

DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTO PENALE AL CONGEDO DALLA VITA: ESPERIENZE ITALIANE E STRANIERE A CONFRONTO (*)

di Francesco Viganò

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Rifiuto di trattamenti salvavita. – 3. Interruzione di trattamenti di sostegno vitale a pazienti incapaci. – 4. Aiuto al suicidio ed eutanasia attiva. – 4.1. Non esiste un “diritto a morire”: le pronunce della Corte Suprema USA, della *House of Lords* inglese e della Corte EDU alle soglie del nuovo secolo. – 4.2. I giudici supremi inglesi riconsiderano la questione nel caso *Nicklinson*. – 4.3. I primi riconoscimenti giurisprudenziali del “diritto a morire”: le sentenze della Corte costituzionale colombiana e della Supreme Court canadese. – 4.4. La sentenza nel caso Cappato della Corte costituzionale italiana. – 4.5. Le sentenze delle Corti costituzionali tedesca e austriaca. – 4.6. “Controlimiti” al “diritto a morire”? Le più recenti pronunce delle corti costituzionali portoghese e italiana. – 5. Qualche considerazione conclusiva.

1. Introduzione.

Pochi studiosi come Mimmo Pulitanò hanno dedicato costante attenzione – sin dai primi magistrali contributi sulla libertà di manifestazione del pensiero, agli esordi della sua lunga carriera scientifica¹ – ai rapporti tra diritto penale e diritto costituzionale, indagando i molteplici *limiti* che la Costituzione impone al legislatore e al giudice penale, e assieme – a partire almeno da un notissimo saggio del 1983² – la tuttora *vexata quaestio* degli *obblighi* di tutela che dalla Costituzione discendono a carico del sistema penale nel suo complesso. Questa sua spiccata sensibilità gli ha consentito di fornire contributi fondamentali su temi di grande attualità da prospettive sempre nuove, vivificate dalla sua acuta sensibilità politico-istituzionale e da una costante attenzione alle dinamiche reali del sistema penale, con uno sguardo che va molto al di là delle categorie dogmatiche che troppo spesso ingabbiano lo sguardo dei penalisti.

Non è un caso, allora, che uno dei temi ai quali Pulitanò ha spesso rivolto la propria attenzione, soprattutto in anni recenti, sia stato quello del diritto penale di fronte alle decisioni sul momento finale della vita umana³: un tema fitto di implicazioni umane

(*) Questo contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giaplichelli, 2022, pp. 305-348. L'autore ringrazia l'editore e i curatori per averne autorizzato la ripubblicazione, nella versione originale, in questa *Rivista*. Le opinioni qui espresse sono unicamente attribuibili all'autore, e non riflettono necessariamente la posizione della Corte costituzionale italiana, della quale è componente.

¹ D. PULITANÒ, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 223 ss.; ID., *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quest. giust.*, 1970, 192

² D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.

³ Ad esempio in D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, fasc.

ed emotive, sul quale convergono norme penali, discipline civilistiche e amministrativistiche, e naturalmente diritti e principi costituzionali di sommo rilievo – come vita, dignità, libertà –, in problematico reciproco rapporto.

Nelle brevi riflessioni che seguono, a lui dedicate, proverò ad accostarmi nuovamente a questo tema, che appare in verità in rapida evoluzione dal punto di vista del diritto comparato: non solo perché negli ultimi anni si stanno moltiplicando gli ordinamenti nei quali il legislatore sta optando per la legalizzazione di talune forme di eutanasia attiva o di suicidio assistito, ma anche perché – laddove manchi un intervento legislativo in tal senso – molte corti supreme o costituzionali stanno muovendo passi significativi in questa direzione utilizzando la forza espansiva dei diritti fondamentali. Strumenti, questi ultimi, utilizzati per invalidare, o comunque per limitare l’ambito applicativo di, incriminazioni fortemente radicate nella tradizione di molti ordinamenti, come l’omicidio del consenziente o l’aiuto al suicidio.

La precisa fisionomia del diritto fondamentale che in queste decisioni viene chiamato in causa non è, però, del tutto chiara, e mi pare necessiti di una più approfondita riflessione. Anche perché dalla precisa definizione del diritto fondamentale in gioco derivano conseguenze assai rilevanti sull’estensione dei limiti alla discrezionalità del legislatore che da tale diritto si vogliono derivare.

2. Rifiuto di trattamenti salvavita.

Conviene per prima cosa fare un piccolo passo indietro nel tempo, e riflettere un poco sulle prime questioni in materia di disciplina del fine vita affrontate dalla giurisprudenza utilizzando argomenti tratti dal diritto costituzionale: e cioè le questioni relative al *rifiuto* di trattamenti salvavita da parte di pazienti capaci.

Sul punto, conviene rammentare che la posizione standard della dottrina italiana sino almeno agli anni Settanta era pressappoco la seguente. Se una persona rifiuta un trattamento medico necessario per la sua sopravvivenza, essa sta – di fatto – *disponendo* della propria vita; e poiché la vita è considerata dal legislatore come un bene indisponibile, come dimostrano gli artt. 579 e 580 c.p. nonché – sulla base di un piano argomento *a fortiori* – l’art. 5 c.c., tale rifiuto deve esso pure considerarsi giuridicamente irrilevante. Conseguenza: il medico è senz’altro *facoltizzato* a effettuare l’intervento, anche laddove ciò comporti il compimento di atti in via generale penalmente rilevanti, come la violenza privata integrata dall’uso di forza fisica per costringere il paziente a subire l’intervento. Un tale intervento è infatti coperto dallo stato di necessità di cui all’art. 54 c.p., in relazione alla necessità di salvare la vita del paziente medesimo, che è bene prevalente rispetto alla sua libertà temporalmente limitata dal medico⁴. Anzi, a ben guardare l’intervento del medico deve qui considerarsi *doveroso*, posto che in caso

6, pag. 1195; ID., [Il diritto penale di fronte al suicidio](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8, 2018, 57 ss.; ID., [Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo](#), in *Sist. pen.*, 21 ottobre 2021; ID., [Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica](#), in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022.

⁴ Così, ad esempio, C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, 1964, p. 229.

contrario egli verrebbe meno al suo obbligo di tutela della vita del paziente, che assume le vesti di un obbligo impeditivo della sua morte, rilevante ai sensi dell'art. 40, secondo comma, c.p. Il medico che rinunciava a intervenire per rispettare la volontà del paziente risponderebbe dunque per omicidio doloso in forma omissiva, stante la sua piena coscienza (e volontà, almeno nei termini di un dolo diretto di secondo grado) di non impedirne la morte.

È solo a partire dagli anni Settanta che comincia a farsi strada, grazie a una fondamentale monografia di Ferrando Mantovani⁵, l'idea che i *diritti costituzionali* della persona possano far vacillare questi assunti, apparentemente così solidi. Di fronte a dilemmi come il rifiuto di emotrasfusioni da parte di testimoni di Geova e lo sciopero della fame di imputati per reati di terrorismo nei primi anni Ottanta, la dottrina italiana comincia in particolare a valorizzare il ruolo dell'art. 32, secondo comma, Cost.⁶: norma che, prima ancora di esprimere principi, enuncia un *divieto*, e dunque una precisa regola – il divieto, cioè di “obbligare” chicchessia a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, e salvi comunque i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Naturalmente, il rilievo di questa disposizione costituzionale rispetto alla tematica generale del rifiuto del trattamento salvavita dipende da una serie di assunti, ai quali non sempre si dedica la dovuta attenzione: primo fra tutti, il riconoscimento che il divieto da essa espresso, e il correlativo *diritto* della persona a non essere obbligata al trattamento indesiderato, abbiano efficacia anche nei rapporti *orizzontali* tra gli individui (nei termini, dunque, di una loro *Drittwirkung*), e non soltanto i quelli verticali tra autorità e individuo. Un tale riconoscimento, tuttavia, non appariva nel complesso problematico: sia perché rispetto ai casi problematici concreti del rifiuto di emotrasfusioni e di nutrizione artificiale ai detenuti in sciopero della fame era indubbia la circostanza che i sanitari che avrebbero dovuto praticare il trattamento erano funzionari del servizio sanitario pubblico o dell'amministrazione penitenziaria; sia perché la dottrina della *Drittwirkung* ha trovato storicamente, nel nostro ordinamento, un campo di applicazione privilegiato proprio nell'art. 32, primo comma, Cost., valorizzato dalla giurisprudenza civile quale fondamento della risarcibilità del danno biologico, a sua volta antesignano del moderno danno da lesione di un diritto fondamentale. Sicché del tutto ovvio dovette apparire applicare la medesima logica anche al diritto riconosciuto dal secondo comma dell'art. 32 Cost.

Ed allora, fu agevole costruire un'argomentazione di segno opposto a quella tradizionale, poc'anzi rammentata: se ciascuna persona ha diritto a non essere “obbligata” – e a fortiori “costretta”⁷ – a subire un trattamento medico al di fuori di una

⁵ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, 1974, spec. 226 ss.

⁶ A partire proprio da D. PULITANO, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Quest. giust.*, 1982, 373 ss. Più o meno negli stessi anni cfr. anche gli importanti contributi di M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, *Diritto e società*, 1980, 769 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione*, *Dir. e società*, 1982, 310 ss.; V. ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere malati*, in *Quest. giust.*, 1982, 367 ss.

⁷ Sulla distinzione tra trattamento “obbligatorio” e “coattivo” cfr., da ultima, C. cost., sentenza n. 22 del 2022, *Considerato in diritto* n. 5.3.1.

esplicita previsione di legge, nessun trattamento medico rifiutato dal paziente potrà essere praticato in assenza di una tale legge, l'art. 54 c.p. non potendo considerarsi norma idonea a soddisfare la riserva di legge stabilita dall'art. 32, secondo comma, Cost. (che esige l'individuazione di un "determinato" trattamento imposto per legge). Di più: costringere con la forza un paziente a subire un trattamento medico invasivo, come un'emotrasfusione o l'alimentazione forzata, significa *anche* limitarne gravemente la stessa libertà personale sancita dall'art. 13 Cost., il cui significato minimo coincide con il *diritto a non subire coercizioni nel corpo*⁸; ciò che comporta la duplice necessità che ogni trattamento coattivo sia autorizzato da una *legge* che specifichi "casi e modi" della limitazione di libertà, e che esso sia altresì autorizzato da un *giudice*. Infine, la Corte costituzionale – sia pure nel contesto di sentenze aventi a oggetto la ripartizione di competenze tra Stato e regioni – cominciò altresì a evocare, a fondamento del principio del consenso informato del paziente quale normale fondamento di liceità del trattamento medico, la clausola aperta dei "diritti inviolabili" della persona di cui all'art. 2 Cost.⁹, evidentemente con riferimento al diritto "innominato" alla integrità fisica, necessariamente compromesso da un trattamento medico invasivo del corpo del paziente.

La riallocazione dell'argomentazione, così realizzata, sul piano dei diritti fondamentali della persona consente anche di reimpostare su basi completamente differenti da quelle tradizionali la questione della tutela della vita del paziente, che corrisponde pure al diritto posto al vertice di un'ideale gerarchia dei valori costituzionali – se non altro perché la vita costituisce l'essenziale presupposto per il godimento di qualsiasi diritto. Impregiudicato restando il problema della sua disponibilità o indisponibilità in base alle indicazioni dei codici penale e civile – fonti pur sempre di rango ordinario –, e ferma restando altresì l'idea che dall'art. 2 Cost. discende un generale dovere dell'ordinamento di tutelare la vita umana, il riconoscimento che ogni trattamento coattivo comporta una interferenza con l'area di tutela di diritti costituzionali assistiti da riserve di legge (rafforzata nel caso dell'art. 13 Cost.) comporta che, laddove pure il legislatore intendesse tutelare la vita di un paziente che rifiuti un trattamento necessario per la sua sopravvivenza, un tale obiettivo potrebbe essere raggiunto soltanto attraverso una legge che espressamente disciplini tale trattamento, entro i limiti segnati dal rispetto della persona umana; risultando per converso incompatibile con la Costituzione ogni percorso argomentativo che intendesse assicurare la salvaguardia della vita del paziente – in adempimento di un supposto dovere discendente direttamente dall'art. 2 Cost. – attraverso un trattamento coattivo non previsto in alcun modo dalla legge.

Sulla base, sostanzialmente, di queste considerazioni – anche se non sempre declinate in tutti i corollari menzionati – la pressoché totalità dei giuristi italiani, pratici e accademici assieme, ritiene che non possa ritenersi giustificato – nemmeno ai sensi

⁸ Cfr. da ultimo l'ampia ricapitolazione della giurisprudenza costituzionale sul punto in C. cost., sentenza n. 127 del 2022, *Considerato in diritto* n. 4 (e, specificamente in materia di trattamento sanitario coattivo, sentenza n. 22 del 2022, *Considerato in diritto* n. 5.3.1.).

⁹ C. cost., sentenza n. 438 del 2008.

dell'art. 54 c.p.¹⁰ – alcun intervento medico nei confronti di un paziente che tale trattamento rifiuti, anche laddove esso sia necessario per garantirne la sopravvivenza¹¹. Ovvio, a questo punto, il risvolto penalistico: l'omissione del trattamento rifiutato dal paziente è giuridicamente doverosa, e non può per tale ragione essere rimproverata al medico ai sensi dell'art. 40, secondo comma, Cost.; onde la morte del paziente non gli potrà essere imputata – già per difetto di tipicità – a titolo di omesso impedimento dell'evento.

La cogenza di questa conclusione, come è noto, è stata testata una quindicina d'anni fa nel notissimo caso di Piergiorgio Welby, in cui veniva peraltro in considerazione non già il rifiuto *ab initio* di un trattamento, bensì la richiesta del paziente – gravemente sofferente a causa della malattia degenerativa di cui soffriva, ma ancora pienamente capace di autodeterminarsi – che fosse *interrotta* la ventilazione artificiale che ne garantiva la sopravvivenza (ciò che poneva la difficoltà supplementare rappresentata dalla necessità, per il medico, di porre in essere una condotta attiva quale lo spegnimento del respiratore). Il procedimento penale per omicidio del consenziente avviato nei confronti del medico che aveva attuato questo suo desiderio, somministrandogli contestualmente dei sedativi per eliminarne le sofferenze prima del decesso, si concluse con una sentenza di non luogo a procedere pronunciata in udienza preliminare, in cui fu ravvisato bensì un fatto tipico di cui all'art. 579 c.p., ma si ritenne operante la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p., con riferimento al divieto gravante sul medico (e discendente dall'art. 32, secondo comma, Cost.) di “obbligare” il paziente a subire la prosecuzione del trattamento di sostegno vitale indesiderato, e al correlativo diritto del paziente medesimo (discendente dalla stessa disposizione costituzionale) di rifiutare il trattamento¹².

Il caso Welby non approdò in Cassazione, per difetto di impugnazione da parte della pubblica accusa; ma la soluzione cui pervenne quella sentenza fu, cessate le polemiche iniziale, accolta come la naturale conseguenza di principi da tempo operanti nel sistema¹³, tanto che tali principi furono puntualmente recepiti nella legge 22

¹⁰ Ho affrontato questo tema, ormai molti anni or sono, in F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, 2000, 523 sss.

¹¹ Sul punto, limpidamente, A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 70.

¹² Sul caso Welby, si consenta qui il rinvio all'ampia discussione svolta in F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1594 ss.

¹³ Principi di lì a pochissimo enunciati puntualmente dalla sentenza della Cassazione che decise il caso *Englaro* (Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748), su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo. Particolarmente significative, in proposito, le seguenti affermazioni (paragrafi 6 e 6.1): “il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente [...]. Il principio del consenso informato [...] ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità, nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale ‘è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo’ (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990); e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal

dicembre 2017, n. 219, che per la prima volta ha dettato nel nostro ordinamento una disciplina organica in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

L'art. 1, comma 1, della legge, dopo un richiamo alla triade di disposizioni costituzionali poc'anzi menzionate (artt. 2, 13 e 32 Cost.), enuncia infatti il principio secondo cui "nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge"; precisa, al comma 5, che "[o]gni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso", nonché "di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento", chiarendo altresì che "fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale". Il comma 6 dispone poi, a scanso di ogni equivoco, che "il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità".

