Introduzione

Tra gli innumerevoli diritti di cui l'umanità si è fatta richiedente nel corso della storia vi è sempre un *fil rouge* conduttore: sono condizioni attraverso le quali gli individui posso realizzare loro stessi e le società di cui fanno parte, senza ingerenze di poteri sovraordinati, e tale realizzazione si attualizza nell'*hic et nunc*. È possibile, tuttavia, che il concetto di realizzazione “qui e ora” coincida con la pretesa soggettiva di morire?

L'elaborato si propone di analizzare, in prospettiva penalistica, cosa si intende per “diritto di morire”, e come tale pretesa è stata interpretata dalla legislazione italiana, a partire dal Codice Zanardelli (1889) sino alla recente Legge n.219 del 2017, sul cd. “testamento biologico”, da lungo attesa, ma ritenuta comunque incompleta, a causa della consapevole estromissione, da parte del legislatore, della possibilità di ricorrere alla cd. “eutanasia attiva (volontaria)” o al cd. “suicidio assistito”, pratiche che si differenziano solo per il soggetto che induce alla morte: nel primo caso, un soggetto esterno al paziente che desidera morire; nel secondo, il paziente si dà la morte autonomamente. Dal punto di vista penale, tale differenza ha rilievo nell'individuazione del reato entro il quale sussumere la fattispecie concreta: si tratterà, quindi, del delitto di *Omicidio del consenziente*, ovvero del delitto di *Aiuto o istigazione al suicidio*.

Lo scopo del presente elaborato è studiare in che modo sia possibile superare l'ostacolo “penale” della configurazione dei menzionati reati, in quanto né le richieste e le istanze della moderna società possono essere messe da parte per una pretesa supremazia di norme quasi centenarie, né tali stesse norme possono imporsi ai princìpi costituzionali, che delineano un modello di società civile incentrata sull'individualità, sulla libertà e sul pluralismo.

Nonostante la materia presenti molti esempi, il caso di studio che si è principalmente voluto esaminare è la vicenda di Fabiano Antoniani, rimasto tetraplegico e cieco a causa di un incidente in macchina. Fabiano ha voluto morire, con dignità, e, a tal fine, ha dovuto esiliarsi dalla sua città, dal suo Paese, che non riconosce la possibilità di morire attraverso un processo eziologicamente finalizzato a causare il

decesso, e, anzi, prevede due forme di incriminazione per chi partecipi in qualche modo alla “dolce morte” altrui. È stato solo il duplice intervento della Corte Costituzionale, adita per verificare la compatibilità costituzionale dei reati menzionati con il portato della nostra Carta Fondamentale, a migliorare in una certa misura la situazione. I giudici delle leggi, da ultimo, hanno dichiarato la parziale incostituzionalità dell’art. 580 Cod. Pen. (*Istigazione o aiuto al suicidio*), nella parte in cui si prescinde dal considerare, per il realizzarsi del reato in seno al soggetto agente, il ruolo che ha avuto l’autodeterminazione del paziente, che, a determinate condizioni, ha deciso di morire.

L’intervento della Corte ha meglio definito i contorni della responsabilità penale nei casi di fine vita, escludendola nella misura in cui siano rispettate determinate condizioni, ma ha anche, e nuovamente, sollecitato il legislatore affinché intervenga per disciplinare tempestivamente il fine-vita.

Capitolo I: la disciplina del diritto di morire dal Codice

Zanardelli alla Legge n. 219 del 2017: Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento

1. Inquadramento costituzionale

L'ordinamento giuridico è un sistema internamente ordinato e che, a sua volta, produce ordine: è finalizzato alla produzione di un ordine sociale, e per questo è necessariamente “*costruttore e manutentore di un ordine dentro di sé*”¹. La qualifica “giuridico”, che connota questo ordine, permette di definirlo in un duplice senso: ordinamento come insieme delle norme, quindi il cd. “diritto in senso oggettivo”, e ordinamento come insieme di quelle facoltà che sono riconosciute ai consociati, quindi il cd. “diritto in senso soggettivo”².

