

LA NECESSITÀ DI DIRITTI INFELICI. IL DIRITTO DI MORIRE COME LIMITE ALL'INTERVENTO PENALE^(*)

di Massimo Donini

Lasciar morire una persona in un modo che altri approvano,
ma che essa considera in orribile contraddizione con la sua vita,
è una forma di tirannia odiosa e distruttiva.
Ronald Dworkin¹

Abstract. Lo studio mette in chiaro che la situazione del malato in condizioni irreversibili e di crudele sofferenza per malattie incurabili, resa possibile dalla stessa medicina che consente un prolungamento della vita straordinario, ma anche artificiale o innaturale, è diversa da quella di qualsiasi altro soggetto che viene protetto dalle norme a tutela della vita. Nel rifiuto delle cure, riconosciuto a livello internazionale come diritto pieno anche quando il suo esercizio conduca a morire dopo pochi minuti, è contenuto già il riconoscimento del diritto di morire. Nel caso Englaro (come in quelli Cruzan, Schiavo, Bland e Lambert) quel diritto è stato addirittura riconosciuto attraverso un terzo, per realizzare un omicidio doloso e non "del consenziente". La costruzione di diritti infelici come diritti fondamentali del malato non può essere lasciata al solo diritto giurisprudenziale, anche se grazie a esso sono nati come diritti che già ora limitano le incriminazioni (aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, omicidio). La comparazione con gli ordinamenti tedesco, svizzero, olandese, belga, offre un ventaglio di esperienze diverse orientate alla compassione e non all'indifferenza rispetto all'autonomia e alle sofferenze di malati che non sono suscettibili o desiderosi di sole cure palliative. Essa aiuta anche a comprendere la relatività della distinzione tra agire e omettere e tra condotta di autore e di partecipe in queste situazioni scriminate di aiuto a morire e non solo nel morire.

* Il contributo costituisce il testo, con revisioni e annotazioni, della relazione svolta dall'Autore a Bayreuth, al Convegno internazionale dei comparatisti tedeschi (35. *Tagung für Rechtsvergleichung*), sul tema "Religion, Werte und Recht", nei giorni 10-12 settembre 2015, nell'ambito di una sessione dedicata a "Sterbehilfe und Hilfe zum Suizid" (eutanasia e aiuto al suicidio); il lavoro è già stato pubblicato in *ZStW*, 2016, pp. 1-23 e, in lingua italiana, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 2/2016, pp. 555-581; si ringrazia Giuffrè Editore per aver acconsentito alla nuova pubblicazione del contributo nella nostra *Rivista*.

¹ R. DWORKIN, *Life's Dominion* (1993), tr. it. *Il dominio della vita*, Ed. di Comunità, Milano 1994, p. 300.

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. La disciplina italiana, in generale. – 2. Cenni critici sull’istigazione e l’aiuto alla morte di mano propria (art. 580 c.p.). – 3. Questioni controverse dell’aiuto diretto a morire (art. 579 c.p.) tra legge e prassi. – 4. La nascita di nuovi diritti del malato secondo la giurisprudenza. I ben differenti casi Welby ed Englaro a confronto. – 5. Raffronto tra i casi Englaro e Tony Bland. – 6. Due distinti diritti fondamentali: il diritto a un aiuto nel morire e il diritto di morire. – 7. Sviluppo e costruzione di due diritti fondamentali. – 8. La debolezza delle soluzioni del diritto giurisprudenziale e dell’autoregolamentazione sociale. Raffronto tra le discipline in Italia, Germania e Svizzera. – 9. La via olandese. – 10. Alcune conseguenze e i compiti successivi. – 11. Condotta attiva nell’interruzione di un decorso causale immediatamente salvifico e condotta attiva di causazione immediata della morte. Equivalenze. – 12. Diritti infelici.

0. Premessa.

Intendo circoscrivere questo studio ai diritti fondamentali del malato. Essi costituiscono un limite necessario all’intervento del diritto penale di fronte alla morte e alla tutela della vita. Non è possibile continuare a vedere questa problematica dal punto di vista del diritto penale, perché in gioco è una questione di diritti fondamentali del malato, cioè della vittima stessa delle incriminazioni e dei fatti da esse previsti, ed è muovendo dalla scoperta e dall’evoluzione di questi diritti che il diritto penale può e deve cambiare.

La grande maggioranza delle persone che vengono a trovarsi in una situazione estrema di una malattia molto dolorosa, irreversibile, mortale o progressivamente invalidante, o di una demenza ingravescente riconosciuta per tempo, che prevedono che prossimamente potrebbero avere perduto ogni possibilità di movimento, di parola, di memoria, e dunque lo sfacelo del corpo o della mente, preferisce, nondimeno, continuare a vivere anche di fronte alla possibilità di scegliere una soluzione terminale un po’ anticipata, ritenendo la sopravvivenza un male minore rispetto all’annullamento dell’essere.

Non intendo né indebolire, né limitare la prospettiva della decisione personale per “la vita ad ogni costo”, le battaglie eroiche per la sopravvivenza e le splendide manifestazioni familiari di dedizione, affetto, vicinanza e sostegno umano. Intendo invece difendere e tutelare giuridicamente la posizione legittima degli altri – o delle medesime persone, in una fase successiva della medesima malattia – che non accettano più di proseguire nei tormenti, e dunque il diritto fondamentale dei (medesimi) malati che non intendono (più) limitarsi ad allontanare, limitare o preparare la prospettiva della morte, ma chiedono di morire come liberazione dal male.

Rispettare questa richiesta può essere valutato come espressione del principio di benevolenza, e persino dell’amore del prossimo, e non di un individualismo indifferente o di un abbandono programmato da parte di una società materialistica orientata all’efficienza economica o all’edonismo collettivi. Questo tipo di richieste non avrebbe mai potuto essere giustificato sul terreno dei diritti del malato prima dello sviluppo di una medicina che oggi è in grado di prolungare la vita in modo estremamente artificiale o insensato: perché questi diritti fondamentali non c’erano o non erano ancora stati scoperti.

La natura dell'uomo, infatti, viene, se non costruita, certamente in parte scoperta o modificata attraverso la tecnica².

Chi non è malato può continuare a essere tutelato dalle norme incriminatrici tradizionali, anche se bisognose di decisive riforme nell'ambito delle sanzioni³, e per la situazione italiana attraverso una radicale distinzione tra l'istigazione al suicidio, che dovrebbe rimanere punita⁴, e il semplice aiuto, che non dovrebbe essere sottoposto a pena o con pena fortemente diminuita. Non intendo dunque sostenere nessun diritto pieno al suicidio. Se sussistesse un simile diritto non sarebbe possibile impedirne l'esecuzione contro la volontà di chi lo commette: una prospettiva che la maggior parte dei consociati troverebbe giustamente inaccettabile. Questione molto diversa è quella

² Cfr. A. GEHLEN, *Die Seele im technischen Zeitalter*, 1957, tr. it., *L'uomo nell'era della tecnica*, Sugarco, Milano, 1984, p. 12. Questo lapidario assunto che sintetizza un concetto centrale in Gehlen, può essere opportunamente approfondito sull'esempio di scritti come U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 1999, pp. 160 ss.; J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt a. M., 2001, tr. it. *Il futuro della natura umana*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 32 ss.; v. pure N. CHOMSKY, M. FOUCAULT, *De la nature humain: justice contre pouvoir* (Paris, 1994), tr. it. *Della natura umana. Invariante biologico e potere politico*, Derive Approdi, Roma, 2005; AA.VV., *Indagine sulla natura umana. Itinerari della filosofia contemporanea*, a cura di M. GALLETTI - S. VIDA, Carocci, Roma, 2011; P. HADOT, *Le voile d'Isis* (2004) tr. it. *Il velo di Iside. Storia dell'idea di natura*, Einaudi, Torino, 2006, pp. 151 ss., pp. 162 ss.; M. MERLEAU-PONTY, *La nature* (1995), tr. it. *La natura*. Lezioni al Collège de France 1956-1960, Einaudi, Milano, 1996.

³ Sui principali problemi di riforma della disciplina italiana in materia di fine-vita e aiuto a morire cfr. F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi Nuvolone*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 201 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 670 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Il Mulino, Bologna, 1998, spec. pp. 286 ss.; S. CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in S. CANESTRARI - G. CIMBALO - G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 213 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (cur.) *Trattato di biodiritto*, vol. II, S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (cur.), *Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano 2011, (1819) spec. pp. 1833 ss.; A. MANNA, *Art. 579-580. L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio*, in ID., (a cura di), *Reati contro la persona, I, Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 51 ss., pp. 70 ss. V. pure S. CANESTRARI - F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, pp. 82 ss.; D. TASSINARI, *Note a margine dei recenti disegni di legge relativi al "testamento biologico"*, in S. CANESTRARI - F. GIUNTA - R. GUERRINI - T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Firenze 2009, spec. pp. 412 ss.

⁴ Cfr. per es. l'art. 223-13, del codice penale francese: «Le fait de provoquer autrui au suicide est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide. Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende lorsque la victime de l'infraction est un mineur de 15 ans.». Il successivo art. 223-14 così precisa: «La propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende». V. pure, nel senso dell'irragionevolezza dell'equiparazione della disciplina dell'istigazione al suicidio a quella dell'aiuto nel codice penale vigente, F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., pp. 201 ss., p. 213; ID., *I delitti di omicidio*, 2 ed. Giappichelli, Torino, 1997, pp. 133 ss. Quindi, L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 79.

dell'“etica del suicidio”⁵, della “punibilità” (o ridotta punibilità) dell'aiuto al suicidio e persino dell'omicidio del consenziente, quando essi avvengano in modo disinteressato o per pietà o nell'ambito delle situazioni di patologie come quelle alle quali si è accennato. La liberazione dal diritto penale verrà qui, per questi casi, prospettata come soluzione non generale, ma in rapporto al diritto non solo a una morte umana e dignitosa, ma anche al termine della vita in sé considerato: ciò che si lega al principio di autodeterminazione o di autonomia del malato e dunque del libero consenso ai trattamenti sanitari, alla loro benevolenza, alla dignità umana e anche alla pietà⁶.

Fatte queste premesse, sono persuaso che sarebbe oggi impossibile o troppo controversa, in Italia, una disciplina che introducesse esplicitamente forme di eutanasia diretta e attiva. Le nostre valutazioni – “suffragate da”, ma non “formalmente riducibili a”, ricostruzioni rigorosamente tecnico-scientifiche –, avranno pertanto il significato di una testimonianza: consapevoli che l'urgenza concettuale e umanistica di sostenerle rimane integra rispetto alla loro inattualità per la storia spirituale o politica del nostro Paese.

