

Il caso Cappato: la Corte costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire

Francesca Poggi*

THE CAPPATO COURT CASE. THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT BETWEEN KILLING AND LETTING DIE
ABSTRACT: This essay critically analyses the arguments developed by the Italian Constitutional Court in the famous “Cappato case”, showing that some of those arguments are inconclusive or mutually inconsistent. The essay argues that these argumentative difficulties are due, on one hand, to the fact that the Constitutional Court remains implicitly tied to the distinction between doing and allowing harm, and, on the other, to the fact that this choice is never explicitly justified. In the last paragraphs the author instead contends that this distinction does not apply to the issues under consideration: in particular, it is argued that the interruption of medical treatments is a case of doing harm (killing). Therefore, if one thinks that the interruption of treatments (at the patient’s request) is morally correct, there is no reason to prohibit active euthanasia and assisted suicide (always at the patient’s request) – or, better, such reasons, if any, should be sought elsewhere than in the moral difference between doing and allowing harm.

KEYWORDS: Killing; letting die; euthanasia; assisted suicide; Cappato court case

SOMMARIO: 1. Introduzione. Una sentenza (quasi) storica – 2. Il caso Cappato (in breve) – 3. Sulla legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. – 4. Sulla parziale illegittimità dell’art. 580 c.p. – 5. La distinzione tra *doing* vs. *allowing harm* – 6. L’interruzione dei trattamenti come caso di *killing*

1. Introduzione. Una sentenza (quasi) storica

La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019 ha segnato una svolta nel diritto italiano sul fine vita. Fino a questa pronuncia, il nostro ordinamento risultava strettamente ancorato alla distinzione tra uccidere e far morire (*killing* vs. *letting die*): una distinzione molto discussa sotto il profilo morale, filosofico e giuridico, ma comunque assunta come centrale in moltissimi ordinamenti giuridici¹. La legge n. 219 del 2017, dando attuazione all’art. 32, comma 2 Cost. e recependo un orientamento giurisprudenziale consolidato a partire dal “caso Englaro”², aveva, infatti, sancito la centralità del consenso informato, riconoscendo ad ogni persona capace di agire il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza (art. 1,

* Professoressa associata presso il Dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Università degli Studi di Milano. Mail: francesca.poggi@unimi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Ringrazio Vittorio Villa e i due revisori anonimi della rivista per i suggerimenti e le utili osservazioni critiche.

¹ Una chiara formulazione di tale distinzione si trova, ad esempio, in *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

² Corte Cass., sez. I, sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007.

comma 5); tuttavia, nessuna norma garantiva il diritto al suicidio assistito, il quale, invece, continuava a rientrare sotto la previsione dell'art. 580 c.p. (*istigazione o aiuto al suicidio*), che incriminava chiunque agevolasse in qualunque modo l'esecuzione del suicidio altrui. Insomma, lasciar morire, dando esecuzione alla volontà del paziente di interrompere o non iniziare un trattamento sanitario, era considerato lecito, mentre aiutare a morire chi lo richiedesse costituiva sempre un reato. Con la sentenza n. 242 del 2019 la Corte costituzionale sembra aver parzialmente superato questa impostazione, sancendo la legittimità di alcune ipotesi ben definite di suicidio assistito. La Corte, infatti, ha dichiarato incostituzionale l'art. 580 c.p., per violazione degli artt. 2, 13 e 32. comma 2 Cost., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi dinnanzi indicati –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del sistema sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

In questo contributo, dopo aver brevemente ricostruito il caso che ha originato il giudizio (§2), analizzerò le motivazioni offerte dalla Corte, avanzando alcune critiche agli argomenti impiegati nei due snodi centrali in cui si articola la pronuncia in esame: la parte in cui la Corte respinge la questione di illegittimità dell'art. 580 c.p., così come sollevata dal giudice *a quo* (§3), e la parte in cui, invece, dichiara parzialmente illegittimo lo stesso art. 580 c.p. (§4). Come cercherò di dimostrare, gli argomenti adottati dalla Corte sono a tratti contraddittori o includenti e molti punti fondamentali della decisione sono affermati in modo apodittico, senza avanzare ragioni in loro supporto. A mio giudizio queste difficoltà argomentative derivano, da un lato, dal fatto che la Corte resti ancorata alla distinzione tra uccidere e far morire, e, dall'altro, dal fatto che le questioni centrali poste dal caso in esame siano in qualche modo eluse. Sotto il primo profilo, lungi dal superare la distinzione anzidetta, la Corte, a ben vedere, la ripropone, limitandosi ad individuare alcune ipotesi in cui essa non rileva³. La sentenza, infatti, costituisce un ben piccolo passo sulla strada dell'affermazione della libertà di autodeterminazione nelle questioni di fine vita⁴: essa rende lecito aiutare nel suicidio solo coloro che già prima della sentenza potevano ottenere la morte mediante interruzione dei trattamenti sanitari. Non solo il suicidio assistito non è un diritto⁵, ma l'aiuto al suicidio è ancora un reato se prestato a favore di persone che, per quanto sofferenti e in fase terminale, non sono tenute in vita da strumenti di supporto vitale.

³ Rispetto all'ordinanza n. 207/2018, M. MORI, *Un'analisi bioetica dell'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Cappato*, in *Notizie di Politeia*, 35, 133, 2019, 93-98, sostiene invece che la Corte faccia uso dell'equivalenza concettuale tra "uccidere" e "lasciar morire", che lo stesso Mori assume come a-problematica, ma non sappia giustificarla per assenza di dimestichezza con la distinzione tra "vita meramente biologica" e "vita biografica". In realtà, come tenterò di argomentare, la piena consapevolezza dell'equivalenza tra *killing* e *letting die* avrebbe spinto la Corte in tutt'altra direzione.

⁴ Questo giudizio non è unanimemente condiviso dalla dottrina cfr., da ultimo, C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte Costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, 12, 2019, 33-48.

⁵ Non è un diritto in quanto, come sostenuto dalla Corte, ad esso non corrisponde alcun dovere. Scrive, infatti, la Corte: «[L]a presente declaratoria di incostituzionalità si limita ad escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici» (*In diritto*, § 6).

Sotto il secondo profilo, come già rilevato da alcuni commentatori⁶, la Corte elude la questione centrale della disponibilità/non disponibilità del bene vita, o, meglio, oscilla costantemente tra l'uso di argomenti che depongono a favore dell'indisponibilità (§3) e l'uso di argomenti che invece affermano una disponibilità limitata, senza però mai impegnarsi nella giustificazione dei limiti in questione (§4). In sintesi, la Corte resta implicitamente ancorata alla distinzione tra uccidere e lasciar morire, ma, proprio perché questa distinzione è riproposta implicitamente e non apertamente, non giustifica la propria scelta. Nell'ultimo paragrafo di questo lavoro analizzerò in breve proprio tale distinzione: senza pretesa di esaurire l'enorme letteratura in materia, cercherò di articolare un argomento per dimostrare che questa distinzione, a prescindere dalla sua persuasività, non è rilevante, non si applica, nei casi di fine vita.

