



IL “CASO CAPPATO” DI FRONTE AL GIUDICE DELLE LEGGI: ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL’AIUTO AL SUICIDIO? (*)

di Antonella Massaro

SOMMARIO: 1. Le condotte contestate a Marco Cappato in riferimento al suicidio assistito di Fabiano Antoniani. – 2. La nozione “ampia” di aiuto al suicidio proposta dalla giurisprudenza di legittimità. – 3. La questione di legittimità costituzionale. – 4. La rilevanza illecita del suicidio: atto lecito, illecito o tollerato? – 5. Le tappe dell’affermazione di un diritto di rifiutare le cure: a) la giurisprudenza italiana. – 6. b) la giurisprudenza della Corte EDU. – 7. c) la legge n. 219 del 2017 e la “non punibilità” del medico per pratiche di eutanasia passiva. – 8. Alcuni scenari ipotizzabili: a) gli ostacoli a un accoglimento della questione. – 9. b) la ridecisione del concetto di suicidio: pericolo presunto, offensività in astratto e offensività in concreto 10. c) la soluzione “per via interpretativa” attraverso una nozione restrittiva del concetto di aiuto al suicidio. – 11. Il “contiguo” settore della prostituzione: cenni sul “caso Tarantini”. – 12. Dal diritto di morire al diritto di vivere: le irrinunciabili articolazioni della dignità umana.

1. Le condotte contestate a Marco Cappato in riferimento al suicidio assistito di Fabiano Antoniani.

La Corte costituzionale, con udienza fissata il 23 ottobre 2018, è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del delitto di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), nell’ambito della nota vicenda giudiziaria che vede imputato Marco Cappato per il “suicidio assistito” di Fabiano Antoniani¹.

(*) Il contributo rappresenta il testo, ampliato e corredata di note essenziali, della relazione svolta in occasione del convegno *“La nuova legge sul fine vita, tra principio di autodeterminazione e tutela dei soggetti vulnerabili”*, tenutosi il 4 maggio 2018 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi Roma Tre.

¹ Fabiano Antoniani (detto Fabo) era affetto da tetraplegia e cecità bilaterale corticale (dunque permanente) a seguito di un incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014. Non era autonomo per lo svolgimento delle basilari funzioni vitali (respirazione, evacuazione) né per l’alimentazione. La sua condizione gli cagionava gravi sofferenze fisiche, lasciando per contro inalterate le funzioni intellettive. Dopo il fallimento di numerose terapie riabilitative e presa coscienza dello stato irreversibile della propria condizione, Fabo maturò la decisione di porre fine alle sue sofferenze, comunicando ai propri familiari il proposito di darsi la morte. Malgrado i tentativi di dissuasione, portati avanti soprattutto dalla madre e dalla fidanzata di Fabo, il suo proposito divenne sempre più radicato. Il 27 febbraio 2017, presso l’associazione svizzera Dignitas, Fabo ha trovato la morte attraverso una pratica di suicidio assistito. Il giorno successivo Marco Cappato si è presentato presso i Carabinieri di Milano, dichiarando che aveva accompagnato Fabiano Antoniani in Svizzera, affinché lo stesso potesse dar seguito alla propria decisione di darsi la morte. La cronologia del “caso Cappato” e i relativi atti processuali sono stati pubblicati, a cura di STAMPANONI BASSI, in www.giurisprudenzapenale.com. Sull’ordinanza di rimessione della Corte d’Assise di Milano v. anche

Sono molte ed evidenti le affinità con il “caso Riccio”, relativo alla pretesa responsabilità penale del medico anestesista che, dopo aver praticato una sedazione del paziente, ha provveduto al distacco del respiratore artificiale che teneva in vita Piergiorgio Welby². In entrambi i casi, anzitutto, la malattia era tale da cagionare atroci sofferenze fisiche, lasciando però intatte le facoltà intellettive del paziente: si tratta di una circostanza indubbiamente fondamentale in sede di accertamento del consenso o, comunque, dell'autodeterminazione del paziente in relazione alla propria morte³. La consapevolezza del malato e l'attualità della propria manifestazione di volontà, segnando una netta distanza rispetto alla vicenda che ha riguardato la morte di Eluana Englaro⁴, sono state ribadite attraverso le “comunicazioni pubbliche” di Welby e Fabo, indubbiamente motivate (anche) dall'intento di portare la questione sotto i riflettori del

FORCONI, [La Corte d'Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.](#) in questa Rivista, fasc. 2/2018, 182 ss.

² La vicenda giudiziaria relativa alla morte di Piergiorgio Welby si articola in due “fasi”. Welby, infatti, si era dapprima rivolto al dott. Casale e, a fronte del rifiuto opposto da quest’ultimo alla richiesta di praticare il distacco del ventilatore artificiale, aveva tentato la via del ricorso *ex art. 700 c.p.c.* per ottenere un provvedimento che obbligasse l’anestesista a dar seguito alla sua richiesta, negato però da Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, in *Corr. mer.*, 4/2007, 461 ss., con commento di CASABURI. Visto il peggiorare delle proprie condizioni di salute, Welby contattò il dott. Riccio, che accettò di interrompere la respirazione artificiale. Si aprì un procedimento per omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e, malgrado la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero, il Giudice per le indagini preliminari ordinò di formulare l’imputazione (art. 409 c.p.p.). Il Giudice dell’udienza preliminare dichiara non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.* perché il fatto, pur integrando nei suoi elementi (positivi) la fattispecie di cui all’art. 579 c.p., non è punibile per la sussistenza della scriminante dell’adempimento di un dovere (art. 51 c.p.); Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Dir. pen. proc.*, 1/2008, 59 ss., con nota di VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*. In argomento v. anche DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni di uno spazio libero dal diritto*, in Cass. pen., 3/2007, 902 ss.; VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in Riv. it. dir. proc. pen., 4/2008, 1594 ss.; SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in Dir. pen. proc., 12/2007, 1561 ss.; CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in Cass. pen., 5/2008, 1791 ss. Per un più generale inquadramento della rilevanza penale delle pratiche di fine vita GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1/1997, 74 ss.; STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia: l’interruzione e l’abbandono delle cure mediche*, in Riv. it. med. leg., 1984, 1007; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in Riv. it. dir. proc. pen., 3/1995, 670 ss.; DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, 9 ss.; RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, 2008, 25 ss.

³ WELBY, *Lasciatemi morire*, 2006: «La mia storia è simile a tanti altri distrofici. Non è facile ricordare come tutto sia cominciato: forse fu una caduta immotivata o un bicchiere troppo spesso sfuggito di mano. Ma quello che non si può dimenticare è il giorno in cui il medico, dopo la biopsia muscolare e l’elettromiografia, ti comunica la diagnosi: distrofia muscolare progressiva. È una delle patologie più crudeli perché, mentre lascia intatte le facoltà intellettive, costringe il malato a confrontarsi con tutti gli handicap conosciuti, da claudicante a paraplegico, da paraplegico a tetraplegico, poi arriva l’insufficienza respiratoria e la tracheotomia».

⁴ La vicenda giudiziaria relativa alla richiesta di Beppino Englaro di sospendere l’idratazione e l’alimentazione artificiale della figlia Eluana, in stato vegetativo permanente dopo un incidente stradale, è particolarmente lunga e articolata: un’efficace cronologia riassuntiva è rinvenibile in www.unipv-lawtech.eu/la-lunga-vicenda-giurisprudenziale-del-caso-englaro.html. La differenza tra i casi Welby ed Englaro è chiaramente evidenziata, tra gli altri, da DONINI, [La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale](#), in questa Rivista, 15 marzo 2017, 11.

dibattito “politico”. Non è un caso che la lettera scritta da Welby al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano⁵ e il suo libro *Lasciatemi morire*, così come le dichiarazioni rilasciate da Fabo alla trasmissione televisiva *Le Iene* abbiano acquisito una specifica valenza probatoria nell’ambito dei rispettivi procedimenti penali.

Sia il “caso Cappato” sia il “caso Riccio”, poi, sono segnati dalla richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero precedente, seguita però da un’ordinanza di imputazione coatta pronunciata *ex art. 409 c.p.p.*, a conferma della scarsa chiarezza della normativa di riferimento (e/o dell’imbarazzo delle Procure messe di fronte al tragico dilemma di un “diritto ingiusto”). È diversa però la fattispecie contestata: per Mario Riccio, che aveva praticato il distacco del respiratore artificiale al quale era legata la vita di Piergiorgio Welby si era ipotizzata una responsabilità per omicidio del consenziente (*art. 579 c.p.*), mentre nei confronti di Marco Cappato si sta procedendo per istigazione o aiuto al suicidio (*art. 580 c.p.*), visto che Fabiano Antoniani, mordendo un pulsante per attivare l’immissione del farmaco letale, si è dato la morte “per mano propria”⁶.

La Procura della Repubblica di Milano, presentando richiesta di archiviazione, riteneva che la sola condotta della quale potesse discutersi fosse l’aiuto materiale prestato da Marco Cappato, per aver accompagnato in automobile Antoniani nel luogo prescelto per il suicidio assistito⁷. Il Giudice per le indagini preliminari, invece, ha ordinato di formulare l’imputazione per il reato di cui all’*art. 580 c.p.*, sotto il profilo tanto dell’aiuto materiale quanto di quello morale.

Sul piano dell’*aiuto morale*, Cappato avrebbe *rafforzato* il proposito criminoso di Antoniani, prospettandogli la possibilità di rivolgersi all’associazione svizzera *Dignitas* e, successivamente, adoperandosi per mettere in contatto i familiari con l’associazione in questione e per aver fornito loro il necessario materiale informativo⁸. Sul versante dell’*aiuto materiale*, Cappato, come anticipato, avrebbe *agevolato* il suicidio di Antoniani,

⁵ Il testo integrale della lettera è disponibile, tra l’altro, sul sito www.lucacosizioni.it.

⁶ V. sul punto le considerazioni di MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen.*, 2017, II, 38, ad avviso del quale la distinzione tra omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio viene fatta dipendere dal dato, marginale e fungibile, dell’attivazione del dispositivo “letale” da un soggetto terzo o del morituro. L’attenzione che le cliniche estere pongono alla circostanza in questione tradirebbe «un’ineliminabile inquietudine di fondo» degli “accompagnatori della morte”, alla quale si farebbe fronte convertendo un “sostanziale” omicidio in un “formale” suicidio: la figura del “suicidio assistito” rischierebbe di rientrare «nell’ambito di quelle “slealtà semantiche” degli eufemismi linquistico-espeditziali, dell’antilingua, con cui l’ideologia libertaria nobilita certi dati della bioetica, ripulendoli di ogni significato negativo e accreditante o ammantandoli di significati positivi e riqualificanti, col proposito di zittire il contrario pensiero altrui».

⁷ Procura Milano, Richiesta di archiviazione, 2 maggio 2017, spec. 7-8, su cui BERNARDONI, [Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l’archiviazione per Marco Cappato](#), in questa *Rivista*, fasc. 2/2017, 381 ss.

⁸ Gip Milano, Ordinanza per la formulazione dell’imputazione a seguito di richiesta di archiviazione non accolta, 10 luglio 2017, 7, in cui si precisa che il rafforzamento dell’altrui volontà e l’agevolazione dell’altrui suicidio attengono a una fattispecie concreta: inseriscono a “quel suicidio”, non a una generica volontà di morire. Antoniani, quindi, fu «consapevole e libero di suicidarsi, ma questa sua libertà fu esercitata dopo essere stato corroborato e guidato nella sua volontà».

trasportandolo in auto da Milano alla cittadina svizzera Pfaffikon, sede dell'associazione *Dignitas*⁹.