Sovrapponibile negli esiti, e nella sostanza dell'itinerario argomentativo al di là delle differenti basi giuridiche, è lo stato del diritto in materia di rifiuto di trattamenti salvavita in numerosi altri ordinamenti contemporanei.

In *Germania*, già in una famosa sentenza del 1957 il Tribunale Supremo Federale aveva stabilito che il diritto alla inviolabilità fisica riconosciuto (espressamente) nell'art. 2, paragrafo 2, della Legge Fondamentale attribuisce al paziente il diritto a che il medico rispetti la sua decisione di non sottoporsi a un'operazione chirurgica pure necessaria per la sua sopravvivenza, come l'amputazione di una gamba in cancrena¹⁴. Il dovere del medico di salvare la vita del paziente e di lenire le sue sofferenze, argomenta il Tribunale, trovano il proprio limite invalicabile nella libera autodeterminazione della persona sul proprio corpo. Questo principio si è imposto come pacifico presso la dottrina e la giurisprudenza successive¹⁵; ed è oggi scontato, in quell'ordinamento, che ogni intervento medico realizza una *ingerenza (Eingriff)*, assieme, nel diritto fondamentale alla inviolabilità fisica della persona e in quello (pure espressamente riconosciuto dall'art. 2, paragrafo 2, della Legge fondamentale) al libero sviluppo della propria personalità, sicché esso necessita di una speciale *giustificazione* dal punto di vista del diritto *costituzionale* – giustificazione normalmente rappresentata dal consenso libero e informato del paziente, allorché questi possieda la capacità di formare decisioni autoresponsabili¹⁶.

necessario rispetto della persona umana [...]. Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale [...]. Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita".

¹⁴ BGHSt 11, 111.

¹⁵ Al punto che nel "Progetto alternativo di una legge sull'eutanasia" (J. BAUMANN U. A., *Alternativentwurf über Sterbehilfe*, 1986), elaborato alla metà degli anni ottanta del secolo scorso da vari professori tedeschi, austriaci e svizzeri, si consideravano non punibili, già *de iure condito* – e dunque senza che fosse necessario alcun intervento legislativo in proposito –, l'omissione e la interruzione di trattamenti di sostegno vitale allorché il paziente avesse richiesto espressamente e seriamente tale omissione o interruzione.

¹⁶ Per un caso, deciso dal Tribunale Costituzionale Federale di rifiuto di emotrasfusioni da parte di una donna, madre di quattro figli, BVerfG 32, 98.

Altrettanto significativa la situazione negli *Stati Uniti*. Sino all'incirca alla metà degli anni Settanta del secolo scorso, varie corti statali avevano invero autorizzato interventi medici necessari alla sopravvivenza su pazienti dissenzienti, argomentando sulla base della prevalenza dell'interesse alla salvaguardia della vita del paziente rispetto alla tutela della sua libertà e della sua stessa integrità corporea. La situazione mutò però completamente quando alcune corti statali cominciarono a utilizzare in questa materia il diritto alla *privacy*, sviluppato negli anni Sessanta dalla Corte Suprema federale come diritto della persona "a essere lasciata sola" nelle decisioni che più intimamente concernono la propria esistenza, prime fra tutte quelle che attengono al proprio corpo: quello stesso diritto che aveva condotto la stessa Corte Suprema in *Roe*, nel 1973, a riconoscere un pressoché incondizionato diritto della donna ad abortire nei primi due trimestri di gravidanza¹⁷. A partire, in particolare, dal caso *Quinlan* – deciso dalla Corte Suprema del New Jersey nel 1976 –, le corti americane presero a riconoscere che il diritto fondamentale alla *privacy* include il diritto a rifiutare qualsiasi trattamento, ancorché necessario per la sua sopravvivenza; e che di tale diritto è titolare anche il paziente incapace, che lo esercita attraverso i suoi rappresentanti legali¹⁸. Tale diritto – alla fine avallato, nonostante qualche ambiguità, dalla stessa Corte Suprema federale¹⁹ – è stato così applicato a pazienti capaci ma sottoposti a sofferenze intollerabili, che rifiutavano trattamenti di sostegno vitale come la ventilazione artificiale²⁰ o l'alimentazione enterale²¹.

Interessante dal punto di vista del diritto comparato è anche lo sviluppo della giurisprudenza *inglese* in questa materia. Pur non potendo basarsi su argomenti di diritto costituzionale, già la giurisprudenza precedente allo *Human Rights Act* del 1998 era da tempo pervenuta – sul solido fondamento del *common law* – alla conclusione che qualsiasi intervento medico sul paziente espone il medico a una possibile responsabilità civile e penale (rispettivamente, per il *tort* di *battery*, ovvero per il corrispondente reato) per l'intrusione così realizzata nel corpo del paziente stesso, laddove non sussista una idonea causa di giustificazione, rappresentata di regola dal suo consenso libero ovvero, rispetto ai pazienti

¹⁷ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), peraltro – come è noto – recentemente *overruled* da *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, pubblicata lo scorso 23 giugno 2022.

¹⁸ *Quinlan*, 355 A.2d 647 (Supreme Court of New Jersey, 1976).

¹⁹ In *Cruzan v. Director, Missouri Dep't of Health*, 497 U.S. 261 (1990) – l'unico caso sul diritto a rifiutare trattamenti medici necessari per la sopravvivenza deciso dalla Corte Suprema americana – la *opinion of the Court* redatta dal Presidente Rehnquist su limitò in effetti ad affermare che l'esistenza di questo diritto avrebbe potuto dedursi dai precedenti in materia di *right to privacy*, aggiungendo che, *anche se si fosse partiti da questo presupposto*, la legislazione statale esaminata dalla Corte – che stabiliva requisiti stringenti per determinare la volontà presunta, da parte del paziente, di rifiutare trattamenti di sostegno vitale – avrebbe dovuto in ogni caso ritenersi costituzionalmente legittima, con riguardo alla sua finalità di proteggere la vita dei pazienti contro il rischio di errori e di abusi (p. 2789). Al riguardo, l'opinione concorrente di Scalia negò invece, in maniera radicale, che dalla Costituzione potesse derivarsi tale diritto fondamentale: "*I would have preferred that we announce, clearly and promptly, that the federal courts have no business in this field; that American law has always accorded the State the power to prevent, by force if necessary, suicide - including suicide by refusing to take appropriate measures necessary to preserve one's life; that the point at which life becomes "worthless," and the point at which the means necessary to preserve it become "extraordinary" or "inappropriate," are neither set forth in the Constitution nor known to the nine Justices of this Court any better than they are known to nine people picked at random from the Kansas City telephone directory; and hence, that even when it is demonstrated by clear and convincing evidence that a patient no longer wishes certain measures to be taken to preserve her life, it is up to the citizens of Missouri to decide, through their elected representatives, whether that wish will be honored*" (p. 293).

²⁰ *Satz v. Perlmutter* 379 So.2d 359 (Supreme Court of Florida); *Bartling v. Superior Court*, 209 Cal Rptr 220 (Superior Court, County of Los Angeles, 1984).

²¹ *Bowia v. Superior Court*, 225 Cal. Rptr. 297 (Cal. App. 2 Dist., 1986); *In the Matter of Farrel*, 529 S.2d 404 (Supreme Court of New Jersey, 1987); *McKay v. Bergstedt*, 801 P.2d 617 (Nevada Supr. Court, 1990).

incapaci, da una situazione di necessità medica. In assenza di giustificazione, il medico non ha dunque alcun potere di intervenire sul paziente: principio, quest'ultimo, affermato prima dalla *House of Lords* in relazione a pazienti incapaci, e poi applicato dalla *Court of Appeals* per affermare la legittimità – o meglio, la doverosità – dell'omissione o della interruzione di trattamenti necessari per la sopravvivenza ma rifiutati dal paziente, come l'amputazione di un piede in cancrena²² o la interruzione della ventilazione artificiale²³.

A livello nazionale e internazionale, si registra dunque un ampio consenso non solo sulla legittimità, ma sulla stessa *doverosità*, per il medico, di *astenersi dal porre in essere*, o *proseguire*, trattamenti consapevolmente *rifiutati* da un paziente capace di autodeterminarsi; e ciò anche nelle situazioni in cui il rifiuto esponga il paziente ad una morte imminente e sicura, come nel caso paradigmatico della richiesta di interruzione della ventilazione artificiale, risolto in modo uniforme in tutti gli ordinamenti appena considerati, nei quali è ormai pacifico che il medico che esegua la volontà del paziente non si espone ad alcuna responsabilità penale – né per omicidio comune od omicidio del consenziente (in forma attiva od omissiva), né per aiuto al suicidio.

Tale soluzione si appoggia, a ben guardare, su due distinte linee argomentative che spesso si intrecciano e si sovrappongono, ma restano analiticamente ben distinguibili.

In primo luogo, la *ratio* del diritto del paziente di rifiutare qualsiasi trattamento medico viene ravvisata nel suo diritto alla *inviolabilità fisica*: un diritto ben radicato nel *common law* angloamericano, e che nei Paesi provvisti di una Costituzione assurge a diritto fondamentale, resistente come tale a possibili scelte in senso contrario da parte dello stesso legislatore. Tale diritto è espressamente riconosciuto nella Legge fondamentale tedesca, così come nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che all'art. 3 – subito dopo aver proclamato, al paragrafo 1, il diritto di ciascuno “alla propria integrità fisica e psichica” – enuncia il connesso principio del rispetto del “consenso libero e informato” della persona nelle pratiche mediche (paragrafo 2, lettera 1). Un tale punto di vista è largamente presente anche nella riflessione teorica italiana, laddove si sottolinea che ogni trattamento coattivamente imposto al paziente si traduce in una intrusione nel suo corpo, e pone un problema di giustificazione ai sensi dell'art. 13 Cost., inteso come norma posta in causa – appunto – da qualsiasi coazione sul corpo, nonché ai sensi dello stesso diritto alla integrità fisica, riconducibile al novero dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. Infine, lo stesso diritto alla *privacy* elaborato dalla giurisprudenza costituzionale nordamericana pare evocare l'idea dell'inviolabilità di uno spazio fisico attorno alla persona, nella quale lo Stato non è autorizzato a entrare – uno spazio del quale il *corpo* della persona costituisce il nucleo minimo. Come ero solito spiegare ai miei studenti, l'idea forte è, qui, che esiste un diritto della persona a che nessuno *entri nel suo corpo* senza il suo consenso.

C'è però una diversa logica che può essere chiamata a fondare il diritto a rifiutare il trattamento medico, che si ricollega a un'idea di *libertà*, piuttosto che di inviolabilità del corpo. Tale diversa logica è evocata quando si parla di *autodeterminazione terapeutica*,

²² *Re C (adult: refusal of medical treatment)* (1994) 1 All ER 819.

²³ *Re B (Adult: Refusal of Treatment)* (2002) 2 All ER 449.

ossia del diritto di ciascuno di *decidere* che cosa debba accadere del proprio corpo, della propria salute e – in definitiva – della propria stessa vita, trattandosi delle decisioni che più intimamente attengono alla propria esistenza e che solo indirettamente producono effetti su terzi. Coerente con questa logica è il richiamo, corrente nell’esperienza giuridica tedesca, al diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità, pure tutelato dall’art. 2, paragrafo 2, della Legge Fondamentale e invocato anch’esso, assieme alla inviolabilità fisica, a fondamento del diritto a rifiutare trattamenti indesiderati. Lo stesso art. 32, secondo comma, Cost. è letto frequentemente come *diritto di libertà*, posto in causa non solo nelle ipotesi in cui il trattamento sia coattivamente imposto, ma anche allorché esso sia meramente obbligatorio, e cioè assistito da sanzioni nel caso di inosservanza. Il diritto di *privacy* della tradizione statunitense appare anch’esso, per così dire, geneticamente connotato da quest’ambiguità di fondo, come diritto che tutela da un lato uno *spazio fisico* attorno alla persona immune da interventi statali (lo Stato non può entrare nella camera da letto delle persone, vietando l’uso di contraccettivi o vietando relazioni sentimentali interrazziali), e dall’altro la *libertà* della persona di assumere senza condizionamenti statali le decisioni che più intimamente riguardano la propria esistenza – tra cui quella, riconosciuta in *Roe* e ora negata dopo cinquant’anni da *Dobbs*, se portare a termine una gravidanza, o se sottoporsi a un trattamento medico.

Come subito vedremo, privilegiare l’una o l’altra logica non è scelta priva di conseguenze rispetto alle ulteriori costellazioni di ipotesi che stiamo per esaminare.

3. Interruzione di trattamenti di sostegno vitale a pazienti incapaci.

Questioni di più difficile soluzione sono poste dai casi in cui si tratta di decidere se, e a quali condizioni, sospendere trattamenti di sostegno vitale nei confronti di pazienti incapaci di assumere decisioni autoresponsabili.

Sino alla notissima decisione della Cassazione del 2007 sul caso Englaro, la posizione standard nel nostro ordinamento era, pressappoco, la seguente. Anche ammessa l’esistenza di un diritto (fondamentale) del paziente a rifiutare qualsiasi trattamento, compresi quelli necessari per la sopravvivenza, questo diritto non viene in gioco quando il paziente non è in grado di esprimere alcuna volontà, e dunque non è in grado di esprimere alcun rifiuto al trattamento stesso. Pertanto, il trattamento necessario a preservarne la sopravvivenza deve considerarsi giuridicamente doveroso, salvo che non appaia esso stesso come una forma di accanimento terapeutico, produttivo di maggiori danni che benefici ad un paziente comunque prossimo alla morte. Sicché, l’omissione o l’interruzione del trattamento necessario per la sopravvivenza del paziente (in quanto non consistente in accanimento terapeutico) pareva senz’altro penalmente rilevante, ai sensi dell’art. 40, secondo comma, c.p., in quanto omesso impedimento dell’evento letale.

Il nodo venne al pettine, come tutti sappiamo, con il caso Englaro, relativo a una giovane donna che versava ormai da molti anni in stato vegetativo permanente. Difficile, qui, qualificare la somministrazione di liquidi e alimenti per via enterale come un accanimento terapeutico: sia perché un paziente in tali condizioni non è affatto

terminale, potendo sopravvivere, se opportunamente idratato e alimentato, per molti anni, sia perché nella verosimile assenza di ogni residuo di coscienza non è plausibile ipotizzare che l'alimentazione e l'idratazione artificiale producano una qualsivoglia sofferenza ingiustificata. Eppure ineludibile è, in queste situazioni, la domanda su che senso abbia continuare a sostenere le funzioni vitali di un paziente che abbia ormai perso – a giudizio dei medici irreversibilmente – ogni percezione di se stesso.

Negli *Stati Uniti*, il dilemma era stato affrontato, più di trent'anni prima, nel già menzionato *seminal case Quinlan*, deciso nel 1976 dalla Corte Suprema del New Jersey: il rappresentante legale di una paziente in stato vegetativo permanente fu autorizzato a disporre la sospensione della ventilazione assistita nei suoi confronti, risultando da un complesso di evidenze che lei stessa avrebbe assunto quella decisione se ne avesse avuto la possibilità. Il criterio individuato dalla Corte, poi adottato da numerosi casi successivi, fu quello del cosiddetto *substituted judgment* da parte del legale rappresentante: posto che anche un paziente incapace deve ritenersi titolare del diritto fondamentale a rifiutare ogni trattamento, quale corollario del più ampio diritto fondamentale alla *privacy*, occorre che esso sia esercitato dal legale rappresentante, il quale è chiamato a esprimere la volontà che il paziente avrebbe verosimilmente espresso, in base alla sua visione del mondo e ai suoi convincimenti.

