenderci con una semplificazione *italian style*), **non l’equiparazione dei diritti di**

persone diversamente “attaccate a una macchina” e desiderose di “meri rifiuti di terapie”.

Se si fosse trattato solo di lenire il dolore come fine ultimo, la sedazione profonda poteva bastare a dj Fabo. **Ma solo una concezione ideologicamente ostile alla richiesta di suicidio assistito avrebbe sostenuto questa “imposizione”.**

Nel pluralismo delle opzioni il fine ultimo ha deciso la partita. E questo fine era un fine-vita.

Non il solo art. 32 Cost.⁶, dunque, fonda la decisione in rapporto al rifiuto di terapie, **ma anche il pluralismo etico garantito dall’art. 3 Cost.:** il principio di uguaglianza non ha qui valore relativo e negativo, escludente o invalidante le disparità, ma ha valore fondante, produttivo di discipline plurali e differenziate, non vietabili per soddisfare un altro credo. La successiva “non punibilità” dell’aiuto, come vedremo, ha in questi «*diritti pubblici*» il suo basamento, non essendo una soluzione meramente *penalistica* (*infra*, § 18).

10. Le obiezioni etico-religiose come presupposto, e non negazione, della disciplina “pluralistica” vigente.

10.1. Oggi è la classe medica che esercita l’opposizione più efficace al suicidio assistito, perché **le resistenze di tipo religioso rappresentano esattamente la premessa, e non la negazione, di una risposta multiculturale, pluralistica e proceduralizzata** al tema del fine vita.

Mi spiego. Le **posizioni religiose** avverse a trattamenti di suicidio assistito sono assolutamente legittime nel contesto del pluralismo come **visioni private**. Nessuno imporrà a chi le sostiene un trattamento indesiderato. Ma esse non possono venire generalizzate al fine di diventare legge per tutti, in quanto riguardano chi condivide quella *vision* e si autovincolerà a rispettarne i dettami. Chi scrive ritiene che tali posizioni non rappresentino neppure una concezione cristiana indiscutibile e unica, e tantomeno aperta a una umanistica “compassion”, ma per l’appunto esprimano una lettura tradizionalmente cattolica della morale e della sua politica: una “politica della morale”. Senonché, **l’etica pubblica** di un ordinamento pluralistico e laico oggi non ammette che visioni private – tali restando quelle di *ogni* confessione religiosa o ideologia politica di partito – assurgano a legge comune dello Stato. Sarebbero morali imposte di uno **Stato etico**. L’esistenza sociale di “**stranieri morali**” a livello di massa, e non di semplici

⁶ Non si tratta certo di ritenere che donare la morte sia una “terapia”, come qualcuno ha scritto: è che il rifiuto di terapie non è separabile dalle motivazioni quando è legato a situazioni di inesigibilità esistenziale, e implica soluzioni dove “è nelle cose”, *in re ipsa*, la sua destinazione al congedo dalla vita. Tanto da implicare comunque attività sanitarie supplementari (v. già i casi Welby ed Englaro, finalizzati a scopi eutanasi). Dunque la garanzia costituzionale di quel rifiuto non può fingere una realtà diversa, e se presta tutela alla persona, nel pluralismo delle visioni del mondo, occorre che la equiparazione dei “trattamenti” si faccia carico dei fini del rifiuto, che è altamente umano e compassionevole, per quanto non “terapeutico”, ma conseguenza di una terapia inesigibile.

individui⁷, impedisce di ritenere che vi siano *Weltanschauungen* antagoniste capaci di diventare legge l'una per l'altra. Ciò spiega perché il pluralismo etico rappresenti esattamente la premessa, e non la negazione, di legislazioni che ammettono, accanto a forme di *aiuto nel morire*, anche forme di *aiuto a morire* come il suicidio assistito.

Il penale allora deve fare un passo indietro per lasciare il campo alla disciplina dei diritti, prima di “scusare” o “non punire” autori comunque devianti per aver commesso fatti “illeciti”.

11. Le obiezioni etico-professionali della classe medica.

11.1. Si pone qui il **diverso ostacolo etico-professionale e non religioso degli operatori sanitari**. Sempre e solo per la vita. Secondo una posizione fortemente sostenuta dalla classe medica, il malato non terminale, ma semplicemente inguaribile, che non sopporti dolori intollerabili, potrebbe rifiutare le terapie salvavita, rifiutare medicine o alimentazione, ovvero con modifiche normative farsi addormentare *sine die* nello stile dei “Precog”, quelle larve umane tenute in vita per scopi di ordine pubblico e contrasto al crimine in *Minority Report*. L'immagine del fine-vita che emerge da questa visione è francamente raccapricciante. Nessuno può appellarsi ingenuamente a Ippocrate a fronte delle potenzialità invasive della medicina odierna, che prolunga artificialmente le vite anche in condizioni estreme di dolore, promettendo una sua sedazione più o meno raggiungibile ai fortunati assistiti o benestanti⁸.

11.2. Una forte rappresentanza della classe medica vorrebbe praticare una diversa biopolitica senza il consenso dei malati, imponendo loro le proprie visioni del fine-vita – “la vita si prolunga sempre al massimo anche nelle peggiori condizioni” – e negando un aiuto a morire diverso dall'interruzione di terapie o sedazioni profonde terminali. Non è certo in discussione il (riconosciuto) diritto individuale all'obiezione di coscienza, ma **l'estromissione del Servizio sanitario dalle pratiche di**

⁷ Lo *Zarathustra* di Nietzsche, e la sua “genealogia della morale”, erano forse unici a fine Ottocento, ma oggi sono diventati popolo. E anche se il suo nichilismo merita il nostro contrasto, non possiamo fingere che non sia una condizione del presente.

⁸ L'imposizione della durata della vita è una forma di disposizione della vita altrui **da parte di terzi**. È una tipica espressione di *paternalismo etico-sanitario*. Peccato che si tratti di un paternalismo torturatore. I primi processi di Norimberga furono quelli contro i medici che avevano praticato famigerati programmi di eutanasia di massa, senza il consenso delle vittime (malati di mente, portatori di handicap, malattie genetiche ereditarie etc.): E. KLEE, « *Euthanasie* » im Dritten Reich. Die « *Vernichtung lebensunwerten Lebens* », Frankfurt a.M., Fischer, 1983, 2010; A. MITSCHERLICH, F. MIELKE, *Medicina disumana. Documenti del “Processo dei medici” di Norimberga* (I ed. 1949, II ed. 1960), Milano, Feltrinelli, 1967. *Da lì nacque la bioetica: un programma di beneficence* a favore degli individui e contro le politiche di Stato in tema di vita e fine vita. Orbene, anche se realizzate a favore della vita, ma contro il volere del suo titolare, le biopolitiche che a livello di massa non ascoltano le ragioni e le suppliche delle persone che si sentono dentro alla tortura di un corpo crudele, perché in modo sistematico devono **prolungare «senza scopo» le esistenze**, sono espressione di una sordità tecnica che non rispetta la volontà vera dei pazienti. Sono biopolitiche contrarie all'essenza del consenso come valore supremo del trattamento medico.

suicidio assistito⁹. E si pensa che tutto questo non sia un modo per “disporre” della vita altrui, ma di rispettarla.