La Corte d'Assise di Milano ha escluso una responsabilità penale dell'imputato per ciò che attiene all'aiuto morale: l'istruttoria avrebbe ampiamente dimostrato che Cappato fosse entrato in contatto con Antoniani quando quest'ultimo non solo era già a conoscenza delle attività svolte da *Dignitas* (aveva addirittura pagato la quota associativa), ma soprattutto aveva maturato, tanto autonomamente quanto tenacemente, la decisione di porre fine alle atroci sofferenze derivanti dalla sua condizione patologica. Resta invece un possibile profilo di rilevanza penale della condotta tenuta da Cappato sul piano del mero aiuto materiale, posto che non è mai stato in discussione, rappresentando per contro la "ragione" del procedimento a suo carico, il fatto che l'imputato abbia accompagnato in auto Fabo in Svizzera, presso la sede di *Dignitas*¹⁰.

2. La nozione "ampia" di aiuto al suicidio proposta dalla giurisprudenza di legittimità.

Si tratta di chiarire se l'art. 580 c.p. debba trovare applicazione anche in presenza di un *aiuto meramente materiale*, fornito a chi abbia già maturato un fermo proposito suicidario e che, in ogni caso, non riveli una connessione "immediata e diretta" con l'esecuzione del suicidio stesso.

Ad avviso della Corte d'Assise di Milano, il "diritto vivente" imporrebbe di rispondere in senso affermativo, vista la nozione ampia di "aiuto al suicidio" che si sarebbe affermata nella giurisprudenza di legittimità.

In realtà non è dato ravvisare una giurisprudenza consolidata in riferimento all'art. 580 c.p., visto che la fattispecie in questione ha conosciuto applicazioni a dir poco sporadiche. Il *leading case* in materia (sostanzialmente l'unico), è costituito dal "caso Munaò" in riferimento a una vicenda che, pare opportuno sottolinearlo, nulla ha a che vedere con il suicidio assistito come strumento per porre fine a gravi e irreversibili patologie¹¹. In quell'occasione, la Corte di Assise aveva ritenuto che, secondo una lettura dell'art. 580 c.p. conforme al principio di necessaria offensività, si sarebbero dovuto ricondurre anche al fenomeno istigativo anche le forme di

⁹ Gip Milano, Ordinanza per la formulazione dell'imputazione a seguito di richiesta di archiviazione non accolta, cit., 7 ss.

¹⁰ Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, 3.

¹¹ Il caso era quello di due giovani studenti, tra i quali era matura un'intensa amicizia, che, attraversando un periodo particolarmente difficile per disagi esistenziali riconducibili a delusioni amorose e insuccessi scolastici, maturarono insieme il proposito di togliersi la vita. Chiusisi nella villetta di proprietà di uno dei due, decisero di darsi la morte per soffocamento, attraverso delle bombole del gas. Dopo un primo tentativo non riuscito, uno dei due amici perse la vita. L'altro, recuperati i sensi, decise di desistere dal proposito: aprì le finestre, provò a salvare l'amico che però nel frattempo era morto e, accendendosi distrattamente una sigaretta, cagionò una violenta esplosione, che pur provocandogli delle ustioni, lo lasciò in vita.

agevolazione meramente materiale al suicidio, nel senso che le sole condotte di aiuto penalmente rilevante sarebbero state solo quelle che avessero esercitato un'apprezzabile influenza nel processo formativo della volontà della vittima¹². Ad avviso della Corte di cassazione, invece, un'interpretazione di questo tipo sarebbe contraria alla lettera e allo spirito dell'art. 580 c.p., con il quale il legislatore ha inteso punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o agevolazione dell'altrui proposito, liberamente maturato, di porre fine alla propria vita: quest'ultima condotta potrebbe concretizzarsi «fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo difficoltà o ostacoli che si frappongono alla realizzazione del proposito ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo giuridico di impedire la realizzazione dell'evento»¹³.

In un caso più recente, relativo peraltro a una condotta analoga a quella contestata a Marco Cappato¹⁴, la giurisprudenza di merito ha proposto una lettura restrittiva dell'aiuto materiale al suicidio, pur senza ricondurlo integralmente al fenomeno istigativo. La difesa dell'imputato aveva chiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 580 c.p. che, in maniera sproporzionata, punirebbe allo stesso modo condotte che concorrono alla determinazione volitiva dell'aspirante suicida e condotte di mera agevolazione materiale del suicidio stesso. Il Tribunale di Vicenza, ritenendo infondata la questione e valorizzando le conclusioni della sentenza Munaò, ha precisato che la condotta tipica prevista dall'art. 580 c.p. è quella di *agevolazione dell'esecuzione del suicidio*, la quale può riferirsi solo alle condotte *direttamente e strumentalmente connesse all'attuazione materiale del suicidio* e che si pongono quale condizione facilitante nel momento strettamente esecutivo del suicidio stesso. Le condizioni in questione non sarebbero rispettate nel caso di chi si limiti ad accompagnare in automobile una persona che ha deciso autonomamente di andare a morire, che si è già sottoposta a tutti i necessari accertamenti e che non avrebbe avuto difficoltà alcuna a raggiungere la clinica: in questo caso la condotta dell'accompagnatore diverrebbe un apporto del tutto fungibile e, pur comportando una obiettiva facilitazione del viaggio, non avrebbe alcuna diretta connessione con l'esecuzione del suicidio e, dunque, dovrebbe considerarsi penalmente irrilevante.

¹² Ass. Messina, 10 giugno 1997, in *Giur. merito* 1998, 731, con nota di FELICI, *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*

¹³ Cass., Sez. I pen., 6 febbraio 1997, n. 3147, Munaò, in Cass. pen., 3/1999, 871, con nota di BISACCI, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*; in *Riv. it. med. leg.*, 2/2000, con nota di INTRONA, *Il suicidio è un omicidio ruotato di 180°?*

¹⁴ Il caso è quello che ha visto imputato Angelo Tedde per aver accompagnato in auto l'amica Oriella Cazzanello a Basilea, presso la struttura della Fondazione Lifecircle Eternal Spirit, dove il 30 gennaio 2014 veniva attuato il suicidio assistito della donna. Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 308, con nota di SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*; sulla stessa pronuncia v. anche MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., 31 ss.

3. La questione di legittimità costituzionale.

Preso atto del “diritto vivente” relativo all’art. 580 c.p., la Corte d’Assise di Milano, in riferimento al “caso Cappato”, ha ritenuto che la nozione ampia di “aiuto materiale” al suicidio presenterebbe evidenti profili di illegittimità costituzionale. La rilevanza penale delle condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento dell’altrui proposito suicidario, sarebbe in contrasto con artt. 3, 13 e 117 Cost., quest’ultimo in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU. Si è poi censurato il trattamento sanzionatorio sotto il profilo della proporzionalità, posto che per le condotte di mera agevolazione materiale al suicidio la legge prevede la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione alcuna rispetto alle condotte di istigazione.

Una delle argomentazioni più significative portate dai giudici milanese è indubbiamente quella che attiene al bene giuridico tutelato dall’art. 580 c.p.¹⁵. Se sullo sfondo originario della disposizione si individua chiaramente la sacralità/indisponibilità della vita umana in relazione agli obblighi sociali ritenuti preminenti dal regime fascista¹⁶, il principio personalistico che informa la Costituzione repubblicana impone di mettere al centro l’individuo e la sua capacità di autodeterminazione¹⁷. La Carta fondamentale non prevede un obbligo di curarsi, garantendo anzi a ciascuno il potere di disporre del proprio corpo e ammettendo interventi coattivi sulla salute del singolo solo nei casi eccezionali previsti dalla legge e solo per evitare di creare pericolo per gli altri.

La centralità del consenso del paziente e del suo diritto all’autodeterminazione in riferimento ai trattamenti sanitari ha conosciuto poi un progressivo consolidamento: nella giurisprudenza interna (specie con i casi relativi alla morte di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro), nella giurisprudenza della Corte EDU e, da ultimo, con la legge n. 219 del 2017, rispetto alla quale l’ordinanza di rimessione non esita a ravvisare il riconoscimento di un vero e proprio diritto a morire, rifiutando i trattamenti sanitari¹⁸.

Sembrerebbero dunque sufficientemente solide le basi per ipotizzare un cambio di prospettiva nell’individuazione del bene giuridico protetto dall’art. 580 c.p., spostando il fuoco della tutela sulla libertà di autodeterminazione del singolo: il secondo comma dello stesso art. 580 c.p., del resto, prevede come aggravante il fatto

¹⁵ Il tema del danno e, di conseguenza, quello del paternalismo penale evoca necessariamente la questione teorica del bene giuridico e del principio di necessaria offensività: FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 288-289.

¹⁶ Valgano per tutte le considerazioni di VANNINI, *Delitti contro la vita*, Milano, 1946, 117-118, il quale riteneva che l’art. 579 c.p. fosse «fuori posto nell’ordine sistematico del codice» perché, più che un delitto contro la persona, doveva considerarsi un delitto volto a tutela l’interesse statale alla potenza demografica della Nazione. L’omicidio del consenziente «colpisce un bene che è nella persona, ma non è più della persona»: il soggetto passivo non è l’individuo, ma lo Stato e l’uomo diviene dunque mero oggetto materiale del reato.

¹⁷ Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, cit., 7.

¹⁸ Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, cit., 7 ss.

che il soggetto istigato o aiutato abbia meno di 18 anni, sia infermo di mente o versi in condizioni di deficienza psichica per altre malattie o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti, valorizzando situazioni che, ad avviso del legislatore, incidono negativamente sulla consapevolezza del singolo.

Se il bene giuridico tutelato, conformemente alle indicazioni derivanti da una lettura sistematica, è costituito (solo) dalla libertà di autodeterminazione, ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale di quelle condotte di aiuto meramente materiale, che non alterano il processo di formazione della volontà dell'aspirante suicida, dirigendosi per contro a un soggetto che ha già maturato, autonomamente e liberamente, il proprio proposito suicidario¹⁹.

Del tutto contraria ai principi di ragionevolezza e di proporzione risulterebbe, in ogni caso, la scelta di punire allo stesso modo le condotte di istigazione e quelle di aiuto. La Corte d'Assise di Milano ritiene in proposito «illuminante» il confronto con la disciplina prevista dalla legge n. 194 del 1978 relativa all'interruzione volontaria di gravidanza, che prevede una diversificata disciplina sanzionatoria (anche) per punire l'intervento del terzo in un atto che a certe condizioni è lecito²⁰. In realtà, pare opportuno precisarlo fin da ora, la legge n. 194 del 1978 punisce l'interruzione di gravidanza in assenza di consenso della donna o l'interruzione di gravidanza realizzata senza il rispetto delle condizioni indicate dalla legge stessa e, quindi, richiede considerazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle che il giudice rimettente valorizza in riferimento all'art. 580 c.p.

4. La rilevanza del suicidio: atto lecito, illecito o tollerato?

Affinché si possa valutare la tenuta sistematica della ricostruzione proposta dal giudice *a quo*, è necessario verificare se nel nostro ordinamento sia davvero ravvisabile un *diritto di rifiutare le cure*.

Il nodo da sciogliere in via preliminare è quello, tanto tradizionale quanto perennemente attuale, della rilevanza penale del suicidio nell'ordinamento giuridico italiano²¹. Tralasciando l'*iter* storico che ha condotto all'assetto attuale e, dunque, all'irrilevanza penale del tentato suicidio, si tratta di chiarire in che modo si collochi il suicidio nella distinzione “atti leciti/atti illeciti”. Si è sostenuto, nell'ambito di una ricostruzione particolarmente nota, che o si configura il suicidio come una libertà o addirittura un diritto, e allora si conclude per la illegittimità costituzionale delle fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio; oppure si conferma la legittimità della normativa in questione, muovendo dal presupposto che il suicidio sia soltanto tollerato da parte dell'ordinamento²².