1. La disciplina italiana, in generale.

La normativa “legale” italiana è particolarmente arretrata, mentre solo la situazione del diritto effettuale è parzialmente migliore. Non abbiamo, come noto, una disciplina legislativa delle disposizioni anticipate di trattamento⁷. Le cure palliative vengono ampiamente sostenute e sia pur praticate in modi e contesti diversi nella geografia sanitaria del Paese, e anche se il principio di benevolenza della medicina è molto riconosciuto, nondimeno non esiste in Italia nessun riconoscimento legislativo esplicito del diritto a terminare in modo volontario e dignitoso la propria vita: un fine-vita per il quale la persona sia liberata dal tabù di ideologie religiose o biopolitiche di Stato e sia riconosciuto che, nonostante la sua debolezza, non debba sottomettersi, proprio di fronte alla prospettiva terminale dell'esistenza, a una volontà collettiva o di un tutore. Oggi, infatti, qualora s'intenda rifiutare i trattamenti sanitari protocollati, la società ti lascia semplicemente morire nel dolore indeterminato, con l'alternativa del suo

⁵ S. HOOK, *The Ethics of Suicide*, in *Intern. Journal of Ethics*, 1927, pp. 173 ss.; e l'enciclopedico M. PABST BATTIN (Ed.), *The Ethics of Suicide. Historical Sources*, Oxford Univ. Press, 2015. V. anche M. BARBAGLI, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2009.

⁶ Di recente i temi dell'empatia e della compassione sono fortemente sottolineati anche nella letteratura penalistica italiana: v. specialmente O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica, neuroetica*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 19 ss. (sull'eutanasia), pp. 102 ss. (sui trattamenti attivi/omissivi del sanitario). Per la posizione tradizionale contro ogni “debolezza” compassionevole nella disciplina-lettura dei reati contro la vita, V. MANZINI, *Diritto penale italiano*, vol. VIII, Utet, Torino, 1950, pp. 84-91.

⁷ Cfr. per es. D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (cur.), *Trattato di biodiritto*, vol. II, cit., pp. 1969 ss.; G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, in *Enc. Dir. Annali VII*, 2014, 987 ss.; v. ora anche il DDL unificato della Camera dei Deputati approvato il 7 dicembre 2016, su “Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari”, e sul punto l'appello *Per un Manifesto Un diritto gentile*, consultabile in [questo sito web](#).

più insopportabile prolungarsi, perché se si sceglie l'aiuto, questo può consistere solo nel prolungare il lenimento del dolore, e perché in linea di principio non è ammesso che la vita più orrenda, anche se divenuta "assurda", sia socialmente considerata in modo conseguente.

Quando Piergiorgio Welby, nel 2006, chiese il distacco del ventilatore polmonare e realizzò tale desiderio contro le decisioni giudiziarie civili sollecitate (infra, § 4), non gli fu concessa la sepoltura religiosa, come se fosse stato un "normale" suicida volontario (di quelli non necessitati dalla depressione), e contro il dott. Riccio che l'aveva aiutato fu iniziato un procedimento penale che solo dopo alcune traversie istruttorie giunse a stabilire il dovere del medico di rispettare la volontà del malato⁸.

Nel caso Englaro, nel 2009, fu autorizzata dalla Cassazione civile la possibilità che il tutore decidesse l'interruzione dell'alimentazione e idratazione della ragazza, da diciassette anni in stato di coma vegetativo persistente (infra, § 6), ciò che scatenò come noto un conflitto giudiziario-politico-religioso-sociale memorabile nell'intero Paese⁹.

Dopo questi casi, nonostante il riconoscimento "teorico" di quei diritti – ma vedremo tra breve che non è stato ben compreso ancora quali diritti siano stati veramente riconosciuti nella verifica giudiziale di quei casi – è difficile trovare un medico che proceda liberamente a comportamenti analoghi. Molto meglio aggirarli di fatto con modalità incontrollabili e occulte.

Nonostante quanto detto, è possibile dopo quelle vicende giudiziarie che hanno preparato o sono seguite a quegli eventi finali, ricostruire nuovi diritti che discendono da varie fonti giuridiche, alle quali appartengono anche le decisioni giudiziali.

Sino a oggi il diritto di morire (right to die), inteso come diritto di determinare temporalmente il momento della propria morte, è riconosciuto solo in via indiretta.

Esso può esprimersi attraverso la rinuncia definitiva a trattamenti sanitari (più o meno) intollerabili ovvero di fatto mediante l'utilizzo di trattamenti sanitari (palliativi) che come conseguenza indiretta (eutanasia indiretta) producono necessariamente

⁸Sul caso Welby cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. Pen.*, 2007, pp. 902 ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 5 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 1561 ss.; D. PULITANÒ - E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. legale*, 2008, pp. 330 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Piergiorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, pp. 543 ss.; A. VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, 2008, pp. 54 ss.

⁹Rinvio alla ricostruzione cinematografica di M. BELLOCCHIO, *Bella addormentata* (2012). Cfr. anche l'iter giudiziario civilistico assai lungo di questo caso, precedente la svolta finale e penalistica, nella descrizione di A. SANTOSUOSSO - G.C. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *Nuova giur. civile comm.*, 2006, pp. 477 ss.; e quindi la ricostruzione dei successivi momenti penalistici in D. PULITANÒ - E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, cit. V. pure ancora A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, pp. 81 ss.; e S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, cit.

l'accorciamento della vita, che non venga perseguita come scopo, essendo il fine solo quello di lenire i dolori¹⁰.

La presenza necessaria, in questi casi, di un apparato sanitario, che operi in modo attivo o omissivo, trasforma l'esercizio di questi diritti in scriminanti procedurali¹¹, benché siano disciplinate solo in modo sommario o carente dalla legge e siano state concretizzate soprattutto dalla giurisprudenza: certo, non è la procedura in sé che rende legittimo l'aiuto a morire. Tuttavia questo diritto può essere esercitato esclusivamente attraverso una procedura.

Questi veri diritti sono dunque stati riconosciuti in modo frammentario, attraverso *leading cases* della giurisprudenza. Diritto giurisprudenziale al posto della legge.

La soluzione tecnica di un progresso penalistico si sviluppa provvisoriamente grazie all'evoluzione di cause di giustificazione che fortunatamente non sono soggette alla medesima riserva di legge delle norme incriminatrici¹²: e possono per effetto di ciò accogliere soluzioni che il Parlamento oggi non saprebbe ancora osare. Nonostante un diffusissimo stile irreligioso di vita (il che vale non solo per l'Italia), il Paese soffre in questi ambiti di uno stato di tutela da parte della Chiesa cattolica, non avendo sviluppato una propria etica pubblica, ad eccezione di quella del diritto penale, le cui disposizioni sono in questo settore le stesse del codice Rocco del 1930.

Il riconoscimento di un diritto di morire implicherebbe peraltro la conseguenza di dover rivedere anche i vigenti art. 579 e 580 del codice penale. Benché un simile esito ci sembri concettualmente inevitabile, l'accoglimento di questa prospettiva, per le

¹⁰ Sulla qualificazione di queste forme di eutanasia indiretta cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., pp. 702 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 155 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, cit., pp. 1824 ss.; S. CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, cit., pp. 220 ss. Molto più interessante peraltro appare la realtà e la prassi delle cure palliative e della *sedazione terminale* che operano di fatto come alternativa al riconoscimento giuridico dell'eutanasia. Cfr. G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014.

¹¹ Sul tema si consenta di rinviare a M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, cit., e ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 27 ss. Nella letteratura tedesca che in origine (ma con diverse impostazioni) ha elaborato questa categoria, v. per tutti W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Fest. Mahrenholz*, Nomos, Baden-Baden, 1994, pp. 733 ss.; A. ESER, *Sanktionierung und Rechtfertigung durch Verfahren*, in *W. Hassemer zum 60. Geburtstag*, in *KritV, Sonderheft*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 43 ss. In quella svizzera v. A. EICKER, *Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmenwechsels*, Stampfli, Linde, Nomos, Bern, Baden-Baden, Wien, 2010.

¹² Sull'importanza e il valore dei diritti fondamentali che operano come autonome fattispecie di liceità, v. l'interessante contributo di H.C. SCHMIDT, *Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe*, in *ZStW* 121, 2009, pp. 645 ss. I diritti, però, non possono essere proceduralizzati più di tanto da un intervento solo giurisprudenziale, dovendo a tal fine essere meglio determinati e regolati per legge. I critici della prospettiva *procedurale* (anche per come da chi scrive in più occasioni interpretata, e che peraltro non è per nulla identica ad altre letture d'oltralpe) sottovalutano spesso quanto sottolineato nel testo circa il valore costitutivo della procedura non in termini di diritto sostanziale, ma di riconoscimento e accertamento anticipato del diritto. V. sul punto M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir., proc. pen.*, 2009, pp. 1646 ss., spec. 1671 s.

ragioni già anticipate, pare possibile soltanto nel quadro di una più condivisa legislazione o evoluzione normativa europea, della quale pare da ultimo di ravvisare un segnale importante nella più recente soluzione del caso Lambert adottata dalla Corte Edu nel 2015¹³.

2. Cenni critici sull'istigazione e l'aiuto alla morte di mano propria (art. 580 c.p.).

Il divieto assoluto di aiuto alla morte di mano propria (art. 580 c.p.), sia esso commesso da singola persona o da organizzazione, rende palese che il riconoscimento del diritto terminale del malato è assai più compresso di quello presente in legislazioni europee come in Germania (che pure ha ridotto di recente la liceità dell'aiuto al suicidio ai soli casi di condotte non professionali: *infra*, § 8), in Svizzera, Olanda o Belgio (*infra*, § 8).

Non esistono, del resto, attuali progetti legislativi del Governo in materia, gli unici che nel contesto parlamentare odierno abbiano un peso politico-legislativo reale¹⁴.

Non c'è nessun dovere di impedire la morte altrui di mano propria. Ciò può ovviamente essere fatto, e in questi limiti l'intervento non integra nessuna forma di

¹³ Nella sentenza della Corte Edu, Grand Chamber, *Lambert and others v. France*, 5 June 2015 (Appl. 46043/14), in un caso di "withdrawal of treatment in the absence of advance directives" si trova la *legittimazione a una chiara forma di eutanasia passiva* per interruzione delle cure *in assenza del consenso attuale o anticipato* della persona. Il "caso Lambert" corrisponde pienamente al caso Englaro (*infra*, § 6). L'aiuto a morire è qui *apparentemente passivo*, perché fare morire di fame un essere ancora vivente durante il perdurare di *un'osservazione clinica costante*, appare tutto fuorché una condotta passiva che assista a un evento naturale *indipendente* da essa.