2. Il caso Cappato (in breve)

A seguito di un incidente occorso nel 2014, Fabiano Antoniani rimase tetraplegico, affetto da cecità bilaterale permanente, non autonomo nella respirazione e nell'alimentazione, con facoltà intellettive integre. Dopo alcuni anni di inutili cure, decise di porre fine alle proprie sofferenze e, nel gennaio 2017, rivolse anche un appello al Presidente della Repubblica Mattarella, perché facesse pressione sul Parlamento per la legalizzazione dell'eutanasia. Il 25 febbraio 2017 Fabiano Antoniani venne, quindi, accompagnato da Marco Cappato, dalla madre e dalla fidanzata in una clinica in Svizzera, dove si diede la morte il 27 febbraio, azionando con la propria bocca lo stantuffo che gli iniettò un farmaco letale. Il giorno seguente Marco Cappato si autodenunciò presso i Carabinieri di Milano. Nonostante la richiesta di archiviazione formulata dalla Procura della Repubblica, il GIP del Tribunale di Milano dispose l'imputazione coatta per il reato di cui all'art. 580 c.p.⁷.

Con l'ordinanza del 14 febbraio 2018, la Corte d'Assise di Milano, investita del processo contro Marco Cappato, sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., adducendo, in via principale, l'illegittimità dell'incriminazione delle condotte di mera agevolazione materiale, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, per violazione degli articoli 2, 13 comma 1, e 117 comma 1 Cost. (quest'ultima quale norma interposta rispetto agli artt. 2 e 8 CEDU), e, in subordine, l'illegittimità della previsione di identico trattamento sanzionatorio per le condotte di istigazione e mera agevolazione materiale, per violazione degli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost. Con l'ordinanza n. 207 del 2018 la Corte costituzionale inaugurò una nuova tecnica decisoria, o, meglio, interlocutoria: svolse compiute argomentazioni di merito, in cui evidenziò la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p., ma, anziché dichiararla, rinviò di un anno la decisione per lasciare

⁶ Cfr. S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, 37-60; 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 F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 113-129; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 131-143.

⁷ Per una accurata ricostruzione delle argomentazioni svolte dalla Procura e dal GIP cfr. D. NAPOLI, *Il Caso Cappato – Dj Fabo e le colorre d'Ercole del fine vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 355-386.

che il Parlamento intervenisse con un'apposita normativa⁸. A un anno di distanza, preso atto dell'inertza parlamentare, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 242 del 2019, finalmente dichiarò l'incostituzionalità già precedentemente prospettata e argomentata. Al riguardo, occorre però avvertire che, se anche le motivazioni della sentenza ricalcano, in buona parte, quelle della precedente ordinanza, più volte testualmente citata, esse non sono, però, interamente sovrapponibili: per tale ragione, in questo contributo, mi concentrerò esclusivamente su quanto contenuto nella sentenza, segnalando le divergenze rispetto all'ordinanza solo allorché rilevanti rispetto ai miei fini.

L'ultima parola di questa vicenda umana e giuridica è stata pronunciata il 23 dicembre 2019 dalla Corte d'Assise di Milano, che ha assolto Marco Cappato perché il fatto non sussiste.

3. Sulla legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

Gli argomenti in diritto sviluppati nella sentenza n. 242/2019 possono dividersi in due snodi principali – come vedremo, tra loro non sempre coerenti – ossia, la parte in cui la Corte rigetta la questione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p., così come prospettata dal giudice *a quo*, e quella in cui, invece, ritagliando e rielaborando le ragioni di incostituzionalità prospettate, ne sancisce la parziale illegittimità. Qui esaminerò la prima parte e le sue relazioni con la seconda, che sarà poi analizzata nel prossimo paragrafo.

Come accennato, il giudice *a quo*, la Corte d'assise di Milano, aveva eccepito in via principale l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. (*istigazione o aiuto al suicidio*) nella parte in cui incriminava le condotte di mera agevolazione materiale, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, per violazione degli articoli 2, 13 comma 1, e 117 comma 1 Cost, (quest'ultima quale norma interposta rispetto agli artt. 2 e 8 CEDU). La Corte costituzionale, invece, esclude che «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, possa ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione» (*In diritto* §2.2). La Corte nega che dall'art. 2 Cost. e dall'art. 2 CEDU possa derivare il diritto di rinunciare a vivere, e, dunque, un vero e proprio diritto a morire, e sostiene altresì che la condotta di mera agevolazione non violi il principio di offensività, in quanto, a suo giudizio, non è possibile «desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene vita» (*In diritto* §2.2.). Al contrario, a giudizio della Corte, la *ratio* attuale⁹ dell'art. 580 c.p. va ravvisata – come già statuito nell'ordinanza 207/2018 – «nella tutela del diritto alla vita soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come

⁸ In questo testo non mi soffermerò sulle peculiarità dell'ordinanza n. 207. Sul punto rinvio, *ex multis*, a S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 153-170; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 1-17; C. CUPELLI, *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 75-90; U. COREA, *La pronuncia interlocutoria della Corte Costituzionale sul caso Cappato, tra "forma" (di ordinanza) e "contenuto" (di sentenza)*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 61-74; A. NATALINI, *Brevi note a margine di una storica ordinanza "trifronte"*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 243-254.

⁹ L'individuazione di tale *ratio* è frutto di un'interpretazione evolutiva che, come scrive la Corte, prescinde «dalle concezioni di cui era portatore il legislatore del 1930». Sul punto si vedano le più dettagliate considerazioni contenute nell'ordinanza n. 207/2018 (*In diritto*, §6).

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» (*In diritto* §2.2).

Su questo primo snodo argomentativo vorrei formulare tre critiche, tra loro connesse.

La prima critica riguarda l'impiego della categoria delle "persone deboli e vulnerabili", che sarebbero, come visto, i principali (ma non unici) destinatari della tutela apprestata dall'art. 580 c.p. Si tratta di un argomento ben noto nella letteratura in tema di bioetica e, più in generale, in quella relativa al paternalismo giuridico, che viene di solito designato come "argomento dell'incompetenza"¹⁰. In sintesi, si sostiene che le persone più vulnerabili, quelle malate, che avrebbero più ragioni per rinunciare alla vita, non sono competenti a farlo, o, almeno, che nei loro confronti vige una presunzione di incompetenza. A prescindere dalla persuasività di questo argomento, vorrei limitarmi a sottolineare come quella delle "persone deboli e vulnerabili" non sia né una categoria giuridica, né – più in generale – una categoria ben definita. È vero che il concetto di vulnerabilità sta sempre più prendendo piede all'interno della letteratura giuridica¹¹ e anche nell'ambito di normative internazionali o sovranazionale, soprattutto di *soft law*, ma è altrettanto vero che si tratta di un concetto ampiamente indeterminato, definito in modi diversi dalle diverse fonti e dai diversi autori¹², e che non trova un riconoscimento e una definizione generale nel nostro ordinamento. Al riguardo, anche se l'art. 90 quater c.p.p. definisce la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa, si tratta di una definizione che vale solo agli effetti del Codice penale e che è funzionale ad attribuire alla persona offesa maggiori tutele in sede processuale e non, in qualche modo, a sminuire il riconoscimento della sua autodeterminazione. Tale definizione poi non è in nessun modo richiamata dalla Corte, che sembra, invece, operare con un concetto molto più generico, intuitivo, e meno definito¹³. Ciò che mi pare non

