

Introduzione

Tanto lo sviluppo delle tecnologie impiegate in ambito medico quanto la tutela del bene vita prevista nel codice Rocco hanno contribuito alla nascita di un sentimento di profondo attaccamento nei confronti dell'esistenza umana.

Da un lato, il Codice penale del 1930, intriso di paternalismo, il quale non contempla alcuna offesa nei confronti del bene vita, considerato come diritto "primo" senza il quale non sarebbe possibile l'esercizio degli altri. Un diritto, quello alla vita, che non ammette rivali e non ammette eccezioni, al punto da negarsi anche la rinunciabilità allo stesso, laddove vi sia la richiesta o il consenso della cosiddetta "vittima".

Dall'altro, lo sviluppo della scienza medica la quale tende alla ricerca di un allungamento della vita, una sorta di tendenza all'immortalità e al benessere fisico duraturo. Si assiste al tentativo di trasformazione dell'essere umano in homo deus, incapace di accettare i suoi limiti naturali.¹

Questo comporta il protrarsi della vita, o meglio, della sopravvivenza oltremodo: non si accetta più l'idea di morire per una malattia, ma piuttosto si preferisce dipendere da forme di sostentamento artificiali anche quando la condizione di malattia rende l'uomo privo di coscienza, incapace di soddisfare da sé i propri bisogni, sofferente in balia di un dolore che finisce per essere l'unica percezione concreta del mondo circostante e che costringe il malato a ricordarsi, ogni giorno, del male che lo affligge, troppe volte prigioniero di una vita a cui si vorrebbe rinunciare.

Insomma, passato e progresso che concorrono verso il medesimo obiettivo: il mantenimento della vita umana, intoccabile, indisponibile, necessaria.

¹ M. B. MAGRO, *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, [online], penalecontemporaneo.it, 12.06.19, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6724-the-last-dance-riflessioni-a-margine-del-cd-caso-cappato>, p. 10 (ultimo accesso: 16.10.19)

Questo lavoro si prefigge l'obiettivo di esaminare dapprima il percorso storico e culturale che ha determinato l'affermarsi degli articoli 579 e 580 del nostro Codice penale, evidenziando la loro inattualità al giorno d'oggi, in una società che chiede la possibilità di decidere della propria vita e di rivendicare la propria libertà in merito alle determinazioni che la riguardano.

Successivamente l'intento è quello di mostrare come l'introduzione della nostra Carta costituzionale abbia rappresentato un punto di svolta, introducendo una nuova accezione tanto del bene vita quanto del bene salute: infatti, proprio alla luce dei principi costituzionali la giurisprudenza, prima, e il legislatore, poi, hanno aperto le porte alla tematica del fine vita e della libertà di autodeterminarsi in condizioni di malattia a prognosi infausta e in prossimità della morte.

Nel secondo capitolo, infatti, verranno affrontati tre casi giurisprudenziali di spicco nel nostro Paese la cui drammaticità è servita da spinta per l'introduzione di una disciplina legislativa che permettesse, da una parte, di facilitare la risoluzione di vicende pratiche in una materia così delicata e in cui sono in gioco forze etiche, religiose, culturali in contrapposizione, e, dall'altra, tenesse in considerazione della libertà di scegliere del malato, alla luce del mutato rapporto tra medico e paziente. Il capitolo si conclude con l'ormai ammessa possibilità di morire in maniera indiretta, tramite rifiuto o interruzione di trattamenti sanitari (c.d. eutanasia passiva).

Obiettivo del terzo e ultimo capitolo è la ricerca di una reale differenza tra la morte causata dalla non somministrazione di un trattamento salva-vita e quella realizzata tramite somministrazione di un farmaco letale (c.d. eutanasia attiva). È questo il capitolo che risulta determinante; tutto l'elaborato è accompagnato da due domande principali: sono ancora applicabili gli articoli 579 e 580? È davvero giusto vietare l'accesso all'eutanasia attiva quando, da tempo, si avverte l'esigenza di poter decidere i tempi e i modi della propria morte?