Quanto deriva da questa struttura è una valenza duplice del termine “diritto”, il quale indica quindi sia il sistema, l'ordine internamente ordinato, di norme che reggono e disciplinano il vivere in comune dei consociati, sia la personale pretesa soggettiva del singolo consociato nei confronti dello Stato, di fare o astenersi dal fare qualcosa.

Rispetto a questa seconda accezione del termine, i “diritti” così definiti sono ascrivibili alla più ampia macrocategoria delle posizioni giuridiche soggettive, cioè quelle “*posizioni giuridicamente rilevanti di un soggetto rispetto ad un altro*”³, delle quali il soggetto è titolare. In particolare, le posizioni giuridiche soggettive *attive* sono situazioni dalle quali derivano pretese, interessi giuridicamente rilevanti rispetto ai quali il titolare può pretendere una esecuzione. La primaria forma entro la quale queste posizioni trovano realizzazione è il *diritto soggettivo*, il quale “*designa la pretesa o il potere di agire dei soggetti dell'ordinamento [...], per il soddisfacimento di un proprio interesse riconosciuto e tutelato dal diritto oggettivo. È quindi una situazione*

¹ F. Modugno, C. Colapietro e M. Ruotolo, *Diritto Pubblico*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012, p. 553 e ss.

² Sulla distinzione tra “diritto in senso oggettivo” e “diritto in senso soggettivo” vd. anche C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Torino, 1985, p. 16 e ss.

³ F. Modugno, C. Colapietro e M. Ruotolo, *Diritto Pubblico*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012.

giuridica attuale e concreta, che si verifica quando l'ordinamento tutela in via diretta e immediata l'interesse di un soggetto, che in tale situazione soggettiva ha la sua più intensa protezione"⁴. Il diritto soggettivo è quindi una legittima pretesa dell'individuo, rispetto alla quale l'ordinamento non può rimanere inerte, e deve darvi seguito, nel rispetto comunque del divieto di abusare dei propri diritti, discendente dall'obbligo di solidarietà sancito ex art. 2 Cost.

1.1. I diritti inviolabili

La Costituzione individua alcuni diritti che sono preesistenti all'ordinamento che li riconosce, cioè i diritti fondamentali, che sono quindi delle facoltà, delle possibilità che nascono in un momento anteriore a quello in cui invece "nasce" il sistema che li afferma, e da questo sono indipendenti. Vi è certamente un rapporto tra i diritti inviolabili e il potere che li garantisce, rapporto che si gioca sulla scelta, da parte del singolo ordinamento, della misura in cui garantirli e tutelarli, in termini di effettività ed efficacia. In questo senso, l'ordinamento italiano e la Costituzione che lo regge si fondano sulla centralità dell'individuo, della sua libertà e della sua dignità, superando l'impostazione dell'individualismo liberale e della supremazia dello Stato sul cittadino, tipica del regime fascista. In questo senso, lo Stato ha una posizione di garanzia e di responsabilità rispetto all'effettività di questi diritti primari: il suo *modus operandi* deve essere guidato dal principio supremo della libertà-dignità, centrale nella scelta dell'assemblea costituente, e volto al fine del libero sviluppo della personalità, fine per il quale è necessario riconoscere al cittadino uno spazio di libertà di movimento nella sua autodeterminazione, per lo meno per quell'ambito che permette, per l'appunto, il libero e pieno sviluppo della personalità.

La dimensione delineata dalla Costituzione si fonda su un sostrato assiologico tripartito sul principio personalistico, che permette il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo come singolo; sul principio pluralistico, che permette il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità; sul principio solidaristico, che si impone in un sistema costituito da più individui eguali, e per il quale è richiesto che gli stessi adempiano a dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale. Tali principi

⁴ F. Modugno, C. Colapietro e M. Ruotolo, *Diritto Pubblico*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012.

trovano compiuta realizzazione grazie alla loro declinazione assieme al principio democratico, il quale, dal 1946⁵, regola i rapporti tra gli individui, tra i poteri, e tra gli individui e il potere costituito.