¹⁴ Esistono sul sito del Senato (XVII legislatura) numerosissimi disegni di legge alla Camera in materia di eutanasia, la maggior parte dei quali presentati nelle legislature precedenti. È annunciata una prossima discussione parlamentare su alcune di tali proposte non governative, ma o popolari o di singoli deputati. Tra le altre si segnala, per il sostegno extraparlamentare dell'iniziativa, la proposta di legge popolare sostenuta dai Radicali e dall'Associazione Luca Coscioni, su "rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia" pubblicata in *Gazz. Uff.*, 22 dicembre 2012, n. 298, poi trasfusa nell'atto di proposta legislativa 1582 del 2013 della Camera dei Deputati, secondo la quale, oltre agli altri presupposti, il trattamento eutanasi esclude la punibilità per i reati di omicidio, omicidio del consenziente, aiuto al suicidio, omissione di soccorso da parte dei sanitari – unici legittimati all'intervento –, qualora (omissis), «5) la richiesta sia motivata dal fatto che il paziente è affetto da una malattia produttiva di gravi sofferenze, inguaribile o con prognosi infausta inferiore a diciotto mesi; 6) il paziente sia stato congruamente ed adeguatamente informato delle sue condizioni e di tutte le possibili alternative terapeutiche e prevedibili sviluppi clinici ed abbia discusso di ciò con il medico; 7) il trattamento eutanasi rispetti la dignità del paziente e non provochi allo stesso sofferenze fisiche. Il rispetto delle condizioni predette deve essere attestato dal medico per iscritto e confermato dal responsabile della struttura sanitaria ove sarà praticato il trattamento eutanasi». La prognosi infausta inferiore a diciotto mesi, peraltro, è piuttosto fallibile e, anziché costituire un presupposto per l'eutanasia, potrebbe rappresentare la premessa per un generalizzato abbandono terapeutico quale linea-guida sanitaria, che deve essere del tutto contrastato. Una sintesi dei precedenti progetti di riforma nel settore in A. MANNA, *Art. 579-580. L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio*, cit., pp. 70 ss.

violenza privata perché la condotta suicidaria non esprime propriamente un diritto¹⁵, ma è discusso se la condotta impeditiva si possa compiere nel quadro di uno stato di necessità (come ci pare più corretto), oppure se si tratti pur sempre dell'intrusione volontaria giuridicamente incerta nello spazio di libertà di un terzo. Parlare di libertà di suicidio comunque, appare una delle solite ipocrisie dei giuristi: in un ordinamento dove ogni aiuto alla morte di mano propria costituisce delitto, il potenziale suicida è lasciato da solo a manovrare tecniche che sono o brutali o insicure e il cui elenco non è qui proprio il caso di enumerare: che tipo di libertà sarà mai questa?

Se un tentato suicida si viene a trovare in una situazione di mancanza di aiuto dopo il tentativo, un terzo può ovviamente intervenire in soccorso, ed è anche tenuto a farlo, se sussistono i presupposti dell'art. 593 c.p. (omissione di soccorso), rispetto al quale non è possibile distinguere se la situazione di pericolo attuale sia dipesa da atto volontario o meno della persona in pericolo. Qualora il tentato suicida rifiuti l'aiuto in modo chiaro e percepibile, non è vietato aiutarlo contro il suo volere: lo stato di necessità (art. 54 c.p.) pare costituire la base più corretta per una tale azione di salvataggio, non essendo applicabile in un caso come questo l'art. 593 c.p.

Le medesime regole valgono per il personale sanitario, ma esso si trova in una differenziata e peculiare posizione di garanzia: un tentativo di suicidio non è come un rifiuto di cure, che deve essere rispettato. Qui subentra il dovere generale di aiutare il paziente: il salvataggio dal suicidio non rappresenta una normale o tipica attività del trattamento medico, anche se può comportare o presupporre un intervento medico¹⁶. Dopo la fase del salvataggio, peraltro, se il soggetto è cosciente e libero di autodeterminarsi, riprende pienamente vigore il principio di autonomia rispetto alle pratiche sanitarie.

¹⁵ Le posizioni della letteratura italiana (ma non solo) sono controverse e difficili da classificare. Si discute se il suicidio sia condotta *penalmente atipica* per l'autore, ma nondimeno *antisociale* (in questo senso per es. F. RAMACCI, *Premesse*, op. cit., p. 207), oppure *non punibile e tollerata* (così per es. la interpretazione tradizionale di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, PS, *Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 2011, pp. 123 ss.), ovvero giuridicamente *non vietata e indifferente* (V. MANZINI, *Trattato di Biodiritto*, cit., pp. 94 ss.), o giuridicamente *lecita e atipica* per l'autore (M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 187-204; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 63 ss.), ovvero se sussista una libertà costituzionale di suicidarsi, con la quale è peraltro incompatibile la disciplina del codice penale vigente (in tal senso, per es. F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, cit., pp. 272 ss., p. 278; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, cit, p. 90; v. pure S. SEMINARA, *Riflessioni*, op. cit., pp. 676 ss., pp. 725 ss.). Senza alcun dubbio non esiste *de lege lata* nessun diritto *non impedibile* di commettere suicidio, cioè non c'è nessuna sanzione applicabile a chi voglia salvare il tentato suicida contro il suo volere. Per un'istruttiva classificazione delle posizioni v. L. CORNACCHIA, *Euthanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine-vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, pp. 374 ss., spec., 385 ss.

¹⁶ Sull'interferenza tra posizione di garanzia, dovere di soccorso e obbligo di attivarsi, cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999.

3. Questioni controverse dell'aiuto diretto a morire (art. 579 c.p.) tra legge e prassi.

In linea di principio si ammette l'interruzione di un trattamento salvifico solo mediante omissione (aiuto passivo a morire). C'è tuttavia la possibilità di un'interruzione, che suppone una condotta attiva, del funzionamento di uno strumento, come la macchina cuore-polmoni, di un ventilatore polmonare etc. In questi casi la condotta attiva "equivale" all'interruzione (doverosa) di un trattamento, che sia legittimamente rifiutato dal malato. La mera interruzione di terapia, come tale, non è conforme al tipo, perché la malattia produce da se stessa la morte e manca ogni dovere di salvataggio. La condotta attiva d'interruzione di un decorso causale di salvataggio, invece, è in linea di principio un omicidio giustificato, perché è appunto interrotto il decorso casuale in atto. Essa va considerata come condotta di omicidio poiché se il medesimo agire fosse l'azione di un killer, esso dovrebbe essere anzi qualificato come omicidio doloso e non si potrebbe classificare come omissione che lasci semplicemente decorrere un processo naturale. Non è neanche puramente omissivo tale atto, se compiuto dal medico, considerato che tutto rimane sotto rigoroso controllo sanitario. La classificazione del fatto come condotta attiva corrisponde oggi all'interpretazione dominante¹⁷: ciò che peraltro non elimina la relatività e perfino il disagio della differenziazione in termini di valore (infra § 12)¹⁸.

Altri aspetti aiutano a comprendere il significato giustificante di una procedura sanitaria. I medici e il personale paramedico hanno diritto e doveri speciali, in quanto garanti del paziente: hanno doveri di trattamento, di cura, di protezione che i parenti non hanno; lo stesso dicasi per i diritti: un parente stretto non sarebbe autorizzato a interrompere il funzionamento di un apparato sanitario salvifico solo perché il paziente desidera morire (o rispettivamente intende interrompere le cure). Ciò che per gli altri sarebbe un omicidio non giustificato, diventa per i sanitari un dovere o un diritto e una scriminante. Alcuni autori rifiutano una tale qualificazione, reputando intollerabile equiparare a un assassino il medico che esaudendo le richieste del paziente, adempie i propri doveri¹⁹. Tuttavia egli, in effetti, non è equiparato a un assassino giustificato, ma a un soggetto che dall'inizio è legittimato a cagionare la morte del paziente, che senza l'interruzione del meccanismo salvifico non sarebbe accaduta.

¹⁷ Cfr. M. DONINI, *Il caso Welby*, op. cit., pp. 909 ss.; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 81, con altri richiami. La teoria dell'«omissione mediante azione», che vorrebbe ritenere tipica già oggettivamente la condotta, non sembra concludente in questi casi. Decisiva appare, a nostro avviso, la possibilità di un rifiuto coscienziale del medico, che la condotta attiva dell'interruzione del meccanismo salvifico in atto rende possibile, laddove se si trattasse di una 'pura' omissione d'intervento nessuna obiezione di coscienza salvifica potrebbe giustificare il medico che rifiuti un atto doveroso di astensione dalle cure.

¹⁸ V. le riflessioni critiche di O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico*, cit., pp. 106 ss. e *infra*, il § 11.

¹⁹ Per es. F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni a margine del caso Welby*, cit., p. 7, p. 10; C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno vitale tra agire e omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1145 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, cit., p. 100 ss. La soluzione scriminante, del resto, rafforza le posizioni sostanziali di tali autori, perché è capace di estendersi a forme di aiuto attivo che l'inquadramento in termini di tipicità non consentirebbe. *Amplius infra*, § 11.

Abbiamo bisogno di una giustificazione, ma non dobbiamo temere la giustificazione. Essa rispecchia la verità di un diritto e di un obbligo, non quella di una mera scusante. Tuttavia il fatto (la fattispecie: «chiunque cagiona la morte di un uomo») rimane, non siamo di fronte a un fatto atipico equiparabile a bere una tazzina di caffè.

Benché da vari anni il codice deontologico medico assegni un valore vincolante alle disposizioni anticipate di trattamento, esso presenta un valore di soft law nel sistema delle fonti²⁰. Se un giudice dovesse continuare a ritenere necessario per la giustificazione, almeno in alcuni casi, l'attualità del consenso del paziente, il rischio penale sarebbe molto elevato: ciò svuota di valore dirimente quella disciplina. Essa è stata addirittura completamente scavalcata nel caso Englaro (v. infra), ma sempre per riconoscimento giudiziale applicato a un singolo caso, e che con il fatto di essersi richiamato persino allo «stile di vita» del paziente, in assenza di testamento biologico, non può certo rappresentare l'equivalente, o un modello di una disposizione legale tassativa e di sicuro orientamento.

L'inquadramento giuridico della prassi muta profondamente se l'accorciamento della vita costituisce l'effetto indiretto di una cura palliativa finalizzata alla terapia del dolore: l'eutanasia indiretta accade qui ogni giorno e non ha neppure bisogno di un decreto di archiviazione, apparendo, di fatto, come se non integrasse neppure il fatto tipico²¹.

4. La nascita di nuovi diritti del malato secondo la giurisprudenza. I ben differenti casi Welby ed Englaro a confronto.

Il primo passo verso l'attuazione dei diritti fondamentali del malato in questo campo è stato compiuto attraverso il riconoscimento del diritto non tanto al rifiuto delle cure (diritto da tempo consolidato), ma all'interruzione di un trattamento medico immediatamente salvifico, con la conseguenza pressoché immediata della morte del paziente: e ciò a prescindere dal carattere obiettivamente o soggettivamente "insopportabile" della situazione.

La motivazione dell'esercizio di questo rifiuto, infatti, non è sindacabile quando la scelta sia compiuta da soggetto adulto e responsabile. Il che significa che egli può semplicemente voler morire, senza essere psichicamente infermo, e allora questo suo volere deve essere non semplicemente rispettato, ma attuato da terzi.

²⁰ Cfr. la ricostruzione molto limitativa del valore del testamento biologico in F. MANTOVANI, *Diritto penale, PS, Delitti contro la persona*, cit., pp. 74 ss., pp. 78 ss., e più in generale D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, cit., pp. 1969 ss. Si noti che l'esiguità del fatto (art. 131-bis c.p.) non trova certo applicazione rispetto agli art. 579 e 575 c.p., essendo per questi reati edittalmente preclusa la non punibilità e dunque ritenuta sempre rilevante l'offesa obiettivamente esigua.