Verrà quindi analizzato il caso Cappato, costituente un ulteriore scossone per il legislatore e la conferma dell'anacronismo degli articoli del nostro codice.

Ci si affaccia dunque ad una necessità di riforma: in una realtà in cui si cerca in ogni modo di mantenere in vita pazienti che sarebbero morti in circostanza di malattie invalidanti, croniche o comunque inguaribili, si fa sempre più forte la voce di quei pazienti che chiedono di essere accompagnati alla morte; mentre il progresso tende a rendere l'uomo sempre più "eterno", nella società c'è chi preferisce la morte piuttosto che la prosecuzione di una vita non sentita più come la propria, non considerata vita vera e non accettata come degna.

La condizione del paziente, e di chi si fa carico di soddisfare la sua richiesta sia in qualità di tutore, che di medico, che di "aiutante" nel proposito, si pone quindi in contrasto con la tutela incondizionata del bene vita, codicizzata nel 1930 e attuata tramite il progresso della medicina.

L'elaborato non termina con una soluzione, quanto più con una speranza di riforma che tenga conto della necessità di introdurre un nuovo diritto dell'uomo, attuabile qualora sussistano specifiche condizioni che ci si auspica saranno delineate, questa volta, dal legislatore. La considerazione alla base della tanto attesa riforma è la seguente: se è contemplata la possibilità per il paziente di morire richiedendo la sospensione o rifiutando del tutto un trattamento sanitario salva-vita, allo stesso modo si riterrebbe necessario consentirgli di morire sottoponendolo a trattamenti eutanasi, poiché le ragioni alla base dell'una e dell'altra richiesta sono di fatto le medesime: porre fine ad una vita che è diventata insostenibile e richiedere la tutela di quel menzionato nuovo diritto, ovvero quello di poter morire.

CAPITOLO I

L'attuale disciplina codicistica. Sviluppo e anacronismo degli articoli 579 e 580 c.p.

SOMMARIO: 1. OMICIDIO E OMICIDIO DEL CONSENZIENTE: DISPOSIZIONI E RAGIONI STORICHE DELLA PENALIZZAZIONE. 2. SEGUE: SUICIDIO E ISTIGAZIONE O AIUTO AL SUICIDIO. STORIA E CODICE PENALE. 3. GLI ARTICOLI 579 E 580 C.P. A CONFRONTO E LE COMUNI MATRICI CULTURALI E MORALI. 4. IL PRINCIPIO DI LAICITÀ E IL CONCETTO DI DISPONIBILITÀ DELLA VITA.

1. Omicidio e omicidio del consenziente: disposizioni e ragioni storiche della penalizzazione

Il diritto penale conosce da sempre, tra le condotte lesive, due figure preminenti: quella dell'omicidio e quella del suicidio.

La figura dell'omicidio, tutt'ora incriminata, ha destato nel corso dei secoli problemi legati alla sua doppia anima: una individuale e l'altra pubblicistica.²

Se non si riscontrano particolari dubbi circa l'individuazione del bene giuridico tutelato, ovvero la vita umana, ciò che è ancora oggi oggetto di dibattito è la natura della stessa. Infatti, lo Stato si impegna a proteggere la vita dei suoi cittadini, non solo come bene dei singoli ma anche come bene della collettività.³

Questo duplice profilo si evince dal complesso di norme contenute nell'attuale Codice penale, a partire dalla fattispecie dell'omicidio doloso fino a ricomprendere ipotesi come quella dell'omicidio del consenziente; ma non solo: altre condotte affini a quella dell'omicidio, come quelle rientranti nel novero dei delitti contro la personalità dello Stato, lasciano emergere la rilevanza del profilo pubblicistico della tutela apprestata.⁴

² D. TASSINARI, *I delitti di omicidio*, in *I reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Torino, UTET Giuridica, 2006, p. 1