12. Il caso dei medici tedeschi, la riforma del 2015 e la sua “incostituzionalità”.

12.1. In Germania, come si è ricordato in precedenti studi¹⁰, proprio la classe medica è riuscita a condizionare la riforma della legislazione storica della RFT, che non aveva mai punito le ipotesi di aiuto al suicidio, incriminandole invece ora (dal dicembre 2015, nuovo § 217 StGB)¹¹, se realizzate in forma commerciale (*geschäftsmäßig*), cioè professionale, negli ospedali. Prima il suicidio assistito era penalmente lecito, ma di fatto non praticato in cliniche e ospedali: se ne conoscevano esempi privati, tecnicamente poco attrezzati e affidabili. Da quando il fenomeno è divenuto culturalmente più diffuso, tanto da richiedere competenze tecniche e professionali, e si è iniziato a pensare di praticarlo clinicamente in Germania sull'esempio di note prassi private svizzere, l'opposizione dei medici ha prodotto una riforma legislativa che vietando penalmente le realizzazioni “commerciali” di tali pratiche, condanna ad attuare di fatto nella clandestinità condotte di assistenza deprofessionalizzata al suicidio, favorendo altresì le forme di suicidio “brutale”.

12.2. Orbene, la sentenza della Corte costituzionale adotta una soluzione che implicitamente conduce a ritenere **illegittima, per il nostro ordinamento, una riforma come quella tedesca**. Infatti, se 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

⁹ La stessa motivazione della Corte costituzionale sul punto deve essere correttamente intesa: infatti al § 6 del “Considerato in diritto” si afferma: «6. – Quanto, infine, 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**. **Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato**». È chiaro che se ci trovassimo di nuovo nella situazione di Welby, che per il Tribunale civile di Roma aveva il diritto alla interruzione delle cure, senza che sussistesse l’obbligo per i medici di esaudirlo, il diritto non sarebbe stato giuridicamente protetto e Welby, se non morto di morte naturale, sarebbe ancora in attesa del distacco del respiratore. L’obbligo di attuare il diritto spetta al “sistema sanitario”, non al singolo medico. La Corte salvaguarda l’obiezione di coscienza dei medici, ma sicuramente stabilisce l’obbligo di procedure liceizzanti e dunque l’obbligo che la volontà del malato sia concretamente attuata dal sistema. Infatti un diritto senza doveri altrui di rispettarlo non è giuridicamente completo: l’obiezione di coscienza è dunque dei singoli, non del sistema.

¹⁰ *Supra*, nota 1. Per la storia della riforma v. ora peraltro, ampiamente, S. BRITZKE, § 217 *im Lichte des strafrechtlichen Rechtsgutskonzepts. Legitimität und Auslegung der Norm*, Baden-Baden, Nomos, 2019, 19 ss., 53 ss.

¹¹ Sulle prime applicazioni del nuovo § 217 dello StGB v. per es. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 66. Aufl., München, Beck, 2019, § 217 (p. 1524 ss.). B. BRUNHÖBER, § 217/20 ss., in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*³, München, Beck, 2017. E *amplius*, anche per una critica radicale alla nuova incriminazione, ritenuta priva di un bene giuridico protetto, la citata monografia di S. BRITZKE, § 217 *im Lichte des strafrechtlichen Rechtsgutskonzepts*, cit., 78 ss., 88 ss., 133 s.

problematica che oggi richiede una risposta sociale e non una benevola e scusata generosità di qualche amico, parente compassionevole, ma magari imperito. La compassione, infatti, va gestita dallo Stato perché diventi etica pubblica, anziché mantenere o ripristinare un'etica pubblica criminalizzante¹². Una soluzione come quella tedesca, se importata, si opporrebbe incostituzionalmente al riconoscimento di quei diritti pretendendo di escludere il sistema sanitario dalla loro gestione, e precludendo la via di una scriminante procedurale: ciò che invece la sentenza della Corte ritiene di imporre al nostro legislatore. Nello stesso tempo, sarebbe illegittima una soluzione solo "scusante" per la non punibilità di chi agevola la morte di mano propria, se il malato ha veramente diritto a un aiuto alla liberazione dal male: si scusa semmai in assenza di un diritto, e in presenza di certe situazioni, perché il fatto resta illecito. Di tutto ciò non potrà non tenere conto il Parlamento, se e quando procederà ad attuare la riforma che il Giudice delle leggi ritiene necessaria.

13. L'esplicita individuazione di condizioni di "legittimità" (giustificazione) del 'fatto' di aiuto al suicidio.

13.1. L'area di liceità del fatto è quella della **giustificazione**. Una liceità anche civile, disciplinare e amministrativa, si badi, non solo penale. È l'abc dell'analisi del reato.

La Corte non ha voluto riprendere analiticamente il tema dei diritti del malato, ma è solo su tale base che si può fondare la sua sentenza, come già detto. In essa si enumerano infatti le norme che disciplinano situazioni analoghe, e si dettano regole *ad hoc* per consentire "**la verifica delle condizioni che rendono legittimo [!] l'aiuto al suicidio**" (§ 5 del *Considerato in diritto*), condizioni "**verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente**".

Il rapporto con il medico viene definito rinviando alla disciplina delle DAT e ad un inevitabile diritto di obiezione di coscienza individuale. Ovviamente per spiegare quale sia il diritto del malato occorre che venga nominato, definito. **La stessa procedura** che la Corte ritiene necessaria **non è in sé un fondamento scriminante**: il fatto è giustificato se esiste **un diritto sostanziale**, un diritto **pubblico** (dei privati) ma *a condizione che* venga rispettata una serie di requisiti procedurali di accertamento.

¹² Ne abbiamo trattato, non solo in relazione al fondamento del sistema olandese, ma come base dell'allargamento, e della non punibilità, di forme di aiuto a morire, in *La necessità di diritti infelici*, cit., §§ 9, 12.2; v. ora anche O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, 913 ss.

14. La categoria delle scriminanti procedurali.

14.1. Ricapitoliamo e aggiorniamo in uno schizzo il discorso impostato a suo tempo in distinti contributi¹³ e oggi variamente ripreso da recenti monografie e studi¹⁴.

Le **scriminanti procedurali non sono autorizzazioni tecniche** perché suppongono una decisione del soggetto in campo spesso eticamente controverso, dove lo Stato determina sì alcuni presupposti e limiti dell'esercizio di diritti, ma non potendo approvare o censurare la loro gestione, si limita a stabilire le procedure che ne consentono un corretto ed equilibrato impiego, tutelando lo stesso pluralismo delle visioni del mondo; la decisione prospettata viene vagliata da altri soggetti competenti sulla base di parametri predefiniti dalla legge, sì che **non siamo in presenza di un diritto soggettivo pieno**, ma di un diritto autorizzato, condizionato. È una tecnica del pluralismo etico.

Tuttavia la procedura – che non scrimina da sola (come alcuni suoi critici hanno erroneamente obiettato) – si basa su **presupposti di diritto sostanziale** inerenti a diritti della persona (cure, salute, dignità, autodeterminazione, trattamento di fine-vita etc.), e sfocia in un provvedimento che *costituisce* doveri-poteri in capo a terzi, così assicurando al diritto una piena attuazione giuridica.