²¹ Giova ricordare che a differenza dei Paesi europei più assimilabili come livello giuridico, non esistono in Italia statistiche su questi fenomeni, tanto meno giudiziarie. Nei dati ufficiali ormai le indicazioni riguardanti questi reati non sono scomposte, rimanendo confuse nelle statistiche sui fatti di omicidio.

Egli ha in pratica il diritto di determinare temporalmente il momento della sua morte.

Teoricamente ciò viene negato, poiché si considera come decisivo soltanto il fatto di esaudire la richiesta di interrompere una terapia. Ci pare invece che questa valutazione dei fatti sia superficiale e formalistica, e che sottovaluti la sostanza umana, reale, della scelta: un uomo vuole semplicemente terminare la sua vita e può farlo attraverso la via strumentale del rifiuto di una terapia salvavita.

L'insopportabilità della situazione per il paziente era un suo motivo soggettivo, ma non ha costituito la ragione della non punibilità o della statuizione della scriminante. Il fondamento è stato il semplice e immotivato diritto di rifiutare la terapia.

Con una differenza fondamentale, peraltro tra i due casi: Welby ed Englaro.

Nel caso Welby²² il paziente era profondamente determinato a interrompere la terapia, ma aveva potuto vivere a lungo, pur se in condizioni in cui, costretto a una respirazione e alimentazione artificiali, poteva essere intellettualmente attivo e parlare, fin quasi al termine della vita, con l'ausilio di un computer.

Era pienamente cosciente e deciso sino agli ultimi minuti prima della morte, quando l'interruzione del respiratore fu contemporaneamente accompagnata da una sedazione. Questo infine l'esito giuridico conclusivo, dopo battaglie civilistiche che ne avevano riconosciuto solo il diritto di rifiutare le cure, ma non il dovere dei sanitari di attuare quel diritto. Omicidio del consenziente, giustificato dall'adempimento del dovere da parte del medico: condotta attiva (valutata come equivalente a un'omissione fedele agli obblighi sanitari), conforme al tipo, scriminata²³. Nessuno spazio per la motivazione del paziente e del sanitario, che peraltro fu ben presente al dibattito nei media che accompagnò la soluzione del caso. Gli sforzi di Welby erano da anni indirizzati in prospettiva eutanasica, ma dell'esito finale i giuristi hanno visto solo il riconoscimento del rifiuto delle cure, come se il risultato vero di questo rifiuto – la morte – fosse una quantité négligéable, un effetto giuridicamente secondario.

Nel caso Englaro la paziente non chiedeva nulla, trovandosi da molti anni in uno stato vegetativo persistente, e non aveva mai disposto, prima dell'incidente che aveva prodotto quella situazione, un testamento biologico. Era stato chiesto da suo padre, che era a un tempo suo tutore, un provvedimento di volontaria giurisdizione che lo autorizzasse a interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiali. A differenza del caso Welby, la Corte di Cassazione, nel provvedimento autorizzatorio finale, ha riconosciuto un consenso presunto a terminare le misure che tenevano in vita Eluana, dove persino lo «stile di vita» della ragazza ha svolto un ruolo nella formazione del provvedimento autorizzativo, al fine di rafforzare la prova della sua avversione contro la terapia (l'alimentazione) in quelle condizioni, e per meglio ricondurre la soluzione a una prospettiva "soggettiva" (il volere reale della persona) e non "oggettiva" (il volere di un terzo).

²² Cfr. La letteratura citata a nota 8.

²³ Così la Sent. GUP Tribunale di Roma, 23 luglio 2007, n. 2049/07. In vista della decisione, avevamo patrocinato questa soluzione nel saggio M. DONINI, *Il caso Welby*, cit.

La grande differenza rispetto del caso Englaro consiste in questo, che in mancanza di una dichiarazione di volontà attuale o passata del titolare del bene, questa persona viene di fatto uccisa (= lasciata in modo immediato morire di fame) per effetto dell'interruzione della terapia (meglio: dell'alimentazione) pretesa dal tutore della paziente e autorizzata in via giudiziaria. La Corte di Cassazione civile permette che il tutore prenda una decisione che deve intendersi nell'interesse, ma anche in rappresentanza, della volontà di Eluana Englaro²⁴.

È stata la terminazione di un'esistenza vegetativa condotta dall'anno 1992 al 2009, e nonostante la grande polemica sollevata da alcuni movimenti cattolici e dagli esponenti del Governo italiano dell'epoca, questo caso ha rappresentato un punto di svolta della nostra storia giuridica.

Qui non si è trattato più del diritto di determinare il tempo della propria morte, ma del diritto che un terzo stabilisca in forma di rappresentanza le condizioni d'inaccettabilità della sopravvivenza di un'altra persona.

Ciò emerge con chiarezza non appena analizziamo le differenze tra il caso Englaro e il caso Tony Bland.

5. Raffronto tra i casi Englaro e Tony Bland.

Mi sono sempre domandato se la nostra Corte di Cassazione abbia escogitato una motivazione ipocrita della soluzione del caso Englaro, del tutto a prescindere dalla sua correttezza giuridica, una volta che si metta a confronto con la motivazione del corrispondente caso inglese di Tony Bland²⁵. Bland, all'età di diciassette anni, era rimasto schiacciato dalla folla nella tragedia avvenuta allo stadio di Hillsborough e si trovava in conseguenza di ciò in uno stato vegetativo persistente da tre anni, quando la House of Lords confermò i precedenti giudizi secondo i quali i medici non erano obbligati a nutrire artificialmente il paziente con una sonda gastrica, potendosi interrompere quella terapia.

Nessuno poteva affermare che Tony Bland avesse, prima dell'incidente, uno stile di vita secondo il quale fosse da escludersi che avrebbe accettato di condurre una vita vegetativa.

La House of Lords si è trovata quindi necessitata (volendo risolvere positivamente il caso con un giudizio di accoglimento del ricorso) ad adottare una soluzione oggettiva, che dicesse che quel tipo di sopravvivenza non era nell'interesse di

²⁴ È stato affermato che la prospettiva, in termini giuridici, non era quella di accelerare la morte, ma di impedire intrusioni invasive nel proprio corpo (o in quello della persona rappresentata): cfr. Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, e sul punto il commento di G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, v. cc. 227 ss., c. 324. V. al riguardo il testo qui di seguito.

²⁵ *Airedale N.H.S. Trust v. Bland*, Court: House Of Lords, 4 February 1993.

Tony Bland²⁶. Come nei casi americani corrispondenti di Nancy Cruzan²⁷ e Terri Schiavo²⁸, e come da ultimo nel caso Lambert, deciso dalla Corte Edu nel 2015.

Il che vale quanto dire che era una «vita che non meritava di essere vissuta». Questo concetto, molto noto alla cultura giuridica tedesca, almeno dai tempi di Karl Binding²⁹, e più tardi del programma T4 di eutanasia del nazionalsocialismo³⁰, viene oggi accuratamente evitato. Tuttavia, esso scolpisce l'essenza della decisione della Corte inglese, come il bioeticista Peter Singer ha osservato esattamente³¹.

In assenza di un'attuale e valida manifestazione di volontà, questa motivazione ricorda in parte la giustificazione di Karl Binding: «non è possibile mettere in dubbio che ci siano persone la cui morte costituisca per loro una salvezza e a un tempo per la società e per lo Stato in particolare la liberazione da un peso...»³². Solo che Binding voleva affidare ai parenti del paziente e a una Commissione la determinazione del best interest anche di malati psichici, per porre termine alla loro esistenza. Nel nostro caso ci troviamo dinanzi a una situazione vegetativa persistente, il che costituisce già una differenza di notevole rilievo, nella misura in cui le soluzioni adottate non siano indebitamente estese a casi di demenza, Alzheimer etc.

Siamo sulla soglia di una slippery slope quale conseguenza di una decisione come questa. Si tratta cioè dell'inizio di una possibile biopolitica della terminazione di altre vite che non meritano di essere vissute³³; e questo esattamente perché la motivazione prescinde dalla reale volontà del titolare del bene giuridico.

Quest'osservazione ci fa comprendere meglio il valore della soluzione soggettiva della Corte di Cassazione italiana, per quanto anch'essa non appaia del tutto soddisfacente, perché attua una trasformazione occulta di un antico principio (il consenso) senza ammettere ciò che sta facendo.

²⁶ L'intera motivazione della sentenza è attraversata dal tema del "best interest" del paziente. Sull'importanza e i limiti di questa prospettiva v. R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 265 ss.

²⁷ *Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* (No. 88-1503), 1990, dove la *lower Court* del Missouri ha elaborato tre possibili criteri: il *subjective standard* (consenso, volontà del paziente), il *best interest* (in assenza del *subjective standard*), il giudizio sostitutivo (quando il giudizio soggettivo risulta insufficiente). Cfr. sul punto W. H. COLBY, *Long Goodby: The Deaths of Nancy Cruzan*, Hay House, Carlsbad, 2002 e R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 250 ss., pp. 270 ss. (dove è contenuto un intero commento al caso Cruzan).

²⁸ K. W. GOODMAN (Ed.), *The Case of Terri Schiavo: Ethics, Politics and Death in the 21st Century*, Oxford University Press, New York, 2010; J. EISENBERG, *The Right vs. the Right to Die: Lessons from the Terri Schiavo Case and How to Stop it from Happening Again*, HarperCollins, New York, 2006.

²⁹ K. BINDING - A. HOCHÉ, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwertens Lebens. Ihr Maß und ihre Form* (1920), Neudruck Lit, Berlin, 2006, con una introduzione di W. Naucke. Sull'influenza di questo scritto negli anni successivi cfr. V. GROBE-VEHNE, *Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), "Euthanasie" und Sterbehilfe. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2005, pp. 93 ss., pp. 101 ss.

³⁰ E. KLEE, «Euthanasie» im Dritten Reich. Die «Vernichtung lebensunwerten Lebens», Fischer, Frankfurt a.M., 1983, 2010.

³¹ P. SINGER, *L'etica della sacralità della vita è una malata terminale?* (già in *Bioethics*, 1995, pp. 327 ss.), in *Id.*, *La vita come si dovrebbe* (orig. *Writings on an Ethical Life*, 2000), Il Saggiatore, Milano 2001, pp. 190 ss., spec. pp. 201 ss., e quindi *Id.*, *Eutanasia: uscire dall'ombra di Hitler* (1976), *ibidem*, spec. pp. 224 ss.

³² K. BINDING, A. HOCHÉ, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwertens Lebens. Ihr Maß und ihre Form*, cit., p. 26.

³³ Certamente ciò dipende dalla delimitazione dell'interesse. Se perdiamo il punto di vista del titolare del bene giuridico, allora comincia la biopolitica della società, che decide al suo posto.

Una soluzione comunque migliore di quella inglese, anche se la prova del consenso mediante testimoni indiretti in questioni così cruciali non appare appagante.