A identica conclusione era giunto, nel 1994, il Tribunale Supremo Federale *tedesco* in un caso penale, in cui si discuteva della responsabilità per omicidio tentato a carico del figlio di una paziente essa pure in stato vegetativo permanente e dei sanitari che l'avevano in carico, i quali avevano sospeso il trattamento di alimentazione enterale che la teneva in vita, ed erano stati denunciati da altri sanitari prima che la paziente morisse²⁴. Il Tribunale aveva qui assolto gli imputati, essendovi prova che la interruzione del trattamento corrispondeva alla *volontà presunta* della paziente, pur in assenza di una sua esplicita manifestazione di volontà in questo senso. Il criterio era stato poi confermato da una decisione civile del Tribunale Superiore di Francoforte²⁵ e da una successiva sentenza di una sezione civile del Tribunale Supremo Federale, nella quale si sottolineò come una manifestazione di volontà anticipata costituisca il più sicuro indizio della volontà presunta del paziente, e si chiarì definitivamente la necessità – in assenza di disposizioni anticipate – di un'autorizzazione del giudice tutelare alla interruzione del trattamento di sostegno vitale²⁶.

Del tutto diversa, invece, la logica che aveva condotto la House of Lords *inglese*, nel caso *Bland* del 1992, ad autorizzare l'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale che teneva in vita un giovane in stato vegetativo permanente in seguito a gravi lesioni di origine traumatica²⁷. Muovendo dal già ricordato principio che ogni trattamento costituisce una intrusione nel corpo del paziente e necessita, pertanto, di una specifica giustificazione, i supremi giudici inglesi indagarono se – in assenza di consenso del paziente – il trattamento di sostegno vitale potesse considerarsi coperto dalla *defence* di *medical necessity*. E la risposta cui pervennero fu negativa, dal momento che il mero mantenimento delle funzioni vitali non può considerarsi come un apprezzabile obiettivo terapeutico, non rispondendo ad alcun reale interesse del paziente, incapace di percepire alcun beneficio dalla propria sopravvivenza. Il trattamento in queste circostanze deve piuttosto considerarsi *futile*, e pertanto obiettivamente non giustificato; con l'ovvia conseguenza che il medico non può considerarsi penalmente

²⁴ BGHSt 40, 257 (1994).

²⁵ NJW 1998, 2749.

²⁶ BGHZ 154, 205 (2003).

²⁷ *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] 1 All ER 821.

responsabile nel momento in cui interrompa il trattamento e permetta che la morte del paziente faccia il proprio corso, in difetto di un corrispondente dovere giuridico di somministrare il trattamento stesso.

Il diritto comparato fornisce, dunque, due risposte assai diverse al nostro quesito di fondo. Il modello statunitense e tedesco sviluppa la medesima prospettiva utilizzata per risolvere la questione del rifiuto di cure da parte del paziente capace, valorizzando anche qui l'idea di un corrispondente *diritto fondamentale* del paziente, esercitabile in concreto attraverso il suo legale rappresentante, chiamato a ricostruire – eventualmente con il controllo del giudice tutelare – la volontà che il paziente stesso avrebbe espresso se ne avesse avuto la possibilità. Il modello inglese fa invece gravare la decisione sui soli sanitari, sulla base di un criterio puramente *clinico* di appropriatezza o, all'opposto, di futilità delle cure, avuto riguardo al criterio secondo cui ogni trattamento deve potersi giustificare in relazione al beneficio che è in grado di apportare al paziente – criterio, quest'ultimo, che inevitabilmente conduce, in talune circostanze, a situazioni di conflitto tra sanitari e congiunti del paziente, animati dalla speranza di un possibile miglioramento delle condizioni del loro caro, in futuro.

Come è noto, la Corte di cassazione nel caso Englaro si orientò, nel 2007, verso il primo modello, nel contesto di una sentenza che valorizza ampiamente i principi costituzionali per colmare la lacuna di disciplina positiva sul punto nell'ordinamento italiano²⁸.

Riaffermata la centralità del consenso del paziente quale generale condizione di liceità di ogni trattamento medico, anche di quelli necessari per la sopravvivenza, la Corte affermò – in stretta aderenza rispetto allo schema contenuto nella Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina di Oviedo, sottoscritta ma non ratificata dall'Italia, ampiamente citata dalla sentenza – che nel caso del paziente incapace la liceità del trattamento dipende di regola dal consenso del suo legale rappresentante, il quale è chiamato a decidere nell'esclusivo interesse dell'incapace, orientandosi più in particolare al criterio della *volontà presunta* del paziente, cui già si richiama la legislazione vigente in materia di sperimentazione clinica sugli adulti incapaci (art. 4 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211). Volontà che, in assenza di espresse manifestazioni anticipate di volontà, ben può essere desunta dai “desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche”, nonché dalla “idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte”²⁹. Rilevato che

“– accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che

²⁸ Cfr. Cass. civ., n. 21748 del 2007, cit., su cui cfr., volendo, F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1035 ss. e ID., *Doveri di cura e rispetto per la morte*, in *Politeia*, 2008, p. 97 ss.

²⁹ Paragrafo 7.3 della sentenza.

sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno”,

la Corte osserva che

“uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta”³⁰.

Sicché

“all'individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale”³¹.

Spetterà in questo caso al giudice tutelare il compito di controllare la legittimità della scelta del legale rappresentante nell'interesse dell'incapace, e autorizzare così la scelta compiuta dal tutore

“(a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona”³².

La sentenza della Cassazione fu, come è noto, oggetto di amplissimo dibattito presso la dottrina italiana, e talvolta aspramente criticata; ma i suoi principi furono poi in buona parte recepiti dalla già menzionata legge n. 219 del 2017, che all'art. 3 assegna al legale rappresentante o all'amministratore di sostegno del paziente incapace il potere di esprimere o rifiutare il consenso alle cure tenendo conto della volontà del beneficiario, rinviando alla decisione del giudice nel caso di contrasto tra legale rappresentante o amministratore di sostegno e il medico; e che all'art. 4 disciplina in maniera articolata le disposizioni anticipate di trattamento, con le quali può essere espresso “il consenso o il rifiuto” rispetto alle future terapie. Terapie tra le quali – vale la pena di rammentarlo –

³⁰ Paragrafo 7.5.

³¹ *Ibidem*.

³² Paragrafo 8, e dispositivo.

sono comprese anche, in forza della disposizione generale di cui all'art. 1, comma 5, la nutrizione e l'idratazione artificiale.

Resta, peraltro, in qualche misura dubbio se la soluzione della possibile liceità (o doverosità?) dell'interruzione di trattamenti di sostegno vitale nei confronti del paziente incapace possa sempre fondarsi sul rispetto del suo diritto fondamentale a rifiutare quei trattamenti. Se la soluzione appare invero solidamente plausibile nel caso in cui il paziente abbia redatto disposizioni anticipate di volontà in questo senso, indicando – come consentito dall'art. 4, comma 1, della legge n. 219 del 2017 – un fiduciario che possa provvedere, assieme al medico, ad adattare le disposizioni stesse alla concretezza della situazione clinica e all'eventuale mutato quadro delle opzioni terapeutiche disponibili (art. 4, comma 5), la ricerca di una volontà meramente presunta del paziente in ogni altra ipotesi lascia sempre residuare una qualche impressione di artificiosità e di astrattezza, oltre che – forse – di intrinseca contraddittorietà (ha davvero senso parlare di “auto”determinazione terapeutica di fronte a una scelta che è, irrimediabilmente, compiuta da un soggetto *altro* rispetto al paziente?). Senza contare che tale criterio appare strutturalmente inutilizzabile rispetto a pazienti (come i neonati, o i bambini in tenera età) che non abbiano mai avuto una personalità definita nel proprio passato, comprensiva di visioni del mondo sulla vita e sulla morte.

Di qui l'interrogativo se non sia in fin dei conti più franco il modello di soluzione proposto nel caso *Bland* dalla *House of Lords* inglese, imperniato sulla domanda se la prosecuzione (o l'esecuzione *ab initio*) del trattamento risponda, o meno, a un interesse apprezzabile del paziente, ovvero se si risolva in un mero sostegno alle sue funzioni vitali, senza che il paziente sia però in grado di trarre alcun beneficio, né nel presente né – presumibilmente – nel futuro, dalla preservazione della sua esistenza fisica; o se, addirittura, il trattamento stesso risulti contrario ai suoi stessi interessi, comprensivi di quelli che Ronald Dworkin, in una celebre monografia, definiva gli interessi “critici” del paziente, destinati a sopravvivere alla sua stessa morte – quelli, cioè, a lasciare ai propri cari un certo ricordo di sé, a concludere la propria vita in modo conforme alla propria idea di dignità, così come a non costringere i propri familiari alla prolungata sofferenza determinata da un infinito processo di morte, che impedisca loro di elaborare il lutto legato a una perdita, nei fatti, già avvenuta³³.

Anche adottando un tale modello – si noti – ben potrebbe pervenirsi alla conclusione della piena liceità (e dunque, della irrilevanza penale) della omissione o interruzione di terapie salvavita, allorché esse non siano più funzionali alla salvaguardia degli interessi del paziente. Come già ritenuto dalla *House of Lords* nel caso *Bland*, tali terapie non potrebbero infatti essere giudicate giuridicamente doverose: sicché per ciò stesso verrebbe meno la possibilità di rimproverare al medico, *ex art. 40*, secondo comma, c.p., la loro mancata esecuzione.

³³ R. DWORKIN, *Life's Dominion*, 1993, 209 ss.

4. Aiuto al suicidio ed eutanasia attiva.

Ancora più problematiche – anche nell’esito – sono le questioni che sorgono a proposito delle condotte di aiuto al suicidio o di eutanasia attiva, consistente quest’ultima nella diretta causazione della morte del paziente da parte del sanitario.

Un numero crescente di ordinamenti ha sancito per via legislativa la liceità dell’una o di entrambe queste condotte, a volte – peraltro – consacrando soluzioni che già si erano imposte per via giurisprudenziale, per lo più sulla base di itinerari argomentativi basati sui diritti fondamentali della persona³⁴. Senza alcuna pretesa di completezza, l’aiuto al suicidio e/o l’eutanasia attivi praticati nei confronti di pazienti gravemente sofferenti che chiedano la propria morte sono oggi consentiti, in presenza di condizioni sostanziali e procedurali diverse da ordinamento a ordinamento, in vari Stati nordamericani³⁵ e ormai in tutti quelli australiani³⁶, in Olanda³⁷, Belgio³⁸, Lussemburgo³⁹, Svizzera⁴⁰, Canada⁴¹, e – da ultimi – in Nuova Zelanda⁴² e Spagna⁴³.

Nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei, però, le due condotte continuano a costituire il reato di istigazione o aiuto al suicidio, nonché di omicidio volontario (comune ovvero, per un numero importante di ordinamenti, di omicidio del consenziente o a richiesta del soggetto passivo). Rispetto a questi ordinamenti, la domanda che sempre più spesso viene rivolta alle corti è se tali incriminazioni siano compatibili con i diritti fondamentali della persona malata.

La logica di questi *constitutional claims* si lascia ricondurre a due itinerari principali.

³⁴ Per recenti studi comparati sulle legislazioni in materia di eutanasia, cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Fine vita tra riforme legislative straniere e la proposta referendaria italiana: un confronto tra modelli*, in *federalismi.it*, 2022, fasc. 14, 125 ss.; G. BATTISTELLA, *Le legislazioni sul fine vita: profili di politica legislativa e di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2021, 197 ss.; e, nella letteratura penalistica, L. GOISIS, *Riflessioni comparatistiche in tema di eutanasia e aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1085 ss.

³⁵ Dopo l’Oregon, che si dotò di una [legge ad hoc](#) sin dal 1997 (ultimo accesso 31 ottobre 2022), seguirono altri Stati, tra cui [la California](#) (ultimo accesso 31 ottobre 2022) e lo [Stato di Washington](#) (ultimo accesso 31 ottobre 2022).

³⁶ Per [un quadro complessivo](#), (ultimo accesso 31 ottobre 2022).

³⁷ Si vedano le informazioni essenziali, in inglese, sul contenuto della legge nel [sito ufficiale del Governo](#) (ultimo accesso 31 ottobre 2022)

³⁸ [Loi relative à l’euthanasie](#) du 28 maggio 2002 (ultimo accesso 31 ottobre 2022).

³⁹ [Loi du 16 mars 2009](#) sur l’euthanasie et l’assistance au suicide (ultimo accesso 31 ottobre 2022).

⁴⁰ Secondo l’art. 115 del codice penale svizzero, “[c]hiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria”. Sull’interpretazione di tale clausola nel senso di consentire l’assistenza medica al suicidio, e in generale sulla disciplina svizzera in materia, cfr. C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 308 ss..

⁴¹ Cfr. gli [art. 241 e 241.1. del codice penale federale](#) (ultimo accesso 31 ottobre 2022)

⁴² [End of Life Choice Act 2019](#) (ultimo accesso 31 ottobre 2022).

⁴³ [Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo](#), de regulación de la eutanasia (ultimo accesso 31 ottobre 2022), su cui cfr. F. LAZZERI, [Dum Romae \(non\) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l’eutanasia attiva](#), in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021; A. TIGRINO, [La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d’epoca franchista alla “Ley Organica de regulacion de la eutanasia” del 18 marzo 2021](#), in *Leg. pen.*, 2021, 119 ss.

Il primo è quello che porta alle logiche conseguenze una delle due anime sottese al diritto fondamentale al rifiuto del trattamento medico, poc'anzi illustrate: quella, in particolare, che muove dall'idea di una sfera di *libertà e autonomia* della persona nelle scelte che più intimamente concernono la propria esistenza. Se, infatti, la *ratio* del diritto a rifiutare il trattamento medico è identificata non tanto nella protezione della sfera fisica dell'individuo contro ingerenze esterne – protezione che si traduce nella pretesa negativa del paziente a che nessuno entri nel suo corpo senza il suo consenso –, ma, appunto, nell'autodeterminazione della persona su ciò che debba accadere al proprio corpo, la stessa *summa divisio* tra eutanasia passiva e attiva – tra *lasciare morire* e *uccidere* il paziente – perde gran parte del proprio significato, e tende a confluire nell'idea secondo cui ciascuna persona ha un diritto fondamentale a stabilire autonomamente il tempo e le modalità della propria morte, intesa come momento culminante della propria intera esistenza.

Il secondo itinerario è quello segnato dalla logica del principio di *eguaglianza*, che vieta irragionevoli differenze di trattamento tra situazioni simili. Una volta acquisita l'idea secondo cui il paziente ha un diritto costituzionale a rifiutare ogni trattamento medico, anche se necessario per la propria sopravvivenza, esponendosi così alla prospettiva di una morte certa e imminente per sfuggire a sofferenze che egli ritiene ormai intollerabili, ci si chiede perché questo stesso diritto non debba assicurargli anche la possibilità di sfuggire a queste sofferenze attraverso la somministrazione di un trattamento finalizzato a causare la propria morte, specie nelle situazioni in cui il paziente non sia in grado di darsi la morte semplicemente rifiutando un trattamento di sostegno vitale già in corso. Se, insomma, un paziente tetraplegico e in preda a gravi sofferenze può legittimamente darsi la morte chiedendo e ottenendo l'interruzione della ventilazione artificiale che lo tiene in vita, perché – ci si domanda – un paziente oncologico in fase terminale, in preda a sofferenze in ipotesi non trattabili mediante terapie palliative, non potrebbe ottenere di essere liberato dalla sofferenza e di congedarsi dalla vita assumendo un farmaco letale?

4.1. *Non esiste un "diritto a morire": le pronunce della Corte Suprema USA, della House of Lords inglese e della Corte EDU alle soglie del nuovo secolo.*

Entrambi gli itinerari appena schizzati sono stati sperimentati, dapprima senza successo, negli Stati Uniti alla fine degli anni Novanta.