¹⁹ Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, cit., 13 ss.

²⁰ Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, cit., 15.

²¹ GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 83 ss.; FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, cit., 1801 ss.

²² MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, VI ed., Padova, 2016, 128-129.

Il suicidio, più esattamente, sarebbe «riconducibile alla categoria del *giuridicamente tollerato*, perché costituisce un *disvalore*, ma tuttavia *non viene punito*»: si tratterebbe di atti che, per ragioni di mera opportunità politica, non sono puniti se posti in essere *manu propria*, restando però penalmente rilevante tanto la loro commissione *manu aliena* quanto ogni attività agevolatrice, in quanto l'ordinamento riconduce pur sempre agli atti in questione un disvalore giuridico. Gli esempi paradigmatici sarebbero offerti dal suicidio, dall'esercizio della prostituzione e dall'uso di sostanze stupefacenti²³: tutte quelle ipotesi, altrimenti detto, che spesso si trovano ricondotte entro la comune cornice del c.d. paternalismo penale²⁴. L'ulteriore conseguenza sarebbe quella per cui, così come non esiste un diritto di prostituirsi o di drogarsi, allo stesso modo non esiste un diritto di uccidersi che, in quanto tale, sia azionabile secondo i meccanismi di tutela offerti dall'ordinamento.

Se tuttavia il diritto di uccidersi cede il passo al diritto di lasciarsi morire, la questione diviene ben più complessa. Sebbene non sia possibile ravvisare un generale "diritto al suicidio" nell'ambito dell'ordinamento italiano, non sembrano più sussistere dubbi sulla configurabilità di un "diritto di rifiutare le cure", anche quando le stesse assumano la consistenza di "cure salvavita" e anche nel caso in cui il rifiuto in questione comporti l'interruzione di un trattamento già iniziato.

²³ MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, 127-128. Per una critica della categoria del giuridicamente tollerato MANNA, Artt. 579-580. *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, a cura di Manna, 48. Cfr. Cass., Sez. I pen., 9 maggio 2013, n. 33244, in *Cass. pen.*, 5/2014, 1787, relativa alla responsabilità ex art. 4 l. n. 110 del 1975 di un soggetto che aveva portato fuori dalla propria abitazione un coltello di 21 cm allo scopo di suicidarsi lontano dalla propria abitazione. I giudici di legittimità, escludendo la sussistenza del giustificato motivo, precisano che «il suicidio, pur non essendo punito in sé nel vigente ordinamento penale a titolo di tentativo, costituisce pur sempre una scelta moralmente non condivisibile, non giustificabile ed avversata dalla stragrande maggioranza dei consociati, a prescindere dalle loro convinzioni religiose e politiche, siccome contraria al comune modo di sentire, in quanto negatrice del principio fondamentale, su cui si fonda ogni comunità organizzata e costituito dal rispetto e dalla promozione della vita in ogni sua manifestazione». SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 677, ritiene che il suicidio sia *tout court* un atto lecito, in quanto estrema manifestazione della personalità morale dell'uomo e quindi della sua libertà. Ad avviso di GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 88, dagli artt. 579 c.p., 580 c.p. e 5 c.c. si ricava che il vincolo alla disponibilità della vita riguarda solo le aggressioni *manu alius*, non anche le ipotesi di autoaggressione: da ciò deriva che l'eventuale intervento impeditivo del suicidio di un soggetto capace e consapevole non potrà essere scriminato ex art. 52 c.p. e che il dovere di soccorso derivante dall'art. 593 c.p. può operare solo in capo a chi, a seguito di un'azione incompiuta e non andata a buon fine, trovi l'aspirante suicida in stato di incoscienza. Sulla impedibilità della condotta suicidaria e sulla possibile operatività dell'art. 593 c.p. anche DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 7-8.

²⁴ Si rinvia sul punto alla nota indagine di FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, III, *Harm to Self*, Oxford University Press, 1986, 12 ss. (344 ss. in riferimento alla "scelta di morire") che, valorizzando l'*harm principle* e la regola per cui *volenti non fit iniuria*, perviene alla censura di ogni forma di *hard paternalism*, consistente nella pretesa di limitare scelte volontarie e consapevoli assunte dal soggetto. Per critiche o temperamenti rispetto a questa impostazione, nella letteratura italiana, v. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of th Criminal Law*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, 155 ss. e PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 489 ss.

La questione corre sul crinale della distinzione tra “(farsi) uccidersi” e “lasciarsi morire”²⁵, che richiama a sua volta quella tra “eutanasia attiva” e “eutanasia passiva”²⁶, nonché quella tra condotta attiva e condotta omissiva del terzo²⁷. L’eutanasia attiva è attratta nell’orbita nei delitti di omicidio, mentre l’eutanasia passiva ha ormai assunto la consistenza di un diritto del paziente. Potrebbe a lungo discutersi sulla opportunità, sulla utilità o sul fondamento (giuridico? logico? assiologico?) di questa distinzione²⁸, così come potrebbe discutersi sull’impiego del termine “eutanasia” a fini giuridici: solo per comodità espositiva può farsi riferimento a una dicotomia che, in maniera esplicita o implicita, continua a rinvenirsi sullo sfondo delle discussioni in materia.

La questione più generale attiene alla limitazione del principio *voluntas aegroti suprema lex*, che ne uscirebbe così delineato: il medico non può fare nulla che il paziente non desideri, ma non può fare nulla di diverso da quello che il paziente desideri²⁹. Con l’ulteriore conseguenza per cui il diritto all’autodeterminazione del paziente sul suo corpo e la sua vita incontra il proprio limite in presenza dell’intervento di una terza persona³⁰: secondo la scelta dell’ordinamento italiano, che prevede le fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio, il soggetto (non importa se malato oppure no) può liberamente darsi la morte, ma non può validamente consentire che un terzo si renda strumento di morte, neppure a fronte di una libera e

²⁵ «Qualunque altra cosa si possa perciò dire a favore o contro ogni forma di eutanasia attiva, resta come punto fermo per ogni futura legislazione – un punto veramente “nevralgico” – l’impossibilità di trasformare il “diritto alla propria morte” in un “diritto all’omicidio”»: STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., 1012. V. anche DONINI, *Il caso Welby*, cit., 916-917, il quale osserva come nel caso in cui si pratichi un’iniezione letale si innesca un processo causale dovuto a un fattore nuovo, esterno al corpo del paziente, mentre se si distacca un respiratore si arresta un processo causale salvifico, altrettanto esterno al corpo del paziente che però esercita un diritto: solo la pietà potrebbe giustificare l’equiparazione delle due condotte.

²⁶ In argomento CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. med. leg.*, 5/2003, 754 ss.; TORDINI CAGLI, *Le forme dell’eutanasia*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, *Il Governo del corpo*, II, Milano, 2011, 19061819 ss.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 133 ss.

²⁷ STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia*, cit., 1016 ss.

²⁸ Per tutti DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, cit., 20 ss. Cfr. Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748 (relativa al “caso Englano”), in *Foro it.* 2007, 11, I, 3025, con osservazione di CASABURI: «il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un’ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale». CANESTRARI, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici. Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà, Zatti, cit., 1906, il quale, muovendo dal presupposto per cui il rifiuto dei trattamenti sanitari sia un “diritto da prendere sul serio”, propone di «abbandonare definitivamente l’espressione tradizionale ma del tutto impropria di “eutanasia passiva consensuale”». Sulla estrema varietà di casi che possono porsi all’attenzione dell’interprete e che, imponendo il superamento della dicotomia “eutanasia attiva-eutanasia passiva”, evidenziano la necessità di una disciplina differenziata, ESER, *Erscheinungsformen von Suizid und Euthanasie. Ein Typisierungsversuch*, in *Suizid und euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, a cura di A. Eser, Stuttgart, 1976, 4 ss.

²⁹ ENGISCH, *Suizid und euthanasie nach deutschen recht*, cit., 320.

³⁰ ENGISCH, *Suizid und euthanasie nach deutschen recht*, cit., 321.

consapevole determinazione in tal senso. Si tratta di verificare se una simile soluzione sia o meno compatibile con i principi costituzionali di riferimento.

5. Le tappe dell'affermazione di un diritto di rifiutare le cure: a) la giurisprudenza italiana.

Un diritto di rifiutare le cure, anche nel caso in cui il dissenso al trattamento comporti l'interruzione dello stesso, è direttamente ricavabile dall'art. 32, secondo comma Cost.³¹. Il quadro di riferimento, pare opportuno precisarlo, è quello del rapporto tra medico e paziente, con esclusione, quindi, di pratiche di fine vita poste in essere da un soggetto (quale, ad esempio, una familiare del paziente) sprovvisto della necessaria qualifica professionale: se il "realizzarsi della morte" pone evidenti incertezze nell'ambito della relazione intercorrente tra medico e paziente³², la questione risulta problematica anche quando a venire in considerazione sia un soggetto diverso dal medico³³. Solo per ragioni espositive, dunque, si limiteranno le considerazioni che seguono ai casi in cui la condotta di fine vita sia posta in essere da un (o con l'aiuto di un) soggetto professionalmente qualificato.

Muovendo dall'art. 32 Cost., la distinzione tra il trattamento non ancora iniziato e il trattamento già in corso di esecuzione, tra il soggetto che sia in grado di porre autonomamente fine alle proprie sofferenze e il paziente che necessiti dell'intervento professionale di un terzo, rischia di tradursi in mero sofisma interpretativo, supportato più da ragioni etico-ideologiche che da evidenze di tipo normativo. Eppure il cammino del diritto in questione, solitamente avvolto dalle nebbie delle corsie di ospedale e al riparo dai clamori della ribalta mediatico-giudiziaria, si è rivelato particolarmente accidentato e sofferto.

Le prime affermazioni giurisprudenziali registratesi nella direzione di "un diritto di rifiutare le cure" seguivano cadenze a dir poco paradossali: nella prima fase del "caso Welby", infatti, il Tribunale di Roma giungeva alla spiazzante conclusione secondo cui sarebbe esistito un diritto del paziente a ottenere il distacco del respiratore, diritto dotato addirittura di fondamento costituzionale, eppure privo della necessaria attuazione a livello di legislazione ordinaria³⁴. Un "diritto non tutelato",

I primi timidi passi si sono progressivamente convertiti in falcate più convinte, nell'ambito di un cammino tracciato tanto dalla giurisprudenza quanto dal legislatore. Posso segnalarsi alcune tappe che riassumono il senso e la portata di questo processo evolutivo.

³¹ Per tutti GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 95.

³² Sul punto, in particolare, RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., 55 ss.

³³ GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 98 ss.

³⁴ Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, cit.: «il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente [...], ma trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento».

Un significativo punto di partenza è costituito dalla seconda fase della vicenda giudiziaria relativa alla morte di Piergiorgio Welby, nella quale il Tribunale di Roma ha dichiarato il non luogo a procedere nei confronti di Mario Riccio, che avrebbe agito in adempimento di un dovere e, quindi, entro i limiti tracciati dalla causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. Il giudice, dunque, riteneva integrati gli elementi positivi del reato di omicidio del consenziente (ragionando, pare opportuno precisarlo, nei termini di una condotta attiva dell'anestesista), considerando però scriminata la condotta di Mario Riccio. A fronte di un esplicito *dovere* del medico di dar seguito all'interruzione di cure richiesta del paziente, sembrava profilarsi con maggiore nitidezza il *diritto* di quest'ultimo a ottenere la corrispondente prestazione sanitaria. «Il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.»³⁵: questa premessa vale anche qualora il rifiuto riguardi terapie salvavita e deve considerarsi operativa non solo nei rapporti tra lo Stato e il cittadino, ma anche in quelli il singolo medico e il paziente³⁶. In nessun caso, di conseguenza, si può disattendere la tutela del diritto di autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario, che si estende anche all'ipotesi di rifiuto di nuova terapia e a quella (speculare) di interruzione della terapia già iniziata: «[...] il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanziandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione»³⁷. Si tratta evidentemente di situazioni eccezionali, se si considera quanto l'istinto di conservazione sia radicato nell'essere umano e, soprattutto, si tratta di condotte che, richiedendo specifiche competenze di tipo medico, possono essere poste in essere solo da chi abbia le necessarie competenze mediche per farlo (non anche, per esempio, da un familiare del malato)³⁸.