La motivazione del tutore, e non la sua irrilevanza (come invece nel caso Welby), ha giocato qui un ruolo implicito, insieme all'obiettivo valutazione della situazione giuridica. Non c'è stato nessun esercizio del proprio diritto in modo attuale o chiaro, ma un giudizio corrispondente, formulato tardivamente da altri soggetti. Nondimeno questi diciassette anni in coma profondo hanno rafforzato la plausibilità della decisione, e non già, invece, una sua normale utilizzabilità in casi analoghi, in assenza di una disciplina legale: vale a dire la decisione di un terzo sulla morte altrui, che dipenda dallo stile di vita del soggetto passivo, e prescinda da chiare e anticipate disposizioni scritte.

6. Due distinti diritti fondamentali: il diritto a un aiuto nel morire e il diritto di morire.

Per quanto in Italia non sia stato adeguatamente rilevato, il caso Welby e il caso Englaro non sono due esempi del diritto a un aiuto nel morire, ma del diritto di morire³⁴.

Se è consentito rifiutare trattamenti salvavita in corso di esecuzione (caso Welby), e ciò senza alcun obbligo di motivare il rifiuto, si possiede già il diritto di morire grazie all'aiuto di un medico. Non consiste ciò nel right to die, nel diritto alla morte³⁵?

Se noi definiamo questa condotta come «omissione della terapia a richiesta del paziente», adottiamo una descrizione che giustifica il fatto, cioè una descrizione della giustificazione, ma non abbiamo una descrizione obiettiva del fatto stesso!

Nel caso Englaro l'aiuto a morire è propriamente apparentemente passivo, perché lasciare morire di fame una persona mentre proseguono un'osservazione clinica costante e una cura del suo corpo, appare essere tutto fuorché una condotta neutrale al cospetto di un processo puramente naturalistico. L'intero apparato delle cure è sempre presente, ma ora ri-orientato immediatamente alla morte, anziché alla vita.

³⁴ Chi scrive commentò il caso Welby prima della sentenza assolutoria del dott. Riccio, impostando la soluzione sull'adempimento del dovere del medico, corrispondente al diritto del malato di interrompere le cure, come poi riconosciuto anche nella sentenza del Gup romano. Tuttavia il caso Englaro, di poco successivo, ha portato ad emersione un'evoluzione giurisprudenziale e dei diritti che non consente più di "celare" il riconoscimento implicito del diritto di morire sotto la copertura argomentativa del diritto di rifiutare le cure. Per questo il presente studio rappresenta uno sviluppo necessario, ma contiene anche un'innovazione delle soluzioni, a partire dalle premesse del precedente discorso.

³⁵ Su tale concetto e la sua storia contemporanea cfr. D. HUMPFREY - M. CLEMENT, *Freedom to Die. People, Politics and the Right to Die Movement*, St. Martin's Griffin, New York, 1998; M. D. HEIFETZ, *The Right to Die*, Berkley Books, New York, 1976; H. JONAS, *Techniken des Todesaufschubs und das Recht zu sterben* (1985) tr. it. *Il diritto di morire*, Il Nuovo Melangolo, Genova, 1991; C. H. BARON, *The Right to Die: Themes and Variations*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (cur.) *Trattato di biodiritto*, vol. II, op. cit., pp. 1841 ss.; J. B. EISENBERG, *The Right vs. the Right to Die: Lessons from the Terri Schiavo Case and How to Stop it from Happening Again*, cit., pp. 46 ss.; M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1990, pp. 1 ss.; v. anche U. VERONESI, *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Mondadori, Milano, 2005; in senso critico, cattolicamente ispirato, S. AMATO, *Eutanasie: il diritto di fronte alla fine della vita*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 107 ss.

Di più ancora: se è possibile determinare (casi Englaro e Tony Bland) la fine della vita di un'altra persona in stato vegetativo persistente ma con attività cerebrale ancora presente, e ciò senza che si richieda una sua volontà attuale o manifestata in precedenza in forme certe, come possiamo giustificare la morte di questa persona?

È ancora la giustificazione dell'omicidio del consenziente? O piuttosto non c'è nessun consenso, eccetto che quello di un terzo, sì che la fattispecie (giustificata) è quella dell'omicidio doloso comune? È quello che ha statuito, del resto, il decreto di archiviazione del Gip di Udine³⁶.

Qui risiede la grande differenza rispetto al caso Welby, perché il consenso dell'avente diritto è stato sostituito grazie a un procedimento giurisdizionale per l'accertamento di un suo equivalente.

Una diversa giustificazione per una fattispecie di reato differente.

Se però lo stato delle cose porta ad avvicinare le soluzioni dei casi Bland (in modo esplicito) ed Englaro (in modo implicito), com'è possibile confrontare le due distinte fattispecie di Welby ed Englaro, di omicidio del consenziente e di omicidio doloso, se non in virtù del riconoscimento in entrambi i casi di un diritto di morire, che è costruito diversamente dal diritto a un aiuto nel morire?

Questo nuovo diritto risiede dentro la motivazione del rispetto del diritto di rifiutare le terapie.

7. Sviluppo e costruzione di due diritti fondamentali.

L'esito di quanto detto è che da una serie di diritti frammentari è possibile ricavare il diritto fondamentale generale a una vita umana e dignitosa "lungo il cammino" della morte e in aggiunta un diritto fondamentale di morire.

Si tratta, come detto, di due distinti diritti fondamentali, che non dovrebbero entrare in collisione.

In ogni caso, attualmente la loro realizzazione può compiersi solo sotto il presupposto che il medico interrompa qualcosa. Questa situazione, peraltro, rende chiaro che si tratta della morte di una persona e che il rifiuto del paziente (diritto-mezzo) è riconosciuto solo in vista del morire (diritto-fine): confondere ipocritamente mezzo e fine per misconoscere lo scopo è un'operazione che va concettualmente e umanamente interdetta.

Il penalista è qui introdotto in un territorio nuovo.

Questi diritti non si originano quali manifestazioni di una volontà di potenza, o di un'esaltazione prometeica di dominio sulla morte o sul proprio corpo: essi discendono al contrario dal bisogno di difendere e tutelare la propria dignità dal potere della tecnica e dalle sofferenze della malattia. L'hybris consiste proprio al contrario nel

³⁶ L'archiviazione del procedimento (decreto 11 gennaio 2010 GIP Tribunale di Udine) proscioglie il tutore e i medici dal delitto di cui all'art. 575 c.p.

prolungamento artificiale dell'esistenza in situazioni estreme, non nell'accettazione del suo compimento.

La costellazione dei casi non concerne peraltro solo misure artificiali e tecniche di sopravvivenza (macchine cuore-polmoni, alimentazione artificiale, respiratori automatici, strumenti di ausilio all'espressione vocale etc.), ma anche malattie irreversibili, fisiche o mentali, e rapporti esistenziali coatti (costrizione a letto, immobilità permanente, impossibilità di comunicare etc.) che sono vissuti come intollerabili.

Al concetto di dignità della persona appartiene la valutazione del livello di accettazione di una diminuzione radicale delle proprie capacità fisiche e psichiche, sotto il quale la persona non possa più considerare accettabile la prosecuzione della vita³⁷. Ciò dovrebbe essere riservato solo al soggetto interessato. Solo in casi eccezionali oggi si ritiene giuridicamente possibile una decisione da parte di terzi.

Prolungare la vita ad ogni costo, anche contro la qualità della vita, anche contro la misericordia, non è un dovere dell'individuo³⁸, sanzionabile con gli strumenti del diritto penale. Sarebbe una pretesa che a mio avviso oggi neppure potrebbe essere considerata cristiana, perché qui una persona diventa strumento di una politica generalpreventiva della morale³⁹, celata sotto la copertura della sacralità della vita⁴⁰, per essere trattata in modo disumano.

È necessario partire da una precisa concretizzazione dei diritti fondamentali sopra individuati, per giungere a una ricostruzione dei reati contro la vita che sia compatibile con la morale pubblica contemporanea e si adatti al pluralismo dei valori e delle concezioni del mondo (per es. sacralità vs. qualità della vita). Un compromesso che è alla base del dialogo tra "stranieri morali" e del biodiritto, anche se non necessariamente del discorso bioetico⁴¹.

³⁷ La legittima autodeterminazione deve essere esclusa in tali casi, qualora sussistano anche soltanto dei dubbi per effetto di una depressione in corso.

³⁸ Cfr. L. STORTONI (Hrsg.), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'Editore, Trento, 1992.

³⁹ 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!».

⁴⁰ La condivisione dei dolori del Crocefisso può essere dimostrata in modo migliore in quanto i dolori siano un mezzo per scopi umani e non soprannaturali. Il richiamo all'amputazione volontaria di arti che «facciano scandalo» o siano una tentazione al male o il richiamo allo stesso suicidio quale scelta migliore rispetto al «cadere nella Geenna» o a perdere la fede in Dio (Marco, 9, 42-48, Matteo, 18,6; Luca, 17,2), dimostra come gli Evangelisti considerino la vita un bene subordinato. Nei Vangeli manca quell'estetica/etica della sofferenza che più tardi si troverà nelle biografie di vari Santi, unitamente a un desiderio di soffrire "per i peccati degli uomini" o per essere vicini al "Crocefisso".

⁴¹ Il carattere compromissorio di una bioetica laica in dialogo tra stranieri morali è alla base, come noto, della prospettiva di Tristram ENGELHARDT, *The Foundations of Bioethics* (1996), tr. it., *Manuale di bioetica*, Il Saggiatore, Milano, 1999, pp. 35 ss., pp. 97 ss. Ma più che la bioetica questa impostazione tocca l'etica pubblica o meglio il biodiritto: se è ovviamente legittima (ma non necessariamente dialogica) una bioetica cattolica, un biodiritto cattolico osservante sarebbe incostituzionale in uno Stato non confessionale.

8. La debolezza delle soluzioni del diritto giurisprudenziale e dell'autoregolamentazione sociale. Raffronto tra le discipline in Italia, Germania e Svizzera.

I diritti fondamentali del malato riguardanti il fine-vita dunque sono già presenti dentro i diritti di rifiuto di cure e di disporre anticipatamente del proprio corpo contro le invasioni più artificiali nel prolungamento di una vita percepita come orribile e ragionevolmente valutabile come tale. La determinazione di questa “intollerabilità”, peraltro, dipende da molti fattori anche soggettivi e richiede una delimitazione normativa: che ciò avvenga in via giurisprudenziale, come quasi tutto ormai in bioetica/biodiritto, oppure in via parlamentare, lo dirà il futuro.

Le conclusioni qui presentate obbediscono infatti a un'esigenza fondamentale: la situazione attuale, in Italia, ma anche in altri Paesi, è ancora troppo contrassegnata da incertezza. L'emergere di diritti del malato riguardo al suo fine-vita non può essere lasciato al solo diritto giurisprudenziale, poiché esso non assicura certezza rispetto alle norme penali esistenti: un giudice diverso potrebbe sempre, muovendo da distinte premesse ideologiche implicite (non palesate), fornire una lettura differente di quei diritti e applicare sanzioni penali gravi. Di qui la forte timidezza dei pratici, e dei medici, a promuovere azioni pubbliche e chiare di organizzazione di situazioni di fine-vita anche solo connesse all'interruzione di terapie in senso strettamente omissivo.