¹⁰ Cfr., ad esempio, E. GARZÓN VALDÉS, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, in *Doxa*, 5, 1988, 155-173; G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012, 53 ss.; G. MANIACI, *Eutanasia e suicidio assistito*, in F. POGGI (a cura di), *Diritto e bioetica*, Roma, 2013, 176; F. POGGI, *Di che morte morire. Considerazioni morali sull'aiuto al suicidio*, in P. NERHOT (a cura di), *Profano-Religioso II. Il suicidio*, Torino, 2015, 111-140; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7, 2018, 57-76; F. POGGI, *La Corte Costituzionale tra paternalismo e autodeterminazione*, in *Notizie di Politeia*, 35, 133, 2019, 105-110, e, per alcuni usi di questo argomento, C.R. SUNSTEIN, *The Right to Die*, in *The Yale Law Journal*, 106, 1997, 1123-1163; F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Torino, 1998, 218-219; L. CORNACCHIA, *Il dibattito giuridico-penale e l'eutanasia*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Roma, 2003, 207.

¹¹ Cfr., da ultimo, A. SCHIAVELLO, *Vulnerabilità, concetto di diritto e approccio clinico-legale*, in *Etica & Politica*, 21, 3, 2019, 255-277; O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018; M.G. BERNARDINI, B. CASALINI, O. GIOLO (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, 2018.

¹² Si passa da concezioni secondo cui la vulnerabilità è una condizione umana generale, tale per cui tutti siamo vulnerabili, a concezioni che la predicano di singoli individui, oppure di categorie di persone o, ancora, che la riferiscono a particolari contesti. Inoltre, se quasi sempre la vulnerabilità è riferita alla mancanza di alternative effettive, ossia all'impossibilità di esercitare la propria autonomia, altre volte è collegata all'assenza di tale autonomia, a una situazione di debolezza fisica o mentale, o, ancora, all'assenza di tutele giuridiche. Sul tema, oltre ai contributi già citati, cfr. G. THOMAS, H. SPRINGHART (eds.), *Exploring Vulnerability*, Göttingen, 2017; M.G. BERNARDINI, *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2017, 365-384.

¹³ Così anche P. BORSELLINO, *La L. n. 219/2017 a un anno dall'approvazione e i nuovi scenari aperti dall'ordinanza della Corte Costituzionale n. 2017/2018*, in *Notizie di Politeia*, 35, 133, 84-91, osserva come la Corte non fornisca una «precisa caratterizzazione» (88) dell'espressione "deboli e vulnerabili". Al riguardo, si noti, invece, che la

commendevole è proprio che un concetto indeterminato sia impiegato ai fini di operare un *disempowerment* di certi soggetti, in quanto la sua indeterminatezza lo rende più adatto ad usi arbitrari.

La seconda critica riguarda la relazione tra l'eccezione di incostituzionalità sollevata dal giudice *a quo* e la *ratio* di tutela del diritto alla vita delle persone deboli e vulnerabili. Come si ricorderà, qui si sta discutendo della condotta che consiste in un'agevolazione materiale, che non abbia in alcun modo contribuito alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario. Che rilevanza ha il fatto che il soggetto passivo sia debole e vulnerabile? La debolezza e vulnerabilità del soggetto certamente lo espongono maggiormente all'attività di istigazione altrui, al fatto che altri possano influire sulla sua libera determinazione, ma qui sono in questione condotte di agevolazione solo materiale. Nell'ordinanza (n. 207/2018), ma non nella sentenza, la Corte sembrava suggerire che, nei casi di cui si discute, non sia possibile una netta distinzione tra condotte di agevolazione materiale e condotte di istigazione. Scriveva: «le persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, [...] 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» (ord. n. 207/2018, *In diritto* § 6). Qui il salto è palese: si parla di induzione («potrebbero essere facilmente indotte») attuata mediante la sola cooperazione nell'esecuzione. Ciò è contraddittorio: per definizione, se c'è solo agevolazione materiale, allora non c'è induzione e se c'è induzione, allora l'agevolazione non è solo materiale. A me pare che qui occorra distinguere due profili.

Sotto il profilo concettuale, la distinzione tra istigazione e agevolazione materiale è chiara ed è accolta da varie disposizioni del nostro ordinamento (si pensi agli artt. 115 c.p. e 414 c.p.). Del resto, lo stesso dispositivo della sentenza in esame limita l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. alla condotta di chi, sussistendo determinate condizioni, «agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi»: insomma, l'esistenza di una chiara demarcazione concettuale è accolta dalla stessa Corte. Diversamente stanno le cose quando si consideri il profilo probatorio, ossia l'esigenza di provare rispetto ai singoli casi se l'agevolazione materiale abbia anche rafforzato il proposito suicidio (e ciò sia imputabile al suo autore, almeno a titolo di colpa). Qui sorgono i problemi, ma sono problemi diversi, che non riguardano il giudizio di costituzionalità. Insomma, sul punto la motivazione è inconcludente: il fatto che una persona sia debole e vulnerabile è irrilevante rispetto a condotte di mera agevolazione materiale – anche se rende più arduo provare che l'agevolazione sia solo materiale.

Infine, la terza critica, connessa alle precedenti, riguarda la relazione, o, meglio, l'apparente assenza di legami logico-argomentativi, tra il primo e il secondo snodo della sentenza in esame. La Corte sostiene, prima, che l'art. 580 Cost. risponda al valore costituzionale – ex art. 2 Cost. – di tutelare la vita delle persone deboli e vulnerabili contro interferenze altrui, ma, poi, con un'inversione argomentativa davvero spiazzante, che tale norma è incostituzionale in quei casi in cui, per la legge vigente, viene meno, per l'appunto, l'esigenza di tutelare la vita delle persone vulnerabili contro interferenze altrui¹⁴. In altri

definizione offerta dall'art. 90 quater c.p.p. può ritenersi contestuale, nel senso che fa riferimento, non solo, in generale, alle condizioni della persona offesa (età, stato di infermità o di deficienza psichica), ma anche al tipo di reato, alle modalità e alle circostanze del fatto.