Un caso deciso nel 1994 dalla la Corte Suprema del Nevada, *Bergstedt*, aveva plasticamente evidenziato la prossimità delle situazioni di rifiuto del trattamento di sostegno vitale e di aiuto al suicidio. Un paziente tetraplegico dall'età di undici anni – giunto all'età di trent'anni, e avendo ormai perso la madre e saputo della grave malattia che affliggeva il padre – era stato autorizzato dalla Corte a ottenere l'interruzione della ventilazione artificiale che lo teneva in vita⁴⁴. La maggioranza della Corte aveva qui concluso che, rifiutando la prosecuzione di quel trattamento, il paziente chiedeva qui il riconoscimento del proprio diritto a una "morte

⁴⁴ *McKay v. Bergstedt*, 801 P.2d 617 (Nevada SC).

naturale”, attraverso l’eliminazione dell’ostacolo artificiale – rappresentato dallo stesso trattamento – che lo manteneva artificialmente in vita. Un giudice dissenziente aveva però ravvisato qui una vera e propria ipotesi di suicidio, e aveva argomentato nel senso della *inesistenza* di un diritto costituzionale a ottenere un aiuto rispetto a un tale proposito, a fronte di una tradizione legislativa che aveva, invece, da sempre criminalizzato l’assistenza all’altrui suicidio.

La tenuta della distinzione tra rifiuto del trattamento di sostegno vitale e suicidio viene, in effetti, di lì a poco al pettine, quando la Corte di appello federale per il secondo circuito, in *Quill v. Vacco*, afferma che l’estensione della criminalizzazione dell’assistenza al suicidio, fondata su una norma del codice penale di New York, a pazienti gravemente malati e in preda a sofferenze refrattarie ai trattamenti palliativi viola la *Equal Protection Clause* stabilita dal secondo emendamento, rispetto ai pazienti che abbiano la possibilità di darsi la morte semplicemente rifiutando trattamenti di sostegno vitale⁴⁵. Pressoché contemporaneamente, la Corte d’appello federale per il non circuito decide, in *Compassion in Dying v. Washington*, nel senso dell’incostituzionalità dell’analogo norma del codice penale dello Stato di Washington per violazione di un “diritto a morire” dedotto dal più ampio diritto di ogni persona ad assumere le decisioni che più intimamente concernono la propria esistenza – un diritto invero non assoluto, argomenta la Corte, che tuttavia prevale in concreto su qualsiasi interesse contrario, nel caso di pazienti terminali le cui sofferenze non possano essere eliminate in alcun modo⁴⁶.

Accogliendo all’unanimità i due appelli contro entrambe le decisioni, nel 1997 la Corte Suprema federale disattende entrambe le linee argomentative, e conferma la compatibilità con la Costituzione delle due norme penali in discussione. In *Vacco*, la Corte esclude la violazione del principio di eguaglianza, sottolineando, da un lato, che solo nel caso dell’assistenza al suicidio il medico causa attivamente la morte, la quale invece per contro si produce come effetto della malattia che già affligge il paziente nel caso di interruzione del trattamento; e, dall’altro, evidenzia che, dal punto di vista dell’elemento soggettivo, solo nel primo caso il medico ha la volontà di produrre la morte⁴⁷. In *Washington v. Glucksberg*, la Corte respinge poi con fermezza l’idea che esista un diritto costituzionale (non scritto) a morire, inteso come diritto a stabilire le condizioni della propria morte. Un esame comparato delle legislazioni penali degli Stati mostra, invece, una generalizzata criminalizzazione delle condotte di aiuto al suicidio, ciò che rende impossibile affermare che l’invocato diritto sia “profondamente radicato nella storia della nazione”, come sarebbe necessario per poterlo riconoscere in via giurisprudenziale, in assenza di un riconoscimento esplicito nella Costituzione. Nulla vieta agli Stati, aggiunge ancora la Corte, di modificare questa tradizione, e di introdurre norme che facoltizzino, a certe condizioni, la partecipazione all’altrui suicidio; ma la Costituzione federale non pone alcun vincolo al riguardo⁴⁸ – nemmeno a partire dalla logica del diritto alla *privacy*, che non gioca alcun ruolo nel contesto della sentenza e si conferma ormai in netto declino nella giurisprudenza della Corte, dopo l’apogeo raggiunto in *Roe* nel 1973.

I due fondamentali itinerari vengono, senza successo, riproposti anche in Inghilterra nel notissimo caso *Pretty*, deciso prima dalla *House of Lords* inglese nel 2001 e poi, l’anno successivo, dalla Corte EDU.

⁴⁵ *Quill v. Vacco*, 80 F.3d 716 (US Court of Appeal, Second Circuit, 1996).

⁴⁶ *Compassion in Dying v. Washington*, 79 F.3d 790 (US Court of Appeal, Ninth Circuit, 1996).

⁴⁷ *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

⁴⁸ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

La ricorrente – una donna affetta da una grave malattia degenerativa del sistema nervoso, ormai completamente paralizzata – aveva richiesto alla procura una dichiarazione di esenzione preventiva dalla responsabilità penale per il reato di assistenza al suicidio in favore del marito, al quale aveva chiesto di essere aiutata a morire. La ricorrente invocava, in proposito, una serie di disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, direttamente applicabili nell'ordinamento inglese in forza dello *Human Rights Act* del 1998. In particolare, la donna assumeva che la criminalizzazione esistente violasse: il proprio diritto alla vita (art. 2 CEDU, inteso anche nel suo risvolto negativo di diritto a rinunciare alla vita stessa); il proprio diritto a non essere costretta a subire le intollerabili sofferenze legate alla malattia, costituenti un vero e proprio trattamento inumano e degradante (art. 3 CEDU); il proprio diritto alla vita privata (art. 8 CEDU), comprensivo di un diritto a stabilire quando e come morire; e il divieto di discriminazioni nel godimento dei diritti convenzionali (art. 14 CEDU), sotto lo specifico profilo della irragionevole differenza di trattamento, creata dalla legislazione vigente, tra chi sia in grado di togliersi la vita da sé, e chi come lei non abbia questa possibilità.

Tanto la *House of Lords*⁴⁹ quanto la Corte EDU⁵⁰ ritennero non fondate le doglianze della ricorrente, osservando anzitutto come dal diritto alla vita non sia deducibile un diritto a ottenere la propria morte, e come le sofferenze provocate dalla malattia non possano essere considerate alla stessa stregua di “trattamenti inumani o degradanti” provocati da una condotta umana. Quanto al diritto alla vita privata, il cui richiamo era stato giudicato non pertinente in questo contesto dai giudici inglesi, la Corte EDU ammette invero che, in linea di principio, esso si possa estendere anche alle decisioni relative alla conclusione della propria vita, che attengono a un nucleo di decisioni espressioni della dignità e della autodeterminazione della persona alla cui salvaguardia è funzionale l'intera Convenzione. Se tuttavia deve riconoscersi che la criminalizzazione dell'aiuto al suicidio nell'ordinamento inglese rappresenta una *interferenza* rispetto al diritto di cui all'art. 8 CEDU, essa non può – secondo i giudici europei – ritenersi *illegittima*, essendo non solo “prevista dalla legge”, ma anche “necessaria in una società democratica” rispetto alla legittima finalità, perseguita dal legislatore, di tutelare le persone più vulnerabili, che potrebbero essere indotte da una legislazione più permissiva a congedarsi anticipatamente dalla vita. Nel perseguire questa finalità, osserva ancora la Corte EDU, gli Stati parte della Convenzione godono di un ampio margine di apprezzamento, ben potendo decidere se prevedere un divieto assoluto di assistenza al suicidio – come accade appunto nell'ordinamento inglese – ovvero creando eccezioni specifiche e procedimenti per accertare nel caso concreto l'effettiva assenza di vulnerabilità della persona interessata. Quanto, infine, all'allegato divieto di discriminazione, la difficoltà di fissare in astratto una linea precisa tra le persone in grado di darsi da sé la morte e quelle che, come la signora Pretty, non sono in condizioni di farlo parimenti esclude, secondo la Corte, la violazione del divieto da parte del legislatore inglese.

4.2. I giudici supremi inglesi riconsiderano la questione nel caso Nicklinson.

Nel 2014, tuttavia, la Corte Suprema del Regno Unito – erede della *House of Lords* – riconsidera in *Nicklinson*⁵¹ la questione della possibile liceità del suicidio assistito, giungendo a un passo dalla dichiarazione di incompatibilità con il diritto 8 della Convenzione della medesima disciplina già scrutinata in *Pretty*.

⁴⁹ *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)*, [2001] UKHL 61.

⁵⁰ *Pretty c. Regno Unito (Grande Camera)*, 29 maggio 2002.

⁵¹ *R (on the Application of Nicklinson and another) v Ministry of Justice and o.*, [2014] UKSC 38.

I due ricorrenti vivevano da anni in condizioni di gravissima disabilità, essendo completamente o quasi completamente paralizzati, e chiedevano di poter essere lecitamente aiutati a porre fine alla propria vita, non potendo raggiungere tale scopo attraverso il mero rifiuto di trattamenti medici di sostegno vitale.

Tutti e nove i giudici concordano nell'accettare il principio – fissato dalla Corte europea in *Pretty* e da essa ribadito in una serie di casi successivi⁵²– secondo cui il diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU comprende il diritto di decidere come e quando porre fine alla propria vita. Il disaccordo tra i giudici concerne però, da un lato, la questione se il legislatore inglese sia legittimato a limitare tale diritto, ai sensi dell'art. 8, paragrafo 2, CEDU attraverso la norma penale all'esame.

Un primo gruppo di quattro giudici (Lord Sumption, Lord Hughes, Lord Clarke e Lord Reed) ritengono che il ricorso debba essere rigettato sostanzialmente per le medesime ragioni già espresse dalla *House of Lords* e poi dalla Corte EDU – seppur con l'esaminata significativa correzione in materia di art. 8 CEDU – in *Pretty*. In particolare, essi insistono sulla meritevolezza dello scopo, perseguito dal legislatore, di tutelare le persone più vulnerabili, particolarmente esposte a quella che Lord Sumption definisce una possibile “pressione sociale indiretta”, derivante dalla convinzione – possibilmente indotta da una legislazione più permissiva in materia di aiuto al suicidio – che le loro vite siano divenute un peso per le persone che stanno attorno a loro⁵³. Su questo sfondo, la decisione su quanto rischio per le persone vulnerabili una società sia disposta a tollerare per tutelare le persone non vulnerabili, come i ricorrenti nel caso di specie, riflette questioni di politica sociale e scelte di valore su cui non vi è consenso nella società, e che comunque non possono essere decise soltanto sulla base dell'evidenza empirica⁵⁴. Pertanto, queste decisioni non dovrebbero essere compiute dalle corti, che difetterebbero di “ogni legittimità costituzionale” ove lo facessero, ma soltanto dal parlamento nell'esercizio della sua discrezionalità⁵⁵.

Un secondo gruppo di tre giudici (il Presidente Lord Neuberger, Lord Mance e Lord Wilson) concorda nell'esito, ma adotta una posizione più sfumata. Premesso che dal riconoscimento da parte della Corte EDU di un ampio margine di apprezzamento agli Stati parte non può trarsi un divieto, per le giurisdizioni ciascuno Stato membro, di valutare l'eventuale contrasto di una norma che criminalizza l'aiuto al suicidio con i diritti riconosciuti dalla Convenzione, così recepiti nell'ordinamento interno, i tre giudici osservano che nulla vieterebbe alla Corte Suprema inglese di riconoscere nel caso concreto il carattere sproporzionato della limitazione imposta al diritto di cui all'art. 8 CEDU dalla disposizione penale all'esame; e anzi, dalle considerazioni di Lord Neuberger emerge chiaramente la sua valutazione di gravità dell'interferenza con il diritto fondamentale in questione dei pazienti, e la non persuasività degli argomenti invocati dal Governo in favore della legge in vigore⁵⁶. Dal momento però che negli anni immediatamente precedenti alla decisione vari progetti di legge in materia erano stati oggetto di intense discussioni presso le due Camere, una decisione della Corte Suprema sarebbe prematura e, comunque, inappropriata dal punto di vista istituzionale; e ciò anche in considerazione della delicatezza della questione dal punto di vista morale e religiosa, che richiede un approccio particolarmente cauto delle corti in questa materia⁵⁷. Il tutto nell'ottica – sottolinea ancora il Presidente – di un fruttuoso “dialogo”, o “collaborazione” delle corti con il Parlamento⁵⁸.

⁵² *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011; *Koch c. Germania*, 18 luglio 2012; *Gross c. Svizzera*, 14 maggio 2013.

⁵³ *Ibidem*, per Lord Sumption, para 228.

⁵⁴ *Ibidem*, per Lord Sumption, para 229.

⁵⁵ *Ibidem*, per Lord Sumption, para 230.

⁵⁶ *Ibidem*, per Lord Neuberger, para 111.

⁵⁷ *Ibidem*, per Lord Neuberger, para 113 e 116.

⁵⁸ *Ibidem*, per Lord Neuberger, para 117.

Ben più netta, invece, la posizione di Lady Hale e Lord Kerr, a parere dei quali invece la Corte avrebbe dovuto dichiarare formalmente l'incompatibilità di un divieto assoluto di aiuto al suicidio con l'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte stessa nell'esercizio di quel margine di apprezzamento riconosciuto a ciascuno Stato dalla Corte di Strasburgo. Tale incompatibilità, osserva Lady Hale, non si radica nell'esistenza del divieto in sé, ma nella sua assolutezza. La futura Presidente della Corte rammenta il caso della signora *B*, deciso nel 2001 della *Court of Appeals* in materia di rifiuto della prosecuzione di un trattamento di ventilazione artificiale⁵⁹, sottolineando come sia difficile spiegare a pazienti nelle condizioni dei ricorrenti perché ad essi non sia concessa la stessa possibilità di liberarsi dalle proprie sofferenze che è concessa a pazienti che versino nelle condizioni della signora *B*. Ancora, Lady Hale evidenzia la fragilità della linea che separa la condotta, lecita, di chi preme il tasto del respiratore – un atto considerato ancora come un'omissione dalla legge, equivalente a un "lasciar morire" il paziente di una morte naturale – e chi invece gli somministra un farmaco letale – equivalente in diritto a "uccidere" il paziente stesso –⁶⁰. Se, d'altra parte, la finalità legittima della norma penale ben può essere ravvisata nella finalità di tutela delle persone vulnerabili, la questione davvero cruciale secondo i due giudici dissenzienti è se una proibizione *assoluta* dell'aiuto al suicidio costituisca una limitazione *proporzionata* del diritto di cui all'art. 8 CEDU, allo scopo di tutelare i pazienti più vulnerabili da indebite pressioni. E la risposta, osserva Lady Hale, dovrebbe essere *negativa*: un divieto senza eccezioni costringe pazienti nelle condizioni dei ricorrenti, la cui volontà certamente non è condizionata da indebite pressioni, a continuare a vivere (e a soffrire) non già nel loro interesse, ma nell'interesse esclusivo di *altre* persone⁶¹.

4.3. I primi riconoscimenti giurisprudenziali del "diritto a morire": le sentenze della Corte costituzionale colombiana e della Supreme Court canadese.

Sostanzialmente alle medesime conclusioni di Lady Hale e Lord Kerr sono giunte un numero ormai nutrito di sentenze di altre corti supreme o costituzionali che, in diverse parti del mondo, hanno apertamente concluso nel senso dell'illegittimità costituzionale delle norme penali che, nei diversi ordinamenti, vietavano l'aiuto al suicidio o addirittura l'omicidio su richiesta, nella parte in cui tali norme erano applicabili anche a pazienti gravemente sofferenti (a loro volta variamente indentificati) e intenzionati a essere aiutati a morire.

La Corte costituzionale *colombiana* è stata verosimilmente la prima, nel panorama comparato, a riconoscere *expressis verbis* l'esistenza di un vincolo costituzionale ad assicurare la non punibilità di talune condotte eutanasiche, traendone le inevitabili conseguenze circa l'inapplicabilità *in parte qua* della norma incriminatrice – presente nel codice penale di quel Paese – dell'omicidio per pietà.