La questione che pone maggior problemi, tuttavia, è stabilire se questi diritti inviolabili, che non possono essere in alcun modo toccati nel loro contenuto essenziale, appartengano a un insieme chiuso o se sia possibile individuarne di “nuovi”, operazione che può rendersi necessaria in relazione all’evoluzione della società e alle variazioni delle esigenze dei consociati.

Per la giurisprudenza costituzionale, “*non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti*”⁶. Conseguentemente, i “diritti emergenti” sono “nuovi” rispetto a quelli già previsti dalla Costituzione poiché hanno un contenuto, per l’appunto, nuovo “*rispetto al contenuto tradizionalmente riconosciuto ai diritti costituzionalmente codificati, di cui sono comunque espressione, sviluppo*”⁷. Ciò significa che necessariamente i diritti “emergenti”, cioè quei diritti che non sono immediatamente desumibili dal testo della Costituzione, devono in questa trovare il loro fondamento, e alla stessa devono essere in qualche modo collegati. Il fondamento costituzionale, in questo senso definito, indica che il contenuto di queste nuove posizioni giuridiche garantite e tutelate deve poter essere riferibile all’evoluzione di significato delle disposizioni costituzionali, e il meccanismo attraverso il quale queste nuove posizioni trovano un riconoscimento “a valle” è l’intervento del legislatore, che ha il compito di enuclearli e di specificarli, in modo tale che i destinatari possano trovare una loro effettiva soddisfazione.

Ciò che viene prima è capire come questi nuovi diritti possano trovare un riconoscimento, cioè come poter allargare il patrimonio dei diritti già tutelati, in virtù dell’interpretazione evolutiva del catalogo positivo.

Secondo la dottrina dominante, solo quei diritti che vengono assunti come “*valori primari e principi supremi dell’ordinamento costituzionale*”⁸ sono passibili di

⁵ A seguito del referendum che si è tenuto il 2 e il 3 giugno 1946, in cui la popolazione è stata chiamata a scegliere la forma di stato. Tuttavia, solo nel 1948, con l’entrata in vigore della Costituzione, tale principio è stato sancito positivamente.

⁶ Corte Costituzionale, Sentenza n.98 del 1978.

⁷ F. Modugno, C. Colapietro e M. Ruotolo, *Diritto Pubblico*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012.

⁸ F. Modugno, C. Colapietro e M. Ruotolo, *Diritto Pubblico*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012.

essere qualificati come *inviolabili*, e solo da questi possono derivare nuove posizioni giuridiche soggettive tutelabili in qualità di diritti, in quanto proiezione e logica conseguenza della potenzialità normativa di tali diritti primari, interpretati ed esplicitati in chiave evolutiva.

Come afferma Modugno, l'enucleazione dei nuovi diritti "*non può andar disgiunta dal riconoscimento della loro inviolabilità*"⁹, inviolabilità che deve essere riferita "*al patrimonio irrettrabile della persona umana, intesa come totalità, ossia al principio supremo della libertà dignità*"¹⁰, principio che, come detto, ordina e connota la Costituzione repubblicana, prendendo le distanze dall'impostazione individualistica della libertà-proprietà che reggeva il precedente sistema fascista.