Lungo questi percorsi, i diritti, riconosciuti in teoria, rimangono ineffettivi.

Persino in un ordinamento come quello tedesco, dove da sempre il codice penale prevede la liceità dell'aiuto al suicidio, e la punibilità solo dell'omicidio del consenziente (Par. 216 StGB)⁴², quella grande apertura è sempre stata di fatto svuotata dalla classe medica che, avendo concepito il proprio ruolo come esclusivamente salvifico, ha rifiutato come contrario ai doveri deontologici ogni diretto aiuto a morire, lasciando di fatto che esso fosse praticato solo da “anime pietose” che potevano di fatto accampare, per ragioni di parentela etc. una motivazione eutanasi, che la non punibilità per l'aiuto al suicidio propriamente non richiede. La legge infatti, non prevedendo nulla al riguardo, ma punendo solo l'omicidio del consenziente, non esige una motivazione corrispondente a scopi altruistici e di eutanasia in caso di aiuto al suicidio, ma di fatto per lungo tempo non sono state attuate forme di suicidio assistito di carattere organizzato.

Non è, quindi una vera apertura ai diritti del malato, ma alla pietà dei suoi parenti.

Sennonché, l'aumento dei casi di suicidio, insieme con la più recente offerta d'istituti sanitari privati che professionalmente gestivano forme di suicidio assistito in Germania, hanno indotto il Governo (e quindi il Parlamento) tedesco a introdurre una forte delimitazione legale della non punibilità dell'aiuto al suicidio.

⁴² Cfr. A. ESER in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar*²⁷, Beck, München 2006, Vorbem §§ 211 ss., Rdn. 20 ss. 33 ss.; U. NEUMANN, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 22, Nomos, Baden-Baden 2005, Vor §§ 211/ 34 ss.; §§ 216/1 ss.

Il Bundestag si è infatti determinato nel 2015, sull'onda di quattro progetti di riforma che avevano per oggetto l'aiuto a morire (Sterbehilfe), per il divieto penale (nuovo § 217 StGB) di qualsiasi attività commercialmente organizzata di eutanasia attiva mediante aiuto al suicidio, ciò che fino a ieri era invece consentito⁴³.

Il livello del dibattito intorno a questi quattro Progetti di legge colpisce l'osservatore italiano, essendo impensabile nel nostro Paese, dove il progresso dei diritti del malato è visibile solo attraverso il case-law della giurisprudenza in ipotesi paradigmatiche ma estreme e isolate. Nondimeno, la decisione del Parlamento tedesco è particolarmente regressiva rispetto alla precedente legislazione, e ha incontrato l'opposizione della gran parte dei penalisti tedeschi⁴⁴. Infatti, essa vieta una medicina "commercialmente" organizzata (geschäftsmäßig), a fronte di un servizio pubblico che formalmente non è "commerciale", ma che certo è "professionalmente" organizzato, comporta costi, e da sempre non dà ingresso a suicidi assistiti. La riforma, escludendo espressamente la punibilità solo per parenti o compartecipi che agiscono in modo "non commerciale", è dunque orientata a vietare qualsiasi aiuto "professionalmente" organizzato.

Il che dimostra tre cose:

a) da un lato che la situazione non è ancora matura per riconoscere un diritto fondamentale del malato a interventi positivi capaci non soltanto di ridurre/eliminare le sole sofferenze, ma anche, a richiesta, di esaudire la volontà che si ponga fine a quella situazione di vita senza speranza, obiettivamente contrassegnata da aspetti di normale intollerabilità, e che reca con sé la loro necessaria produzione;

b) dall'altro lato, che il malato, lungi dall'esser considerato portatore di diritti verso la società rispetto alla scelta di non soffrire in situazioni estreme dove non possa provvedere autonomamente a realizzare la sua determinazione, è visto come fonte di

⁴³ Così dispone il nuovo Par. § 217 StGB (in vigore dal 10 dicembre 2015): *"Agevolazione commerciale del suicidio"* (1) Chiunque, con l'intenzione di favorire il suicidio altrui, ne offre o procura l'opportunità commerciale, anche in forma d'intermediazione, è punito con la pena detentiva sino a due anni o con la pena pecuniaria. (2) In qualità di compartecipe è esente da pena chi agisca in modo non commerciale e sia o parente della persona favorita indicata al comma 1, oppure a questa legata da stretti rapporti". Cfr. i quattro Progetti in discussione nella fonte del Deutscher Bundestag Drucksache: BT-Drs. 18/5373; BT-Drs. 18/5374; BT-Drs. 18/5375; BT-Drs. 18/5376, e la corrispondente motivazione del progetto governativo: Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, 1.7.2015 Drucksache 18/5373, p. 9. Nel senso che la normale attività del medico, anche secondo il servizio della „Krankenkasse“ tedesca, sarebbe „geschäftsmäßig“, B. WEIBER, *Strafrecht am Ende des Lebens - Sterbehilfe und Hilfe zum Suizid*, in ZStW, 2016, contributo presentato al Convegno di Bayreuth, 11 settembre 2015, p. 26 (dattiloscritto). Una domanda occorre porsi: se il servizio sanitario, o il singolo medico, esigesse solo i nudi costi per simili prestazioni, si potrebbe ritenere "professionale", ma non "commerciale"? I lavori preparatori della riforma sono chiaramente orientati contro tale conclusione limitativa. Infatti, il comma 2 del § 217 citato è esplicito nel circoscrivere la non punibilità ai rapporti di parentela. Ciò significa in effetti depotenziare totalmente ogni attività professionalmente attrezzata, lasciando i pazienti di fronte alla necessità del "suicidio brutale" o comunque non medicalmente assistito (v. *infra*, § 12.2).

⁴⁴ Cfr. la *Resolution* di 141 professori di diritto penale, in data 15.4.2015, contro il progetto governativo di restrizione della disciplina dell'aiuto a morire (consultabile in [questa pagina web](#)).

doveri di tutela da parte della società, e come tale paternalisticamente abbandonato a scelte individuali normalmente impossibili o di difficile gestione;

c) in terzo luogo, potremmo dire che, mentre in Italia pesa da sempre la cultura della vita ad ogni costo nel pre-giudizio della morale cattolica che pone sotto tutela l'etica pubblica e anche il diritto penale in questi settori, in Germania pesano ancora l'ombra di Hitler, della sua biopolitica⁴⁵ e i programmi di eutanasia di massa realizzati durante il nazismo⁴⁶, di fronte alla cui memoria non si riesce ad adottare soluzioni che implicitamente riconoscano forme di vita tipizzabili che si possono ritenere, da parte del malato, intollerabili, e suscettibili di ricevere un aiuto di Stato alla loro estinzione⁴⁷. Lo stesso termine "eutanasia" (Euthanasie), infatti, è lessicalmente invisibile e storicamente segnato dall'esperienza nazionalsocialista, preferendosi ad esso quello di "aiuto a morire" (Sterbehilfe).

Un caso diverso è quello svizzero.

Il codice penale svizzero, come noto, si limita a punire l'aiuto o l'istigazione al suicidio, quando siano attuati «per motivi egoistici» (art. 115 c.p.)⁴⁸.

In modo corrispondente, l'omicidio del consenziente (art. 114 c.p.) è costruito come ipotesi penale attenuata sulla base dei motivi⁴⁹.

Pur trattandosi di disciplina più restrittiva di quella tedesca, che liberalizza l'aiuto al suicidio a prescindere da qualsiasi motivo la sorregga, la norma del codice penale svizzero non ha impedito, a differenza di quanto avvenuto in Germania, il diffondersi di prassi di suicidio organizzato, e praticate per ragioni non solo di mero aiuto umano, ma anche esercitate professionalmente con ritorno economico, come qualsiasi intervento sanitario. Si tratta dunque di suicidio assistito notoriamente praticato da diverse cliniche svizzere.

⁴⁵ Sul nazismo come modello di una politica orientata biologicamente cfr. R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004, pp. 115 ss. Ulteriormente anche G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005 (1995).

⁴⁶ Cfr. E. KLEE, « Euthanasie » im Dritten Reich. Die « Vernichtung lebensunwerten Lebens », Fischer, Frankfurt a.M., 1983, 2010; T. VORMBAUM (Hrsg.), « Euthanasie » vor Gericht. Das Anklageschrift des Generalstaatsanwaltschaft beim OLG Frankfurt/M. gegen Dr. Werner Heide u.a. vom 22. Mai 1962, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2005. Sull'esigenza di una liberazione dallo spettro del nazismo nell'ambito del fine-vita cfr. P. SINGER, *Eutanasia: uscire dall'ombra di Hitler*, cit.

⁴⁷ Sugli stretti collegamenti tra il concetto di "eutanasia" e il Nazionalsocialismo nella cultura tedesca cfr. le considerazioni di T. VORMBAUM, « Euthanasie » vor Gericht – Gericht über « Euthanasie », Vorwort zu, ID., (Hrsg.) « Euthanasie » vor Gericht, cit., pp. 14 ss.

⁴⁸ « Aus selbstsüchtigen Beweggründen ». Cfr. G. STRATENWERTH - G. JENNY - F. BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, 7. Aufl., Stämpfli, Bern, 2010, §§ 1/35 ss.; C. SCHWARZENEGGER, Art. 115/1 ss. in M. AL. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar Strafrecht II*, 3. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2013; B. TAG, *Die Sterbehilfe unter der Lupe – die grosse Herausforderung verlangt nach Regeln*, in: H. WEHRLI, B. SUTTER, P. KAUFMANN (Hrsg.), *Der organisierte Tod, Sterbehilfe und Selbstbestimmung am Lebensende – Pro und Contra*, 2. Aufl., Orel Fuessli, Zürich, 2015, pp. 47 ss.; ID., *Strafrecht am Ende des Lebens – Sterbehilfe und Hilfe zum Suizid*, Paper presentato per il Convegno di Bayreuth, 11 September 2015; C. REHMANN-SUTTER - A. BONDOLFI - J. FISCHER - M. LEUTHOLD, *Beihilfe zum Suizid in der Schweiz*, P. Lang, Frankfurt a.M. u. a., 2006.

⁴⁹ « Chiunque, per motivi stimabili, e soprattutto per compassione, cagiona la morte di un uomo a seguito di una sua richiesta seria e pressante, è punito con la pena detentiva sino a tre anni o con la pena pecuniaria ».

Esattamente ciò che sarebbe apprezzato, in Germania, come organizzazione illecita della morte altrui, e non come un aiuto umanamente accettabile, appare in Svizzera un aiuto non egoistico, perché l'intervento sanitario che è necessario per rendere veramente concreto l'esercizio di un diritto, e non di una scusante, implica ovviamente il riconoscimento e la finalizzazione della base economica dell'attività.

Ciò significa che la soluzione svizzera, pur incentrata a livello codicistico sull'assenza di motivi egoistici, e dunque su aspetti motivazionali, funziona in pratica come il riconoscimento di un diritto, obiettivamente realizzabile sulla base del sistema sanitario. Manca peraltro ciò che è proprio della tipica individuazione di un diritto: una selezione legale obiettiva delle situazioni suscettibili di suicidio assistito, lasciate alla gestione medica degli aspetti motivazionali della richiesta.