Nella sua prima pronuncia sul tema⁶², risalente addirittura al 1997, la Corte incentrò la propria argomentazione sul valore cruciale della *dignità*, che implica la considerazione della persona come soggetto autonomo e autoresponsabile. Da tale valore – che già fonda il diritto del paziente a rifiutare anche trattamenti necessari per la sopravvivenza, pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale – discende, secondo la Corte, un divieto a

⁵⁹ Cfr. *supra*, nota 23.

⁶⁰ *Ibidem*, per Lady Hale, para 302 ss.

⁶¹ *Ibidem*, per Lady Hale, para 313.

⁶² Sentenza C-239/97.

carico dello Stato di costringere la persona a continuare a vivere, allorché essa consideri la propria sopravvivenza come contraria alle proprie convinzioni. Il dovere statale di proteggere la vita umana incontra il proprio limite di fronte alla situazione di un malato terminale in preda a sofferenze insopportabili, incompatibili con la propria idea di dignità, il quale chieda liberamente ad un medico di essere liberato da tali sofferenze, abbreviando così il percorso che lo avrebbe comunque condotto, in un breve lasso di tempo, alla morte. Una diversa soluzione, osserva ancora la Corte, equivarrebbe a imporre al paziente un trattamento crudele e inumano, vietato dalla Carta costituzionale. Spetterà al legislatore – conclude la Corte – dettare una regolamentazione organica dell'eutanasia, fissandone presupposti e procedimento attuativo.

Dopo avere constatato, nel 2014, la prolungata inerzia del legislatore rispetto a quel monito e avere dettato essa stessa una embrionale disciplina procedimentale per dare pratica attuazione al diritto riconosciuto nella pronuncia del 1997⁶³, la Corte colombiana è più volte ritornata sul tema negli ultimi anni in decisioni concernenti casi di singoli pazienti che si dolevano (a volte mediante i legali rappresentanti) del mancato accesso alle procedure eutanasiche⁶⁴, e ha infine ampliato – in una importante sentenza del 2021 – i presupposti applicativi del diritto all'eutanasia, attraverso l'eliminazione il requisito della malattia terminale del paziente⁶⁵. Dopo aver integralmente confermato la logica della propria prima pronuncia, e in particolare l'ancoraggio alla necessità di tutela della dignità umana e del suo corollario rappresentato dall'autonomia del paziente, la Corte enuncia qui il principio secondo cui il «diritto fondamentale a morire con dignità» comprende tre diversi aspetti: il diritto a ricevere cure palliative, il diritto a non subire trattamenti di sostegno vitale suscettibili di recare sofferenze sproporzionate ai benefici attesi e, appunto, il diritto a ottenere prestazioni specifiche finalizzate a provocare il decesso, ricorrendone le condizioni⁶⁶. Tra tali condizioni la Corte ritiene che debba essere abbandonato il requisito del carattere terminale della malattia: a ciò la Corte perviene, in esito a un ampio *excursus* di diritto comparato nel quale vengono valorizzate, in particolare, le recentissime pronunce delle corti costituzionali tedesca e austriaca delle quali diremo tra qualche istante, e nelle quali si rigetta espressamente una possibile limitazione del diritto del paziente a ottenere un aiuto a morire alle situazioni di malattie terminali. Negare infatti l'eutanasia a pazienti interessati da sofferenze gravi e refrattarie ai trattamenti palliativi, ancorché non in stato terminale, equivarrebbe – osserva la Corte colombiana – a erigere una barriera di accesso al diritto costituzionale del tutto ingiustificata, risolvendosi anche in questo caso nella sottoposizione del paziente a un trattamento crudele, inumano e degradante⁶⁷.

Il percorso della Corte colombiana si conclude – almeno per ora – con una recentissima sentenza del 2022, che – con una maggioranza di sei giudici a tre – dichiara parzialmente incostituzionale la disposizione del codice penale che, a seguito di una riforma del 2000, aveva previsto una figura privilegiata rispetto al delitto base di istigazione e aiuto al suicidio per l'ipotesi in cui tale istigazione o aiuto fosse diretta a porre fine a intense sofferenze causate da una lesione corporea o una malattia grave e incurabile – ipotesi per la quale il legislatore prevedeva la pena da diciassette a trentasei mesi di reclusione, notevolmente più lieve rispetto

⁶³ Sentenza T-970 del 2014.

⁶⁴ Sentenze T-132 del 2016 (relativo a un paziente detenuto), T-322 del 2017, (relativa a una paziente anziana in situazione di abbandono familiare e depressione profonda), T-423 del 2017 (relativa a una paziente oncologica in condizioni terminali), T-544 del 2017 (relativa a un bimbo di 13 anni con gravi patologie cerebrali), T-721 del 2017 (relativa a una paziente in stato vegetativo permanente), T-060 del 2020 (relativa a una paziente gravemente sofferente ma non in condizioni terminali).

⁶⁵ Sentenza C-233/21.

⁶⁶ *Ibidem*, paragrafo 297.

⁶⁷ *Ibidem*, paragrafi 395-408.

a quella stabilita per il delitto base⁶⁸. La Corte dichiara illegittima tale disposizione nella parte in cui include tra le condotte penalmente rilevanti anche quelle di aiuto materiale al suicidio (a) prestata da un medico, (b) con il consenso libero, cosciente e informato del soggetto passivo, e sempre che (c) il paziente soffra un'intensa sofferenza fisica o psicologica, derivante dalla lesione corporea o dalla malattia grave e incurabile. La dichiarazione di illegittimità costituzionale si fonda qui su una gamma assai vasta di violazioni di principi e diritti costituzionali: in primo luogo, dei principi costituzionali che specificamente limitano lo *ius puniendi*, e in particolare dei principi di necessità, frammentarietà, *ultima ratio*, offensività (quest'ultimo in ragione dell'argomento per cui un medico che agevola la realizzazione materiale della volontà del titolare di un bene giuridico che legittimamente ne voglia disporre non compie alcuna interferenza lesiva in un bene giuridico⁶⁹) e proporzionalità; in secondo luogo, dei diritti alla dignità umana, a una vita degna e al libero sviluppo della personalità; nonché, in terzo luogo, del principio di solidarietà sociale, posto in causa da una disciplina che vieta al medico di prestare il proprio aiuto a un paziente che desidera liberarsi dalle proprie sofferenze.

Particolarmente significativa appare poi, nel panorama del diritto comparato, la decisione della Corte Suprema canadese nel caso *Carter*, resa appena l'anno successivo della sentenza *Nicklinson* della Corte Suprema inglese.

Una giudice della British Columbia, decidendo un ricorso promosso da una paziente sofferente di una grave malattia neurodegenerativa, aveva dichiarato costituzionalmente illegittima la proibizione rivolta a ogni medico, in forza della norma del codice penale canadese che incrimina l'aiuto al suicidio, di prestare aiuto a pazienti affetti da gravi e intollerabili sofferenze in conseguenza di malattie incurabili. La competente Corte d'appello, a maggioranza, aveva tuttavia annullato la decisione, sottolineando come la questione fosse stata già risolta in senso opposto nel 1993 da una sentenza della Corte Suprema, *Rodriguez*, che – parimenti a maggioranza – aveva ritenuto la conformità alla Costituzione della disposizione in questione, e che pertanto doveva ritenersi vincolante per tutti i giudici inferiori.⁷⁰

La Corte Suprema, tuttavia, accoglie il ricorso contro la decisione della Corte d'appello, e con una decisione unanime in effetti rovescia il proprio precedente, dichiarando costituzionalmente illegittima la disposizione del codice penale nella parte in cui vieta al medico di prestare aiuto al suicidio di un paziente adulto e capace che (1) esprime un chiaro consenso a porre fine alla propria vita, e (2) soffre di una patologia grave e incurabile che gli causa una sofferenza intollerabile⁷¹.

Secondo la Corte, la disposizione censurata interferisce con i diritti tutelati dalla sezione 7 della Carta canadese dei diritti, e in particolare; con il *diritto alla vita*, creando il rischio di indurre taluni pazienti a togliersi la vita prematuramente, per il timore di non essere più in grado di farlo da sé in un secondo momento, allorché le loro sofferenze divengano insopportabili; con la *libertà della persona* (che implica “*a notion of personal autonomy involving ... control over one's bodily integrity free from state interference*”⁷²), negandole il diritto di assumere autonomamente le decisioni che concernono la propria integrità fisica e i trattamenti medici cui la persona intende sottoporsi; e con la *sicurezza della persona*, costringendola a tollerare sofferenze insopportabili. La norma penale in questione, d'altra parte, è

⁶⁸ Sentenza C-164/22.

⁶⁹ Paragrafo 145.

⁷⁰ *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519

⁷¹ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5.

⁷² *Ibidem*, para 64, citando *Rodriguez (supra, nota 70)*.

eccessivamente lata (*overbroad*) nella propria pur legittima finalità di tutelare le persone vulnerabili, finendo per abbracciare nel divieto anche persone che stanno certamente al di fuori della classe di persone che la norma stessa intende proteggere⁷³; e non è comunque proporzionata rispetto allo scopo perseguito, dal momento che – come dimostrano le esperienze di altri ordinamenti che, oggi, consentono a certe condizioni il suicidio medicalmente assistito – la tutela delle persone vulnerabili può essere assicurata mediante procedure appropriate, con le quali può essere valutata caso per caso l'effettiva capacità e informazione del paziente, non essendo invece necessaria una proibizione assoluta di ogni forma di assistenza al suicidio. Proprio per dar modo al legislatore di approvare un'adeguata disciplina di tale procedura, gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale furono sospesi per i successivi dodici mesi, poi prorogati di altri quattro su richiesta del legislatore. Sulla base di questa pronuncia, nel 2016 il Canada si aggiunse dunque alla lista dei paesi che hanno legalizzato il suicidio assistito⁷⁴.

4.4. La sentenza nel caso Cappato della Corte costituzionale italiana.

Sullo sfondo di questo panorama internazionale ormai in rapida evoluzione si collocano le decisioni della Corte costituzionale, del 2018 e 2019⁷⁵, originate dalla notissima vicenda Cappato. Senza che sia qui necessario riprendere nel dettaglio quelle pronunce, notissimi del resto a ogni lettore, vale qui la pena soltanto di evidenziare schematicamente i loro passaggi essenziali:

– dal *diritto alla vita* – riconosciuto implicitamente dall'art. 2 Cost., quale primo dei «diritti inviolabili dell'uomo», in quanto presupposto per il godimento di ogni altro diritto, ed esplicitamente proclamato dall'art. 2 CEDU – discende

“il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire”;

⁷³ *Ibidem*, para 86.

⁷⁴ Cfr. *supra*, nota 41.

⁷⁵ Ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019. La letteratura sulle pronunce è ormai sterminata, e di essa non è pertanto possibile dare conto in questa sede. Senza alcuna pretesa di completezza, si vedano, tra i molti penalisti che hanno commentato una o entrambe, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini e C. Cupelli, 2019, nonché in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2019; C. CUPELLI, *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla "doppia pronuncia" della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di assise di Milano*, in *Cass. pen.*, 2020, 1428 ss. (e ivi per ulteriori, vastissimi, rif. bibl.); M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Giur. cost.*, 2018, 2855 ss.; ID., [Libera nos a malo: i diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male](#), in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2020; L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *disCrimen*, 2018, 1 ss.; F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 2020, 3 ss.; M. ROMANO, *Istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1793 ss.; S. SEMINARA, *Morte assistita, suicidio ed eutanasia (tra Corte costituzionale, quesito referendario e Parlamento)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2022, 935 ss.; A. VALLINI, *Il "caso Cappato": la Consulta autorizza e "disciplina" il suicidio assistito*, in *Giur. it.*, 2020, 1198 ss.

– un simile diritto a morire non può neppure essere dedotto da un “generico diritto all’autodeterminazione individuale” che il rimettente assumeva fondato sugli artt. 2 e 13 Cost., dovendo anzi ritenersi che l’incriminazione dell’aiuto al suicidio sia funzionale alla tutela della vita umana, “soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l’ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio”. Tale incriminazione

“assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere [e] conserva una propria evidente ragion d’essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l’ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all’esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto [...]. Al legislatore penale non può ritenersi inibito, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell’autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana”;

– neppure, infine, la norma in questione si pone in linea generale in contrasto con il diritto alla vita privata di cui all’art. 8 CEDU, secondo i principi enunciati dalla Corte europea nelle sentenze *Pretty*, *Hass* e *Koch*⁷⁶, che ritengono l’incriminazione delle condotte di aiuto al suicidio non sproporzionata rispetto alla finalità legittima di protezione delle persone deboli e vulnerabili, riconoscendo un ampio margine di apprezzamento a ciascuno Stato parte nel bilanciamento del diritto alla vita privata rispetto a tale finalità;

– tuttavia, la norma incriminatrice censurata eccede quanto necessario rispetto a tale scopo, nella misura in cui il suo ambito di applicabilità si estende alla specifica sottofattispecie all’aiuto al suicidio prestato a

“persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli”;

– in tale ipotesi, il paziente ha già la possibilità, garantitagli dall’art. 32, secondo comma, Cost. e dalla legge n. 219 del 2017, di lasciarsi morire, ottenendo l’interruzione dei trattamenti e la contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua;

– una tale modalità di congedo dalla vita potrebbe però essere, per il paziente, “meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care”;

⁷⁶ Cfr. *supra*, nota 52.

– d'altra parte, se è vero che un paziente in quelle condizioni è certamente ascrivibile alla categoria delle persone vulnerabili, alla cui tutela mira in via generale legittimamente la disposizione censurata, è altrettanto verso che l'ordinamento gli consente oggi di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti; sicché

“non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione”;

– il divieto assoluto di aiuto al suicidio anche in questa situazione finisce pertanto per

“limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della *dignità umana*, oltre che dei principi di *ragionevolezza* e di *uguaglianza* in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)”.

Nel 2018, affrontando per la prima volta la questione, la Corte ritenne come è noto di non poter porre immediatamente rimedio, sottolineando come l'auspicata dichiarazione di illegittimità costituzionale, seppur parziale, della norma censurata, avrebbe spalancato una lacuna di tutela del diritto alla vita di pazienti vulnerabili, esposti a possibili abusi in conseguenza dell'assenza di qualsiasi disciplina in grado di prevenire tali abusi, e assieme di assicurare al paziente concrete possibilità di accesso a “cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua [...], sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza”. Conseguentemente, la Corte – dichiaratamente ispirandosi ai precedenti *Nicklinson* della Corte Suprema inglese e *Carter* della Corte Suprema inglese, poc'anzi analizzati – decise di rinviare di un anno la propria decisione, per

“consentire [...] al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che [...] una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale”.

L'anno successivo, preso atto della mancanza di alcun intervento da parte del legislatore, la Corte ritiene di non poter più rinviare il proprio intervento, e – reiterando la propria recente giurisprudenza sulla possibilità di colmare, con le proprie pronunce di illegittimità costituzionale, eventuali lacune di disciplina con soluzioni ricavate “dalle coordinate del sistema vigente”, ancorché “non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento” – dichiara l'illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'art. 580 c.p., fissando al contempo un quadro

procedimentale minimo⁷⁷, ispirato a quello già previsto dalla legge n. 219 del 2017 per l'ipotesi di interruzione di trattamenti di sostegno vitale, per l'accertamento delle condizioni che legittimano l'aiuto al suicidio da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario, previo parere del comitato etico territorialmente competente. Al tempo stesso, la Corte precisa che la propria sentenza "si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici"; sicché "[r]esta affidato [...] alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato".