¹⁴ Il punto è ben sottolineato da Reichlin, il quale correttamente osserva come «[l']idea che al paziente spetti una scelta in ordine alle modalità del proprio morire e che tale scelta debba essere tutelata e garantita dall'intervento di terzi, apre la strada [...] a quelle pericolose influenze sulla volontà di individui fragili e vulnerabili che la Corte

termini, come sottolineato da Eusebi¹⁵, se la Corte avesse sviluppato coerentemente la premessa secondo cui il nostro diritto costituzionale impone di tutelare la vita dei soggetti più deboli e vulnerabili contro qualsiasi tipo di interferenza altrui, allora avrebbe dovuto concludere che la legge n. 219 è incostituzionale: il medico che interrompe il trattamento causa (sotto il profilo naturalistico) la morte/il suicidio del paziente e l'anestesista che somministra la sedazione palliativa profonda continua e agevola la morte/il suicidio. Invece, con un'inversione evidente di prospettiva argomentativa, la Corte sostiene che è l'articolo 580 c.p. a essere incostituzionale qualora sussistano alcune condizioni, che sono esattamente quelle condizioni in presenza delle quali «la decisione di accogliere la morte potrebbe già essere presa dal malato sulla base della legislazione vigente» (*In diritto* §2.3.). Il cortocircuito argomentativo pare particolarmente evidente in questo passaggio: «[q]uanto [...] all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze appartengono solitamente a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri». Come dire che l'esigenza costituzionale di tutelare le persone deboli e vulnerabili viene meno quando il legislatore stabilisce che viene meno.

In realtà, per dare un senso al ragionamento della Corte occorre postulare che, a suo giudizio, il bilanciamento di valori operato dal legislatore con la legge n. 219 sia ragionevole, conforme a Costituzione. Al riguardo occorre, però, distinguere due questioni. Nella parte in cui stabilisce la centralità del consenso informato e il conseguente diritto di tutti i soggetti capaci di agire di non iniziare o interrompere un trattamento sanitario, anche se di sostegno vitale, nonché, tramite le DAT o la pianificazione condivisa delle cure, di stabilire a quali trattamenti vogliano o non vogliano sottoporsi nel caso di sopravvenuta incapacità, la legge n. 219 attua il bilanciamento di valori già operato dall'art. 32 comma 2 Cost. e la sua corrispondenza a Costituzione è fuori dubbio. Questo, però, non implica che la legge n. 219 attui un corretto bilanciamento dei valori costituzionali rilevanti anche nella parte in cui nulla dispone rispetto all'eutanasia attiva e al suicidio assistito. Questa, invece, è proprio la premessa implicita assunta dalla Corte. In altri termini, e come tenterò di meglio argomentare nel prossimo paragrafo, alla base della decisione in esame vi è l'idea che corrisponda a un corretto bilanciamento dei valori costituzionali il fatto che il nostro ordinamento proibisca il suicidio assistito ma permetta l'interruzione o il mancato inizio di trattamenti (anche se in taluni casi limitati la distinzione tra queste due ipotesi è irrilevante). Il problema, però, è che le ragioni espressamente addotte dalla Corte a favore di tale idea – ossia del fatto che costituisca un corretto bilanciamento permettere l'interruzione dei trattamenti e vietare l'aiuto al suicidio (e l'eutanasia attiva) – sono inconsistenti, per non dire del tutto assenti. Tali ragioni, come abbiamo visto, non possono consistere nel proteggere i soggetti vulnerabili – perché la legge n. 219 non li protegge – né nel vietare qualsiasi forma di intromissione nel diritto alla vita altrui – perché il medico che interrompe un trattamento sicuramente causa la morte. Sul punto la sentenza

ha [...] dichiarato meritevoli di rigorosa tutela» (M. REICHLIN, *L'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Cappato: osservazioni critiche*, in *Notizie di Politeia*, 35, 133, 102).

¹⁵ L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit.

appare priva di ogni motivazione. Nel prossimo paragrafo avanderò la tesi secondo cui la Corte semplicemente rimane ancorata alla rilevanza morale e giuridica della distinzione tra far morire e lasciar morire, pur senza nominarla e senza impegnarsi espressamente a difenderla.

4. Sulla parziale illegittimità dell'art. 580 c.p.

Come anticipato, a giudizio della Corte, anche se l'art. 580 c.p. protegge interessi meritevoli di tutela, vi sono però alcune situazioni, inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, in cui il divieto assoluto di agevolazione materiale al suicidio si pone in contrasto con valori di rango costituzionale, limita le libertà di cui agli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, e, quindi, con violazione del principio di offensività.

Ciò accade qualora si verificano quattro condizioni: «il soggetto agevolato si identifichi in una 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 diritto* §2.3.).

In simili casi, come detto, la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua, e, tuttavia, secondo la Corte, può accadere che ciò non gli assicuri una morte immediata, bensì un decorso «più lento e carico di sofferenza per le persone che gli sono care» (*In diritto* §2.3.).

Qui pare che il principale parametro costituzionale di riferimento sia l'art. 3 Cost., il principio di ragionevolezza¹⁶, un parametro che, però, non era stato attivato dal giudice *a quo* e non è neppure citato nel testo della sentenza¹⁷. Per la Corte è irragionevole – e costituisce una violazione della libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., e non giustificata dalla tutela di altri valori – che una persona possa causarsi la morte interrompendo un trattamento di sostegno vitale, con contestuale sedazione profonda continuata, ma non, invece, quando si trova in quelle stesse situazioni, ricorrere al suicidio assistito. Qui l'irragionevolezza si sostanzia nell'imporre al malato «un'unica modalità per congedarsi dalla vita» (*In diritto*, §2.3.), lesiva della sua dignità¹⁸ e non giustificata dall'esigenza di proteggere altri interessi (e quindi lesiva altresì del principio di offensività).

¹⁶ Nello stesso senso cfr., ad esempio, C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte Costituzionale risponde a se stessa*, cit.; F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 181-203; F. POGGI, *La Corte Costituzionale tra paternalismo e autodeterminazione*, cit.

¹⁷ Nemmeno l'art. 32 Cost. era stato evocato nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione, ma, come osservato dalla Corte cost., era «ripetutamente richiamato in motivazione» (*In fatto*, §3.1).

¹⁸ Cupelli nota correttamente come «il riferimento alla dignità della persona appaia almeno in parte ridimensionato nella sentenza n. 242, con l'omissione di molti dei riferimenti presenti invece nell'ordinanza: il sospetto è che si sia voluto scongiurare un cortocircuito tra la nozione soggettiva patrocinata nell'ordinanza n. 207 e una lettura della dignità di matrice marcatamente oggettiva, enucleabile invece dal tenore della sentenza n. 141 del

Restano, quindi, al di fuori dall'area di incostituzionalità dichiarata dalla Corte tutta una serie di casi, che sono proprio quei casi per i quali normalmente si ricorre al suicidio assistito nei paesi in cui questo è lecito.