Viceversa la soluzione tedesca, più liberale sulla carta, funziona di fatto come ipotesi scusante e tale è l'assetto che la riforma ora attuata in Germania ha voluto esplicitamente assicurare alla disciplina.

Da un lato, come detto, la via puramente giurisprudenziale italiana, se è servita sino a oggi a costruire in nuce la crescita e l'elaborazione di un nucleo di diritti fondamentali del morente, che precede la loro possibile legiferazione, nondimeno presenta rischi di controvertibilità tali da apparire fonte di certezze deboli o apparenti. Dall'altro lato, la soluzione autogestita in termini sociali di forme di aiuto al suicidio rischia di fallire completamente in assenza di un sostegno legale più preciso, e di essere regolata da prassi mediche o poco controllabili, ovvero ancorate a vecchi schemi culturali pensati per una medicina che non aveva le capacità tecniche attuali di rendere artificiale una vita semi-vegetativa di lunga durata.

La costruzione di quei diritti, pertanto, si palesa come bisognosa di una base legale più solida ed esplicita, su una premessa essenziale: che s'intenda rendere davvero socialmente praticabile un aiuto del sistema sanitario ad alcuni diritti fondamentali dei malati terminali o irreversibili, diverso dal prolungamento tecnico di una vita coatta.

9. La via olandese.

La punta più avanzata di un intervento statale organizzato nel riconoscere il diritto di morire, è presente in Europa nell'ordinamento olandese⁵⁰ e con simili discipline in Belgio e in Lussemburgo.

Vorrei qui segnalare solo pochi tratti decisivi di questo modello⁵¹.

⁵⁰ Cfr. A. R. MACKOR, *Euthanasia in the Netherlands. Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedure) Act (2002)*, Paper presentato al Convegno di Bayreuth, 11 settembre 2015 (slides); J. GRIFFITHS - H. WEYERS - M. ADAMS (eds.), *Euthanasia and Law in Europe*, Hart Pub, Oxford, UK & Portland, 2008, pp. 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, pp. 221 ss.

⁵¹ Sulla situazione legislativa in Belgio, oltre al libro di J. GRIFFITHS, *Euthanasia and Law in Europe*, cit., pp. 259-344, v. i seguenti contributi (via via con diversi rilievi critici): R. COHEN-ALMAGOR, *Belgian Euthanasia Law: a*

Fermo il divieto generale di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente, puniti dal codice penale olandese (Wetboek van strafrecht, Section 293 e 294), la l. speciale WTL (Wet Toetsing Levensbeëindiging) del 2002 – Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedure) Act (2002)⁵² – codifica un case law sviluppatosi dal 1973 e prevede la non punibilità per i sopra citati delitti del codice penale (Section 293.2 e 294.2), per il medico che soddisfa le richieste di terminazione della vita o di suicidio assistito attuate secondo le procedure previste. L'aiuto a morire, in casi tassativi, è praticato da strutture sanitarie sottoposte solo a un controllo successivo da parte di una commissione regionale di valutazione, informata dal medico curante, che avvisa contestualmente il pubblico ministero, affinché autorizzi la sepoltura. La pratica della terminazione della vita su richiesta o del suicidio assistito, risponde a esigenze di trasparenza e controllo pubblico, attraverso una procedura che attua valori e obiettivi almeno genericamente predefiniti, dove però la prassi svolge un ruolo determinante. La commissione verifica ex post su basi documentali, costituite dal parere non solo del medico curante che presenta la richiesta, ma anche di un medico indipendente. Il controllo avviene secondo i "due care criteria" che prevedono, fra l'altro: una richiesta volontaria (escluse decisioni non libere o dovute a infermità psichica o depressioni in corso) e ponderata del paziente, una sofferenza interminabile e insopportabile (escluse sofferenze puramente esistenziali), la assenza di ragionevoli alternative (le cure palliative non valgono per ogni tipo di dolori: estremo indebolimento, perdita di dignità, di autonomia motoria, cognitiva, espressiva etc.) o il rifiuto di una sedazione in fase terminale, che il medico curante ha vagliato insieme al paziente, la piena informazione del paziente e la consultazione di un medico indipendente (dal paziente e dal medico curante) che visita il paziente e parla col medico curante⁵³.

Secondo gli obiettivi dichiarati dal Governo olandese, l'autonomia non è il fondamento della disciplina, che non è individualisticamente orientata: la terminazione non è un dovere del medico, e non è un diritto (assoluto) del paziente. È la compassione,

critical Analysis, in *Journal of medical Ethics*, 2009, pp. 436 ss.; S. DIERICKX - L. DELIENS - J. COHEN - K. CHAMBAERE, *Comparison of the Expression and Granting of Requests for Euthanasia in Belgium in 2007 vs 2013*, in *Jama international Medicine*, 2015, pp. 1703 ss.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, cit., pp. 203 ss.

⁵² Il testo della legge del 12 aprile 2001, n. 194, in vigore dal 1 aprile 2002, si può leggere in *Bioetica*, 2001, pp. 389 ss.

⁵³ La Relazione annuale 2014 della Commissione regionale sull'eutanasia, consultabile in [questa pagina web](#), informa che nel 2014 si sono avute 5306 richieste. 5033 di eutanasia attiva e 242 di suicidio assistito (potendosi scegliere, ovvia l'opzione per un aiuto sanitario diretto). Il medico di segnalazione era in 4678 casi un medico generico, in 175 casi un medico specialista che lavora in un ospedale, in 191 casi uno specialista in medicina geriatrica. I casi assolutamente prevalenti sono dipesi da malattie oncologiche (3888), ma anche cardiovascolari (247), del sistema nervoso (317), polmonari (184), demenza (81: si specifica nei documenti ministeriali che si tratta di casi iniziali di demenza dove il paziente possa ancora responsabilmente comprendere a che cosa andrà incontro in futuro progredendo la malattia), plurime malattie concomitanti legate all'invecchiamento (257), disturbi psichiatrici (41), altre malattie (291). Il Ministero per gli affari esterni, in un faq del 2010, comunica che 2/3 delle richieste di eutanasia presentate ai medici curanti sono da questi rifiutate in anticipo. « *Experience shows that many patients find sufficient peace of mind in the knowledge that the doctor is prepared to perform euthanasia and that they ultimately die a natural death.* ».

invece, a rappresentare la base dell'intervento, sulla premessa di una decisione convergente di medico e paziente⁵⁴.

10. Alcune conseguenze e i compiti successivi.

Passiamo dunque alla parte più valutativa, ma certamente più rilevante sul piano politico.

Se partiamo dalla premessa che la dignità della vita costituisce un limite alla tutela della vita stessa, non ne segue che è nella disponibilità dello Stato stabilire se esistono vite "che non meritano di essere vissute", ma che resta nel suo potere definitorio stabilire i limiti entro i quali lo stesso titolare del bene è autorizzato a chiedere a terzi un intervento (omissivo/attivo) a tutela del diritto di rifiutare la prosecuzione di uno stato intollerabile: una liberazione dal male.

La definizione delle "condizioni terminali" sarebbe decisiva e dovrebbe essere concretizzata in parte dal legislatore e in parte da linee-guida sanitarie. L'aiuto a morire indiretto, passivo e l'aiuto al suicidio su richiesta, in questi casi, dovrebbero essere previsti come causa di giustificazione in quanto praticati dal sanitario. Ciò sul presupposto che si tratti del prolungamento afflittivo della vita in presenza di una malattia oggettivamente irreversibile che risulti intollerabile al paziente, qualora questa situazione prosegua con l'aiuto di terapie salvavita artificiali o in assenza definitiva di condizioni di autonoma possibilità di gestire normali relazioni umane, professionali o sociali.

Nessuna richiesta di aiuto, dissimulata da desiderio di suicidio, deve essere fraintesa come volontà di morire. Nessuna depressione può evidentemente sostituire quella volontà⁵⁵.

La soluzione "scusante" che libera lo Stato da responsabilità scaricandola su singoli e pietosi praticanti di eutanasi occulte, illecite ed imperite, implica invece un'intollerabile compressione dei diritti del malato o del morente.

La normativa olandese, che si prospetta dichiaratamente come basata su istanze umanitarie di pietas verso il malato, e non sul principio individualistico di autonomia, presenta ancora, a nostro avviso, aspetti di forte delega della decisione al potere medico e a commissioni capaci di definire con larga autoreferenzialità i concetti legali di "diligenza dovuta", di "sofferenza interminabile e insopportabile" etc. Il medico è assai libero di negare l'intervento o di attuarlo, e la prassi precedente la legge conforta nella sua attuazione poiché le commissioni regionali non autorizzano nulla ex ante, ma verificano soltanto ex post: l'intervento della commissione, dunque, non fa parte del meccanismo "procedurale" della scriminante, ma ha mera funzione di verifica.

⁵⁴ A. R. MACKOR, *Euthanasia in the Netherlands. Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedure) Act (2002)*, cit.

⁵⁵ Certo il rischio di una "condanna a morte" per errore medico nel giudizio potrebbe essere escluso in questi casi solo di fronte a un generale rifiuto di qualsiasi forma di aiuto a morire.

Nondimeno, si tratta di disciplina veramente coraggiosa, che ben coglie un dato essenziale: l'importanza che la liceità (e non la mera irrilevanza/esiguità) penale del fatto sia prevista non già "fuori del caso di", ma soprattutto o soltanto "in caso di" organizzazione sanitaria dell'intervento.

Escludere questa possibilità, per circoscriverla a interventi occasionali o individuali, o a condotte estemporanee di parenti, significa limitare ipocritamente un diritto che si dice di riconoscere, per risolverlo solo negli stretti ambiti di una sorta di scusante individuale: se il diritto esiste, esso riguarda il sistema sanitario e deve poter essere organizzato, dato l'interesse di massa del fenomeno. Negare che possa essere organizzato, significa non riconoscere quel diritto, ma soltanto una uscita di sicurezza per familiari e parenti, abbandonati al loro destino individuale di devianti scusati da uno Stato paternalista, unitamente al malato che il sistema sanitario imperterrito obbliga a vivere.

La scelta individuale e non controllata appare piuttosto suscettibile di riduzione sanzionatoria scusante sulla base dei motivi, ma non di un'accettabile liberalizzazione di fatto⁵⁶.

La delimitazione rigorosa dei presupposti deve impedire che si crei una cultura dell'inutilità dell'essere umano in condizioni terminali o di sofferenza estrema o d'impossibilità permanente di una vita normale, impedendo altresì lo sviluppo d'indirizzi che legittimino l'aumento di disattenzione terapeutica in caso di malattie terminali o anche solo sicuramente mortali⁵⁷.

Per le condotte che si collochino al di fuori dell'esercizio di un diritto del malato di ricevere un aiuto terminale, l'ordinamento deve prevedere fattispecie attenuate, per es. secondo il modello dell'ordinamento svizzero, dove i motivi dell'aiuto sono chiari e conducono alla prestazione di aiuto.