Essa non crea dunque un diritto, ma lo verifica sussistente *ex ante*, prima della realizzazione del fatto tipico, il quale rimane in essere dopo il compimento della condotta, e non è per questo né approvato, né tantomeno censurato (neppure moralmente) dall'ordinamento, ma semplicemente autorizzato e reso operativo.

14.2. I **campi di applicazione sono vasti**: aborto, fine-vita, disposizioni anticipate di trattamento, sperimentazione medica e farmacologica, trapianto di organi. Sono scelte, ma in alcuni casi situazioni di incapacità di scelta, dove **biopolitica e biodiritto** si scontrano, e dove sono in gioco **diritti fondamentali** della persona, ma in particolare del malato. Non è dunque una categoria "laicista", ma laica, né "liberista", perché unisce libertà e responsabilità personali e collettive. E non è un'abdicazione del diritto sostanziale a favore di organismi che gestiscano una sorta di "rechtsfreier Raum", solo perché non sanno disciplinare il pluralismo.

14.3. Nondimeno, il pluralismo "in cerca del diritto" di cui i campi indicati sono espressione e tutela, preclude di ritenere che con il rispetto di una scriminata procedurale l'ordinamento intenda "approvare" i fatti autorizzati: l'aborto come il suicidio assistito come un trattamento medico di interruzione di terapie salvavita non sono "approvati", anche se giustificati.

¹³ V. gli scritti cit. a nota 1, in particolare quelli del 2004, 2007 e 2010. L'impostazione accolta rielabora quella iniziale della letteratura tedesca (Hassemer) che introdusse la categoria.

¹⁴ Per es. da ultimo A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, Esi, 2018; O. DI GIOVINE, *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita*, in *Cass. pen.*, 2019, 1839 ss. e vari scritti contenuti nei volumi collettanei cit. a nota 3.

15. Una questione decisiva: i “trattamenti di sostegno vitale” rinunciabili e l’inesigibilità culturale di sedazioni sostitutive.

15.1. Nel quadro della disciplina tracciata dalla sentenza il **punto più critico** e in realtà **più arbitrario**, come già lo abbiamo qualificato, è costituito dalla **terza condizione**: “i trattamenti di sostegno vitale”. Il termine, che vanta una diffusione internazionale estesissima¹⁵, «è stato coniato per designare quei trattamenti che, in caso di malattie che mettono in pericolo la vita, sono in grado di prolungarla (cioè di posporre la morte) anche se non necessariamente di guarire la malattia. Si tratta per lo più di trattamenti intesi a sostenere le principali funzioni organiche: ne sono esempi la ventilazione meccanica [...], la rianimazione cardiopolmonare [...], l’impianto di *pacemaker* [...] le amine vasopressorie [...], la dialisi [...]. Altre misure che vengono considerate trattamenti di sostegno vitale sono gli antibiotici in caso di infezioni minacciose e le trasfusioni di sangue. Il confine tra TSV e trattamenti causali, cioè mirati a debellare la malattia, non è sempre nitido, ma per lo più è abbastanza evidente»¹⁶. Tuttavia la categoria non è stata costruita *ab origine* per delimitare i casi ammessi (dove ammessi) di suicidio assistito: applicata a questi ultimi, **la sua tassatività diviene a questo punto decisiva**.

Nel nostro sistema vi fa riferimento come “trattamenti necessari alla...sopravvivenza” la disciplina delle DAT e in generale dei trattamenti rinunciabili anche a prescindere da una situazione di fine-vita (art. 1, co. 5, l. 219/2017), dove **la ratio è differente**: indicare che anche per le patologie in presenza delle quali è in atto (o dovrebbe essere attivato) quel tipo di trattamento, che riguarda **pazienti destinati a vivere**, sono possibili la sua interruzione, omissione o anticipata rinuncia, con effetti che potrebbero essere **velocemente letali**¹⁷. Ci sono anche l’idratazione e l’alimentazione artificiali, oltre a ventilazioni, emotrasfusioni etc. Ma non si deve trattare, per rinunciare a quei trattamenti in forma anticipata, di patologie che presentino la gravità e irreversibilità della tetralogia indicata dalla Corte. Sovviene il dubbio che la Corte abbia

¹⁵ Sul «life sustaining Treatment», da una letteratura vastissima, v. per es. W. G. ANDERSON, S. HUNT, E. CHAITIN, R. M. ARNOLD, *Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Therapies*, in *Palliative Care: Core Skills and clinical competencies*, [edited by] L. EMANUEL, S. LAWRENCE LIBRACH. – 2 ed., St. Louis, Missouri, Saunders, 2011, 300 ss.; A.-K. SCHWEDLER, *Die ärztliche Therapiebegrenzung lebenserhaltender Massnahmen auf Wunsch des Patienten*, Frankfurt a.M., P. Lang, 2010 (con comparazione tra Francia e Germania); P. KOSLOWSKI (Hrsg.), *Lebensverlängerung-Sterbensverlängerung. Die klinische Medizin vor der Herausforderung des Lebensendes*, Paderborn, W. Fink, 2012; anche se precedente la riforma della disciplina sulle disposizioni anticipate del 2009, v. per la Germania V. LIPP, *Rechtliche Grundlagen der Entscheidung über den Einsatz lebenserhaltender Maßnahmen*, in G. DUTTGE (Hrsg.), *Ärztliche Behandlung am Lebensende*, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2008, 96 ss.

¹⁶ C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (cur.) *Trattato di biodiritto*, vol. a cura di E. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, *I diritti in medicina*, Milano, Giuffrè, 2011, 581 s.

¹⁷ Si rinvia, oltre che a C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, cit., al commento alla legge sulle Dat nel fascicolo 1/2018 di *Bio-Law Journal - Rivista di BioDiritto*, con un forum sulla l. n. 219, sub art. 1; v. pure M.G. DI PENTIMA, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: commento alla l. n. 219/2017*, Milano, Giuffrè, 2018. La problematica è stata tradizionalmente discussa rispetto ai casi di *accanimento terapeutico*, dove si pone la questione delle cure palliative come alternativa ai trattamenti di sostegno vitale. Ma qui il discorso è ben altro, trattandosi di casi dove *non* siamo per definizione in presenza di un accanimento terapeutico, pur emergendo livelli di intollerabilità esistenziale molto elevati.

pensato a un contributo concausale “tipico” di tali trattamenti per una valutazione delle condizioni “estreme” del paziente. I trattamenti di sostegno vitale, peraltro, non sono di per sé avvilenti. In quel contesto originario di disciplina le ragioni che inducono alla sospensione o alla rinuncia di trattamenti non meramente o non terapeutici (la ventilazione, l’idratazione e l’alimentazione, per es. sono solo di sostegno vitale senza risultare terapeutiche, mentre può esserlo una rianimazione) potranno essere più ampie e legate ad altre cause e condizioni di fondo: perché il giudizio di sproporzionalità terapeutica, secondo la valutazione del paziente, è più ampio e non viene sindacato, approdando a un “mero rifiuto”. Qui si tratta invece di un presupposto per una richiesta *positiva* di aiuto a morire di mano propria. Non ci risulta che il trattamento di sostegno vitale sia mai stato indicato come requisito “legale” per il suicidio assistito, là dove è ammesso¹⁸.