Anche la Corte italiana ha dunque ritenuto – con una sino ad allora inedita decisione a due tappe – che la disciplina penale dell'aiuto al suicidio fosse parzialmente in contrasto con i diritti costituzionali di pazienti gravemente sofferenti, allorché non necessariamente terminali, che abbiano espresso liberamente e consapevolmente la propria decisione di congedarsi dalla vita, subordinatamente però alla condizione che la loro vita già dipenda da trattamenti di sostegno vitale. Quest'ultima condizione – che limita in maniera rilevante l'ambito di applicazione della sentenza n. 242 del 2019⁷⁸ – deriva a ben vedere dalla *ratio decidendi* essenziale della pronuncia: che non risiede né nel diritto alla vita (né tantomeno in un suo opposto "diritto a morire", o "diritto al suicidio"), né in quello all'autodeterminazione individuale⁷⁹, né ancora in quello al rispetto della vita privata; quanto piuttosto nella riscontrata congiunta violazione della *dignità* della persona e, soprattutto, del principio di *eguaglianza-ragionevolezza* (espressamente evocato dalla sentenza quale componente essenziale della stessa dignità umana) da parte di una disciplina positiva che da un lato permette a un paziente in quelle condizioni di morire rifiutando i trattamenti, e dall'altro non gli consente di pervenire al medesimo risultato in una modalità più rapida e diretta, in ipotesi considerata più conforme al proprio concetto di dignità⁸⁰.

D'altra parte, è evidente la distanza che separa le due pronunce dalle concezioni tradizionali che riconoscevano il carattere radicalmente *indisponibile* della vita umana da parte del suo titolare, e a volte assumevano addirittura l'esistenza di un dovere del

⁷⁷ Il che non significa, almeno a sommo avviso del sottoscritto, che la Corte abbia in tal modo introdotto nell'ordinamento una scriminante esclusivamente o prevalentemente "procedurale", come spesso si afferma. In realtà, la Corte ancora la liceità dell'aiuto al suicidio a una ben precisa (sotto)fattispecie costruita attorno ai quattro requisiti *sostanziali* già enucleati nell'ordinanza n. 207 del 2018, cui si aggiungono ora i due requisiti procedurali minimi che ne consentono l'accertamento nel caso concreto; lasciando poi agli interpreti la questione se tale (sotto)fattispecie debba qualificarsi dogmaticamente come causa di esclusione del tipo, come causa di giustificazione o come causa scusante (sul punto, M. ROMANO, *Istigazione*, cit., 1807); S. SEMINARA, *Morte assistita*, cit., p. 941 ss..

⁷⁸ Sul punto, cfr. S. SEMINARA, *Morte assistita*, cit., 938 s.

⁷⁹ Lo nota, in particolare, F. PALAZZO, *La sentenza*, cit., 8 ss. Sul ruolo del principio di eguaglianza nell'economia delle decisioni sul caso Cappato, cfr., ampiamente, S. SEMINARA, *Morte assistita*, cit., 936 s.

⁸⁰ Questa fondamentale *ratio decidendi* era stata già proposta, in un saggio sul caso Cappato pubblicato prima dell'ordinanza n. 207 del 2018, proprio dall'Autore cui queste pagine sono dedicate: D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71. In senso critico sull'effettiva similitudine tra le due situazioni, e sul senso della distinzione tra lasciarsi morire e suicidarsi, così come tra eutanasia passiva e attiva, cfr. peraltro le considerazioni di M. ROMANO, *Istigazione*, cit., 1805 ss. e 1811.

singolo di continuare a vivere⁸¹. L'idea del dovere è piuttosto evocata dalla Corte con riferimento allo Stato: è dal *diritto* alla vita del singolo che deriva, sulla base dello stesso art. 2 Cost., il *dovere* dello Stato di proteggere tale diritto, anche contro le scelte suicide delle persone più vulnerabili, la cui decisione di morire – ancorché non determinata da indebiti condizionamenti da parte di terzi – è spesso espressione di disagio interiore, e sottende una richiesta di soccorso e solidarietà⁸². Ma tale protezione incontra, quanto meno, il limite della dignità della persona che intenda, in una situazione affatto diversa da quel paradigma di vulnerabilità, congedarsi dalla vita con la modalità che la persona stessa ritenga più confacente, appunto, alla propria dignità.

Rispetto ai due possibili itinerari di fondo sopra tracciati, la decisione della Corte italiana si colloca, all'evidenza, all'interno della logica del secondo di essi: e cioè nella logica del principio di eguaglianza, ancorché illuminato dal riferimento alla dignità della persona. La Corte intende rimuovere una irragionevole disparità di trattamento creata dallo stesso legislatore che – in adempimento, peraltro, dell'obbligo costituzionale discendente dall'art. 32, secondo comma, Cost. – già riconosce la legittimità della scelta di morire da parte del paziente la cui vita dipende da trattamenti di sostegno vitale, come la respirazione, l'alimentazione e l'idratazione artificiale. Conseguentemente, le decisioni in parola si arrestano a una soglia ben anteriore rispetto a quella raggiunta dalle corti colombiana e canadese, non riconoscendo né un generale diritto della persona a decidere come e quando morire, né *a fortiori* ritenendo prevalente questo diritto rispetto allo scopo di tutela dei pazienti più vulnerabili – scopo che la Corte italiana sottolinea, anzi, corrispondere a un preciso dovere discendente dallo stesso art. 2 Cost.

4.5. Le sentenze delle Corti costituzionali tedesca e austriaca.

Ben più radicale è invece l'approccio delle corti costituzionali tedesca e austriaca, chiamate a decidere, nel 2020, sulla compatibilità delle norme in materia di aiuto al suicidio previste nei rispettivi ordinamenti. In entrambi i casi, la decisione è nel senso della loro illegittimità costituzionale (totale, nel primo caso; parziale, nel secondo), all'esito di itinerari argomentativi che valorizzano il diritto della persona alla libera autodeterminazione nelle scelte fondamentali della propria esistenza, tra cui quella di decidere come e quando morire.

La sentenza del Tribunale Costituzionale Federale di Karlsruhe⁸³ è dettata in risposta a numerosi ricorsi individuali – promossi in parte da pazienti gravemente sofferenti desiderosi

⁸¹ Lo osserva, tra gli altri, A. VALLINI, *Il "caso Cappato"*, cit., 1199.

⁸² Sul punto, ancora, A. VALLINI, *Il "caso Cappato"*, cit., 1199 s.

⁸³ Secondo Senato, sentenza 26 febbraio 2020, 2 BvR 2347/15 e altri. Sulla sentenza, e sui suoi profili differenziali rispetto alle pronunce della Corte italiana nel caso Cappato, cfr. fra gli altri, in vario senso, G. BATTISTELLA, *Il "Bundesverfassungsgericht" dichiara incostituzionale la fattispecie penale di "favoreggiamento commerciale del suicidio (par. 217 StGB): una lettura in parallelo con il "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal*, 2020 fasc. 2, 319 ss.; G. FORNASARI, [Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte Costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto](#), in *Sist. pen.*, 11 giugno 2020, 1 ss.; F.

di essere aiutati a morire, in parte da associazioni create per aiutare i pazienti in quelle condizioni, e in parte da medici e avvocati sostenitori di questa posizione – che impugnavano direttamente il nuovo paragrafo 217, primo comma, del codice penale tedesco, in quanto lesivo dei loro diritti fondamentali. La norma, introdotta dal legislatore nel 2015, incriminava per la prima volta nell’ordinamento penale tedesco – dall’entrata in vigore del codice penale del *Reich* del 1871 in poi – la fattispecie di aiuto al suicidio, subordinatamente alla condizione che la condotta fosse prestata da soggetti “esercenti un’attività commerciale” (“*geschäftsmässig*”). L’intenzione del legislatore del 2015 era dunque quella di confermare la generale liceità della condotta individuale di aiuto al suicidio – tradizionalmente derivata presso la dottrina tedesca dalla non punibilità della condotta principale (il suicidio, appunto) cui la condotta di aiuto accede, e confermata esplicitamente dal secondo comma del nuovo paragrafo 217 in relazione ad ogni altro soggetto, tra cui i parenti e le persone vicine alla persona che abbia ottenuto l’aiuto al suicidio –; ma, al tempo stesso, di vietare la creazione e l’attività in Germania di cliniche che prestassero professionalmente aiuto al suicidio sul modello di quelle da tempo ormai operanti in Svizzera.

La corte tedesca ritiene, tuttavia, questa nuova disposizione incompatibile con il generale diritto alla personalità (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), dedotto dalla giurisprudenza costituzionale dell’art. 2, secondo comma, della Costituzione in combinato disposto con il principio dell’inviolabilità della dignità umana sancito dall’art. 1, primo comma.

La corte rammenta che il diritto fondamentale in questione copre, secondo la propria consolidata giurisprudenza, tutte quelle libertà “innominate” che non trovano specifica tutela in altre norme costituzionali, e che non sono tuttavia di minore importanza nel loro significato costitutivo della personalità individuale, risultando direttamente connesse al valore della dignità umana: valore che a sua volta si fonda sull’idea della libera autodeterminazione dell’uomo nello sviluppo della propria personalità. La funzione essenziale del diritto fondamentale in questione sta, dunque, nell’assicurare che la persona possa “trovare, sviluppare e conservare in maniera autonoma la propria identità e individualità”⁸⁴. Tale diritto – osserva la corte – non può non comprendere anche il “diritto a una morte autodeterminata”, che a sua volta include il “diritto al suicidio”⁸⁵. La decisione di morire tocca infatti come nessun’altra l’identità e l’individualità della persona. Essa non può coincidere soltanto con il diritto a rifiutare il trattamento medico, ma comprende necessariamente anche il diritto a porre fine, di propria mano, alla propria vita; anzi, il “diritto alla disponibilità della propria vita”⁸⁶ non può considerarsi limitato alle situazioni di malattie gravi o incurabili, né a particolari fasi della malattia; né, ancora, il suo riconoscimento può dipendere dai motivi che inducono la persona a una tale decisione, che deve essere sempre rispettata da parte dello Stato e della società in quanto atto in cui si esprime la sua autonomia costituzionalmente tutelata. Né, infine, potrebbe sostenersi che, disponendo della propria vita, la persona si privi della propria dignità, ché, anzi, proprio nella libera disposizione della propria vita si esprime

LAZZERI, [La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale](#), in *Sist. pen.*, 28 febbraio 2020; A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *Criminalia*, 2019, 203 ss.; M. ROMANO, *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 33 ss.; A. NAPPI, [A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht](#), in *Leg. pen.*, 2020, fasc. 3, 1 ss.; A. TIGRINO, [Il Bundesverfassungsgericht in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale. Verso un approccio realmente liberale al fine vita?](#), in *Arch. pen.*, 2020, fasc. 3, 1 ss.; V. ZAGREBELSKY, [Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte Europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca](#), in *Leg. pen.*, 2020, fasc. 3, 1 ss.

⁸⁴ *Ibidem*, paragrafo 207.

⁸⁵ *Ibidem*, paragrafo 208.

⁸⁶ Così, testualmente, *ibidem*, paragrafo 210.

immediatamente l'idea del libero sviluppo della personalità, che è coesistente al concetto stesso di dignità: "la decisione di morire, per quanto estrema, è espressione di dignità"⁸⁷.

Il diritto al suicidio così enucleato comprende, d'altra parte, anche la libertà di chiedere aiuto a terzi, nella misura in cui questi decidano di cooperare volontariamente. Ciò vale specialmente, prosegue la corte, rispetto a pazienti che dipendano dall'aiuto di medici per concludere la propria vita in modo dignitoso.

Poste queste premesse, la corte ha facile gioco nell'affermare che l'incriminazione censurata limita la libertà in questione; onde il problema si sposta sulla questione se tale limitazione possa considerarsi costituzionalmente legittima. La corte riconosce che il legislatore ha inteso perseguire la *legittima finalità* di tutelare la vita e la stessa autodeterminazione del singolo, a fronte del rischio – sottolineato da tutte le sentenze che nel mondo si sono occupate del tema – di abusi e di indebite pressioni, anche sociali, sui malati e in generale sulle persone più vulnerabili, che potrebbero essere indotti a considerare la scelta del suicidio assistito come modalità normale di concludere la propria vita. La disposizione censurata può inoltre considerarsi mezzo *idoneo* per conseguire tale finalità; ma – impregiudicata restando la questione se essa costituisca anche un mezzo *necessario* rispetto allo scopo – a fare difetto è certamente la sua *adeguatezza* rispetto allo scopo, ossia la sua proporzionalità in senso stretto. Nell'intento di tutelare la libertà di autodeterminazione della persona da possibili condizionamenti indebiti, il legislatore finisce infatti per sopprimere completamente la sua libertà, opponendo un divieto in pratica assoluto di ricorrere all'aiuto di terzi, sulla base di una presunzione altrettanto assoluta di difetto di libertà da parte di chi decide di porre fine alla propria vita. Con la conseguenza – argomento, questo, che come il lettore attento rammenterà era già stato utilizzato dalla Corte Suprema canadese – che taluni pazienti affetti da malattie degenerative potrebbero essere indotti a suicidarsi anzitempo, quando ancora possiedono le forze per farlo, per timore di non poter essere assistiti da terzi in un momento successivo. D'altra parte, nonostante il legislatore abbia confinato la rilevanza penale alle condotte compiute in forma imprenditoriale, le opzioni che residuano alla persona che intenda chiedere aiuto per togliere la vita sono impraticabili o comunque inesigibili: la maggior parte dei medici non è in effetti disposta ad assistere altri al suicidio, anche in ragione del divieto sancito in proposito dalle federazioni professionali dei medici in diversi *Länder* tedeschi, ciò che rende particolarmente importanti i servizi offerti da associazioni e istituzioni sul modello di quelle da tempo operanti in Svizzera. Né appare accettabile la prospettiva che un diritto fondamentale della persona possa avere tutela soltanto all'estero, dove chi desideri l'assistenza al suicidio sarebbe costretto, a proprie spese, a recarsi.

Nel dichiarare, dunque, costituzionalmente illegittima la disposizione censurata del codice penale, il Tribunale Costituzionale Federale sottolinea come il legislatore sia libero di intervenire per tutelare la vita e l'autodeterminazione di tutti coloro che potrebbero essere soggetti a indebite pressioni, in particolare attraverso idonee procedure tendenti ad assicurare l'effettiva libertà e capacità della persona che chiede di essere aiutata a morire. Tuttavia, non potrebbe essere lecito al legislatore – sottolineano espressamente i giudici di Karlsruhe – condizionare l'esercizio di tale diritto fondamentale ad una situazione di malattia incurabile, e tanto meno al suo carattere terminale. E ogni eventuale regolamentazione dovrebbe in ogni caso preoccuparsi di assicurare anche la possibilità concreta di esercitare il proprio diritto fondamentale, ottenendo l'aiuto di terzi – i quali peraltro non potranno mai essere considerati obbligati a prestare tale aiuto.

Su una linea argomentativa non dissimile si colloca, con una decisione soltanto di qualche mese successiva, il Tribunale Costituzionale austriaco, il quale pure fonda la

⁸⁷ *Ibidem*, paragrafo 211.

dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale della norma del codice penale sull'aiuto al suicidio sul diritto alla libera autodeterminazione della persona⁸⁸.

Anche in questo caso, l'intervento della corte era stato sollecitato da vari ricorsi diretti, provenienti tra l'altro da due pazienti affetti da malattie neurologiche degenerative, uno dei quali intendeva essere accompagnato in Svizzera da una persona che si era dichiarata disposta a farlo, ma che era cosciente di esporsi in tal modo a una possibile condanna per il delitto di aiuto al suicidio. I ricorsi miravano, anche qui, direttamente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma, che – analogamente all'art. 580 del codice penale italiano – puniva la condotta di chi “induce” taluno a uccidersi, ovvero gli “presta aiuto” a tale scopo.