La limitazione della prospettata incostituzionalità ai casi in cui sussistano congiuntamente le quattro condizioni di cui sopra è ragionevole? È giuridicamente giustificata? Cercherò di rispondere a questo quesito partendo dalle premesse adottate dalla Corte¹⁹.

In dottrina, la condizione che ha ricevuto maggiore attenzione è senza dubbio la (c)²⁰. Cioè ci si è chiesti soprattutto se sia giustificata l'esclusione dei casi in cui ricorrono le condizioni a, b e d – ossia, la persona che richiede assistenza al suicidio è (a) affetta da una patologia irreversibile, (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili e (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli – ma non ricorre la condizione c, e, pertanto, la persona non è tenuta in vita, o non è ancora tenuta in vita, a mezzo di trattamenti di sostegno vitale.

Al riguardo, una simile esclusione pare assurda per tutti quei casi in cui il trattamento sia rifiutato *ab initio* (anziché iniziato e poi interrotto), nonché particolarmente problematica per quei casi che già rientrano in qualche modo nelle previsioni della legge n. 219/2017. Si tratta delle ipotesi in cui non sono in atto terapie di sostegno vitale, ma è applicabile l'art. 2, comma 2, della legge 219, ai sensi del quale «[n]ei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente».

La stessa Corte richiama tale disposizione, in relazione all'interruzione dei trattamenti e allo specifico caso di Antoniani, e osserva che «la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale [...] ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Si comprende, pertanto, come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile» (*In diritto*, §2.3.). Se, però, ciò è vero nel caso in cui sedazione palliativa profonda continua avviene in connessione all'interruzione dei trattamenti, non si vede perché lo stesso non valga nei casi in cui la stessa sedazione non si accompagna ad alcuna interruzione, perché non è in corso alcun trattamento di sostegno vitale che si possa interrompere. Pensiamo al malato oncologico terminale, afflitto da gravi sofferenze, ancora capace di prendere decisioni autonome, ancora in grado di assumere alimenti liquidi, che non è sottoposto a ventilazione, né mai lo sarà, per il quale i medici prescrivano l'interruzione di terapie ormai rivelatesi

2019 in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione» (C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte Costituzionale risponde a se stessa*, cit., 46).

¹⁹ Per una critica a tali premesse cfr. invece L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit.; D. MORANA, *L'ordinanza n. 207/2018 sul "caso Cappato" dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 229-241.

²⁰ Cfr. P. BORSELLINO, *La L. n. 219/2017 a un anno dall'approvazione e i nuovi scenari aperti dall'ordinanza della Corte Costituzionale n. 2017/2018*, cit.; M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit.; F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, cit.

inutili: costui ha diritto ad una sedazione palliativa profonda continua che può durare giorni, ma non può essere agevolato nel suicidio.

Prima facie, l'esclusione di questi casi dall'area dell'incostituzionalità sembra così difficile da giustificare che, come ha scritto Bartoli, potrebbe sembrare «una sorta di svista condizionata dalla vicenda concreta di Dj Fabo»²¹. In generale, se è irragionevole che il diritto imponga un'unica modalità di congedo dalla vita verso chi è mantenuto in vita da mezzi di sostegno vitale, allora pare altrettanto irragionevole che il diritto imponga ai soggetti quell'unica modalità di congedo dalla vita che è la sedazione profonda continua quando non ci sono trattamenti di sostegno vitale da interrompere.

Che cosa giustifica l'esclusione di questi ultimi casi? Nel testo della ordinanza non si rinvencono ragioni espresse a favore di questa limitazione. Si possono solo formulare delle ipotesi: ne considererò due.

Innanzitutto, si può ipotizzare che le ragioni dell'esclusione possano apprezzarsi nella prospettiva del soggetto attivo e non del soggetto agevolato. Con le parole di Lazzeri: «il divieto di aiuto al suicidio è illegittimo nei soli casi in cui la sopravvivenza del soggetto dipenda da un apporto esterno determinante, poiché in queste situazioni, essendo il medico tenuto ad astenersi da ulteriori attività di sostegno vitale a richiesta del paziente, sarebbe irragionevole punire lo stesso medico che si limiti ad accelerare la morte che comunque seguirebbe dall'interruzione del trattamento»²². Insomma, in presenza delle condizioni di cui sopra, il medico deve interrompere il trattamento, spesso ponendo in essere una condotta attiva – il distacco del respiratore – che causa il decesso del paziente, sicché è irragionevole che invece sia sanzionato qualora, ricorrendo le stesse condizioni, provochi lo stesso effetto (il decesso) ma con una condotta diversa (per quanto sempre attiva da punto di vista naturalistico e causale). Questa ricostruzione a mio giudizio è convincente, ma si scontra contro due problemi.

In primo luogo, non ve ne è traccia nella motivazione della Corte, la quale si concentra esclusivamente sulla violazione dei diritti del soggetto agevolato.

In secondo luogo, ho difficoltà a comprendere la rilevanza di questo argomento rispetto al caso Cappato: Cappato non è un medico che avesse il dovere di interrompere il trattamento su richiesta del paziente²³.

Una diversa giustificazione può rinvenirsi assumendo la premessa implicita, previamente esaminata (§3), secondo cui il bilanciamento dei valori costituzionali previsto dal nostro ordinamento all'alba della sentenza in esame era sostanzialmente corretto. Secondo questa impostazione, il legislatore ha individuato correttamente le condizioni – le uniche condizioni – alle quali si può disporre del bene vita, sicché, sussistendo quelle condizioni e solo quelle, il bene vita è disponibile, e tra tali condizioni c'è

²¹ R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?* in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 8.

²² F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, cit., 195.

²³ Questo, in effetti, è un altro punto molto problematico della sentenza in esame. Da un lato, la Corte limita l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. a chi segua le modalità previste dagli art. 1 e 2 della legge n. 219/2017 e, al riguardo, l'art. 1, comma 6, stabilisce l'esenzione da responsabilità civile e penale del medico che esegue la volontà del paziente, sicché parrebbe che solo il medico possa interrompere il trattamento e, di conseguenza, anche somministrare l'aiuto al suicidio. D'altro lato, la pronuncia dell'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. copre la condotta di chiunque agevoli materialmente il suicidio altrui nelle condizioni elencate anche perché, altrimenti, la pronuncia non avrebbe avuto rilevanza nel giudizio *a quo*. Sul punto cfr. C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte Costituzionale risponde a se stessa*, cit.

proprio che sia in corso un trattamento di sostegno vitale. Con le parole di Cupelli, la Corte ha individuato «una diversa modalità di esecuzione [...] del diritto di lasciarsi morire interrompendo trattamenti vitali»²⁴. In sintesi: il legislatore del 2017 ha statuito che, se c'è in atto un trattamento di sostegno vitale, il paziente può rinunciarvi e, quindi, come effetto causarsi la morte; questo bilanciamento dei diritti in gioco è corretto perché risponde all'art. 32, secondo comma, Cost.; essendo corretto che il paziente si lasci morire interrompendo un trattamento, allora è corretto che, nella stessa situazione, possa ottenere lo stesso effetto tramite una modalità diversa. Si noti che questo argomento non è sufficiente a giustificare la condizione in questione, se non si ritenesse che è altresì corretto continuare, nella maggior parte dei casi, a vietare il suicidio assistito. In altri termini, la premessa del ragionamento va modificata stabilendo che *se, e solo se*, è in gioco l'interruzione di un trattamento sanitario, allora il paziente può causarsi la morte e che è un corretto bilanciamento dei valori rilevanti stabilire che *se, e solo se*, è in corso un trattamento sanitario, allora si possa causarsi la morte.