³ M. RIVERDITI, *Manuale di diritto penale, Parte generale e parte speciale*, Vicenza, Wolters Kluwer Italia, 2017, p. 1017

⁴ D. TASSINARI, *op. cit.*, in S. Canestrari, p. 2

La norma incriminatrice dell'omicidio doloso, inserita nel codice Rocco all'articolo 575⁵, si pone in un'ottica di *prius* logico rispetto ad ogni altra fattispecie incriminatrice, considerato il bene giuridico tutelato. Invece l'articolo 579⁶ e, come vedremo in seguito, l'articolo 580⁷, traslano la tutela del bene vita nel contesto della sua indisponibilità,⁸ prevedendo una fattispecie più specifica. La scelta adottata dal legislatore del 1930 in merito all'articolo 579 si pone in disaccordo con la disciplina previgente contenuta nel codice Zanardelli del 1889, in cui la figura dell'omicidio del consenziente risulta assorbita in quella più generica di omicidio.⁹

Nella Relazione Ministeriale emerge l'esigenza di colmare un vuoto di tutela al fine di introdurre una fattispecie incriminatrice che tenesse conto di quella particolare ipotesi di omicidio in cui sussiste il consenso della vittima.

La giurisprudenza del tempo, infatti, era ben consapevole del minor grado del dolo e della minore pericolosità del delinquente, nonché della minore entità dell'offesa nel caso dell'omicidio del consenziente, al punto che ne è derivato un

⁵ Omicidio: “*Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.*”

⁶ Omicidio del consenziente: “[I] *Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni.*

[II] *Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61.*

[III] *Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:*

1) *contro una persona minore degli anni diciotto;*

2) *contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti;*

3) *contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.*”

⁷ Istigazione o aiuto al suicidio: “[I] *Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima.*

[II] *Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio.*”

⁸ D. TASSINARI, *op. cit.*, in S. Canestrari, p. 4

⁹ Dell'omicidio, art. 364 codice del 1889: “*Chiunque, a fine di uccidere, cagiona la morte di alcuno, è punito con la reclusione da diciotto a ventun anno.*”

comportamento più indulgente nell'applicazione della pena, se non addirittura assolutorio.¹⁰

Pertanto, il progetto per il nuovo codice ha riconosciuto un'ipotesi delittuosa aggiuntiva ed autonoma rispetto alla precedente, il cui carattere di specialità è indubbiamente rappresentato dal consenso della vittima, come elemento costitutivo del reato stesso.¹¹

La considerazione dell'attuale articolo 579 come ipotesi delittuosa autonoma, permeata dalla minore severità della pena, è resa evidente sia dall'esclusione, al comma 2, dell'applicabilità delle circostanze attenuanti comuni ex articolo 61 c.p., sia dalla mancata individuazione della fattispecie tra le circostanze attenuanti¹², sia, infine, dalla non applicabilità nell'ipotesi in questione dell'articolo 50 c.p. del consenso dell'avente diritto come causa di giustificazione.¹³

Prima di analizzare le ragioni culturali che hanno indotto il legislatore del 1930 all'introduzione della norma in esame, è opportuno soffermarsi sulla disciplina del reato. Innanzitutto, bisogna chiarire quali caratteri deve avere il consenso della vittima per dare attuazione alla fattispecie dell'articolo 579: questo deve essere serio, esplicito, non equivoco e perdurante sino al momento di commissione del fatto, altrimenti la disciplina ricade nella fattispecie prevista dall'articolo 575.¹⁴ La Cassazione Penale ha precisato che vengono meno i presupposti dell'articolo 579 allorquando il soggetto passivo sia affetto da una patologia psichica tale da incidere sulla piena e consapevole formazione del consenso, prevedendo una prevalenza del diritto alla vita.¹⁵

¹⁰ *Relazione ministeriale*, III, p. 373

¹¹ Nella *Relazione* si legge: "Esso non ha voluto disciplinare una causa di esclusione del reato per il caso della cosiddetta eutanasia; ma ha riconosciuto, in una autonoma ipotesi di reato con pena sensibilmente attenuata, la discutibile influenza minoratrice del consenso dell'ucciso sulla gravità del delitto di omicidio, sotto il profilo dell'elemento psicologico."