La Corte ricapitola anzitutto i principi vigenti nell'ordinamento austriaco in materia di trattamento medico, in base ai quali il medico che pratici un trattamento nonostante il rifiuto del paziente incorrerebbe in una responsabilità penale ai sensi del paragrafo 110, che incrimina il trattamento medico arbitrario; e ciò anche nell'ipotesi in cui il trattamento sia necessario per la vita del paziente. La corte ribadisce, quindi, l'esistenza di un mandato costituzionale di tutela della vita, ma anche della libertà, e in particolare del diritto fondamentale alla libera autodeterminazione della persona, desumibile dall'art. 8 CEDU e dal principio di eguaglianza sancito dall'art. 7 della Costituzione austriaca; diritto che comprende sia il diritto a conformare liberamente la propria vita, sia il “diritto a una morte dignitosa”⁸⁹, secondo i propri convincimenti e valori⁹⁰. Tale diritto comprende anche, come già ritenuto dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco, il diritto a ottenere l'aiuto di terzi che siano disposti a ciò, specialmente allorché chi intenda porre fine alla propria vita non sia in grado di farlo da sé.

La Corte concentra quindi la propria attenzione sulla sola seconda parte della disposizione censurata, relativa alla prestazione di *aiuto materiale al suicidio*, sottolineando come essa rappresenti una limitazione particolarmente incisiva al diritto fondamentale in gioco, vietando senza eccezioni ogni forma di cooperazione con l'altrui proposito suicida; ciò che potrebbe condurre – argomento ormai ben noto al lettore – il paziente a compiere anzitempo il proprio suicidio, nel timore di non essere più in grado di farlo in un momento successivo. La corte respinge quindi nettamente l'idea, avanzata dal Governo nelle proprie difese, secondo cui la norma rifletterebbe un bilanciamento tra il diritto alla vita e quello all'autodeterminazione del paziente, dal momento che dal diritto alla vita non può essere dedotto in alcun modo un dovere per il singolo di continuare a vivere⁹¹. Esiste piuttosto un dovere a carico del legislatore di assicurarsi che la volontà del paziente sia realmente espressione di autodeterminazione, e di tutelare in tal modo sia la sua libertà, sia la sua stessa vita; il che implica la necessità di un intervento del legislatore per disciplinare le modalità di espressione del consenso, la sua revocabilità in qualsiasi momento, la capacità del paziente e la serietà del suo proposito, la completezza della sua informazione, l'assenza di vizi della volontà.

A questi argomenti, di per sé sufficienti a fondare la sua decisione, la corte affianca peraltro anche il rilievo della contraddittorietà della disposizione censurata rispetto alla più generale disciplina delle decisioni di fine vita già vigente nell'ordinamento austriaco, che consente al paziente di accedere all'eutanasia passiva, rifiutando consapevolmente le cure necessarie per la propria sopravvivenza, e che – in seguito all'introduzione, nel 2019, di un nuovo paragrafo 49a nella legge sull'attività medica – regola altresì espressamente la pratica

⁸⁸ Sentenza G 139/2019-71 dell'11 dicembre 2020. Sulla pronuncia, cfr. G. BATTISTELLA, *Il reato di aiuto al suicidio al vaglio della Corte costituzionale austriaca*, in *BioLaw Journal*, 2021, 315 ss. A. DE PETRIS, *La Corte costituzionale austriaca cancella il divieto di assistenza al suicidio*, in *Nomos*, 2020, fasc. 3, 1 ss.

⁸⁹ *Ibidem*, paragrafo 65.

⁹⁰ *Ibidem*, paragrafo 73.

⁹¹ *Ibidem*, paragrafo 84.

della cosiddetta eutanasia indiretta, e più in particolare la somministrazione di terapie palliative che possono accorciare la vita del paziente, qualora tale somministrazione sia proporzionata al rischio ad esse associato. In un tale quadro, risulta contraddittorio non consentire che l'autodeterminazione del paziente con riguardo alla decisione di morire si possa esplicare non solo mediante la richiesta di interruzione di cure o di terapie palliative in grado di provocare la morte come effetto collaterale, ma anche mediante la richiesta di un farmaco direttamente finalizzato a provocare la morte.

La Corte dichiara dunque l'illegittimità costituzionale della disposizione, nella parte in cui incrimina l'aiuto materiale al suicidio. La sentenza si conclude peraltro con una serie di *caveat*, assenti nella decisione dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco, miranti a sottolineare l'estrema delicatezza della materia, e in definitiva l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore. La corte non si nasconde, più in particolare, che la libera autodeterminazione della persona è sempre condizionata dalle concrete circostanze sociali, familiari ed economiche nelle quali essa versa, e dalla diseguaglianza fattuale di tali condizioni, così come dalla maggiore o minore disponibilità di assistenza medica e, in particolare, di terapie palliative, che spetta al legislatore assicurare ai pazienti che desiderino accedervi.

4.6. *“Controlimiti” al “diritto a morire”? Le più recenti pronunce delle corti costituzionali portoghese e italiana.*

In una direzione diametralmente opposta, nel quadro appena tracciato, si collocano infine due recentissime sentenze delle corti costituzionali portoghese e italiana, che intervengono a segnalare l'esistenza di limiti costituzionali alla stessa libertà per il legislatore – o, nel caso italiano, per lo stesso corpo elettorale, attraverso lo strumento del referendum – di legalizzare l'eutanasia. Se dunque i diritti fondamentali della persona – o quanto meno il principio di eguaglianza – si oppongono a una criminalizzazione a tutto tondo dell'aiuto al suicidio o addirittura dell'omicidio su richiesta, le ragioni di tutela della vita umana e in definitiva della stessa autodeterminazione individuale che sostengono tali incriminazioni a loro volta si oppongono, secondo queste due pronunce, a una decriminalizzazione indiscriminata, ponendosi in certo senso quali “limiti dei limiti”, dal punto di vista del diritto costituzionale, alle fattispecie penali in questione.

Il Tribunale Costituzionale portoghese viene adito dal Presidente della Repubblica a esaminare in via preventiva la compatibilità con la Costituzione di una disposizione della legge sulla “anticipazione della morte medicalmente assistita”, approvata nel febbraio 2021 dal Parlamento, ma la cui promulgazione era stata sospesa dallo stesso Presidente proprio in ragione dei suoi dubbi sulla sua costituzionalità, in ragione – in particolare – dell'allegata indeterminatezza del requisito della “sofferenza intollerabile determinata da una lesione definitiva di estrema gravità secondo l'opinione condivisa nella scienza medica ovvero da una malattia incurabile e fatale”⁹². Secondo il ricorrente, tanto il concetto di “sofferenza intollerabile” quanto quello di “lesione definitiva di estrema gravità secondo l'opinione condivisa nella scienza medica” sarebbero affetti da irrimediabile vaghezza, e non risulterebbero determinabili in sede applicativa.

Il Tribunale decide tuttavia di porsi anzitutto il problema preliminare se la legalizzazione dell'eutanasia, attuata dal legislatore mediante una disciplina che dichiara espressamente non

⁹² Sentenza 123/2021 del 12 aprile 2021.

punibili i fatti di omicidio su richiesta e di aiuto al suicidio compiuti in presenza delle condizioni disciplinate dalla legge, sia essa stessa compatibile con le esigenze costituzionali del diritto “inviolabile” alla vita, riconosciuto dall’art. 24, primo comma, della Costituzione portoghese. La sentenza esclude, in primo luogo, che dal diritto alla vita possa desumersi un diritto a decidere come e quando e morire. Un tale diritto *potrebbe* – osserva la Corte – essere derivato dal diritto al libero sviluppo della personalità sancito dall’art. 26, primo comma, della Costituzione: ma certamente nell’ordinamento portoghese, che da sempre ha conosciuto l’incriminazione tanto dell’omicidio su richiesta quanto dell’aiuto al suicidio, non può ravvisarsi – a differenza di quanto accade nell’ordinamento tedesco – un generale diritto fondamentale della persona alla disponibilità della propria vita⁹³. Piuttosto, deve affermarsi in via generale l’esistenza di un *dovere statale* di proteggere la *vita* e la stessa *libertà* della persona che desidera darsi la morte. Peraltro, questo dovere non preclude – sulla medesima linea di quanto stabilito dalla Corte costituzionale italiana nelle decisioni sul caso Cappato, puntualmente citate dal Tribunale – la possibilità di riconoscere, a determinate condizioni, la liceità dell’anticipazione della morte di una persona che consapevolmente e liberamente chiede che sia posto fine alle proprie sofferenze, in chiave di tutela della sua stessa dignità⁹⁴. L’aiuto al suicidio non può dunque essere considerato oggetto di una pretesa costituzionale positiva da parte del paziente, salvo che nella misura in cui sia in causa la stessa *dignità* di chi chiede di morire: il che avviene laddove una proibizione *assoluta* di ogni condotta che anticipi la morte del paziente determinerebbe “la riduzione della persona a mero oggetto di trattamenti indesiderati, e, in definitiva, la sua condanna a una sofferenza senza significato di fronte a una morte comunque inevitabile”⁹⁵.

A fronte però delle conseguenze irreversibili della scelta di morire, si impone anche in questi casi una robusta disciplina da parte del legislatore in grado di minimizzare il rischio di condotte abusive o comunque pregiudizievoli per persone che versano necessariamente in una situazione di speciale vulnerabilità. Al riguardo, il Tribunale esclude di dover esaminare i lamentati difetti di precisione della disciplina sotto il profilo del principio di legalità in materia penale, dal momento che tale disciplina opera come causa di giustificazione (o addirittura come causa di esclusione della tipicità penale), e produce pertanto l’effetto di restringere l’area del penalmente rilevante. Vi è però, secondo il Tribunale, una esigenza di sufficiente precisione che si impone, in virtù del principio del rispetto dello stato di diritto (a sua volta fondato sugli artt. 2 e 165, primo comma, Costituzione), a qualsiasi norma che incida in senso limitativo sui diritti fondamentali della persona, come il diritto alla vita. A questo metro, il Tribunale ritiene sufficientemente determinabile, con l’aiuto della scienza medica, il concetto di “sofferenze intollerabili”, ma ritiene invece irrimediabilmente imprecisa la nozione di “lesione definitiva di estrema gravità secondo l’opinione condivisa nella scienza medica”, dichiarando così l’illegittimità costituzionale della disciplina censurata – e precludendone, allo stato, l’entrata in vigore.

La sentenza è peraltro corredata da numerose opinioni separate, di tenore peraltro eterogeneo.

Quattro dei dodici giudici, in particolare, avrebbero dichiarato costituzionalmente illegittima l’intera disciplina in quanto incompatibile con il principio di inviolabilità della vita sancito dalla Costituzione portoghese, diritto che essi ritengono anche indisponibile da parte del suo titolare. La risposta alle sofferenze del malato terminale, sottolineano i giudici concorrenti, non può essere l’eutanasia, ma unicamente il potenziamento dell’offerta di terapie palliative⁹⁶.

⁹³ *Ibidem*, paragrafo 29.

⁹⁴ *Ibidem*, paragrafo 32.

⁹⁵ *Ibidem*, paragrafo 33.

⁹⁶ *Ibidem*, *declaração de voto* dei giudici Rangel de Mesquita, Mata-Mouros, Rodrigues Ribeiro e Teles Pereira

Cinque giudici sono invece su posizioni diametralmente opposte, esprimendo il proprio dissenso sulla decisione di incostituzionalità pronunciata dal Tribunale⁹⁷. I giudici di minoranza non concordano sulla insufficiente precisione dei requisiti normativi riscontrata dalla maggioranza; ma soprattutto dissentono sul complessivo *iter* argomentativo della decisione, che ritengono divergere in modo significativo da quelli che sono divenuti ormai gli standard costituzionali comuni ad altri ordinamenti, soprattutto europei. Essi criticano l'enfasi della sentenza sulla tutela del diritto alla vita a discapito del diritto al libero sviluppo della personalità, ciò che equivale all'affermazione di un inesistente dovere di continuare a vivere in qualunque circostanza, non deducibile dalla proclamazione costituzionale del "diritto" alla vita (cui è correlato, invece, il divieto in capo a terzi di uccidere persone che desiderino continuare a vivere).

Né – sottolinea il giudice de Almeida Ribeiro, nella propria opinione dissenziente – ha alcun significato *bilanciare* diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione in situazioni di sofferenza: un simile bilanciamento equivarrebbe a riconoscere che alcune vite abbiano meno valore di altre, e che il "peso" dell'autodeterminazione può variare a seconda della qualità delle ragioni che supportano la scelta di morire, secondo il discrezionale apprezzamento del legislatore. All'opposto, occorrerebbe francamente riconoscere che la vita umana è diritto *disponibile* da parte del suo titolare, e che nessuno può legittimamente essere costretto a continuare a vivere, giacché ciò ridurrebbe la persona a oggetto per il perseguimento di scopi che la trascendono. Vero è che, in molte ipotesi, la scelta di togliersi la vita è frutto di decisioni irriflesse e precipitate, e che pertanto il legislatore è legittimato a intervenire per tutelare la vita delle persone, presumendo una non libertà della scelta; ma altrettanto ineccepibile dal punto di vista costituzionale si dovrebbe considerare una legge che, come quella all'esame, inverta tale presunzione, in presenza di circostanze oggettive come quelle puntualmente descritte dalla legge medesima.

In direzione ancora più netta in difesa della vita umana di fronte a situazioni normative che liberalizzino l'eutanasia si è mossa la Corte costituzionale italiana, nella recentissima sentenza che ha dichiarato l'inammissibilità del referendum abrogativo avente a oggetto l'art. 579 c.p.⁹⁸

Come è noto, la Corte ha anzitutto sottolineato come, per effetto del "ritaglio" della disposizione proposta dal Comitato promotore, in caso di accoglimento della proposta referendaria l'art. 579 c.p. si sarebbe limitato a estendere la medesima pena già prevista per l'omicidio volontario alle ipotesi di invalidità del consenso per incapacità dell'offeso o per un vizio nella sua formazione, sancendo così – *a contrario sensu*, ma inequivocabilmente – la generale *liceità* dell'omicidio del consenziente *in ogni altra ipotesi*. La non punibilità non sarebbe dunque rimasta confinata a condotte compiute nei confronti di persone affette da malattie gravi e irreversibili, ma si sarebbe estesa a qualsiasi situazione in cui la persona chiede la propria morte per effetto di situazioni di

⁹⁷ *Ibidem*, *declaração de voto* dei giudici Canotilho, Abrantes, Raimundo e Vaz Ventura e *declaração de voto* del giudice de Almeida Ribeiro.

⁹⁸ Sentenza n. 50 del 2022, su cui cfr., in vario senso, A. ALBERTI, [L'omicidio del consenziente come norma a contenuto costituzionalmente vincolato o a contenuto necessario/obbligatorio? Brevi note alla sent. n. 50 del 2022](#), in *federalismi.it*, 2022 fasc. 14, pp. 176; A. MASSARO, *La natura costituzionalmente necessaria dell'art. 579 c.p.: la Consulta dichiara inammissibile il referendum in materia di eutanasia legale*, in *Cass. pen.*, 2022, 2174 ss.; D. PULITANÒ, *Morte assistita*, cit.; A. PUGIOTTO, [Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022](#), in *Rivista AIC*, 2022, 83 ss.; S. SEMINARA, *Morte assistita*, cit., 949 ss.

disagio (affettivo, familiare, sociale, economico), o anche solo per *taedium vitae*; e si sarebbe prodotta a prescindere dalla qualità del soggetto attivo (non necessariamente un sanitario), dalle ragioni della volontà di morire, dalle forme di manifestazioni del consenso, dai mezzi utilizzati per provocare la morte, abbracciando anche l'ipotesi di consenso prestato per effetto di errore spontaneo, non provocato dall'altri suggestione.