Un problema, però, è che questa ricostruzione non solo non giustifica l'esclusione dei casi in cui il paziente rifiuta *ab initio* il trattamento, ma apre seri dubbi sulla plausibilità delle condizioni a e b, ossia sul fatto che la persona agevolata debba essere (a) affetta da una patologia irreversibile, (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili. Due requisiti questi che né la Corte ha ritenuto di dover giustificare, né sono stati problematizzati dalla maggior parte della dottrina. Il problema è che il nostro ordinamento riconosce il diritto a non iniziare o interrompere un trattamento sanitario indipendentemente dal motivo²⁵. L'esercizio di questo diritto non è condizionato dalle probabilità di guarigione, ma nemmeno dalla sofferenza del paziente. Si pensi al diabetico che interrompe le iniezioni di insulina, alla persona affetta da insufficienza renale che decide di non recarsi più in dialisi, al testimone di Geova che rifiuta la trasfusione. La categoria dei trattamenti salva-vita non coincide con la categoria dei trattamenti di sostegno vitale, e, ai sensi dell'art. 32, secondo comma, Cost. e della legge n. 219, il paziente ha diritto di rifiutare qualsiasi trattamento. Anche qui, allora, si dovrebbe dire che il paziente ha diritto a chiedere la somministrazione di un trattamento letale invece che morire – più lentamente – per insufficienza renale o crisi diabetica o dissanguamento. Se la premessa implicita è la correttezza del bilanciamento operato dalla legge n. 219, allora i requisiti a e b sono quanto meno da giustificare, perché la legge non richiede tali requisiti per sospendere o non iniziare un trattamento salva-vita. Il punto è che requisiti come l'irreversibilità della patologia e la sofferenza che produce sono facilmente argomentabili nell'ottica del riconoscimento di un «diritto a morire, giustificato dall'impossibilità di una vita dignitosa»²⁶, ma, invece, appaiono irrilevanti se tutto ciò che si vuole riconoscere è la liceità di una diversa modalità di esecuzione della possibilità di lasciarsi morire interrompendo trattamenti vitali.

²⁴ C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte Costituzionale risponde a se stessa*, cit., 48.

²⁵ Il punto è ben sottolineato da L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, cit.; REICHLIN, *L'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Cappato: osservazioni critiche*, cit.

²⁶ S. SEMINARA, *L'art. 580 c.p. e il diritto a morire*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 335.

Inoltre, proprio la sussistenza delle condizioni (a) e (b) può aprire delicati problemi di eguaglianza, destinati nel futuro a sfociare in ulteriori questioni di legittimità costituzionale²⁷. Perché, infatti, la sussistenza di un mio diritto a smettere di soffrire dovrebbe essere condizionato da una circostanza accidentale dipendente dalle caratteristiche della patologia di cui soffro? Si noti che ciò è vero non solo per chi, trovandosi prossimo alla morte e gravemente sofferente, ma non avendo trattamenti di sostegno vitale in corso, ha come unica possibilità quella di ricorrere alla sedazione continuativa, ma anche per una marea di altri casi che abbracciano tutte le patologie croniche o connotate da inarrestabili evoluzioni a prognosi infausta – si pensi alle malattie neurodegenerative incurabili, all'Alzheimer che, in Italia, secondo dati del Ministero della Sanità, colpisce il 4% del over 65, e, in generale, alle ipotesi in cui la morte è inevitabile, ma non imminente, e sarà preceduta da una degenerazione delle capacità cognitive e fisiche che, a molte persone, pare contraria alla propria idea di dignità umana. In questi casi, nelle fasi iniziali della patologia, la legge n. 219 riconosce solo la possibilità della pianificazione condivisa delle cure e, se non ci saranno trattamenti di sostegno vitale da interrompere, il paziente dovrà andare fino in fondo. Eppure, qui è in gioco non solo la dignità del morire ma anche e soprattutto quella del vivere²⁸.

A mio giudizio, la causa principale delle difficoltà argomentative in cui è incorsa la Corte consiste nell'aver voluto restare ancora parzialmente ancorata alla distinzione tra *killing* e *letting die*. La Corte ha riconosciuto ai soggetti la possibilità di essere uccisi – o, meglio, assistiti nella propria morte – solo qualora essi avessero già il diritto di essere lasciati morire, o, meglio, il diritto a interrompere i trattamenti, anche qualora ne seguisse la loro morte. In altri termini, più che superare la distinzione in questione, la Corte l'ha solo parzialmente indebolita, evidenziando un caso in cui tale distinzione non è rilevante: quello in cui il soggetto che chiede aiuto nel suicidio potrebbe anche lasciarsi morire (ma in un modo che non reputa conforme alla sua concezione di vita dignitosa). Solo in tale ipotesi, per la Corte, tale distinzione cessa di essere valida, mentre in tutte le altre essa mantiene la sua ragione d'essere e l'art. 580 c.p. resta applicabile. Ciò ha permesso tra l'altro alla Corte di far leva su un principio solido e condiviso, quale la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta e nel rifiuto delle terapie²⁹, piuttosto che su principi discussi e oggetto di conflitto, quali la disponibilità del bene vita o, il che è lo stesso, il diritto di morire dignitosamente. Il problema, però, è che una volta che l'aiuto al suicidio viene considerato lecito, limitarlo a chi ha in corso una terapia di sostegno vitale introduce un'evidente disparità di trattamento. Se nel caso Cappato la Corte ha implicitamente ribadito la forza

²⁷ Con accenti diversi cfr. M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit.; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit.

²⁸ Non solo, ma, qualora sussistano le quattro condizioni di cui sopra, non si vede perché ritenere illecita la stessa eutanasia attiva: come osserva M. REICHLIN in *L'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Cappato: osservazioni critiche*, cit., in tali casi la pronuncia della Corte potenzialmente travolge anche l'art. 579 c.p. (*omicidio del consenziente*).

²⁹ Certo, come osserva M. REICHLIN in *L'ordinanza della Corte Costituzionale sul caso Cappato: osservazioni critiche*, cit., è inappropriato elevare la somministrazione di un farmaco letale a terapia o trattamento sanitario. Tuttavia, come precisato nel testo, il diritto all'autodeterminazione nella scelta delle terapie è una maschera dietro cui si cela quella che, più correttamente, dovrebbe essere qualificata come un'ipotesi di indifferenza morale tra essere uccisi e farsi morire rifiutando un trattamento di sostegno vitale.

della distinzione tra *killing* e *letting die* senza argomentarla, nel futuro la questione si riproporrà in modo non eludibile.