¹² D. TASSINARI, *op. cit.*, in S. Canestrari, p. 95

¹³ M. RIVERDITI, *op. cit.*, p. 1031

¹⁴ M. RIVERDITI, *ibidem*.

¹⁵ Cass. Pen., sez. I, 14 febbraio 2008, n. 13410

Il comma 3 della norma individua tre ipotesi in cui trovano applicazione le disposizioni dell'omicidio in generale, poiché si ritiene che il consenso prestato risulti viziato, ovvero laddove il fatto sia commesso nei confronti di:

- soggetto minore di età;
- persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti;
- soggetto il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o suggestione, o carpito con inganno.¹⁶

La prima e la seconda ipotesi menzionate, lasciano operare una presunzione assoluta nei confronti del minore degli anni diciotto e dell'infermo di mente. La scelta legislativa si caratterizza, nel primo caso, per non aver previsto, a differenza di quanto la disciplina comune prevede, la possibilità di un accertamento in concreto della capacità di intendere e di volere per il minore infraquattordicenne, nel secondo, per non aver considerato l'elemento qualitativo, tale per cui anche una infermità o deficienza transitorie o lievi comportano una presunzione assoluta di incapacità.¹⁷

La norma lascia quindi sottendere un preciso intento legislativo: per potersi parlare di consenso validamente prestato, è necessario disporre di una piena lucidità.

La terza e ultima ipotesi, invece, prevede l'ipotesi in cui il soggetto passivo sia maggiorenne e non affetto da alcuna infermità ma sia stato ingannato o intimidito. In questo caso, la norma finisce per ricomprendere concetti molto ampi di violenza o inganno: “dalle semplici minacce, alla rappresentazione di pericoli o di danni lontani, alla sottile opera di persuasione che, sfruttando un proposito ancora incerto od eliminando la ripugnanza alla strage di sé stesso, con accorta pazienza tragga la vittima ad esprimere il proprio consenso.”¹⁸

¹⁶ M. RIVERDITI, *op. cit.*, p. 1031

¹⁷ D. TASSINARI, *op. cit.*, p. 102

¹⁸ *Relazione ministeriale*, cit., p. 374

È incerto se il consenso possa essere espresso in maniera implicita, spesso parametrato al caso del consenso presunto, e se debba essere tenuto in considerazione il livello culturale e intellettuale della vittima. Sicuramente è escluso il consenso espresso per delega.¹⁹

Altra ipotesi di non sempre facile risoluzione è la revoca del consenso: questa risulta, infatti, agevole nel caso in cui il consenso sia revocato prima della condotta omicida, per cui se la condotta stessa prosegue fino alla provocazione dell'evento "morte", il soggetto attivo sarà sanzionato secondo la forbice edittale prevista dall'articolo 575; altra ipotesi, altrettanto agevole, è quella in cui la revoca intervenga laddove la condotta omicida è già stata posta in essere e tuttavia, l'evento non si sia ancora realizzato, poiché in questo caso il nesso di causalità è già venuto ad esistere; più controverso è infine il caso in cui la revoca intervenga prima che la condotta si sia realizzata, restando lo sviluppo del reato ancora dominabile dal soggetto agente il quale può, dunque, attivarsi per impedire il decorso dello stesso.

Qui si contrappongono le opinioni di quanti sostengono che, non esistendo una posizione di garanzia, il soggetto attivo non è tenuto ad intervenire e quanti invece sostengono la doverosità dell'intervento, derivante proprio dal venir meno del consenso stesso.²⁰

Ulteriore circostanza di difficile soluzione coesiste nel caso del cd. consenso putativo o errore sul consenso. In questo caso vi è l'erronea supposizione che la vittima abbia prestato il proprio consenso.