Una seconda tappa che merita di essere evidenziata coincide con la pronuncia del Consiglio di Stato relativa al “caso Englaro”, con cui si tracciano i contorni del diritto di rifiutare le cure nella cornice dei rapporti tra lo Stato e il cittadino. Beppino Englaro, tutore della figlia Eluana in stato vegetativo permanente, dopo aver ottenuto l'autorizzazione al distacco del sondino naso-gastrico, chiede che la Regione Lombardia metta a disposizione una struttura per l'esecuzione del “trattamento” in questione, ma la Direzione Generale Sanità respinge la richiesta. Beppino Englaro impugna avanti al TAR Lombardia la nota di diniego della Regione e il TAR accoglie il ricorso, annullando il provvedimento impugnato per aver illegittimamente vulnerato il diritto costituzionale di rifiutare le cure. La Regione Lombardia propone appello al Consiglio di Stato, che però conferma la decisione di primo grado. I giudici di Palazzo Spada rilevano che «a fronte del diritto, inviolabile, che il paziente ha, e – nel caso di

³⁵ Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, cit., 62.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, cit., 63.

³⁸ Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, cit., 62.

specie – si è visto dal giudice ordinario definitivamente riconosciuto, di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta correlativamente l’obbligo, da parte dell’amministrazione sanitaria, di attivarsi e di attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, non potendo essa contrapporre a tale diritto una propria nozione di prestazione sanitaria né subordinare il ricovero del malato alla sola accettazione delle cure»³⁹.

Erano dunque gettate le basi affinché il giudice tutelare di Cagliari, nell’ambito del “caso Piludu”, giungesse *de plano* ad autorizzare il distacco del respiratore artificiale, previa sedazione, di un paziente affetto da sclerosi laterale amiotrofica e capace di confermare al giudice stesso le proprie volontà⁴⁰, nell’ambio di una più consapevole “presa di coscienza” della giurisprudenza nazionale.

6. b) la giurisprudenza della Corte EDU.

Sebbene il giudice *a quo* mostri di valorizzare ampiamente le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, non sembra che alle stesse possa attribuirsi una valenza decisiva.

L’atteggiamento complessivo della Corte EDU in riferimento a tematiche “eticamente sensibili”, in effetti, sembra quello di “rispettare” le scelte dei singoli ordinamenti nazionali attraverso la “clausola del margine di apprezzamento”. Per ciò che attiene al suicidio assistito, si sta affermando l’idea per cui l’art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) comporti anche il diritto del singolo di decidere il mezzo e il momento in cui la propria vita debba terminare, senza intromissione alcuna da parte delle pubbliche autorità: lo stesso art. 8 CEDU, almeno a certe condizioni, consente però allo Stato di considerare “illecite” forme di aiuto esterno rispetto a tale deliberazione⁴¹.

³⁹ Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 44600, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2015, con nota di PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: Il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englano*. Il Tar Lombardia, 6 aprile 2016, n. 650, ha condannato la Regione al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali per la decisione di impedire l’interruzione dei trattamenti di sostegno vitale.

⁴⁰ Walter Piludu, ex Presidente della Provincia di Cagliari, affetto da sclerosi laterale amiotrofica, si trovava tracheotomizzato e alimentato per via artificiale, conservando inalterate le proprie facoltà intellettive. Il 31 maggio 2016 l’amministratore di sostegno di Piludu presentò al Tribunale di Cagliari una richiesta volta a ottenere il distacco degli strumenti di sostegno vitale, dopo aver manifestato per iscritto la propria volontà in tal senso. Il giudice, durante una visita a domicilio, ebbe modo di accertare la persistente attualità della decisione del paziente, accogliendo di conseguenza la richiesta presentata dall’amministratore di sostegno: Trib Cagliari, 16 luglio 2016, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2017, 910, con nota di PISU, *Quando il “bene della vita” è la morte, una buona morte*. V. anche MAGNANI, *Il caso Walter Piludu: la libertà del malato di interrompere terapie salva-vita*, in *Forum costituzionale*, 8 dicembre 2016.

⁴¹ VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del “fine vita”*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2016, 1152.

Nel caso *Pretty c. Regno Unito*⁴², la Corte aveva ritenuto che all'art. 2 CEDU, relativo al diritto alla vita, non potesse ricondursi anche un diritto di morire, nemmeno nel senso che ogni individuo abbia il diritto di scegliere la morte anziché la vita. In riferimento a possibili violazioni dell'art. 8 CEDU, si era osservato come il *Suicide Act* 1961, che punisce ogni forma di aiuto al suicidio, potesse astrattamente interferire con il diritto al rispetto della vita privata, intesa anche come diritto di scegliere le proprie cure e le modalità attraverso cui porre fine alla propria vita: l'art. 8 CEDU lascia però inalterato, ad avviso dei giudici europei, un margine di apprezzamento da parte dei singoli ordinamenti nazionali, al fine di evitare se dalla generalizzata liceità di pratiche di suicidio assistito possa derivare il rischio di abusi a danno di soggetti deboli e vulnerabili⁴³. Queste ultime considerazioni sono state sostanzialmente ribadite nel caso *Haas c. Svizzera*⁴⁴ e nel caso *Koch c. Germania*⁴⁵.

⁴² Corte EDU, sez. IV, 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02, *Pretty v. Regno Unito*, in *hudoc.echr.coe.int*. Diane Pretty, malata di SLA, decise di porre fine alle proprie sofferenze mediante la somministrazione di una sostanza letale, alla quale avrebbe provveduto suo marito. Chiese quindi alla Procura inglese una dichiarazione con cui si la magistratura inquirente si impegnasse a non procedere nei confronti dell'uomo. Dopo aver esaurito senza successo i gradi di giurisdizione interna, la donna si è rivolta alla Corte EDU, che però ha ritenuto infondato il ricorso.

⁴³ Corte EDU, sez. IV, 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02, *Pretty v. Regno Unito*, cit., §§ 74 ss. (*traduzione non ufficiale*): «La Corte rileva tuttavia che gli Stati hanno il diritto di controllare, attraverso l'applicazione del diritto penale generale, le attività pregiudizievoli per la vita e la sicurezza dei terzi. [...] Spetta, in primo luogo, agli Stati valutare il rischio di abuso e le probabili conseguenze degli abusi eventualmente commessi che implicherebbe un'attenuazione del divieto generale di suicidio assistito o la creazione di eccezioni al principio. Esistono rischi manifesti di abuso, nonostante le argomentazioni sviluppate in merito alla possibilità di prevedere barriere e procedure di protezione. [...] Anche la Corte considera che la natura generale del divieto di suicidio assistito non è sproporzionata».

⁴⁴ Corte EDU, sez. I, 20 gennaio 2011, ric. n. 31322/07, *Haas c. Svizzera*, in *hudoc.echr.coe.int*, §§ 55 e 58, su cui COLELLA, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 CEDU discenda il diritto ad un suicidio dignitoso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 aprile 2011. Ernst Haas, affetto da sindrome affettiva bipolare, dopo alcuni tentativi di suicidio non andati a buon fine, non ottenne dai medici svizzeri la prescrizione di pentobarbital di sodio, una sostanza che gli avrebbe consentito di morire in modo sicuro e indolore. La Corte EDU ritenne infondato il ricorso, giudicando non sproporzionate le condizioni richieste dalla legislazione svizzera per l'accesso a un farmaco letale da parte di chi intenda porre fine alla propria vita.

⁴⁵ Corte EDU, sez. V, sent. 19 luglio 2012, ric. n. 497/09, *Koch c. Germania*, in *hudoc.echr.coe.int*, § 55, su cui PARODI, *Una cauta pronuncia della Corte europea in materia di eutanasia attiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2013. La moglie di Ulrich Koch, quasi completamente paralizzata a seguito di un incidente stradale e costretta a pratiche di ventilazione artificiale, decise di porre fine alla propria vita e, a tal fine, richiese alle competenti autorità tedesche di ottenere la necessaria dose di pentobarbital di sodio, per morire senza ulteriori sofferenze. L'Istituto federale per il farmaco rigettò la richiesta e, nelle more dei ricorsi interni, la paziente si recò presso la sede dell'associazione svizzera *Dignitas* e si sottopose a una pratica di suicidio assistito. Dopo la morte della signora Koch, le autorità giudiziarie tedesche non riconobbero la legittimazione attiva di suo marito, posto che si discuteva di un presunto diritto di natura personalissima e dunque non cedibile. La Corte EDU, dopo aver ribadito l'orientamento in materia di margine di apprezzamento, ritenne che gli Stati contraenti siano tenuti a esaminare nel merito i ricorsi dei cittadini in materia di suicidio assistito, al fine di valutarli anche in riferimento all'art. 8 della Convenzione. Posto che si trattava di un diritto personalissimo, tuttavia, il ricorso è stato dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione attiva.

Anche la nota sentenza *Gross c. Svizzera*⁴⁶ fa riferimento a un ordinamento, come quello svizzero, le cui decisioni di fondo sono molto diverse da quelle mostrate dal legislatore italiano con la l. n. 219 del 2017: lungi dal riconoscere la sussistenza di un vero e proprio diritto al suicidio, la pronuncia in questione richiede che, negli ordinamenti che abbiano optato per una disciplina del suicidio assistito, le condizioni che regolano la procedura siano chiaramente espresse dal legislatore. Si tratta di considerazioni che, altrimenti detto, non possono estendersi automaticamente a quegli Stati che, esercitando il proprio legittimo “margine di apprezzamento”, abbiano optato per una illiceità delle pratiche in questione⁴⁷.

I nuovi approdi della giurisprudenza europea, dunque, potrebbero essere valorizzati per sostenere l'introduzione di una nuova legge, specificamente rivolta alla regolamentazione del suicidio assistito, ma non già per sostenere, *rebus sic stantibus*, la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p. per contrasto con l'art. 117 Cost.

7. c) la legge 219 del 2017 e la “non punibilità” del medico per pratiche di eutanasia passiva.

La terza tappa, stavolta legislativa, è quella segnata dalla legge n. 219 del 2017, recante *norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*⁴⁸ e ampiamente valorizzata anche nell'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise di Milano.

La legge in questione può a buon diritto definirsi “storica”, anzitutto per aver infranto il tabù culturale che ha rappresentato negli ultimi decenni una pesante zavorra

⁴⁶ Corte EDU, sez. II, 14 maggio 2013, ric. N. 67810/2010, Gross c. Svizzera, in *hudoc.echr.coe.int*, su cui PARODI, *Una Corte divisa su una materia divisiva: una pronuncia di Strasburgo in materia di suicidio assistito*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2013. Alda Gross, pur non affetta da alcuna specifica patologia, mostrava insofferenza per il decadimento fisico e psichico dovuto alla sua età avanzata. A fronte di un tentativo di suicidio non riuscito, si rivolse a diversi medici per ottenere la prescrizione, richiesta dalla legge svizzera, che le consentisse di ottenere una dose letale di farmaci. Ad avviso delle autorità svizzere, mancavano le condizioni per ottenere i farmaci, non trattandosi di una malata terminale o, comunque, di paziente affetta da una patologia tale da giustificare la prescrizione. La Corte EDU ritenne il ricorso fondato, in quanto la legge svizzera, pur offrendo la possibilità di ottenere una dose di pentobarbital su prescrizione medica, non offriva linee guida che assicurino chiarezza, come invece sarebbe stato necessario, violando dunque l'art. 8 della Convenzione.