In questa diversa prospettiva, il richiamo a trattamenti di sostegno vitale quali presupposti per la richiesta di aiuto appare un limite arbitrario perché anche se legato a una soglia minima di impegno costituzionale, soglia sopra la quale è ben possibile una legislazione più liberalizzante, nondimeno presenta una *ratio* di difficile giustificazione per la **forte capacità escludente rispetto a importanti patologie analogamente atroci**¹⁹. La prima osservazione che pare ovvia è che non ha certo senso che il malato sia “attaccato a una macchina”. Il trattamento di sostegno vitale potrebbe essere anche chirurgico, ma in tal caso sarebbe sicuramente terapeutico. E quindi perché non potrebbe provenire anche da terapie farmacologiche come la chemioterapia? Ma allora la terapia o lo strumento medico non presenta di per sé valore indiziante le buone ragioni o l’impellenza della richiesta di congedo. I confini si fanno incerti. Occorre dunque andare oltre. Se ci si fermasse a trattamenti senza i quali si “muore subito” non ci sarebbe bisogno di suicidarsi, bastando la loro rinuncia.

Invece il malato di sclerosi multipla – l’anima prigioniera di un corpo torturatore – anche se conduce una vita infernale ma può alimentarsi e respirare da solo non dovrebbe poter accedere a quella procedura? E perché mai? Qual è la *ratio* giustificatrice di una simile esclusione crudele per chi in quelle obiettive condizioni non abbia conservato la volontà di vivere? Questa delimitazione, insomma, che è frutto di un diritto giurisprudenziale puro, non pare sorretta da una razionalità costruttiva soddisfacente. E pertanto non appare suscettibile di trovare un’applicazione acritica e

¹⁸ Analisi comparate, oltre che nei §§ 8-9 di *La necessità di diritti infelici*, in J. GRIFFITHS - H. WEYERS - M. ADAMS (eds.), *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford, UK & Portland, Hart Publishing, 2008, 13-255; P. LEWIS - I. BLACK, *Reporting and scrutiny of reported cases in four jurisdictions where assisted dying is lawful: a review of the evidence in the Netherlands, Belgium, Oregon and Switzerland* (2013), in *Medical Law International*, 2013, 221 ss.; nei vari contributi del n. 1/2016, Bd. 128 della *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW); in AA.V.V., “*Questioni di fine vita*”. Dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte costituzionale nel caso Cappato, cit., 400 ss.

¹⁹ Per analoghe e ulteriori censure si vedano anche le puntuali considerazioni critiche di F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte dell’aiuto al suicidio “medicalizzato” etc.*, in AA.V.V., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2019*, cit., spec. 196 ss. V. pure S. SEMINARA, *L’art. 580 c.p. e il diritto di morire*, *ibidem*, 332 s.; R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, *ibidem*, 13 ss.

pedissequa nei processi penali dove non siano state rispettate quelle condizioni, che non sono di legge, ma non meno della legge appaiono suscettibili di interpretazione. Ad es. perché riguardano patologie altrettanto e anche più avvilenti la dignità del malato, ma tali da non soddisfare quelle condizioni limitanti.

15.2. Possiamo capire che cosa è successo. Si è temuto un allargamento che non avesse confini o i cui confini potrebbero essere definiti solo dalla politica o da nuove casistiche emergenti nella prassi, ma certo non lasciati aperti da una decisione giudiziale già così “manipolativa” del diritto. E allora si è scelta la soluzione (almeno apparentemente) minimalista di base, cercando uno sbarramento che potesse guadagnarsi il consenso anche di un tradizionalista post-tridentino: un limite rigoroso di patologie che ti fanno vedere la morte tra pochi minuti, ma concessorio di spazi di disponibilità della vita di fronte ai quali dire “no” apparirebbe oggi un atto di insensibile crudeltà. Poteva la Corte voler “regolare” i soli casi già accaduti e arrivati *sub iudice*?

15.3. Certo non si poteva esigere dalla Corte la redazione di una normativa nuova sollecitata invano per un anno a un Parlamento inadempiente. E dunque le critiche non possono oggi essere ingenerose, dato che la sentenza resta culturalmente rivoluzionaria.

Eppure, guadagnato questo consenso, non si è comunque raggiunto il traguardo della **razionalità costruttiva**, la quale può essere ottenuta **solo allargando la casistica** delle ipotesi “autorizzate” a tutte quelle dove il malato è sottoposto a **trattamenti che da un lato compromettono, ma dall’altro salvano la vita: trattamenti salvavita**, anche farmacologici, sono le terapie la cui assenza condurrebbe a un rapido peggioramento delle condizioni, fino a un esito letale o a una compromissione importante delle complicanze invalidanti²⁰; **dove limitarsi a pretendere un rifiuto di terapie sarebbe inesigibile**, un atto di crudeltà del sistema, che **indurrebbe se non a una “morte subito”, certo a una “morte peggiore”,** comprensibile solo dentro a un contesto ideologico o confessionale che rifiuti un aiuto a morire di mano propria.

Del resto, come non fu certo un mero rifiuto di terapie ciò che chiese e ottenne di Fabo, non costituì una mera astensione il distacco a Welby del respiratore con effetto letale immediato con l’aggiunta di sedazione anestetizzante, pur ricondotto anch’esso all’art. 32, co. 2, Cost.

15.4. Presupposto del suicidio assistito diventerebbe così proprio **la possibilità di rifiutare** le terapie e di morire per questo rifiuto, ma **in modo inesigibile: non sarebbe più l’assistenza al suicidio una alternativa a un impossibile, ma a un inesigibile rifiuto di cure**; esattamente un’alternativa solo in caso di rifiuto di cure (salvavita) possibile, per una malattia “mortale” non temporanea ma permanente, e tuttavia con effetti ulteriormente devastanti e non umanamente liberatori. Così la *ratio* si comincia un po’ a capire.

²⁰ Come il trattamento di sostegno vitale deve essere ridefinito in base alla *ratio* della disciplina in ordine alla quale è impiegato, anche nel concetto di *terapia salvavita*, spesso impiegato a fini previdenziali e non certo per delimitare un suicidio assistito, si tendono in realtà a ricomprendere – anche per es. per la sclerosi multipla – non solo i farmaci che consentono un aumento dell’aspettativa di vita, o la riduzione delle complicanze invalidanti, ma anche il miglioramento della qualità della vita. Una nozione invero molto estesa, sicuramente troppo agli effetti delle casistiche oggetto di condotte di aiuto nel morire o a morire.

15.5. Quanto detto tuttavia **non spiega ancora fino in fondo la soluzione adottata** nel caso Antoniani/Cappato: dove era fisicamente inesigibile il mero rifiuto della ventilazione artificiale, ma non una alternativa analgesica aggiuntiva come la sedazione profonda. La quale è stata rifiutata per ragioni ideologiche, o culturali, o personali, e tali ragioni hanno avuto un pieno riconoscimento. Sarebbe stato “incostituzionale” non dare cittadinanza a queste motivazioni, dice la Corte. Si è trattato dunque di **una inesigibilità** che in ultima analisi è non solo di tipo umano, fisico, ma anche **di carattere ideologico-culturale**. Di qui il **pluralismo etico** che è alla base dell’applicazione non solo dell’art. 32, co. 2, ma anche dell’art. 3, co. 1, Cost.