Nel prossimo paragrafo affronterò proprio tale distinzione e, in particolare, senza pretesa di esaurire tutti i problemi ad essa connessi, né di ripercorrere l'enorme mole di letteratura in materia, cercherò di argomentare che questa distinzione, a prescindere dalla sua persuasività, non è rilevante, non si applica, nel senso che preciserò, nei casi di fine vita.

5. La distinzione tra *doing vs. allowing harm*

La distinzione tra uccidere e lasciar morire si ricollega alla ancor più discussa distinzione tra produrre un danno e permettere che accada un danno (*doing vs. allowing harm*), la quale costituisce un vero e proprio nodo gordiano della filosofia morale, che ha generato e continua a generare una mole di discussioni e letteratura pressoché immensa. In questa sede non mi è certo possibile ricostruire tutto il dibattito in materia, ma mi limiterò invece a fornire qualche coordinata, per proporre, poi, o, meglio, abbozzare una mia tesi.

I problemi principali consistono nello stabilire se, *ceteris paribus*, esista una differenza morale rilevante tra produrre un danno e permettere che accada, in che cosa consista tale differenza, e, prima ancora, come caratterizzare le nozioni di "*doing harm*" e "*allowing harm*". Al riguardo, si noti che la clausola "*ceteris paribus*" è molto importante, in quanto nessuno dubita che altri elementi possano influire sulla valutazione morale di una certa condotta. Così, ad esempio, è difficilmente contestabile che causare un danno per colpa sia moralmente meno grave che provocarlo volontariamente, e, analogamente, alcuni autori sostengono che causare un danno per produrre un beneficio superiore sia moralmente più commendevole che lasciar accadere un danno senza che a ciò consegua alcuna utilità. Pertanto, sia quanti sostengono che esista una differenza morale rilevante tra *doing* e *allowing harm* sia quanti, al contrario, lo negano devono aver cura di comparare condotte che, sotto tutti gli altri profili, siano identiche, ossia che si distinguano esclusivamente perché in un caso il danno viene provocato mentre nell'altro non è impedito³⁰.

Ebbene, rispetto al problema di stabilire se esista una differenza morale rilevante tra produrre un danno e permettere che accada, le nostre intuizioni morali sembrano talvolta contrastanti. Consideriamo questo famoso esempio di Rachels³¹: Smith annega suo cugino nella vasca da bagno; Jones decide di annegare suo cugino nella vasca da bagno, ma, una volta entrato, lo trova già svenuto e immerso sott'acqua, sicché si limita a non salvarlo. Difficilmente qualcuno direbbe che il comportamento di Jones (che consiste in un *killing*) sia peggiore di quello di Smith (*letting die*)³². D'altra parte, però, mentre

³⁰ Sul punto cfr. F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/doing-allowing/> (ultima consultazione 29/12/2019).

³¹ J. RACHELS, *Active and Passive Euthanasia*, in *New England Journal of Medicine*, 292, 1975, 78-86.

³² Un altro famoso argomento è stato elaborato da M. TOOLEY, *An irrelevant consideration: killing vs. letting die*, in B. STEINBOCK, A. NORCROSS (eds.), *Killing and letting die*, New York, 1994, 103-111. Supponete che vi sia due bambini, John e Mary, della stessa età in una macchina. Se premete un bottone John morirà e Mary si salverà; se non premete il bottone Mary morirà e John si salverà. Nessuna delle due condotte pare preferibile all'altra: esse sembrano moralmente equivalenti.

chi produce un danno lo causa e, quindi, per definizione, ne è causalmente responsabile; chi lascia che accada un danno non lo causa, non ne è causalmente responsabile, e si può convenire che le persone siano moralmente responsabili solo di ciò per cui sono anche causalmente responsabili³³. Insomma, la differenza fondamentale alla base della diversa rilevanza morale tra *doing* e *allowing harm* consisterebbe nel fatto che nel primo caso vi è un'azione che causa un danno, mentre nel secondo vi è un'omissione priva di efficacia causale.

Questa intuizione morale non è però facile da giustificare: ad esempio, per molti sistemi logici controfattuali che operano su eventi anche le omissioni sono eventi e possiedono, quindi, efficacia causale. Semplificando, posto che un evento *E* causa *F* se e solo se, qualora *E* non fosse avvenuto, anche *F* non sarebbe avvenuto, e assunto che le omissioni siano eventi, se Tizio non avesse omesso di salvare Caio, Caio non sarebbe morto e, quindi, l'omissione di Tizio ha causato la morte di Caio³⁴. Ciò, peraltro, apre l'ulteriore problema della relazione tra causare danno e commettere, da un lato, e permettere che accada un danno e omettere, dall'altro. Infatti, mentre molti autori identificano, rispettivamente, *doing harm* e commettere (agire) e *allowing harm* e omettere (non agire), non mancano efficaci contro-esempi a questa assimilazione: due in particolare. Il primo, formulato da Foot³⁵, riguarda il caso di un attore che si dimentica di pronunciare la sua battuta (omette) e, così, facendo rovina lo spettacolo (causa un danno); il secondo, dovuto a Bennett³⁶, riguarda il caso di un miliardario che lascia morire di fame un bambino povero (permette che si verifichi un danno), telefonando alla propria banca per annullare una donazione (ossia, agendo). Questi contro-esempi, ci dicono che non sempre chi produce un danno agisce e chi lo lascia accadere omette.

Per rendere l'intuizione di cui sopra si può allora ricorrere non alla diversa efficacia causale tra azioni e omissioni, bensì all'indipendenza del processo causale che ha condotto all'evento. Mentre nel caso in cui si permette che accada un danno, il danno si sarebbe verificato anche se l'agente non fosse esistito, al contrario quando si causa un danno, questo non sarebbe avvenuto se l'agente non fosse esistito. Così, se Jones non fosse esistito, il cugino non sarebbe morto, mentre se Smith non fosse esistito, il cugino sarebbe morto comunque, così come il bambino povero sarebbe morto comunque anche se il miliardario non fosse esistito.

Non mancano, per la verità, contro-esempi a questo modo di tracciare la distinzione. Il più famoso è, probabilmente, quello formulato da Kagan³⁷. Supponiamo che il secondogenito di un regno, dopo aver dilapidato la sua fortuna, chieda al primogenito, diventato nel frattempo re, di aiutarlo economicamente, che questi rifiuti e che il secondogenito muoia di stenti. Questo sembrerebbe intuitivamente un caso di *allowing harm*, eppure, se il primogenito non fosse esistito, allora il secondogenito sarebbe diventato re e non sarebbe mai morto di stenti, sicché dovremmo qualificarlo come *doing harm*. Un altro caso problematico riguarda le ipotesi in cui c'è più di una persona che sarebbe disposta a produrre il danno in questione (ad esempio, se anche Jones non fosse esistito, il cugino sarebbe stato annegato

³³ Così, ad esempio, D. CALLAHAN, *Can We Return Death to Disease?*, in *The Hastings Center Report*, 19, 1989, 4-6; F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, cit.