Si prospettano due diverse interpretazioni: la prima, secondo la quale troverebbe applicazione l'articolo 59, comma 4, c.p.²¹ lasciando sussistere la fattispecie dell'omicidio del consenziente; la seconda, della giurisprudenza di legittimità, secondo cui si configurerebbe la figura dell'omicidio doloso, lasciando operare la

¹⁹ D. TASSINARI, *op. cit.*, p. 100

²⁰ D. TASSINARI, *ivi*, pp. 103-104

²¹ "Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo."

disposizione contenuta nell'articolo 47, comma 2, alla stregua del quale "l'errore sul fatto che costituisce reato non esclude la punibilità per un reato diverso".²²

Questa tesi non sembra pienamente condivisibile, poiché l'articolo 47 in questione è stato introdotto nel nostro codice per consentire l'affermazione di una responsabilità per un reato meno grave di quello voluto dall'agente, non viceversa, come in questo caso teorizzato.²³

La Cassazione Penale ha inoltre sostenuto che il consenso come scriminante di cui all'articolo 50 c.p. non corrisponde al consenso indicato nell'articolo 579 c.p., non rientrando questo nella disciplina delle cause di giustificazione.²⁴

Incertezze sorgono anche in merito alla possibile rilevanza dei motivi per cui l'omicida agisca: prevalgono le tesi di quanti sostengono l'irrelevanza degli stessi, non avendo la norma codicistica espressamente sancito in materia.²⁵

I motivi sembrano poter essere tenuti in considerazione solo per l'eventuale applicazione delle circostanze attenuanti previste dagli articoli 62 comma 1 c.p. (motivi di particolare valore morale o sociale) e 62 *bis* c.p. (attenuanti generiche), così come ai fini di commisurazione della pena ex articolo 133 c.p.

Ricordiamo, invece, che le circostanze aggravanti risultano prive di applicazione, poiché la disciplina in questione propende per una prevalenza del consenso su ogni altra circostanza.²⁶

Per concludere, precisiamo che l'omicidio del consenziente costituisce un reato comune ed è compatibile con l'ipotesi del tentativo; è ammessa inoltre la configurabilità della condotta omissiva laddove sorga in capo al soggetto attivo un obbligo giuridico di impedimento. Questa ipotesi rimanda, come del resto la norma nel suo complesso, alla tematica dell'autodeterminazione e alla difficoltà della qualificazione del soggetto che attua la condotta sanzionata.²⁷

²² Cfr. V. PATALANO, *Omicidio*, in *I delitti contro la vita*, CEDAM, 1984, p. 971 s.

²³ Cfr. E. DINACCI, *L'omicidio del consenziente in un'equivoca sentenza della Corte di Assise di Roma*, in *Giur. di merito*, 1986, p. 151

²⁴ Cass. Pen., sez. I, 12 novembre 2015, n. 12928

²⁵ D. TASSINARI, *op. cit.*, p. 98

²⁶ *ivi*, p. 99

²⁷ *ivi*, pp. 97-98

2. *Segue: Suicidio e istigazione o aiuto al suicidio. Storia e Codice penale*

La doppia anima privato-pubblica del bene vita è stata ancor più valorizzata nel percorso che ha condotto, in passato, alla penalizzazione del suicidio.

La repressione della condotta suicidaria è stata funzionale a rinforzare il valore del bene in questione, al punto da temere che la depenalizzazione avrebbe condotto ad una situazione di destabilizzazione sociale.

Con l'avvento del cristianesimo il suicidio assume un carattere esclusivamente negativo: è considerato peccato, al pari dell'omicidio, e come uccisione non solo del corpo ma anche dell'anima.