15.6. Questa interpretazione correttiva dell’enunciato della Corte, che qui si propone, appare applicabile *de lege lata*. **Ciononostante essa continua a non adattarsi bene a situazioni come quelle indicate di gravi malattie** (sla, disturbi fisici plurimi e psichici non incapacitanti etc.) **non corrispondenti a tutte le condizioni indicate dal terzo requisito**, pur estensivamente inteso come proposto, e pur sussistendo gli altri requisiti.

Nella prassi il profilo dell’art. 3, co. 1, Cost., rimarrà in questi casi **un parametro-guida** per nuove applicazioni o eccezioni costituzionalizzanti *case by case*.

15.7. *Per il futuro legislatore*, invece, la sentenza n. 242/2019 non traccia certo i **confini massimi** della legittimità costituzionale di una nuova disciplina, la quale può essere più ampia del quadro disegnato dalla Corte, che è soltanto il “minimo sindacale” oggi definibile in una sentenza che reimmetta nel circuito costituzionale l’art. 580 c.p.

16. I “diritti infelici” riconosciuti, nonostante la diversità tra le aspettative dell’ordinanza 207/2018 e l’esito della sentenza 242/2019.

16.1. Con la pronuncia definitiva in forma di sentenza la Corte ha delimitato ulteriormente l’oggetto della decisione rispetto all’ordinanza 207/2018, di fatto circoscrivendolo alle problematiche sollevate dalle tre tipologie di casi più importanti sottoposti alla giurisprudenza: Welby, Englaro, Antoniani.

La risposta è stata che lo Stato non può obbligare un malato inguaribile a pregare o supplicare ogni giorno che l’anima lo abbandoni perché l’unità col corpo è divenuta intollerabile a causa delle terapie che lo tengono in vita, offrendogli l’opzione del rifiuto di terapie o dell’assunzione di antidolorifici che solo in alcuni casi possono risolvere il problema della sofferenza fisica, ma non di quella psichica in decorsi di lunga durata. Nello stesso tempo, lo Stato non può obbligare il corpo di una persona a sopravvivere all’anima: cioè quando non può più esprimere la personalità vitale tradizionalmente identificata nell’anima, per usare il più classico e millenario dei concetti. In questo rifiuto di obblighi di Stato a continuare a sopravvivere o a vegetare nella “prigione del corpo”, o a obbligare “corpi senz’anima”, sta il riconoscimento di **diritti fondamentali del malato**, di diversi diritti oggi già esistenti, riconosciuti prima in via giurisprudenziale e poi anche legislativa e ora espressamente dal Giudice delle leggi: si veda il § 4 del *Considerato in diritto*, ove si discorre dei vuoti di disciplina che rischiano di risolversi « –

come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa)».

16.2. Essi sono, come qui detto più volte: il diritto di rifiutare le cure e di raggiungere così anche un esito terminale (art. 32, co. 2, Cost. e 1, co. 5, l. n. 219 del 2017); il diritto di essere aiutato nel morire mediante tecniche di sedazione profonda continua capaci anche di accelerare il processo terminale (art. 2, co. 2, l. n. 219 del 2017); il diritto a un aiuto attivo a raggiungere la morte direttamente e per mano propria (C. cost. n. 242/2019). Sono tre **modi di disporre anche della propria vita, non solo di terapie** e aiuti sanitari. Sono **tre forme di congedo**.

16.3. Ciò che unisce il *riconoscimento giuridico* di questi **tre diritti**, quando vengano esercitati con finalità terminale (il che è scontato solo per l'aiuto al suicidio, e salvo che sia richiesto come desiderio di aiuto esistenziale), è **la compassione** verso il malato che viva sofferenze intollerabili rese possibili dallo stesso stato della medicina, che prolunga artificialmente l'esistenza senza poter eliminare il dolore infinito di certe situazioni patologiche incurabili, anche se non terminali²¹. È **un momento di forte umanità dell'ordinamento**, cosa che il giurista, esperto di regole relative a rapporti "esterni" alla psiche e ai fatti interiori, è troppo spesso portato a svalutare. Se la dignità deve conservare parametri oggettivi, senza che il singolo ne diventi totalmente arbitro, nel biodiritto è oggettivo il pluralismo delle morali e non lo è ancora, purtroppo, il valore della compassione come etica pubblica.

16.4. Ciò detto, va osservato che la sentenza non sviluppa tutte le potenzialità insite nell'ordinanza: perché era il legislatore a doverle realizzare. L'onda lunga dell'evolversi di quei diritti contiene possibilità inestirpabili di sicure **derive applicative**, che solo una **scelta politica** potrà e dovrà delimitare; e ciò avrebbe esposto la Corte a sicure **censure di invasioni indebite** nel campo delle **prerogative parlamentari**.

16.5. Nonostante queste riserve, si dice chiaramente che «Ove..i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016)»²².

²¹ Se, come è stato scritto partendo dai miti prometeici, *l'oblio della morte* è condizione del progresso dell'umanità, la *tecnica* è tuttavia impotente dinanzi all'ineluttabile discesa all'Ade, alla necessità superiore: U. CURI, *Via di qua. Imparare a morire*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011, 77 ss. E in questa *hybris*, di voler sfidare tecnicamente anche ogni partita perduta, sta da un lato una fonte di progresso scientifico, dall'altro si concentra il rischio di una strumentalizzazione, e non già un necessario rispetto, della persona che rifiuti come manipolazione e morale di Stato il divieto di congedarsi. L'etica personalistica chiede qui che la vita sia "disponibile" da parte del malato – *rectius*: a sua disposizione – non da parte del sistema sanitario.

²² È sempre il § 4 del *Considerato in diritto* della sentenza.

Fuori da questi **limiti circoscritti** non esiste certo un generale riconoscimento del diritto di morire²³, ma entro quei limiti a nostro avviso sì, anche se esso si articola nelle tre forme principali anzidette, rispondenti anche a diverse visioni del mondo e possibilità attuative “**di diritti fondamentali**”.

17. Perché non si tratta del “caso Cappato”, ma del caso dj Fabo (Antoniani)/Cappato. Il diritto intertemporale.

17.1. Prenderebbe un abbaglio chi pensasse che il discorso condotto non riguardi il passato, perché lo coinvolge direttamente verso una soluzione corretta anche di alcuni casi *sub iudice*.

Infatti, la prospettiva dei diritti fondamentali del malato non nasce certo con la **sentenza 242/2019**, che ha **valore dichiarativo, non costitutivo** di quei diritti: tanto dichiarativo che la decisione neppure li ricostruisce in modo preciso, se non attraverso un giudizio di **equivalenza di trattamento ai casi di rifiuto delle cure e di disposizioni anticipate**. Tali diritti, nel loro esistere, precedono la decisione e poiché la Corte semplicemente li mette in gioco, li rende operativi, spetta a noi ricostruirli come *ius*.