⁴⁷ Così anche, nell'ambito del “caso Cappato”, GUP Milano, *Ordinanza per la formulazione dell'imputazione a seguito di richiesta di archiviazione non accolta*, cit., 24.

⁴⁸ Con particolare riguardo alla prospettiva penalistica CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2017, 975 ss.; CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: risvolti penalistici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12/2017, 123 ss.; FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in questa Rivista, 22 maggio 2018, 5 ss.

ai dibattiti sul tema⁴⁹ e in secondo luogo per aver posto fine ai (troppi) dubbi interpretativi registratisi anche su questioni “giuridicamente semplici”.

L’art. 1, rubricato *Consenso informato*, stabilisce anzitutto al comma 5 che ogni persona capace di agire ha il *diritto di rifiutare* qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario, così come ha il *diritto di revocare il consenso già prestato*, anche se ciò comporti l’*interruzione* del trattamento: si assiste così alla definitiva parificazione del dissenso opposto a un trattamento non ancora iniziato e quello che interviene a fronte di un trattamento già in corso di esecuzione.

Al fine di risolvere per via legislativa l’annosa questione relativa alla possibilità di ricondurre al *genus* “trattamento sanitario” anche le tecniche di sostegno vitale⁵⁰, si precisa che la nutrizione artificiale e l’idratazione artificiale sono considerati trattamenti sanitari ai fini della nuova legge. Nessun cenno esplicito si rinviene a proposito della ventilazione artificiale, rispetto alle quali, probabilmente, il più consapevole grado di maturazione raggiunto in sede giurisprudenziale non ha reso necessaria una previsione esplicita: il ricordo delle bottigliette d’acqua esposte in segno di protesta per la decisione della Corte di cassazione in riferimento al caso Englano, forse, costituivano un ricordo più vivido agli occhi del legislatore, fermo restando che un elenco più ampio delle “tecniche di sostegno vitale” da ricondurre al *genus* “trattamento sanitario” sarebbe stato indubbiamente preferibile sul piano della tecnica legislativa.

Il medico, precisa il successivo comma 6 dell’art. 1, è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario e, in conseguenza di ciò, *andrà esente da responsabilità civile o penale*. Si precisa poi che il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, perché a fronte di tali richieste *il medico non ha obblighi professionali*. Il comma 7, infine, stabilisce che nelle situazioni di urgenza il medico assicura le cure necessarie, rispettando la volontà del paziente se le circostanze e le sue condizioni cliniche consentano di acquisirla.

Un punto fermo sembra possa essere fissato: la nuova legge si riferisce alle sole pratiche di c.d. eutanasia passiva, lasciando per contro inalterato l’assetto normativo riferibile alla c.d. eutanasia passiva e, in particolare, alle forme di suicidio assistito. Da ciò deriva che le possibili ripercussioni della legge del 2017 possono essere apprezzate sul piano dell’art. 579 c.p. (omicidio del consenziente), ma non su quello dell’art. 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio).

Il passo successivo è quello di chiarire la natura giuridica della *causa di esenzione della responsabilità penale del medico* che dia seguito alla richiesta del paziente di

⁴⁹ Sulla dimensione pregiuridica dell’eutanasia e sugli inevitabili condizionamenti di tipo morale e culturale che subisce una trattazione “tecnica” della questione GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 75.

⁵⁰ Per tutti D’AVACK, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici. Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 1929 ss., ad avviso del quale la prosecuzione forzata di pratiche di alimentazione e idratazione artificiali, indipendentemente dall’applicabilità dell’art. 32 Cost., sarebbe risultata contraria all’art. 13 Cost.

rifiutare/interrompere il trattamento. Le soluzioni ipotizzabili al riguardo sono essenzialmente due: o si tratta di una causa di giustificazione che rende il fatto scriminato⁵¹ oppure si tratta di una «esenzione del medico dall'obbligo di garanzia»⁵², con conseguente esclusione di una condotta penalmente rilevante.

La formula poco precisa adottata dal legislatore potrebbe giustificarsi se si ritiene che entrambe le soluzioni siano in realtà valide: la natura giuridica della causa di non punibilità potrebbe dipendere dal fatto che a venire in considerazione una condotta attiva oppure una condotta omissiva. La distinzione tra agire e omettere, che proprio nell'ipotesi del distacco di un apparecchio di sostegno vitale trova uno dei suoi banchi di prova più problematici, continua a rappresentare una questione giuridicamente rilevante⁵³.

L'art. 1, comma 6 fa riferimento al *rifiuto* del trattamento e alla sua *rinuncia*: quest'ultimo termine parrebbe riferirsi alle ipotesi di revoca del consenso, comprensive dell'interruzione del trattamento, di cui parla il precedente comma 5, mentre il concetto di "rifiuto" evoca l'ipotesi di un trattamento non ancora iniziato.

La soluzione preferibile sembra quella di ragionare nei termini di una *condotta omissiva* nelle ipotesi di mero rifiuto di un *trattamento non ancora iniziato*: in questo caso l'omesso impedimento della morte del paziente non rappresenta un'omissione penalmente rilevante, posto che il diritto di rifiutare le cure da parte del paziente individua un limite alla posizione di garanzia del malato. Nelle ipotesi della *rinuncia a un trattamento già intrapreso*, invece, dovrebbe ravvisarsi un'*azione in senso stretto*: a fronte del diritto del malato di chiedere l'interruzione sta il dovere del medico di dar seguito a quella richiesta, con la conseguente operatività della scriminante prevista dall'art. 51 c.p.⁵⁴.

⁵¹ FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., 8: «l'irrilevanza penale prevista dall'art 1, comma 6, è però all'evidenza normativamente costruita quale scriminante».

⁵² STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1016. Anche GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 91, in riferimento alla "mera interruzione della terapia" (non, invece, alla disattivazione di macchine che tengono in vita il paziente), ritiene che quando il malato esercita il suo diritto di morire, la sua richiesta fa cessare l'obbligo giuridico di agire del medico, rappresentando anzi «limite al dovere di curare del medico».

⁵³ Contra SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby*, cit., 1563, che non considerava determinante l'inquadramento della condotta come attiva od omissiva per "risolvere" la questione della responsabilità del dott. Riccio per la morte di Piergiorgio Welby.

⁵⁴ GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, cit., 95: l'art. 32, secondo comma Cost. «se nel caso di mera interruzione della terapia opera come limite alla tipicità dell'omissione, nell'ipotesi di disattivazione della macchina integra il limite scriminante dell'art. 51 c.p.»; DONINI, *Il caso Welby*, cit., 911; VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., 71. Per l'impostazione secondo la quale (anche) il distacco delle macchine che tengono in vita il paziente costituirebbero una condotta omissiva, sia pur costituita da un *facere* sul piano meramente naturalistico (lo schema è quello della *Unterlassung durch Tun*) v. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1017; ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, in *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt, 1969, 395 ss.; ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsaabbruch und Tötung auf Verlangen*, in *NStZ*, 1987, 349; ENGISCH, *Suizid und euthanasie nach deutschen recht*, cit., 315-316; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati a morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2007, 7. Amplius SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abburch lebenshaltender medizinischer Behandlung*, Berlin, 1997, spec. 31 ss.

In presenza di un'omissione, quindi, mancherebbe la stessa condotta tipica, mentre nel caso di un'azione in senso stretto il fatto sarebbe scriminato, con le necessarie conseguenze in termini di formule assolutorie.

Il diritto di rifiutare le cure, come si è cercato di chiarire, non è certo stato "fondato" dalla legge n. 219 del 2017, rappresentando piuttosto una necessaria conseguenza degli artt. 13 e 32 Cost. che, sia pur faticosamente, la giurisprudenza nazionale ha contribuito a "stabilizzare". Se si concorda sul fatto che alla nuova legge non possa riconoscersi un'efficacia costitutiva del diritto di rifiutare le cure, deve anche ritenersi che la clausola di esonero dalla responsabilità penale sia sostanzialmente superflua, trattandosi di conclusioni già ricavabili dal precedente assetto normativo. L'esperienza, ad ogni modo, insegna che in questa materia la prudenza non è mai troppa e, dunque, ben vengano disposizioni *ad abundantiam*, anche per chiarire che di fronte a richieste contrarie alla legge, alla deontologia o alle buone pratiche il medico non ha obblighi professionali.

La parte davvero innovativa della legge n. 219 del 2017, per inciso, è quella che attiene ai presupposti (di forma e di sostanza) e agli effetti vincolanti delle dichiarazioni anticipate di trattamento, la quale ha posto fine all'autentico limbo in cui giacevano, nel precedente contesto normativo, le dichiarazioni rese da un paziente che non fosse in grado di confermarle per una sopravvenuta incapacità di autodeterminarsi. Questa è la parte della legge rispetto alla quale dal banco di prova dell'applicazione potrebbero derivare conseguenze non scontate e che, indubbiamente, dilata in maniera evidente gli orizzonti di un "diritto a decidere come e quando morire".

8. Alcuni scenari ipotizzabili: a) gli ostacoli a un accoglimento della questione.

Gli ostacoli che si frappongono a un accoglimento della questione sollevata dai giudici milanesi sono numerosi, anche se forse non del tutto insormontabili.

Se è dato rinvenire nell'ambito dell'ordinamento un "diritto di rifiutare le cure", è gioco-forza concludere che l'indisponibilità della vita umana esca quanto meno temperata nella sua portata di principio generale, con evidenti ripercussioni in riferimento tanto all'art. 580 c.p. quanto all'art. 579 c.p. È però altrettanto necessario rilevare che questo temperamento abbia riguardato la sola omissione di trattamenti salvavita, non già l'uccisione pietosa o il suicidio assistito.

Una delle difficoltà derivanti dalla formulazione attuale degli artt. 579 e 580 c.p., in effetti, è la mancata valorizzazione delle "cause" dell'omicidio del consenziente o del suicidio e, in particolare, l'indifferenza legislativa a fronte della decisione di darsi la morte per porre fine alle sofferenze derivanti da una grave e irreversibile patologia. Volendo banalizzare, la condotta di chi decide di gettarsi da un ponte dopo l'ennesima delusione amorosa è giuridicamente parificata a quella di chi assume un potente barbiturico perché non più in grado di sopportare le sofferenze derivanti dall'aggravarsi di una distrofia muscolare progressiva. L'attuale dato normativo, tuttavia, consolidato dall'esclusione del suicidio assistito dall'ambito operativo della

legge n. 219 del 2017, sembra sufficientemente univoco: l'eutanasia attiva non è stata attratta nell'ambito del penalmente irrilevante. Se, quindi, l'uccisione del malato avviene *manu aliena*, la fattispecie applicabile sarà quella dell'art. 579 c.p.; se invece avviene attraverso un suicidio del malato, coloro che lo agevolino, materialmente o moralmente, saranno puniti *ex art.* 580 c.p.

Le argomentazioni portate al riguardo dalla Corte di Assise di Milano propongono di spostare integralmente il fuoco di tutela dell'art. 580 c.p. sulla libertà di autodeterminazione del soggetto. L'impressione, tuttavia, è quella per cui in questo modo la Corte costituzionale invaderebbe il campo di azione riservato al legislatore, *a fortiori* dopo la scelta effettuata con la legge del 2017. A ciò si aggiunga che un intervento sull'art. 580 c.p., che, si ripete, non distingue tra le "cause" del suicidio, determinerebbe una riscrittura della fattispecie ben oltre l'ambito applicativo delle pratiche di fine vita.