Un tale risultato – ritenuto non schermabile attraverso un'esegesi della normativa di risulta necome quella ipotizzata dai promotori del referendum (i quali avevano sostenuto l'applicabilità, in via sostanzialmente analogica, della procedura medicalizzata prevista dalla legge n. 219 del 2017 per il rifiuto di terapie salvavita) – viene giudicato dalla Corte incompatibile con le *esigenze minime di tutela della vita umana* discendenti dalla Costituzione. L'art. 579 c.p. costituisce infatti una legge "costituzionalmente necessaria", ancorché non a contenuto vincolato, essendo posta a tutela della vita umana, che l'ordinamento ha un preciso dovere – discendente dall'art. 2 Cost. – di tutelare. La *ratio* della norma, esattamente come nel caso dell'art. 580 c.p., è quella di tutelare la persona – specialmente se versante in condizioni di particolare debolezza e vulnerabilità – contro scelte estreme e irreparabili, assunte in situazioni di momentanea difficoltà o sofferenza, o comunque non sufficientemente meditate; dovendosi respingere – sottolinea ancora la Corte, riprendendo un passaggio della propria ordinanza n. 207 del 2018 nel caso Cappato – una «concezione astratta dell'autonomia individuale » che ignori «le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite».

Secondo la Corte costituzionale italiana, dunque, non può essere dunque consentito al legislatore referendario determinare, attraverso la proposta abrogazione, il completo venir meno di tale livello minimo di tutela.

5. Qualche considerazione conclusiva.

Il percorso si conclude qui, almeno, per ora, restituendo un quadro con qualche punto fermo, e molti punti ancora da definire, nella ricostruzione di quelle che potremmo definire come un nucleo in formazione di "tradizioni costituzionali comuni", in una vasta area geografica che comprende ormai vari paesi europei e americani.

(a) Un punto fermo comune a tutti gli ordinamenti esaminati è quello relativo alla esistenza, in ciascun ordinamento, di un *diritto fondamentale a rifiutare ogni trattamento medico*, inclusi quelli necessari a garantire la sopravvivenza del paziente (a loro volta comprendenti i trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale).

Il fondamento normativo e la stessa *ratio* di questo diritto non sono, d'altra parte, sempre individuati in modo omogeneo.

Nel diritto costituzionale italiano, il riferimento normativo ormai consolidato è alla triade rappresentata dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., che – nel loro insieme – paiono evocare l'idea della tutela del *corpo* del paziente contro ingerenze non consentite da parte di qualsiasi terzo, e dunque anche da parte del medico. La medesima idea si ritrova nel *common law* inglese, in un orizzonte culturale in cui manca del tutto il

formante costituzionale, laddove l'intervento medico senza il consenso del paziente è da sempre considerato costitutivo sia del *tort* sia del *crime* di *battery* in assenza di una idonea causa di giustificazione alternativa, come la *medical necessity* – oggi pacificamente ritenuta insussistente nell'ipotesi di consapevole rifiuto del trattamento da parte di un paziente capace di autodeterminarsi. Anche nell'ordinamento tedesco il diritto fondamentale alla *invioabilità fisica*, riconosciuto dall'art. 2, paragrafo 2, della Legge fondamentale è stato a lungo considerato l'essenziale fondamento normativo del diritto (costituzionale) al rifiuto di qualsiasi trattamento. Infine, pure il diritto fondamentale alla *privacy* enucleato dalla Corte Suprema americana tra gli anni sessanta e settanta del secolo scorso contiene una dimensione di *tutela di uno spazio fisico della persona* (la cui sfera minima coincide, per l'appunto, con il suo *corpo*) nella quale lo Stato non è autorizzato a entrare, e in cui la persona ha il diritto di essere lasciata sola.

In ciascuno di questi ordinamenti, si fa però sempre più strada un diverso ancoraggio del diritto a rifiutare i trattamenti medico: quello, cioè, che ne individua la fonte nel diritto all'*autodeterminazione*, o al *libero sviluppo della propria personalità*, pure riconosciuto espressamente o implicitamente nel diritto costituzionale di molti paesi. Se in Italia manca ancora una organica elaborazione pretoria di questo diritto, questo diritto è spesso evocato – specie nell'elaborazione dottrinale – proprio in relazione alla materia dei trattamenti medici, ove viene ancorato nello stesso art. 32, secondo comma, Cost., in combinato disposto con l'art. 2 Cost., *sub specie* questa volta di diritto all'"autodeterminazione terapeutica". Esplicita è, invece, l'individuazione della sua base normativa, presso la dottrina e la giurisprudenza tedesca, nell'art. 2, paragrafo 2, della Legge fondamentale, che accanto al diritto all'invioabilità fisica riconosce, appunto, il *diritto al libero sviluppo della personalità*. E lo stesso diritto costituzionale di *privacy*, nell'esperienza della giurisprudenza della Corte Suprema USA, è stato letto – prima almeno del suo ormai sempre più inarrestabile declino – come espressione di una sovranità dell'individuo sulle scelte più intimamente attinenti alla propria esistenza, a cominciare da quelle sul proprio corpo.

Come poc'anzi rilevato, le due prospettive appaiono fungibili per giustificare il diritto al *rifiuto* del trattamento; ma soltanto la seconda possiede potenzialità espansive capaci di proiettarsi sulla tematica dell'eutanasia attiva, dove non si pone un problema di *tutela del corpo contro ingerenze esterne*, quanto piuttosto un problema di tutela della *libertà della persona di decidere sul proprio corpo*, e in definitiva sulla propria stessa vita. La prima prospettiva supporta ancora la fondamentale distinzione tra "lasciar morire" e "uccidere"; la seconda tende a far saltare questa linea discretiva, e ad accomunare tanto l'una, quanto l'altra ipotesi, come semplici espressioni di un unico, onnicomprensivo "diritto a morire".

(b) Rispetto poi alla distinta tematica della omissione o, più spesso, interruzione di trattamenti di sostegno vitale a *pazienti incapaci*, va pure registrato un consenso crescente in molti ordinamenti – e certamente nella totalità di quelli sin qui considerati – a considerare lecita tale interruzione non solo in presenza di una manifestazione anticipata di volontà da parte del paziente, ma anche nelle ipotesi in cui tale volontà anticipata manchi, e il trattamento sia invero in sé idoneo a prolungare, anche in modo

considerevole, la vita del paziente, ma questi versi in uno stato di totale incoscienza e sia pertanto incapace di ricavare alcun beneficio dal proprio stesso mantenimento in vita, come nel caso paradigmatico del paziente in stato vegetativo permanente.

Anche in questo caso, però, si è visto come il fondamento normativo e la stessa logica della soluzione non sia uniforme.

In molti casi, alla soluzione si è pervenuti – sul piano, ancora, del diritto costituzionale – attraverso una espansione della logica del *diritto fondamentale a rifiutare il trattamento*, immaginandone un suo esercizio *in nome e per conto del paziente* da parte di altri – normalmente, il legale rappresentante –, sulla base di una valutazione *ipotetica* su ciò che il paziente stesso avrebbe verosimilmente desiderato, ove fosse stato in grado di esprimere la propria volontà. Si tratta della soluzione individuata nel caso Englaro in Italia, sul modello dei precedenti statunitensi e della giurisprudenza, civile e penale, del Tribunale Supremo Federale tedesco.

Altrove, e in particolare nel Regno Unito, la soluzione è stata individuata dalla giurisprudenza a partire dalla logica secondo cui qualsiasi trattamento, in quanto pratica invasiva del corpo del paziente, necessita di una specifica giustificazione, che si radica alternativamente nel consenso del paziente stesso, ovvero – in caso di incapacità di quest'ultimo – della sua oggettiva utilità rispetto ai suoi interessi. Ciò posto, si nega che il mero mantenimento delle funzioni vitali di un paziente totalmente incosciente possa essere considerato un obiettivo terapeutico apprezzabile, in assenza di qualsiasi prospettiva di recupero della coscienza secondo il giudizio della scienza medica. La prospettiva è, dal punto di vista teorico, totalmente differente rispetto alla prima: non già quella del rispetto di un diritto del paziente a rifiutare il trattamento esercitato dal suo legale rappresentante, bensì quella della non doverosità della prosecuzione di *trattamenti oggettivamente ritenuti futili* dal medico, e pertanto *inutilmente invasivi del corpo* del paziente stesso.

(c) Infine, il quadro che emerge dall'analisi comparata delle giurisprudenze di numerose corti supreme e costituzionali è ancora frammentato riguardo alla tematica dell'*aiuto a morire*: tanto nella forma del suicidio medicalmente assistito, quanto in quella della vera e propria eutanasia attiva praticata dal medico.

Nel panorama di diritto comparato, sino al 2015 soltanto la Corte costituzionale colombiana aveva affermato (fin dal 1997) l'esistenza di un diritto a morire con dignità, incompatibile con una criminalizzazione senza eccezione dell'omicidio su richiesta della vittima; mentre la Corte Suprema USA, la Corte EDU, la *House of Lords* in *Pretty* e poi ancora la Corte Suprema inglese in *Nicklinson* avevano rifiutato di riconoscere un diritto fondamentale di ciascuno a determinare come e quando morire, rigettando i corrispondenti ricorsi che ne assumevano l'esistenza a partire dall'estensione della logica del diritto a rifiutare i medici salvavita.

La situazione è però radicalmente mutata negli ultimi sette anni, per effetto del susseguirsi di decisioni che, in misura più o meno estesa, hanno dichiarato l'incostituzionalità totale o parziale delle disposizioni che, in diversi ordinamenti, incriminavano l'assistenza al suicidio. Alla sentenza della Corte Suprema canadese che, nel 2015, ha aperto la strada alla legalizzazione a livello federale del suicidio assistito,

hanno fatto seguito nel 2018-2019 la coppia di decisioni italiane sul caso Cappato, le sentenze delle corti costituzionali tedesca e austriaca, e altre decisioni della Corte costituzionale colombiana che hanno ulteriormente allargato l'area di non punibilità delle condotte eutanasiche e di aiuto al suicidio. Contemporaneamente, nuove legislazioni (Spagna, Nuova Zelanda e vari Stati australiani) si sono aggiunte a quelle (Olanda, Svizzera, Belgio, Lussemburgo, oltre a taluni Stati nordamericani e australiani antesignani) che già da tempo avevano consentito l'eutanasia attiva o, quanto meno, il suicidio assistito. In Portogallo, invece, l'entrata in vigore della legge di legalizzazione dell'eutanasia è stata bloccata *in extremis* dal Presidente della Repubblica e dal Tribunale costituzionale, in nome della necessità di non indebolire eccessivamente la tutela della vita – una preoccupazione, questa, che ha ispirato anche la recentissima pronuncia della Corte italiana sul referendum in materia di omicidio del consenziente.

Il quadro comparato in materia può pertanto ritenersi, dunque, in tumultuosa evoluzione, facendo emergere un'alternativa fondamentale: quella, cioè, tra il riconoscimento di una piena e integrale libertà *di ciascuno* di determinare *come e quando morire*, concepita come espressione particolare del più ampio diritto fondamentale all'autodeterminazione (o al libero sviluppo della propria personalità), secondo il modello tedesco e austriaco; e il riconoscimento, invece, di un più circoscritto diritto *del paziente* a essere liberato da *sofferenze* intollerabili⁹⁹ – un diritto, dunque, che nasce attorno a situazioni di malattia grave (terminale o meno che siano), e non si estende pertanto a qualsiasi scelta di morte, come nel modello colombiano, canadese o italiano¹⁰⁰.

Rispetto a ciascuna di queste prospettive, si pone invero il medesimo problema – che necessariamente richiede l'intervento del legislatore – di assicurare che la volontà del paziente sia esente da indebiti condizionamenti, e sia sorretta da completa informazione. Tuttavia, le due impostazioni restano profondamente diverse nelle rispettive ispirazioni¹⁰¹, e conducono a risultati applicativi necessariamente differenti. Per la prima, la malattia (e la sofferenza connessa) è soltanto uno dei possibili presupposti fattuali idonei a sorreggere la scelta della persona di concludere la propria vita¹⁰², che l'ordinamento è in ogni caso tenuto a rispettare se la persona sia capace e la scelta medesima sia pienamente libera e informata; per la seconda, la malattia e la

⁹⁹ Cfr., sul punto, F. PALAZZO, *La sentenza*, cit., 11: l'orizzonte della libertà riconosciuta dalla Corte italiana «è segnato in modo pregnante dalla malattia e dalla *sofferenza*: è questa la bussola che orienta in materia e che ha orientato fundamentalmente la Corte»; è solo «nell'orizzonte tracciato dalla sofferenza» che, secondo questa prospettiva, «la libertà di autodeterminazione si espande e trova una ragion d'essere, un fondamento sostanziale e positivo, che non sia solo il mero «volere», nella salvaguardia della dignità».

¹⁰⁰ Auspicano l'adozione del primo approccio anche nell'ordinamento italiano, criticando conseguentemente l'approccio più circoscritto della Corte costituzionale, A. MANNA, *Esiste un diritto a morire?*, cit., 216 ss.; A. TIGRINO, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., 11 ss. In favore di quest'ultimo approccio, cfr. invece G. BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., 347.

¹⁰¹ Sul punto, ampiamente, M. ROMANO, *Suicidio assistito*, cit., 36.

¹⁰² Scelta che, nella prospettiva del Tribunale costituzionale federale tedesco, dovrebbe essere sempre rispettata in quanto espressione di un "diritto al suicidio non delimitato né delimitabile dall'esterno, non legato a malattie o fasi della vita, non sindacabile in alcun modo nelle ragioni che ne provocano l'esercizio" (così M. ROMANO, *Suicidio assistito*, cit., 54).

sofferenza rappresentano il presupposto indispensabile per la sussistenza del suo stesso diritto fondamentale a decidere come e quando porre fine a tale sofferenza.

Sullo sfondo resta, dunque, il bisogno di una riflessione ulteriore sull'estensione dei due grandi diritti in gioco: il *diritto alla vita*, e i correlati doveri di protezione in capo allo Stato che hanno a oggetto la vita stessa; e il *diritto al libero sviluppo della personalità*, o all'autodeterminazione, inteso come diritto fondamentale autonomo o – almeno – come parte del diritto alla vita privata, riconosciuto dall'art. 8 CEDU, e sempre più considerato come inclusivo della decisione su come e quando morire.

Difficile negare, in effetti, che la scelta di concludere la propria vita – meglio, la decisione su come e quando concluderla – debba essere considerato come una componente di quest'ultimo diritto. Ma pressante, e drammatica, è la domanda – che il presente contributo non può che lasciare senza risposta – se e in che misura lo Stato sia legittimato, o addirittura abbia il dovere costituzionale, di limitare nel caso concreto questa libertà, per tutelare la persona di fronte a una scelta definitiva, che preclude in radice ogni esercizio futuro di libertà, almeno laddove la decisione di morire non sia determinata da una sofferenza acuta e senza speranza, tale da precludere alla persona ogni realistica prospettiva di ulteriore sviluppo della propria esistenza. O se invece, come affermano all'unisono le corti tedesca e austriaca, la libertà in questione si concretizzi in un diritto costituzionale “a una morte dignitosa”, o in un vero e proprio “diritto al suicidio”.

Un dilemma, questo, che a sua volta rimanda alla questione, evocata dalla Corte costituzionale italiana ma anche da quella austriaca nella parte finale della propria sentenza, del “peso” da attribuire alle circostanze concrete in cui si forma la decisione di morire. Si tratta di circostanze della più diversa natura – economica, sociale, familiare, caratteriale, etc. –, che inevitabilmente condizionano quella decisione, e che sollecitano le corti e lo stesso legislatore a interrogarsi se la libertà e consapevolezza di una scelta come quella di morire – considerata dal Tribunale Federale Costituzionale tedesco come espressione ultima e suprema della stessa dignità della persona – possano davvero essere valutate soltanto con lo strumento della verifica dell'assenza di vizi della volontà, e della presenza di una generica capacità di decidere circa i propri interessi; o se, piuttosto, il dovere di solidarietà (e di “compassione”¹⁰³) verso la situazione di sofferenza che sorregge realisticamente ogni scelta di morire reclami dall'ordinamento, e dalla società nel suo complesso, qualcosa di più e di diverso dal mero rispetto della libertà di morire della persona, sotto forma di aiuti concreti ed effettivi che possano offrirle qualche ragione in più per continuare a vivere.

¹⁰³ È l'espressione utilizzata, proprio in questo contesto, da M. DONINI, *Libera nos*, cit., 19.