17.2. Il caso da cui scaturisce il giudizio della Corte, del resto, non è certo semplicemente il “caso Cappato”, ma il problema dei diritti spettanti a Fabiano Antoniani e, di conseguenza, anche a chi l’abbia aiutato in quel percorso terminale, appoggiandosi a sua volta ai diritti del malato, mutuando da essi il significato giuridico dell’azione compiuta: **non è un problema di (non) “punibilità”** soltanto, perché la soluzione della Corte trae fondamento dal riconoscimento di **diritti del malato ancorati all’art. 32, co. 2, e all’art. 3, co. 1, Cost.**, cioè **i diritti di rifiutare le terapie, ma più esattamente le modalità di congedo**. Abbiamo visto, infatti, che non si tratta di mero rifiuto, ma di molto di più. Orbene, questo diritto, dichiarato dalla Corte oggi, esisteva già quando Fabiano Antoniani chiese l’aiuto prestatogli da Marco Cappato. Esso dunque scriminava già allora, sul piano del diritto costituzionale legittimo, la condotta di Cappato. Trattandosi di un reato plurisoggettivo necessario, ad esso trova applicazione **l’art. 119, co. 2, c.p.**, che nei casi di concorso di persone in generale prevede che le ipotesi scriminanti oggettive si estendano agli altri “concorrenti”, rendendo lecito anche il loro aiuto al ‘fatto’ giustificato²⁴.

17.3. Anche senza un esplicito riconoscimento della Corte, presente al termine della motivazione (§ 7 del *Considerato in diritto*), **i fatti commessi prima** della sentenza devono trovare soluzione in conformità al diritto costituzionale riconosciuto nella decisione. Applicando dunque a chi aiuta il medesimo diritto riconosciuto alla persona

²³ La sentenza parla di una “circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie” (§ 2.3. del *Considerato in diritto*).

²⁴ Tesi già accennata in *Il caso Fabo/Cappato* (in *Giur. Cost.*, 2019, cit. a nota 1), 2869; v. analogamente e più diffusamente F. CONSULICH, C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in AA.V.V. “*Questioni di fine vita*”. Dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte costituzionale nel caso Cappato, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, fascicolo 1-bis, 510 ss., 516.

agevolata. Il fatto sussiste, ma non costituisce reato²⁵: se fosse solo il “caso Cappato”, da risolvere secondo una non punibilità che non riceva dal malato nessuna facoltà di agire, potrebbe al limite essere non punibile o atipico, ma non certo giustificato. E infatti, condotte future di aiuto non “proceduralizzate” saranno sia tipiche, sia illecite, sia punibili, allo stato, perché ora che il diritto è stato “disciplinato secondo una procedura” da parte della Corte, dipende anche dall’esercizio e dall’osservanza delle verifiche richieste il fatto che **si producano gli obblighi** per il sistema sanitario. Ciò che solleva comunque ulteriori problemi di rispetto dell’*extrema ratio* sul piano penale (§ seg.).

²⁵ **In senso contrario ora la sentenza C. Assise Milano 23 dicembre 2019, Cappato**, appena pubblicata, nel giudizio di rinvio dopo la pronuncia costituzionale: la Corte milanese assolve Cappato “perché il fatto non sussiste”, ritenendo atipica *de lege lata* la condotta di “aiuto al suicidio”, in quanto si era in presenza di un diritto a farlo (come la Consulta ha stabilito) (pag. 16, ultimo punto della motivazione). Tuttavia questa è la situazione tipica della giustificazione di un fatto esistente, che in tanto è giustificato in quanto sussiste: se non esistesse non avrebbe bisogno di essere scriminato. La posizione della concezione “tripartita”, che la sentenza richiama, è esattamente opposta a quanto la Corte milanese erroneamente afferma. È solo un concezione bipartita classica del reato che vede nelle scriminanti elementi negativi del fatto – concezione parimenti richiamata dalla Assise di Milano – che potrebbe supportare questo esito. Ma a questo punto si dovrebbe riprendere un lungo discorso di teoria generale che ha condotto la prevalente letteratura e giurisprudenza ad applicare la formula “perché il fatto non costituisce reato” ai comportamenti giustificati, salvo i casi in cui la scriminante ‘funzioni’ *veramente* come elemento negativo del fatto (per es. il consenso del titolare dell’abitazione all’ingresso nel domicilio, o del titolare del bene mobile al suo “impossessamento” da parte di terzi): casi in cui è evidente che il ‘fatto tipico’ viene meno (cfr. sul rapporto tra società dei diritti e analisi del reato M. DONINI, *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno*, cit., 244-252). Non è questa però, *de lege lata*, la situazione di chi riceve un liquido o una pillola mortali e li ingerisce, perché **finché esiste l’art. 580 c.p., mai rimosso dalla Corte, ma solo manipolato nella parte in cui non esclude la punibilità dei casi ora liceizzati, esso è il presupposto della non punibilità introdotta: “non esclude la punibilità di chi.... agevola l’esecuzione del proposito di suicidio”,** situazione “esemplare” di un fatto che ha bisogno di una giustificazione per essere lecito (e non punibile), ma non di un fatto.... inesistente. Finché non venga riscritto l’art. 580 c.p. nel senso che sono punibili solo le condotte di aiuto **commesse “senza autorizzazione”,** la tesi della atipicità non ha fondamento tecnico. Ma anche qualora venisse introdotta una disciplina di questo tenore (v. di seguito, nel testo, il § 18.6) riconoscendo che l’aiuto a morire non deve più essere concepito né come omicidio né come suicidio (§ 18.6 e 18.7 *infra*) il fondamento della liceità resterebbe scriminante, cioè l’esercizio di un diritto fondamentale, secondo i presupposti stabiliti e le procedure regolate (“la verifica delle condizioni delle condizioni che rendono legittimo l’aiuto al suicidio”, dice la Corte) agevola l’esecuzione del proposito di morire per mano propria. È solo un “mistero gaudioso” del tecnicismo giuridico quello che può far credere che la causazione (csqn) della morte di persone (feti o malati) o la produzione di droghe previa procedura liceizzante, elimini il fatto commesso (e sia atipica come fare una passeggiata), anziché renderlo lecito, sol perché il testo della incriminazione vede scritto che il fatto è punito solo se non si sono osservate alcune regole procedurali o autorizzative: anche in quel caso siamo in presenza o di diritti esercitati, o di violazioni nell’esercizio di quei diritti, oppure, al limite, di condotte pietose che meritano una scusante o una diminvente.

18. I passi successivi e quelli recessivi. Perché per il legislatore l'aiuto a morire non dovrebbe più chiamarsi omicidio o suicidio.

18.1. Chi abbia meditato le pagine di Binding e Hoche²⁶ che anticiparono il tema sinistro delle vite senza valore, avverte che non abbiamo oggi una paura retrospettiva della Aktion T4²⁷ e dei medici nazisti giudicati a Norimberga (1946-1947) che si richiamavano a Karl Binding²⁸. Attualmente esistono le condizioni per “uscire dall'ombra di Hitler”²⁹: che rese impellente la nascita della bioetica nel 1946 sul tema del consenso al trattamento nel “codice di Norimberga”, ma costituì anche un'ipoteca frenante sull'intero sviluppo del biodiritto.