Quindi, la possibilità di individuare ed enucleare un nuovo diritto, secondo questa dottrina, è subordinata a due condizioni: anzitutto, che tale nuovo diritto possa essere ricondotto a un diritto già riconosciuto positivamente, e, in secondo luogo, che sia riferibile al principio supremo della libertà-dignità. Un'ulteriore specificazione si rende necessaria: l'inviolabilità deve essere declinata non solo in relazione all'agire esterno dell'individuo, ma anche in relazione alla dimensione interiore della libertà dello stesso. È una "*libertà psico-fisica, come libertà della mente e del corpo, nella loro indissolubile unità*"¹¹. Sarebbe impossibile scindere questi due aspetti intangibili dell'essere umano: come potrebbe trovare piena tutela il rispetto della individualità, della libertà dell'uomo, se questa venisse limitata al suo solo agire esterno? Si rende, quindi, necessario proteggere *ex ante* la matrice, il punto d'inizio degli impulsi che dominano l'agire esterno, cioè tutelare la possibilità di sviluppare liberamente la "propria libertà", e aver modo di esprimerla, sempre nel rispetto del principio solidaristico e dei valori social-democratici che animano la nostra Costituzione.

Questo è l'assetto costituzionale che anima i meccanismi dell'ordinamento italiano, i quali regolano, in linea teorica, il riconoscimento di "nuovi" diritti. Questi, come si è detto, insorgono in dipendenza di nuove esigenze della società, dello

⁹ F. Modugno, *I nuovi "diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, p. 107 e ss.

¹⁰ F. Modugno, *I nuovi "diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.

¹¹ F. Modugno, *I nuovi "diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.

sviluppo che la tecnologia porta e dei mutati valori che accompagnano l'agire quotidiano.

Recente è la vicenda che probabilmente ha avuto più rilievo dal punto di vista del riconoscimento di diritti costituzionalmente garantiti, la cui eco si è diffusa fino a spingersi alla giustizia costituzionale, da cui poi si è spostata in sede parlamentare: è la vicenda di Fabiano Antoniani, il disk-jockey milanese che, a seguito di un terribile incidente avvenuto nel 2014, è rimasto tetraplegico e cieco, condannato a vivere una vita che non voleva, dipendente dagli altri, e comunque sottoposto a costanti sofferenze, alleviate solo tramite sedazione profonda. L'epilogo della tragica storia è avvenuto nel 2017, quando Fabiano ha deciso di ricorrere al cd. "suicidio assistito" in una clinica in svizzera, perché in Italia questa possibilità non è riconosciuta. Ciò che è consentito dalla legislazione elvetica è di assumere una sostanza (il *pentobarbital di sodio*), la quale induce in uno stato di coma, cui segue la morte, nell'arco di circa 30-40 minuti. In Italia, la Legge n. 219 del 2017 consente di sospendere la nutrizione e l'idratazione artificiali (quindi la situazione di partenza deve necessariamente prevedere queste condizioni di sostegno al malato), cui consegue la morte dopo uno stato di coma che perdura per circa 10-15 giorni.

L'appello di dj Fabo è stato rivolto a chiamare a gran voce il diritto di morire con dignità, attraverso l'esercizio di quel principio di autodeterminazione che -il condizionale si rende d'obbligo- *dovrebbe* animare la nostra carta costitutiva.

La vicenda di Fabiano Antoniani si inserisce perfettamente nel panorama di diritti emergenti che è stato descritto: oggi, infatti, le possibilità di prolungare la "vita", o comunque quello *status* che ancora non è definibile come morte, sono aumentate ed è aumentato anche il periodo di tempo in cui questa condizione può essere protratta. Le nuove tecnologie, accompagnate da uno sviluppo sempre più penetrante della medicina e dall'evoluzione dei trattamenti terapeutici comportano sicuramente un prolungamento della condizione "dell'esistente", intendendosi con tale l'assenza della morte, cerebrale o cardiaca che sia. All'opposto, anche le malattie e le cause di morte sono cambiate. La morte non è più un evento immediato, e il suo contrario non è sempre la vita: ci sono situazioni in cui un corpo può essere nutrito, idratato e indotto alla respirazione per molto tempo, ma in totale assenza di coscienza.