Nel periodo medievale, la condotta sanzionata diventa non solo il tentato suicidio ma anche il suicidio consumato: la pena finisce per colpire anche la famiglia e il patrimonio del suicida.²⁸ In altre occasioni il corpo stesso del suicida veniva deturpato, oppure gli venivano confiscati i beni, in sintesi il soggetto era condannato a morire per una seconda volta.²⁹

Il processo di depenalizzazione del suicidio inizia nel periodo dell'Illuminismo. In Italia, Cesare Beccaria sostiene la depenalizzazione nel suo "Dei delitti e delle pene" nel momento in cui afferma che la pena per il suicidio è inutile, in quanto si riversa o su un soggetto già morto, il suicida appunto, o sulla sua famiglia.³⁰

La critica di Beccaria muove da una duplice considerazione: innanzitutto la pena non ha e non può avere efficacia deterrente né verso il suicida né verso i consociati che non risulterebbero affatto toccati dal gesto altrui; in secondo luogo, laddove la pena finisse per avere ripercussioni sui familiari, sarebbe violato il principio di personalità della responsabilità penale.³¹

Se il codice albertino del 1839 continua a sanzionare il suicidio, anche nella forma del tentativo, il Codice penale sardo del 1859 e il codice Zanardelli del 1889 non

²⁸ F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in *Il governo del corpo*, tomo 2, sez. XII (cap. 2), a cura di S. Canestrari, Milano, Giuffrè Editore, 2011, pp. 1801-1803

²⁹ *Cfr.*, MONTESQUIEU, *Lettres Persanes*, Lettera 76

³⁰ *Cfr.* C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, XXXII

³¹ *idem*

conoscono più il reato di suicidio.³² Non solo: quest'ultimo, introduce, a differenza di quanto accade con l'omicidio del consenziente, un'autonoma figura di reato, volta a sanzionare chi determina o presta aiuto all'altrui suicidio, se l'evento si realizza.³³

Ciononostante, la dottrina non condivide all'unisono la scelta del legislatore del 1889: mentre una parte di essa riconosce la piena liceità del suicidio e afferma l'esistenza di un vero e proprio diritto ad uccidersi e a farsi uccidere, altra parte reputa il comportamento del suicida illecito e contrario ai doveri solidaristici verso la società; agli estremi di queste due posizioni, se ne colloca una terza, più mite, che considera il suicidio come non punibile in un'ottica politico-criminale.³⁴ Il clima politico e culturale del 1930 incrementa la concezione totalmente illecita del suicidio: ricordiamo che la vita è concepita non solo come bene individuale, ma anche come bene dello Stato, pertanto il suicidio finisce per avere una rilevanza pubblicistica comportando una lesione di interessi collettivi e finendo per avere ripercussioni sul solidarismo verticale, che vede ogni individuo ricoprire un ruolo ben specifico nella società.

Tuttavia, la scelta del legislatore è stata nel senso di non prevedere l'incriminazione del semplice suicidio, ma di introdurre la disciplina dell'istigazione o aiuto al suicidio all'articolo 580 c.p. e, come già visto, quella dell'omicidio del consenziente, che finisce per assumere valenza anche nel contesto del suicidio laddove si parli di suicidio medicalmente assistito.³⁵

Come si legge nella Relazione ministeriale, la scelta è stata quella di limitare la punizione per i soli casi di intervento di terzi nel suicidio altrui. Ma non solo: il codice Rocco si distingue dal codice Zanardelli per altri tre motivi: innanzitutto, prevede una disciplina più specifica, come vedremo a breve, prevedendo due sole

³² F. FAENZA, *op. cit.*, pp.1804-1806

³³ Art. 370 codice del 1889: "*Chiunque determina altri al suicidio o gli presta aiuto è punito, ove il suicidio sia avvenuto, con la reclusione da tre a nove anni.*"

³⁴ Come ricorda Francesco Carrara, per il mancato suicida la frustrazione del proposito suicidario costituisce già una forma di pena. *Cfr.* F. CARRARA, *Programma del corso di diritto penale, Parte speciale, I*, Lucca, 1878, p. 216 ss.

³⁵ F. FAENZA, *op. cit.*, pp. 1806-1808