Tuttavia, non ci liberiamo di certo di quella eredità maligna, ma purtroppo la perpetuiamo, perseverando nella tortura sanitaria di persone che chiedono disperatamente di volersi congedare, pur amando la vita³⁰. La loro esistenza prigioniera del corpo non è qui in conflitto con beni di terzi³¹. Qui non c'è, infatti, la strage degli innocenti (come nell'interruzione della gravidanza, pur legittimata dall'ordinamento), ma la sopravvivenza coatta di sole **vittime sanitarie** a cui tradizionalmente si è aggiunta l'etica pubblica della pena, anziché quella della compassione di Stato. La Corte costituzionale ha dato un impulso fondamentale a interrompere e superare quella vecchia cultura.

18.2. Una domanda resta peraltro ineludibile: perché punire gli aiuti “non autorizzati” al suicidio se sorretti da motivazioni altruistiche? Non si potrebbe rinunciare comunque al diritto penale? E lasciarlo ai casi di aiuto diretto a morire per mano altrui?³²

²⁶ K. BINDING – A. HOCHÉ, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwertens Lebens. Ihr Maß und ihre Form* (1920), Berlin, Neudruck Lit, 2006, con una introduzione di W. Naucke. Del saggio esiste anche la traduzione italiana: *La liberalizzazione della soppressione della vita senza valore. La sua estensione e la sua forma*, in E. DE CRISTOFARO, C. SALETTI (a cura di), *Precursori dello sterminio. Binding e Hoche all'origine dell'“eutanasia” dei malati di mente in Germania*, Verona, Ombre Corte, 2012, 45 ss.

²⁷ Cfr. i ricordati lavori di E. KLEE, « *Euthanasie* » *im Dritten Reich*, cit.; A. MITSCHERLICH, F. MIELKE, *Medicina disumana*, cit.

²⁸ Binding è stato un grande penalista. Chi non lo ha letto non lo ricordi solo per questo breve scritto redatto al tramonto della vita. Sulla *Wirkungsgeschichte* dello scritto di Binding e Hoche nella successiva età nazista, oltre alla introduzione di E. DE CRISTOFARO, C. SALETTI (a cura di), *Precursori dello sterminio*, cit., v. pure V. GROßE-VEHNE, *Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), “Euthanasie” und Sterbehilfe. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2005, 93 ss., 101 ss.

²⁹ P. SINGER, *Eutanasia: uscire dall'ombra di Hitler* (1976), in ID., *La vita come si dovrebbe* (orig. *Writings on an Ethical Life*, 2000), Milano, Il Saggiatore, 2001, spec. 224 ss.

³⁰ Le richieste di morire sono sempre legate a livelli insopportabili e permanenti di queste sofferenze: dolore, mancanza di respiro, senso di soffocamento, vomito, perdita di dignità, spossatezza estrema, perdita di indipendenza, a parte le condizioni di allettamento, impossibilità di comunicare, disorientamento esistenziale, interruzione della biografia dell'io etc. Di interesse (anche) sotto l'ultimo aspetto segnalato lo scritto di M. FOGLIA, *Golden Hour del paziente: consenso biografico e dignità della vita*, in AA.V.V. “*Questioni di fine vita*”, cit., 124 ss.

³¹ Esattamente F. CONSULICH, C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita*, cit., 512.

³² Se lo chiede ora anche M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della corte costituzionale)*, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2020, 1 ss., 9 s., 12, pur da posizione

E nei casi (per es. di sclerosi multipla o Alzheimer) in cui può risultare **impraticabile o inesigibile lo stesso suicidio assistito** (oggi pure autorizzabile per chi è in grado di attuarlo), che fare? Le disposizioni anticipate oggi possono solo contemplare rinunce, ma anche se riformate non potrebbero, se non in alcuni casi anticipati nella decisione, prevedere l'aiuto a morire per mano propria. Chi non riesce a inghiottire la pillola non versa in una situazione analoga a quella "discriminata" di dj Fabo da cui non si sarebbe potuto "esigere" un mero (ma possibile) rifiuto di terapia con sedazione continua? Pare in realtà una condizione addirittura peggiore di quella di dj Fabo, che rischia di apparire oggi una specie di "privilegiato".

18.3. La valutazione vacilla a livello individuale, tanto da rafforzare le spinte a soluzioni più liberalizzanti, promosse da chi professa un antipaternalismo *forte*. Questa impressione perde consistenza soprattutto a livello di impatto *generalpreventivo*. Assicurati i diritti dei malati nei casi più significativi, occorre evitare che la malattia grave o avanzata diventi una condanna a morte "eutanasi" di massa, e non solo che all'opposto resti la porta di un lager di sopravvivenza coatta, fra patologie atroci o intontimento chimico prolungato, contraria alle concezioni del malato. È un bilanciamento del *biodiritto* che non pretende certo di vincolare diverse concezioni in termini di *bioetica*.

La scelta di conservare comunque la punibilità (anche se con pene ben inferiori alle attuali) per l'art. 579 – mantenendo non autorizzabile "in generale" l'omicidio del consenziente³³ – può radicarsi sul messaggio culturale (prevenzione generale positiva) diretto al contenimento di prassi dell'abbandono, del congedo anticipato, e della tentazione collettiva di decidere per gli altri quali siano le vite che "non meritano di essere vissute": tentazione che si fa maggiore quando a eseguire il fatto come "autore" è un terzo e a deciderlo un parente. L'aiuto al suicidio esige infatti nella vittima una motivazione ben più forte: esige che sia lui l'autore. Esso presenta dunque una maggior garanzia di corresponsabilità e autonomia del paziente. Sono **solo singoli casi** di morte pietosa per mano altrui **a rimanere sul confine** della morte di mano propria **in termini di equivalenza: quelli dove il malato è nell'impossibilità fisica di attuare l'atto** (non può "inghiottire da solo la pillola"). È qui che si può sollevare una questione di disparità di trattamento *ex art. 3, co. 1, Cost.* in termini di diritti, più che mera non punibilità³⁴.

critica verso le aperture della sentenza costituzionale, e al fine di neutralizzare l'uso scriminante dei diritti infelici, relegandoli nell'area della mera non punibilità anche per gli aiuti non autorizzati ma "scusabili", sulla premessa che non dovrebbero essere mai oggetto di autorizzazione scriminante. Tutti illeciti e non diritti, ma vicende dove l'ordinamento, anziché esercitare la *pietas* verso il malato, la manifesta all'autore, criminalizzandolo solo sul piano oggettivo. Ciò rappresenta peraltro il contrario di quanto ritenuto costituzionalmente imposto dalla Corte, perché il richiamo alla "non punibilità" dell'atto, nella sentenza, si fonda sulla sua autorizzazione o (per il passato) autorizzabilità, non su una motivazione soggettivamente scusante. È quindi la non punibilità di un fatto giustificato, anche se non per questo "approvato".