La perdurante rilevanza penale delle pratiche di suicidio assistito, del resto, non sembra porsi in irrimediabile contrasto con i principi dell'ordinamento. La giurisprudenza dalla Corte EDU potrebbe valorizzarsi in senso esattamente opposto a quello invocato dal giudice *a quo*: la particolare cautela che l'ordinamento può e deve adottare nella tutela dei soggetti deboli e/o vulnerabili, "giustificherebbe" l'attuale formulazione dell'art. 580 c.p. senza fonderla sulla tutela di interessi superindividuali, ma muovendo da una prospettiva che resta incentrata sul singolo individuo⁵⁵.

Quanto alla differenziazione sanzionatoria tra le condotte di istigazione e quelle di aiuto, si tratta di un'operazione difficilmente praticabile. Anzitutto, potrebbe non risultare del tutto irragionevole la parificazione tra la condotta di chi rafforza un proposito suicidario già esistente e chi procura all'spirante suicida un potente barbiturico commercializzato solo all'estero. In secondo luogo (e soprattutto), una distinzione di questo tipo comporterebbe problemi di accertamento particolarmente significativi, posto che, specie in un processo motivazionale così complesso come quello che conduce a darsi la morte, è indubbiamente complicato individuare i contorni di un aiuto meramente materiale che non si traduca anche, sia pur indirettamente, in un supporto morale offerto all'aspirante suicida in un momento tanto doloroso. Si pensi, solo per restare alla vicenda da cui ha avuto origine il "caso Cappato", all'offerta di un passaggio in automobile fino al luogo scelto per il suicidio assistito. Vista la complessità dell'accertamento, forse, è preferibile lasciare la determinazione della pena in concreto alla discrezionalità del giudice, anziché ipotizzare cornici edittali già distinte sul piano legislativo.

⁵⁵ In riferimento ai rischi insiti in un abuso della libertà di scelta del malato v. però le considerazioni critiche di FEINBERG, *Trascurare deliberatamente il merito del singolo caso: un approccio sbagliato al diritto a morire*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di Stortoni, Trento, 1992, spec. 157 ss. Da parte di alcuno, anche di recente, si è sottolineato che, prima ancora che il concreto rischio di abusi, dovrebbe farsi appello a una fondamentale etica pubblica, all'interesse della collettività alla salute» e, quindi, a una logica di carattere superindividuale, compatibile però con i principi generali dell'ordinamento: ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., 166-167.

Le tentazioni di releggere le pratiche di fine vita nelle nebbie di uno spazio libero dal diritto sono definitivamente tramontate⁵⁶: il diritto può e deve riempire quello spazio, come il Parlamento ha dimostrato di saper fare proprio quando la crisi della legge sembrava toccare i suoi massimi storici. Fino a quando il legislatore non compia quella scelta⁵⁷, lasciando per contro inalterata la rilevanza delle pratiche di eutanasia attiva, il diritto giurisprudenziale non può che prendere atto di quella scelta.

Resta ferma, pare opportuno precisarlo, la possibilità di valutare se l'introduzione di una "procedura per il suicidio assistito" da cui derivi l'irrilevanza penale dello stesso qualora siano rispettate le condizioni richieste dalla legge, sia o meno compatibile con i principi dell'ordinamento: la risposta, verosimilmente sarebbe positiva e lo strumento per realizzarla sarebbe quella "proceduralizzazione" già seguita dalla legge n. 194 del 1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza⁵⁸ e che, sostanzialmente, è anche la scelta che fa da sfondo alla legge n. 219 del 2017 in materia di direttive anticipate di trattamento.

La "svolta" ipotizzabile in materia di eutanasia attiva, *sub specie* di suicidio assistito, è di tipo legislativo, ma il *legislatore* italiano, questo è il punto, non ha (ancora) optato per una soluzione di questo tipo⁵⁹.

9. b) la ridefinizione del concetto di suicidio: pericolo presunto, offensività in astratto e offensività in concreto.

La questione di legittimità costituzionale parrebbe suggerire una riscrittura del concetto normativo di suicidio, fondata sulla dicotomia "suicidio consapevole/suicidio condizionato", anche in considerazione della difficoltà, quanto meno sul piano assiologico, di riferire il concetto di "suicidio" a scelte come, per esempio, quelle di Piergiorgio Welby⁶⁰. Ragionando nei termini della tutela esclusiva della libertà di

⁵⁶ Sula improponibilità di uno spazio libero dal diritto in riferimento ai temi del fine vita BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., 211 ss.; STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1009-101; DONINI, *Il caso Welby*, cit., 907.

⁵⁷ Cfr., ancora, STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1014.

⁵⁸ DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, cit., 25. Sul modello delle c. d. scriminati procedurali HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, 109 ss.; ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1269 ss.; DONINI, *Il caso Welby*, cit., 907 ss. Per una rassegna dei vari modelli rinvenibili negli ordinamenti che hanno previsto la liceità di alcune forme di eutanasia attiva v. MANNA, *Artt. 579-580*, cit., 67 ss.; DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 17 ss.

⁵⁹ L'eccessiva ampiezza dell'intervento manipolativo richiesto alla Corte costituzionale è evidenziata anche da ALBERTI, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire*, in *Quad. cost.*, 20 marzo 2018, 6.

⁶⁰ Non a caso Trib. Roma, Sez. I civ., 16 dicembre 2006, cit., 67-68, formulava questi interrogativi, pur precisando che appartengono più al campo della morale che a quello del diritto «Può infatti essere definita condotta suicidaria quella di colui che, ormai consapevole della immediata prossimità della propria morte e della sua inevitabilità alla stregua delle conoscenze scientifiche, decida i tempi e le modalità del suo trapasso in modo da consentire che esso sia privo di indicibili, quanto inutili, sofferenze? [...] Può, infatti,

autodeterminazione, potrebbe ritenersi che, in riferimento a soggetti liberamente e consapevolmente determinatisi a darsi la morte, *lo schema rinvenibile sia quello del reato di pericolo presunto*, posto che, secondo la comune esperienza, la condizione di particolare vulnerabilità fisica e/o psichica di chi matura un proposito suicidario potrebbe fare da preludio a una lesione della sua libertà di autodeterminazione. Ragionando in questi termini (secondo una ricostruzione che rappresenta una mera variante rispetto a quella proposta dai giudici milanesi), dovrebbe invocarsi l'illegittimità costituzionale della fattispecie per carenza di offensività, in ragione di un'anticipazione eccessiva della soglia di tutela rispetto a un interesse che, si ripete, resterebbe ancorato a una dimensione individuale.

Anche in questa prospettiva, tuttavia, la scelta del *legislatore* può considerarsi discutibile, ma né del tutto irragionevole né sprovvista di quella minima offensività in astratto che spetta alla *Corte costituzionale* verificare. Rimane intatto, ovviamente, il profilo dell'offensività in concreto, il cui accertamento, secondo il costante insegnamento della Consulta⁶¹, rientra nelle "competenze" dei *giudici comuni*: spetterebbe dunque al singolo giudice valutare se, nel caso concreto, la condotta risulti concretamente offensiva della libertà di autodeterminazione del singolo.

Le considerazioni in questione, pare opportuno precisarlo, lasciano sullo sfondo quella che assume la consistenza di autentica questione pregiudiziale: fino a che punto può spingersi l'ottimistica esaltazione delle libertà del singolo, specie in presenza di "scelte estreme"? Fino a che punto la consolante illusione del libero arbitrio consente di tracciare una linea netta tra "suicidio consapevole" e "suicidio condizionato"? Fino a che punto la libera autodeterminazione di chi decida di darsi la morte è "misurabile", secondo gli ordinari strumenti messi a disposizione dal processo penale? Sul versante dell'autore del reato e, in particolare, della sua colpevolezza, si è portati a ritenere che la libera volontà sia un fatto universalmente sentito ed ammesso, indipendentemente dalla sua valutazione filosofica e che questo sia sufficiente per il diritto penale⁶².

essere definita suicidio la condotta di colui che, ormai consapevole della immediata prossimità e della inevitabilità della propria morte decida i tempi e le modalità del suo trapasso in modo da consentire che il distacco dai suoi cari avvenga nel modo più sereno, più partecipato, più vicendevolmente compassionevole possibile?».

⁶¹ Per tutte Corte cost., 23 giugno 2005, n. 265, in riferimento alla fattispecie di cui all'art. 707 c.p. e Corte cost., 3 luglio 1995, n. 360 in materia di coltivazione domestica di sostanza stupefacente. Per più ampie indicazioni doveroso il riferimento a MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, spec. 242 ss. Sulla necessaria "superabilità" della presunzione di pericolo, qualora quest'ultimo non costituisca un elemento costitutivo della fattispecie, ma la mera *ratio* dell'incriminazione, v. in particolare GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 7 e, più di recente, CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1438 ss.

⁶² MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata da Nuvolone e Pisapia, Vol. I, Utet, 1984, p. 728, nota 9. Cfr. sul punto L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004 (I ed. 19789), 504: «Se vogliamo, possiamo ben chiamare "libero arbitrio" l'alternativa ex ante tra possibilità di commettere e possibilità di omettere l'azione proibita che forma il presupposto della scelta tra le due cose: a condizione però che questa alternativa sia considerata non già come ontologica, ma come deontologica, non riferita alla struttura ontica del mondo ma a quella

Analoghe considerazioni potrebbero valere, *mutatis mutandis*, quando si discuta del libero arbitrio di coloro che scelgono di uccidersi (o prostituirsi) o, più in generale, quando di tratti di valutare i limiti di potenziali ingerenze paternalistiche del diritto penale. Restano, inutile negarlo, le difficoltà di prova: anche questa circostanza potrebbe valere a supportare l'idea di ricorrere allo schema dei reati di pericolo presunto, ferma restando la possibilità di escludere la rilevanza penale della singola condotta di agevolazione per carenza di offensività in concreto.

10. c) la soluzione “per via interpretativa” attraverso una nozione restrittiva del concetto di aiuto al suicidio.

Un'ulteriore soluzione ipotizzabile “per via interpretativa” è quella che, anziché dirigersi al concetto di suicidio, si rivolga direttamente alla condotta di aiuto: la Corte costituzionale potrebbe ritenere infondata la questione interpretando restrittivamente l'espressione *ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione*: non si tratterebbe, cioè, di qualsiasi contributo materiale offerto al progetto suicidario, ma solo di quelle condotte direttamente e strumentalmente connesse all'attuazione materiale del suicidio, come del resto sostenuto già dalla giurisprudenza di merito⁶³.

La clausola generale *in qualsiasi modo*, in effetti, si riferisce pur sempre all'*esecuzione* del suicidio, lasciando fuori la *fase* che potrebbe definirsi *meramente preparatoria*: a quest'ultima sarebbero riconducibili, per esempio, la ricerca e la raccolta di informazioni sulle soluzioni cui l'aspirante suicida potrebbe fare ricorso, condotte che, nella vicenda relativa alla morte di Fabiano Antoniani, sono state poste in essere anche dalla fidanzata Valeria Imbrogno, che pure si era adoperata per dissuadere il compagno dal suo proposito. Nella fase meramente preparatoria, inoltre, potrebbero collocarsi anche quelle condotte che, come il materiale accompagnamento in Svizzera dell'aspirante suicida, la già citata giurisprudenza di merito ha definito “essenzialmente neutre, perché del tutto fungibili”, in quanto, lungi dal facilitare l'*esecuzione* “in senso stretto” del proposito suicidario, si collocano in una fase (anche cronologicamente) precedente e risultano quindi prive di quel nesso di diretta strumentalità rispetto al suicidio.