La legislazione italiana è contrassegnata come noto da una costruzione classica di tipo oggettivo delle fattispecie: il codice penale del 1930 affida solo a circostanze o alla commisurazione della pena la tipizzazione e valorizzazione dei motivi, escludendoli rigorosamente dal fatto tipico. I penalisti hanno considerato questo suo carattere un vanto o un merito particolare della nostra cultura giuridica⁵⁸. Tuttavia tale caratteristica ha prodotto, in questo specifico ambito di problemi, risultati disumani.

⁵⁶ Ciò che peraltro la normativa olandese neppure prevede.

⁵⁷ È stato osservato che sarebbe impossibile conciliare il principio di autonomia (del malato che pretenda la cessazione di una terapia e dei dolori al prezzo della vita) e il principio di beneficenza che contrassegna la bioetica medica (in generale su tale principio cfr. T.L. BEAUCHAMP - J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. ed., Oxford University Press, Oxford, New York 2001, pp. 165 ss., e qui sul dibattito in materia di eutanasia le pp. 144 ss., 150 ss.) con l'autorizzazione di ipotesi di eutanasia diretta (così per es. M. ARAMINI, *L'eutanasia. Commento giuridico-etico della nuova legge olandese*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 102 ss.). In senso contrario si può affermare che la compassione non è affatto un sentimento deviante al cospetto del terrore suscitato da malattie che nessuno augurerebbe al proprio peggior nemico. Proprio chi crede nella vita eterna dovrebbe avere maggior comprensione per decisioni umane la cui asserita definitività è in realtà compatibile soltanto con una visione atea del mondo. Simili osservazioni in T. ENGELHARDT, *The Foundations of Bioethics*, cit., p. 371.

⁵⁸ Cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 24 ss.

11. Condotta attiva nell'interruzione di un decorso causale immediatamente salvifico e condotta attiva di causazione immediata della morte. Equivalenze.

L'alternativa liberal, di permissione generalizzata di questi aiuti, deve ora essere valutata più da vicino.

L'ultimo punto, il più delicato del tema della slippery slope, è l'equiparazione della condotta attiva di suicidio assistito penalmente atipico o non punibile, a quella di eutanasia attiva (omicidio del consenziente): a molti appare evidente che fornire la pillola o il liquido letale al paziente perché lo assuma, e iniettarlo direttamente in vena a sua identica richiesta e dunque in situazione di controllo sanitario, hanno lo stesso significato sociale, se attuati con scopo terminale. Autoria e partecipazione non presentano al riguardo nessun disvalore tipologico regolativo, poiché il dominio sul fatto rimane pur sempre presso il medico e presso il paziente. Il medesimo significato presenta (se attuato con uno scopo terminale, sotto la forma strumentale del rifiuto di terapia) il distacco di un respiratore automatico con contestuale anestesia.

Non si comprende perché in quest'ultimo caso dovrebbe ricorrere un'ipotesi di dovere di interruzione della terapia, e nei primi due casi non ci sarebbe né un dovere, né una legittima possibilità di realizzare il medesimo risultato perseguito dal paziente come scopo.

Quando si sostiene che nel caso dell'interruzione di un decorso o di un apparato salvifico, trattandosi appunto di uno strumento "artificiale", verrebbe "soltanto" interrotta la terapia, questa spiegazione descrive in modo falso e dissimulato la realtà del paziente.

Certo non è consentito generalizzare: uccidere (killing) e lasciare morire (letting die) rimangono in generale due modalità diverse di condotta, che presentano un significato etico e giuridico differente⁵⁹.

Ma qui il significato concreto non è più differente, questo è il punto.

Non è l'identità delle condotte (problema di tipicità), a sollecitare un trattamento giuridico uguale: è l'equivalenza del diritto del malato a chiederlo (problema di giustificazione).

La soluzione resta strutturalmente scriminante.

⁵⁹ Cfr. P. FOOT, *Killing and Letting Die*, in J. L. GARFIELD - P. HENNESSY (Eds.), *Abortion: Moral and Legal Perspectives*, Amherst, The University of Massachusetts Press, 1984, pp. 177 ss., anche in ID., *Moral Dilemmas and other Topics in Moral Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, New York 2002, Chapt. 5; T.L. BEAUCHAMP - J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, cit., pp. 139 ss.; ulteriormente in letteratura, C. ROXIN, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, in C. ROXIN/U. SCHROTH (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 2. Aufl. Borberg, Stuttgart u.a. 2001, pp. 177 ss.; K. ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2008, §§ 3/270 ss., pp. 275 ss. (spec. p. 336). La distinzione tra aiuto a morire attivo e passivo possiede dunque ancora un suo "nucleo" concettuale ben vigente. Noi trattiamo qui, peraltro, soprattutto casi limite o casi difficili, nei quali il "senso" della distinzione svanisce o appare subordinato. Cfr. R. INGELFINGER, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, C. Heymanns, Köln e a., 2004, pp. 244 ss., pp. 275 ss.

Quando si tratta di giustificazione, si dissolve il problema della distinzione tra due fattispecie entrambe scriminate: il peso del disvalore di evento rimane lo stesso nelle due costellazioni di casi sopra commentate – c'è una sofferenza mortale che viene annullata –; ma se si circoscrive seriamente il diritto a una liberazione e lo si afferma in modo corrispondente, è il disvalore di azione che viene in tal modo, in forza del diritto del malato, a essere equiparato, e con esso la liceità del fatto.

Se non è reato uccidere una persona cosciente e vigile, staccando il respiratore a sua richiesta e iniettandole un sedativo, non è dato comprendere perché dovrebbe essere punibile iniettarle una sostanza (parimenti) “mortale”, a parità di condizioni, o comunque in caso di condizioni di fine-vita di estrema inumanità, a sua identica richiesta, e con causazione identica della morte nell'arco di un paio di minuti in entrambi i casi. Sarebbe, infatti, ingiusto esaudire una vera richiesta terminale di chi ha la sorte di poter morire subito, perché tenuto in vita artificialmente da un qualche apparecchio, e non chi versi in condizioni di sofferenza anche maggiore, ma abbia bisogno, per farla cessare, di un intervento diretto e non interruttivo.

Avere compreso che la differenza tra letting die e killing non è poi così decisiva, in tali situazioni terminali, ci aiuta a individuare una soluzione umanitaria, uscendo dal tabù.

Ci sarebbe, si capisce, un motivo ragionevole per compiere bilanciamenti tra la pietas e i diritti del malato da un lato, e gli interessi “generali” dall'altro. Esso è costituito dalla politica del diritto orientata all'implementazione della vita: quanto aumenteranno i suicidi assistiti o gli omicidi consentiti per effetto del riconoscimento del diritto di morire, sia pure in una casistica circoscritta di situazioni? Un'apertura come quella prospettata è un indebolimento per la tutela della vita?

Oggi questa non è più una domanda senza risposta. Basta studiare il caso olandese, o quello belga, o svizzero, o degli Stati americani che consentono queste pratiche.

A prescindere da tali dati di fatto disponibili, peraltro, alla domanda dobbiamo rispondere in modo molto chiaro in linea di principio: se si tratterà di morti che rappresentano la cessazione di un tragico destino di sopravvivenza insopportabile, nessuno dovrà rammaricarsi da avere rispettato la volontà dei malati. Nessun rimpianto per avere riconosciuto un diritto fondamentale.

12. Diritti infelici.

Una questione completamente diversa, che possiamo qui solo accennare, concerne i pazienti che soffrono di una malattia o di una situazione che condiziona la loro capacità di autodeterminarsi (dementi, malati psichici, malati minorenni etc.). Questa situazione trasforma la fattispecie: da omicidio del consenziente (o aiuto al suicidio) a omicidio semplice. Perché la volontà di un terzo non è la volontà del titolare del bene giuridico: anche se questa viene “re-interpretata” attraverso un rappresentante. Persino quando sussista una dichiarazione anticipata di trattamento, rimane discutibile se la persona che l'ha a suo tempo espressa, sia la stessa persona che ora dovrebbe

ricevere (o subire) quella decisione. Ciò vale ancor più in caso di demenza o malattie neurologiche. Quando ti viene la SLA, hai solo voglia di fuggire dalla prigione del corpo, ma ti dicono che questo normalissimo sentimento è già espressione della malattia, e dopo un po' non sei più te stesso.

C'è infatti una differenza – com'è stato osservato⁶⁰ – tra l'autonomia di un demente e l'autonomia della persona che diventa demente. Sono due persone diverse, ma appunto entrambe persone.

Chi muore è una persona diversa a cui viene negato il diritto di proseguire la terapia e la vita.

Questo dato modifica anche la situazione scriminante. Appare sensato disciplinare legalmente in modo rigoroso i limiti dell'autonomia della decisione anticipata. In misura corrispondente dovrebbe essere definita in modo particolarmente restrittivo la possibilità di una decisione posticipata di un terzo. Il caso Englaro non è un "modello" di prassi senza legge, ma un grido al Parlamento.

Peraltro, prima della legge, può essere opportuno, o anche soltanto necessario, in un Paese diviso e incapace di legiferare, che si sviluppi la costruzione giurisprudenziale dei diritti infelici.

Senza dover ribadire l'indubbia inadeguatezza di decisioni a maggioranza in questi ambiti fortemente controversi sul piano morale⁶¹, è soprattutto un sentimento di compassione non paternalistico che impone il riconoscimento di diritti infelici ma necessari⁶²: chi crede alla vita eterna non dovrebbe avere nessuna paura, ma rallegrarsi piuttosto della sua esistenza, e apprendere dalla storia del diritto penale, dove hanno bruciato i cadaveri dei suicidi o sono stati appesi dopo la morte a titolo di pena, e ci accusano ancora oggi gli orrori di quei corpi martoriati dallo Stato nel corso dei secoli⁶². Questo non dovrebbe succedere ancora oggi, in modo diverso, prima della morte.

Oggi è fortemente riconosciuto il "diritto della persona come limite al diritto penale"⁶³. Non so se un tale diritto possa davvero risultare infelice, per il fatto che appare così avanzato da consentire al malato di beneficiare di un aiuto tecnico per definire temporalmente il tempo della propria morte, evitando un'infelicità maggiore, e dato che chi esercita tale diritto non è più il "soggetto passivo" di un'eutanasia. A tale interrogativo noi non possiamo rispondere veramente, perché non siamo autorizzati a preferire al posto di un altro il prolungamento terribile di una vita a una morte pietosa. Che alcuni diritti siano infelici è dunque più discutibile del fatto che siano comunque diritti.

⁶⁰ R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 265, pp. 305 ss.

⁶¹ Esattamente, contro il principio di maggioranza come criterio di decisione, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., p. 237.

⁶² Un'istruttiva rappresentazione in M. BARBAGLI, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, cit., pp. 46 ss.; P. SCHUSTER, *Verbrecher, Opfer, Heilige. Eine Geschichte des Tötens 1200-1700*, Klett-Cotta, Stuttgart 2015, pp. 145 ss.

⁶³ Vgl. K. YAMANAKA, *Das Recht der Person als Grenze des Strafrechts. Zu Arthur Kaufmanns Kritik paternalistischer Strafbestimmungen* (2005), in ID., *Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 47 ss.