³³ Se non nei casi, di cui subito dopo nel testo, in cui la morte per mano propria non sia realizzabile dal malato per impossibilità fisica di attuarla. E salvo i casi, già riconosciuti da tempo, di doverosa interruzione (anche con condotta attiva) delle cure rifiutate legittimamente dal paziente o dal tutore.

³⁴ Per questi motivi, a parte le *eccezioni* ora segnalate, un modello che non distingue *in generale* tra suicidio assistito e omicidio del consenziente nelle ipotesi autorizzabili, come **il modello olandese** (che solo in assenza di autorizzazione li punisce entrambi, e diversamente), pur così pieno di *compassion* (cfr. ancora *La*

Infatti, quando si esercitano questi diritti, **cominciano a non esserci più le figure del suicidio o dell'omicidio**: è più sensato parlare di una (futura) **fattispecie di "aiuto a morire"** vuoi *per mano propria* (già aiuto al suicidio), vuoi *per mano altrui* (già omicidio del consenziente). Recepita questa evoluzione, si potranno anche unificare le varie forme punibili di aiuto illegittimo a morire per mano propria in una incriminazione di aiuto a morire (*infra*, § 18.6).

Per il resto, accanto all'argomento assiologico – il *non uccidere* –, rimane un problema di *extrema ratio* e di valutazione politica circa l'insufficienza o meno di strumenti preventivi extrapenali o extragiuridici³⁵.

18.4. Da valutare infine pare la strada della non punibilità come ipotesi *scusante* per l'aiuto a morire di mano propria posto in essere per ragioni altruistiche, ma non autorizzabile, punendo solo quello commesso per ragioni non altruistiche o istigatorio.

18.5. Riteniamo invece che siano **da evitare del tutto** opzioni legislative *lato sensu* depenalizzanti la morte di mano propria legate solo alle scelte individuali di persone pietose, e dunque non giustificate da scriminanti, ma solo da cause (anche implicitamente) scusanti, perché nell'apparente ritrarsi del penale, sarebbero pensate per neutralizzare le scriminanti, tenendo lontani dall'impegno proprio i soggetti più competenti a un aiuto tecnicamente affidabile, e ricacciando nella clandestinità e nella brutalità, o nell'espatrio, e forse anche nella condanna morale, i destini dei malati come dj Fabo e tanti altri. Il vecchio aiuto al suicidio dovrebbe essere punito solo in quanto atto non autorizzato-autorizzabile.

Infatti, nel contesto legislativo nazionale, più che la preoccupazione del "pendio scivoloso" o dei **passi successivi**³⁶ come *scelta parlamentare*, si avverte quella dei **passi recessivi**.

Può darsi anche che la decisione della Corte resti a lungo l'unico testo "normativo" sull'argomento, vista la natura divisiva ed elettoralmente non premiante del tema: è un documento sufficientemente dettagliato e studiato per risultare "auto-applicativo" almeno in alcuni casi. Nuovi *inputs* dovrebbero peraltro emergere da ulteriori istanze ed eccezioni di incostituzionalità derivata, sui limiti estremi delle nuove disparità di trattamento, anche punitive, per le incongruenze sanzionatorie ora manifeste degli artt. 579 e 580 c.p.

necessità di diritti infelici, cit., § 9, e soprattutto A.R. MACKOR, *Sterbehilfe in den Niederlanden*, ZStW, 2016, 24 ss.), può rappresentare il veicolo "culturale" verso un sistema di maggiore eliminazione seriale e desistenza umana, anziché di assistenza nella solidarietà con il malato.

³⁵ Come segnalato in *La necessità di diritti infelici*, cit., 575, nota 53, è illuminante la **statistica olandese** dove sono autorizzabili entrambi, l'aiuto a morire per mano propria oltre che per mano altrui: potendo scegliere, le persone chiedono nel 95% dei casi la morte per mano altrui, cioè di un medico competente.

³⁶ Utili approfondimenti in D. CANALE, *Eutanasia*, in ID., *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 147 ss.; v. pure, nel più recente dibattito M. FOGLIA, *Golden Hour*, cit., 135 ss.; U. ADAMO, *Ragioni a favore di una legalizzazione dell'eutanasia*, *ibidem*, 311 ss., 332 ss.; G. MANIACI, *Eutanasia e suicidio assistito*, in AA.VV., *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, a cura di F. POGGI, Bari, Carocci, 2013, 166 ss.; ID., *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, 16.1.2019, 24 ss.

18.6. Le **fattispecie potrebbero dunque essere:** quelle di *istigazione al suicidio* (nuova, autonoma); di *omicidio del consenziente* (rivista, che prescinda da ragioni pietose di aiuto e non riducibile a mera attenuante dell'omicidio doloso); quella di *aiuto a morire* (l'aiuto a morire non è "suicidio" e non è "omicidio"), comprensiva della morte per mano propria nei casi non autorizzati o che eccedono quelli consentiti (autorizzabili) o comunque attenuati dai motivi (v. *supra*)³⁷, oltre alle ipotesi scusanti e a quelle di aiuto per mano altrui non autorizzate ma sicuramente pietose³⁸.

18.7. Il fondamento della sentenza della Corte apre a una cultura del dialogo e alla priorità del mondo dei diritti rispetto al penale. La società dei diritti precede i fatti tipici³⁹: se esistono i diritti del malato, le condotte di aiuto a morire presentano un significato diverso da principio e potranno essere chiamate con termini nuovi rispetto al lessico "omicidiario", perché se i diritti assicurano alle condotte un ruolo scriminante e non di mera estromissione "dal tipo", fanno capire che ci troviamo di fronte ad azioni geneticamente orientate, *ex ante*, a un interesse prevalente della persona offesa che ormai occupa di sé tutta la vicenda e modifica lo stesso 'fatto' commesso, tanto da rappresentare un nuovo paradigma di queste vicende anche nei casi eventualmente punibili perché eccedenti i limiti delle condotte autorizzabili⁴⁰. Nonostante la durezza dei casi trattati, è stato promosso un messaggio di libertà e pluralismo, non solo di riduzione del penale.

³⁷ Ovviamente se la scriminante opera la punibilità viene meno, perché non c'è illecito. Ma la fattispecie dovrebbe punire i casi in cui si è agito aiutando a morire per mano propria senza il rispetto delle procedure che lo legittimano, o oltre i limiti, o comunque e distintamente per ragioni altruistiche e con attenuazione della pena, ovvero prevedere ipotesi scusanti.

³⁸ Sul rapporto di una fattispecie come questa col tema della giustificazione o della atipicità del fatto v. la nota 25 *supra*.

³⁹ Al tema fu dedicato il convegno di Lecce dell'Associazione Franco Bricola del marzo 2008, i cui atti sono cit. *supra* a nota 1.

⁴⁰ La causazione della morte deve sempre essere giustificata. Tuttavia, anche se non scriminata, non è sempre culturalmente e giuridicamente un omicidio o un suicidio. Si rovescia il paradigma dell'indifferenza ai motivi. Fino a oggi è stato il contrario: omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio hanno previsto insieme indifferentemente fatti sorretti da motivi abietti quanto pietosi, escludendo anzi dal fatto tipico la presenza delle motivazioni, come se esse costituissero, in queste vicende, un dato accessorio e puramente commisurativo.