Con una sentenza interpretativa di rigetto, dunque, la Corte costituzionale potrebbe sbarrare la via a letture troppo ampie dell'art. 580 c.p., senza però giungere a dichiararlo costituzionalmente illegittimo nella parte relativa alle condotte di mero aiuto materiale.

deontica delle norme. Un determinista irriducibile potrebbe obiettare che tutto questo conferisce alla colpevolezza, e con essa al libero arbitrio, il carattere di una convenzione. Ma si tratterebbe di una convenzione che ha il suo fondamento nella struttura stessa del diritto quale fenomeno regolativo, e che può essere serenamente accettata almeno finché accettiamo l'esistenza di regole o prescrizioni e non ne consideriamo insensato il contenuto».

⁶³ Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, cit. Per la soluzione “interpretativa” FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., 28.

Si tratta di una lettura che non realizzerebbe in maniera completa quel cambio di prospettiva relativo al bene giuridico tutelato (dalla vita alla libertà di autodeterminazione) auspicato dall'ordinanza di rimessione. Neppure possono negarsi le evidenti difficoltà che deriverebbero dalla distinzione tra la *fase meramente preparatoria* e quella *strettamente esecutiva del suicidio*⁶⁴, come del resto dimostra la lunga esperienza relativa al delitto tentato. La lettura restrittiva, nondimeno, avrebbe il pregio di assicurare una lettura della fattispecie più conforme ai principi di determinatezza e di offensività.

Una soluzione di questo tipo imporrebbe di verificare se la tipicità di condotte come quella posta in essere da Marco Cappato, pur esclusa *ex art. 580 c.p.*, possa essere recuperata attraverso l'*art. 110 c.p.* La questione, come noto, è stata posta dalla Procura di Milano nella propria richiesta di archiviazione. I pubblici ministeri ritenevano che, pur potendosi astrattamente invocare la normativa in materia di concorso di persone per affermare la rilevanza penale di atti meramente preparatori rispetto al suicidio, la soluzione in questione sarebbe stata preclusa dal principio di necessaria offensività: l'*art. 580 c.p.* sarebbe infatti strutturato come una forma di concorso nel fatto lesivo (suicidio altrui) e punire un “concorso di concorso” significherebbe allontanarsi eccessivamente dalla lesione del bene giuridico tutelato⁶⁵.

L'*art. 580 c.p.*, in realtà, non sembra riconducibile alle ipotesi di concorso di persone nel reato⁶⁶, per il semplice fatto che manca il reato nel quale si concorre. Non è questa la sede per esaminare la complessa questione relativa ai reati a c.d. concorso necessario improprio⁶⁷, ma è indubbiamente significativo che, pur muovendo dalla

⁶⁴ Le criticità relative a una soluzione di questo tipo sono chiaramente evidenziate da OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra paternalismo e utilitarismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in questa *Rivista*, 10/2017, 147. Contrario alla lettura in questione anche MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., 38-39, secondo il quale, più che a un'interpretazione restrittiva, si sarebbe di fronte a un'interpretazione abrogativa.

⁶⁵ Procura Milano, Richiesta di archiviazione, 2 maggio 2017, cit., 8-9.

⁶⁶ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 133: «se il suicidio costituisse reato, le suddette condotte costituirebbero ipotesi di concorso nel reato, consumato o tentato, di suicidio. Ma poiché il suicidio reato non è, dette condotte costituiscono le condotte punibili di un autonomo reato, integrato dalla condotta non punibile di un altro soggetto (il suicida), il risultato della quale costituisce l'evento delle suddette condotte punibili, legato alle medesime da un nesso di causalità necessaria o agevolatrice». Più in generale, v. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, 141, il quale, in riferimento all'agevolazione come autonoma fattispecie di reato, distingue tra i casi in cui la norma di parte speciale assolve a una mera funzione di disciplina (perché in assenza della fattispecie *ad hoc* potrebbero applicarsi le disposizioni sul concorso di persone) da quelli in cui svolge una funzione incriminatrice (perché le condotte previste dalla fattispecie *ad hoc* non costituirebbero forme di partecipazione criminosa, in quanto, per esempio, il termine di riferimento dell'agevolazione è un fatto illecito per il suo autore).

⁶⁷ Sulla inutilità sistematica dei reati plurisoggettivi impropri, caratterizzati dalla circostanza per cui solo alcune delle condotte poste in essere dai pretesi concorrenti sarebbero sottoposte a pena, tra gli altri DELLA TERZA, *Struttura del reato a concorso necessario*, Milano, 1971, spec. 60 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Assago, 2017, 542; DE VERO, *Corso di diritto penale*, II, Torino, 2017, 74. Le «diverse specie» del reato plurisoggettivo sono analiticamente ricostruite da GRISPISGNI, *Diritto penale italiano*, II, *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Milano, 1950, 226 ss. Un'ampia e documentata ricostruzione è offerta da

ammissibilità sistematica della categoria in questione, si sia pervenuto di recente a ravvisare nell'art. 580 c.p. una fattispecie monosoggettiva⁶⁸.

Se l'art. 580 c.p. è affrancato dagli schemi del concorso di persone del reato, non può invocarsi la tesi della "specialità" rispetto all'art. 110 c.p. per escludere l'applicazione di quest'ultimo, contrariamente a quanto potrebbe ipotizzarsi per i delitti di agevolazione riferiti alla realizzazione di un fatto di per sé penalmente rilevante⁶⁹. Resta dunque sistematicamente intatta la possibilità di applicare l'art. 110 c.p., che però non potrebbe dar luogo a un concorso eventuale nell'altrui suicidio (in quanto atto penalmente irrilevante), come invece sembrava ritenere la Procura di Milano: l'art. 110 c.p. potrebbe al più attribuire rilevanza al concorso esterno nelle condotte di istigazione o aiuto al suicidio, che rappresenterebbero il reato nel quale si concorre. Nel "caso Cappato", altrimenti detto, dovrebbe verificarsi se la condotta dell'imputato abbia "agevolato l'aiuto" al suicidio fornito dai medici dell'Associazione *Dignitas* o, se si fosse proceduto anche nei confronti di Valentina Imbrogno, fidanzata di Fabo, si sarebbe potuto ragionare in termini di "aiuto dell'aiuto" in riferimento alla condotta della stessa: ma nel "caso Cappato" Valentina Imbrogno non è stata indagata, così come nel "caso Riccio" non si era proceduto nei confronti di Mina Welby, moglie di Piergiorgio.

Riassumendo: le condotte del preteso concorrente esterno che, sia pur non riconducibili all'art. 580 c.p., agevolino in qualche modo l'attuazione del proposito suicida, non possono rilevare neppure *ex art.* 110 c.p., posto che il suicidio non costituisce reato e che quindi mancherebbe il necessario presupposto applicativo dell'art. 110 c.p. Qualora invece le condotte "atipiche" si risolvano in un aiuto a chi pone in essere le condotte punite dall'art. 580 c.p., potrebbe ipotizzarsi un'operatività dell'art. 110 c.p. Resterebbe astrattamente invocabile la barriera edificata sul principio di offensività, per arginare una potenzialità espansiva indubbiamente notevole veicolata dalle norme sul concorso di persone nel reato: è tuttavia innegabile che una rigorosa applicazione del principio di offensività dovrebbe condurre alla paralisi di buona parte dell'attuale disciplina del concorso di persone nel reato, che, invece, continua a operare "indisturbata" nel nostro ordinamento.

11. Il "contiguo" settore della prostituzione: cenni sul "caso Tarantini".

Le tematiche relative alle scelte di fine vita e quelle che attengono al libero esercizio della prostituzione si trovano spesso accostate quando si discute della possibile costituzionalità di scelte di criminalizzazione rispondenti, ad avviso di taluno, più a logiche paternalistiche che a effettive esigenze di tutela.

MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, 1 ss., alla quale si rinvia anche per i necessari riferimenti ulteriori.

⁶⁸ Il riferimento è a MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, 192 ss.

⁶⁹ Sui rapporti tra fattispecie di agevolazione (in senso stretto) e concorso di persone si rinvia ad ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 214 ss.

Nell'ambito del "caso Tarantini", relativo all'organizzazione, in favore dell'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi, di incontri con *escort* occasionalmente o professionalmente dediti alla prostituzione, la Corte di Appello di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma primo n. 4 e n. 8 della l. n. 75 del 1958 (c.d. legge Merlin)⁷⁰. Le disposizioni in questione puniscono, rispettivamente, «chiunque recluti una persona al fine di farle esercitare la prostituzione, o ne agevoli a tal fine la prostituzione» e «chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui». I giudici baresi hanno ritenuto anzitutto necessario chiarire l'ampiezza semantica del concetto di *escort*, che indicherebbe la persona retribuita per accompagnare qualcuno e disponibile anche a prestazioni sessuali, con esclusione di quelle forme di esercizio della prostituzione coattivo ovvero necessitate da ragioni di bisogno⁷¹. In secondo luogo si è chiarito che nel "caso Tarantini" le accompagnatrici, riconducibili alla categoria delle *escort*, si erano liberamente determinate al compimento di prestazioni sessuali, senza condizionamento alcuno sulla loro deliberazione iniziale⁷². Poiché la fattispecie previste dalla legge Merlin devono intendersi poste a tutela della libertà di autodeterminazione della prostituta⁷³ e poiché la libera sessualità autodeterminata rientra nei diritti inviolabili della persona umana, dovrebbe concludersi per la necessaria incostituzionalità di fattispecie che, punendo l'agevolazione all'esercizio di un diritto fondamentale da parte di soggetti liberamente autodeterminatisi in tal senso, si porrebbero (anzitutto) in contrasto con l'art. 2 Cost. La Corte rimettente precisa che le condotte degli imputati si sarebbero limitate a favorire l'incontro tra la domanda e l'offerta sul mercato del sesso, realizzando il preminente interesse delle *escort* a segnalarsi sul mercato in questione aumentando la propria visibilità⁷⁴.

Il giudice *a quo*, pare opportuno precisarlo, inserisce queste considerazioni nella cornice del mutato contesto "sociologico" che farebbe da sfondo all'esercizio della prostituzione: la legge Merlin, in particolare, sarebbe stata concepita in un'epoca storica in cui il fenomeno delle *escort* «non era di certo conosciuto e neppure concepibile»⁷⁵.

Tralasciando gli ulteriori profili di illegittimità costituzionale evidenziati dall'ordinanza barese (artt. 41, 13, 25 commi primo e secondo, 27 Cost.), è evidente l'affinità di argomentazioni rispetto a quelle che hanno motivato la questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 580 c.p.⁷⁶ La premessa è quella di una

⁷⁰ App. Bari, III sez. pen., 6 febbraio 2018, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2018.

⁷¹ App. Bari, III sez. pen., 6 febbraio 2018, cit., 10.

⁷² *Ibidem*

⁷³ Sul "nuovo" bene giuridico tutelato dalle fattispecie contenute nella legge Merlin, per tutti, CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in questa Rivista, fasc. 3/2018, 164 ss.; MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamiento*, in Arch. pen. web, 3/2013, 10 ss.

⁷⁴ App. Bari, III sez. pen., 6 febbraio 2018, cit., 12 ss.

⁷⁵ App. Bari, III sez. pen., 6 febbraio 2018, cit., 10.

⁷⁶ L'affinità tra le due questione è stata esplicitata nell'ambito del c.d. processo *Ruby bis*, nel corso del quale la difesa di Nicole Minetti ha esplicitamente richiamato l'ordinanza della Corte di Assise di Milano

ridescrizione del bene giuridico tutelato, che, affrancato da ogni interesse superindividuale (rilevanza “statale” della vita umana, moralità pubblica, buon costume), risulta integralmente focalizzato sulla libertà di autodeterminazione del singolo. La conseguenza è la pretesa illegittimità di fattispecie che puniscono condotte di agevolazione rivolte a chi si sia liberamente determinato rispetto al suicidio o all'esercizio della prostituzione.