Questi sono i casi estremi delle situazioni di cui Fabiano Antoniani si è fatto in qualche modo araldo: situazioni in cui non c'è vita, tanto meno c'è vita dignitosa, costretti a letto e dipendenti sempre da un aiuto esterno, per svolgere qualsiasi attività e per compiere qualsiasi azione. In questi casi dovrebbe essere riconosciuto un diritto a morire con dignità, un diritto a decidere del proprio io, senza che tale scelta abbia conseguenze sconvenienti per chi, in qualsiasi modo, aiuta queste persone a decidere per se stessi.

Il caso è noto: l'auto-accusa di Marco Cappato, dell'Associazione Coscioni, dopo che ha accompagnato Fabiano Antoniani a morire presso la clinica svizzera "Dignitas". Tornato in Italia, Cappato si è auto-denunciato ex art. 580 Cod. Pen., norma che incrimina qualsiasi forma di istigazione e di aiuto al suicidio, sia esso materiale o morale, dando avvio a un *iter* giudiziario che si è concluso con la questione di legittimità costituzionale sollevata dinanzi alla Corte Costituzionale dalla Corte d'Appello di Milano.

La Corte Costituzionale è stata adita affinché si esprimesse sulla legittimità costituzionale della norma in esame, che, secondo i pubblici ministeri milanesi, sembra essere incompatibile con alcuni dei principi costituzionali che reggono l'ordinamento.

La delicatezza della questione è suggellata anzitutto dalla decisione di non decidere della Corte stessa: i giudici costituzionali, infatti, la prima volta che si sono espressi¹², hanno statuito *in primis* la legittimità costituzionale dell'art. 580 Cod. Pen., affermando che il legislatore ha scelto di "*proteggere il soggetto da decisioni in suo danno*", e, a tal fine, "*non ritenendo, tuttavia, di poter colpire direttamente l'interessato, gli crea intorno una "cintura protettiva", inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui*"¹³. La Corte sottolinea la necessità dell'articolo in esame, in quanto "*funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento*". In particolare, prosegue affermando che "*l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende*

¹² Ci si riferisce all'Ordinanza n.207 del 2018, la quale è stata seguita dalla più recente pronuncia dei giudici costituzionali, a seguito della Camera di Consiglio tenutasi il 24 settembre 2019, rispetto alla quale è stato diffuso il comunicato stampa.

¹³ Corte Costituzionale, Ordinanza 24 Ottobre 2018, n.207.

proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa 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”¹⁴.

La posizione dei giudici costituzionali è chiara: è necessario mantenere la punibilità delle condotte di istigazione o aiuto al suicidio, perché è compito dello Stato tutelare quelle situazioni connotate da particolare sofferenza e depressione, in cui il soggetto potrebbe compiere scelte irreversibili.

D'altra parte, la stessa Corte riconosce che non si può non tener conto di *“situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali”¹⁵. Queste situazioni, delimitate e perimetrare nello stesso paragrafo dell'Ordinanza in commento, per i giudici costituzionali, devono trovare una specifica tutela, perché *“si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost. Parametro, questo, non evocato nel dispositivo nell'ordinanza di rimessione, ma più volte richiamato in motivazione”¹⁶.**

Il riferimento della Corte è a quelle situazioni in cui non si può prescindere dall'aiuto, o comunque dalla collaborazione, di un soggetto terzo, il quale, inevitabilmente, subisce le conseguenze penalmente rilevanti previste dall'ordinamento italiano. Gli artt. 579 e 580, infatti, incriminano le condotte di *Omicidio del consenziente*, per cui viene punito *“chiunque cagiona la morte di un uomo, con consenso di lui”*, e di *Aiuto o istigazione al suicidio*, per cui viene punito *“chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero*

¹⁴ Corte Costituzionale, Ordinanza 24 Ottobre 2018, n.207.

¹⁵ Corte Costituzionale, Ordinanza 24 Ottobre 2018, n.207.

¹⁶ Corte Costituzionale, Ordinanza 24 Ottobre 2018, n.207.