Ammesso (e non concesso) che l'incondizionata fiducia nel libero arbitrio sia supportata dalla concreta possibilità di tracciare, in un'Aula di Tribunale, l'esatta linea di confine tra “libertà” e “costrizione”, la questione, nel caso della legge Merlin, attiene forse non tanto ai concetti di “reclutamento” o “favoreggiamento”, quanto piuttosto a quello di “prostituzione”⁷⁷: le considerazioni sono analoghe a quelle già svolte in riferimento al suicidio, ma in questo caso sembrano emergere con maggiore chiarezza. Le argomentazioni favorevoli a una parziale illegittimità costituzionale dell'art. 3 l. n. 75 del 1958, in effetti, ruoterebbero attorno alla necessità di isolare dal *genus* prostituta la *species escort*, intesa come colei che vende la propria sessualità/genitalità in maniera libera e consapevole e altresì, stando alle indicazioni fornite dai giudici baresi, in assenza di non meglio precise “ragioni di bisogno”.

Una classificazione delle ipotesi di prostituzione non è certo impresa agevole. Si pensi, per esempio, alla distinzione tra prostituzione coattiva, necessitata e volontaria. La prostituzione *coattiva* sarebbe quella che riguarda le ragazze di colore o extracomunitarie traghettate in Italia con la promessa di un lavoro e poi costrette a divenire un ingranaggio del mercato del sesso. La prostituzione *necessitata* riguarderebbe le giovani ragazze in estremo stato di bisogno, come la giovane tossicodipendente che vende il suo corpo per procurarsi la droga. La prostituzione *volontaria*, infine, sarebbe quella posta in essere dalla *escort*, che accompagna persone facoltose, quasi mai violente o brutali, con la frequente possibilità di scegliere addirittura il cliente⁷⁸.

Potrebbe risultare difficile comprendere perché dalle potenziali vittime della prostituzione coattiva siano escluse le donne bianche e/o europee, o perché in quella volontaria si ponga l'accento sulla giovane ragazza, come se l'età potesse rappresentare un fattore davvero dirimente (del resto, fino a quando una donna resta “giovane”?). Più in generale, anche il presunto “mutamento sociologico” della prostituzione, tale per cui la prepotente emersione, solo in tempi recenti, del fenomeno delle *escort* renderebbe necessaria una revisione interpretativa della legge Merlin⁷⁹, lascia quanto meno

relativa al caso Cappato, sostenendo che in entrambi i casi si sarebbe trattato di condotte rivolte a soggetti liberi e consapevoli nelle proprie motivazioni: la notizia è riportata, tra gli altri, dal *Corriere della Sera*, 7 maggio 2018.

⁷⁷ Sulla nozione di prostituzione, tra gli altri, PIOLETTI, voce *Prostitutione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 276.

⁷⁸ CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 157.

⁷⁹ Oltre alle già citate considerazioni contenute nell'ordinanza della Corte di Appello di Bari, v. ancora CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin*, cit., 159 ss., il quale ritiene di poter valorizzare anche la condizione femminile che faceva da sfondo alla legge Merlin, molto diversa rispetto a

perplessi: di cortigiane, locandiere e *Pretty Women* che decidono “chi, come, quanto” è costellato non solo l’immaginario collettivo, ma anche l’affresco storico del mestiere più antico del mondo. Anzi, è probabilmente lo sfruttamento su larga scala, legato alla tratta di esseri umani e/o alla criminalità organizzata, a rappresentare il volto storicamente più recente di un fenomeno in costante evoluzione⁸⁰.

L’impressione è che le indagini sociologiche e criminologiche, pur utili sul piano descrittivo, faticino a risultare risolutive in una prospettiva strettamente giuridico-penale. Muovendo dal “nuovo” bene giuridico tutelato, rappresentato unicamente dalla libertà di autodeterminazione della prostituta, la sola distinzione praticabile è quella tra la prostituta liberamente determinatasi a cedere la propria sessualità/genitalità in cambio di denaro e la prostituta indotta o costretta al proprio ruolo di *sex worker*. La prima ipotesi, dunque, è quella della prostituta libera: non sembra necessario introdurre il concetto di *escort* come categoria *ad hoc*, anche se le indicazioni che procedono in questa direzione confermano l’impressione che l’esigenza sia quella di limitare per via interpretativa anzitutto il concetto di prostituzione attraverso una terminologia “socialmente adeguata” (perché parlare di “prostituta”, malgrado la rivoluzione copernicana a sfondo laico alla quale avremmo assistito in questi ultimi decenni, non è ancora una scelta lessicale del tutto “neutra”). Al di là delle questioni terminologiche, lo schema seguito dal legislatore che incrimina le condotte di agevolazione della prostituzione libera potrebbe inquadrarsi nello schema del reato di pericolo presunto: si tratterebbe di situazioni che, secondo la comune esperienza, sono “pericolosamente prossime” alle condotte che incidono sulla capacità di autodeterminazione della donna o, comunque, alle condotte di sfruttamento. L’incostituzionalità delle fattispecie in questione, quindi, dovrebbe affermarsi sulla base della lesione del principio di offensività, considerato già nella sua dimensione di “offensività in astratto”, per l’eccessiva lontananza dal bene giuridico tutelato. Oppure, analogamente a quanto già osservato in riferimento all’aiuto al suicidio, potrebbe ritenersi che le condotte collaterali alla prostituzione libera e consapevole superino il vaglio di costituzionalità sul profilo della offensività in astratto, restando ovviamente impregiudicata la verifica dell’offensività in concreto, caso per caso, da parte dei giudici comuni.

È interessante notare come la legittimità delle condotte di sfruttamento della prostituzione, non importa se libera o meno, non risulti messa in discussione. Nell’ordinanza della Corte di Appello di Bari si legge che «l’eccepita incostituzionalità delle norme che sanzionano penalmente le condotte di intermediazione agevolativa nei riguardi delle *escort* riguarda ipotesi comportamentali diverse e distinte vuoi da quelle ricadenti nell’ambito dello sfruttamento [...] vuoi da quelle generative dell’intendimento di prostituirsi». Se, tuttavia, l’intento è quello individuare il bene giuridico tutelato nei (soli) termini della autodeterminazione della vittima, non si

quella attuale. Lo stesso Autore sottolinea anche (183) che nel 1958 la prostituzione era pressoché esclusivamente un fenomeno femminile.

⁸⁰ MERZAGORA, TRAVAINI, *Prostitutione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, 1124 ss.

comprende la ragione per la quale il dubbio di legittimità costituzionale non possa investire anche le condotte di sfruttamento, da parte di terzi, della attività di "libera" prostituzione. Il concetto di sfruttamento, in effetti, non implica un danno economico per la vittima (in questo caso, del resto, si tratterebbe di un delitto contro il patrimonio, non contro la libertà personale) e anzi può avvenire anche con il consenso della prostituta⁸¹. Perché, per esempio, il gestore di una discoteca nella quale la prostituta ha deciso liberamente e consapevolmente di prestare la propria attività di *sex worker*, tra l'altro in condizioni di sicurezza garantite dallo stesso gestore, non potrebbe ricavare dei proventi economici dalla attività di quest'ultima⁸², proprio come avviene per il ragazzo che lavora al bancone dei *cocktail*? Anche in questo caso, dunque, o si ritiene che lo schema di riferimento sia quello del reato di pericolo presunto oppure si conclude per la illegittimità costituzionale di ogni condotta "collaterale" alla prostituzione libera e consapevole, sfruttamento compreso, posto che il concetto di "sfruttamento" mal si concilia con i proventi tratti, senza costrizione, dal libero esercizio di un diritto fondamentale da parte di una terza persona.

12. Dal diritto di morire al diritto di vivere: le irrinunciabili articolazioni della dignità umana.

Tornando alle questioni sollevate dal "caso Cappato", è inevitabile che la lente pregiuridica condizioni in tutto o in parte (anche) la visione del giurista in riferimento ai temi del fine vita, non solo e non tanto in termini di pregiudiziale etica, quanto piuttosto nelle forme della impietosa fotografia resa dalle inefficienze che la tutela del diritto alla salute è costretta a subire.

Le generalizzazioni, è cosa nota, conducono a banalizzanti semplificazioni, pretendendo di attribuire valenza generale a ciò che in realtà vale solo in un numero limitato di casi. Chiunque però abbia avuto la sventura di "frequentare" le corsie di ospedale in cui sono ricoverati malati terminali o, peggio, di aver ospitato la malattia nel perimetro delle proprie mura domestiche, avrà avuto modo di constatare che i casi Welby, Fabo, Englaro, Piludu, Nuvoli, Cazzanello (si è portati, curiosamente, a indicare i casi in questione non con il nome degli imputati ma con quelli delle "vittime") sono solo le punte di un *iceberg* che rimane sommerso, lontano dalle aule di Tribunale. Le pratiche di fine vita non generano contenzioso, come dimostrano le applicazioni a dir poco sporadiche degli artt. 579 e 580 c.p. in riferimento a pretese procedure eutanasiche. Si tratta di chiarire se ciò avvenga perché le pratiche di fine vita individuano un fenomeno residuale o, piuttosto, perché le stesse sono solitamente poste in essere con il consenso del malato e/o dei familiari. Se, come sembra, il buon

⁸¹ Cfr. la giurisprudenza secondo cui risponde del reato di sfruttamento della prostituzione il marito o convivente della prostituta che, consapevole di tale attività, trae i propri mezzi di sussistenza dai guadagni della donna, anche nel caso in cui le somme in questione siano cedute spontaneamente per contribuire alla vita familiare: Cass., sez. II pen., 23 settembre 2016, n. 47841.

⁸² Cass., sez. III pen., 9 giugno 2017, n. 46463.

senso conduce verso la seconda “spiegazione”, sarebbe auspicabile condurre le vicende in questione fuori dall’ombra e dal silenzio, tirando via quella benda fatta di perbenismo ipocrita ostentata da chi preferisce non vedere, almeno fino a quando qualcuno non decida di rendere “politica” la decisione di porre fine alle proprie insopportabili sofferenze⁸³.

C’è però anche l’altra faccia della medaglia dalla quale non più prescindersi: «alla libertà di morire corrisponde specularmente la liberà di vivere. Nessuno può decidere al posto di un altro se una vita è degna di essere vissuta, e il concetto di “qualità della vita” non può che essere strettamente soggettivo. Questo è vero se si vuole vivere, ed è vero se si vuole morire. In entrambi i casi, tutte le risorse della scienza devono essere messe a disposizione della volontà del malato, che va considerata sovrana e intangibile»⁸⁴.

Se vicende come quelle di Dj Fabo suscitano il dovuto clamore, restano spesso senza voce le difficoltà di chi, pur perseverando nel desiderio di continuare a vivere, non riesca ad accedere agevolmente a ricoveri che possano considerarsi dignitosi, alla necessaria assistenza domiciliare, a un supporto psicologico per sé e i propri familiari (per chi abbia la fortuna di essere circondato dal loro supporto morale e materiale). La speranza è quella che lo storico scatto d’orgoglio mostrato dal legislatore del 2017 e la chiara (ri)affermazione di un “diritto di rifiutare le cure”, si traduca anche in una (ri)affermazione del “diritto di ottenere le cure” per chi decida di vivere, fino alla fine, con *dignità*, ma che troppo spesso si trova, solo e isolato, ingoiato dall’ombra di uno spazio libero tanto dal diritto quanto dall’opinione pubblica e dal dibattito politico.

⁸³ Cfr. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 5.

⁸⁴ VERONESI, *Il diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia*, Milano, 2011, 4.