³⁴ Per un'introduzione cfr. F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, cit.

³⁵ P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect*, in *Oxford Review*, 5, 1967, 1-7.

³⁶ J. BENNETT, *Morality and Consequences*, in S. MCMURRIN (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, II, Salt Lake City, 1981, 91.

³⁷ S. KAGAN, *Limits of Morality*, Oxford, 1989, 96.

da Clare), oppure quello in cui il danno si produce proprio perché non c'è nessuno che prenda il posto dell'agente (se l'attore non fosse esistito, allora nessuno avrebbe pronunciato la sua battuta e quindi lo spettacolo sarebbe stato comunque rovinato): questi ci paiono casi di *doing harm*, ma, secondo la tesi in esame, dovremmo invece qualificarli come casi di *allowing harm*. Questi contro-esempi richiedono che la tesi in esame venga raffinata limitando la catena causale ad un dato momento temporale e ad un dato agente: un'operazione, però, tutt'altro che semplice³⁸. Ammesso, comunque, che sia questo il modo migliore di tracciare la distinzione tra *doing* e *allowing harm*, non è chiaro se da ciò derivi una qualche differenza morale rilevante. Come osserva Bennett, si può senz'altro convenire che io non sia responsabile moralmente e causalmente per un evento che accade quando non esisto o quando non posso esercitare la mia *agency* (perché, ad esempio, sono svenuta o legata), ma le cose cambiano se l'evento accade perché io decido di non intervenire: in questo caso l'evento è una conseguenza di come ho esercitato la mia *agency* e ciò ha implicazioni sulla moralità del mio comportamento³⁹.

Secondo Bennett la distinzione tra *doing* e *allowing harm* va, invece, rapportata alla differenza tra la rilevanza positiva e la rilevanza negativa dell'agente rispetto a un dato evento⁴⁰. L'agente ha una rilevanza positiva rispetto alla produzione dell'evento se la maggior parte dei modi in cui avrebbe potuto agire, in un dato tempo *t*, non avrebbero condotto alla produzione dell'evento in *t*: così, ad esempio, Jones al tempo *t* avrebbe potuto agire in moltissimi altri modi che non avrebbero causato la morte di suo cugino. Invece, l'agente ha una rilevanza negativa rispetto alla produzione dell'evento se la maggior parte dei modi in cui avrebbe potuto agire, in un dato tempo *t*, avrebbero comunque condotto alla produzione dell'evento in *t*: così, ad esempio, Smith aveva un solo modo per impedire che il cugino annegasse. Secondo Bennett è moralmente peggiore essere rilevante rispetto a un evento quando uno avrebbe potuto facilmente evitarlo, piuttosto che quando avrebbe potuto evitarlo con grande difficoltà. Sembra, però, che se la difficoltà è equivalente allora, *ceteris paribus*, non vi sia per Bennett alcuna differenza morale rilevante, sicché non è detto che il caso di Smith sia poi moralmente peggiore di quello di Jones.

Per concludere questa breve esposizione – certo non esaustiva di tutte le tesi avanzate – giova citare un'altra famosa spiegazione alternativa della differenza tra *doing* e *allowing harm*, che fa perno, invece, sul tipo di diritti morali violati. Secondo Foot, mentre causare un danno viola dei diritti negativi di non interferenza, permettere che accada un danno viola diritti morali positivi a un comportamento altrui. Tra i due casi vi sarebbe una differenza morale rilevante – ma solo nel caso in cui manchi in entrambi il consenso del soggetto che subisce il danno – perché, conformemente alla teoria liberale classica, i diritti negativi sono più importanti e la loro violazione più difficile da giustificare⁴¹.

³⁸ Cfr. *infra* nel testo. Sul punto cfr. A. DONAGAN, *The Theory of Morality*, Chicago, 1977; S. KAGAN, *Limits of Morality*, cit.; J. BENNETT, *The Act Itself*, Oxford, 1995; F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, cit.

³⁹ J. BENNETT, *The Act Itself*, cit., 119.

⁴⁰ J. BENNETT, *Acting and Refraining*, in *Analysis*, 28, 1967, 30-1; J. BENNETT, *Morality and Consequences*, cit.; J. BENNETT, *The Act Itself*, cit. Per alcune critiche cfr. F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, cit., e l'ampia bibliografia ivi citata.

⁴¹ P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect*, cit.; P. FOOT, *Killing and Letting Die*, in J.L. GARFIELD, P. HANNESSEY (eds.), *Abortion: Moral and Legal Perspectives*, Amherst, 177-185. Le tesi di Foot sono riprese e sviluppate, tra gli altri, da Quinn, che ricollega la maggior importanza dei diritti negativi alla proprietà del proprio corpo: W.S. QUINN, *Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing*, in *Philosophical Review*, 98, 287-312.

6. L'interruzione dei trattamenti come caso di *killing*

Quanto sopra brevemente premesso, nel dibattito bioetico di fine vita, sia coloro che sostengono la liceità non solo dell'interruzione dei trattamenti, ma anche dell'eutanasia attiva e del suicidio assistito, sia quanti propugnano, invece, l'illiceità di tutte queste pratiche si sono principalmente preoccupati di argomentare a favore dell'irrilevanza morale della distinzione tra produrre un danno e permettere che si produca un danno, mentre chi è favorevole all'interruzione dei trattamenti, ma non all'eutanasia attiva e al suicidio assistito, ha, al contrario, prodotto argomenti a favore dell'esistenza di una differenza morale rilevante⁴². In questo contributo seguirò una strada differente: non criticherò la possibilità di distinguere tra *doing harm/killing* e *allowing harm/letting die*, né porterò argomenti contro l'irrilevanza morale di tale distinzione, ma cercherò invece di mostrare che l'interruzione dei trattamenti (ma non il loro mancato inizio) costituisca un caso di *doing harm/killing*. Pertanto, se si conviene che l'interruzione dei trattamenti (su richiesta del paziente) sia moralmente lecita, non vi sono ragioni per proibire l'eutanasia attiva e il suicidio assistito (sempre su richiesta del paziente) – o, meglio, tali ragioni, se vi sono, non possono essere ravvisate nell'esistenza di una differenza moralmente rilevante tra *doing harm/killing* e *allowing harm/letting die*. Ovvero, sotto il profilo dell'ordinamento giuridico italiano, posto che l'art. 32 Cost. consente di darsi la morte tramite l'esercizio del diritto all'interruzione dei trattamenti e posto che l'interruzione dei trattamenti è un caso di *killing*, allora il medesimo bilanciamento dei valori coinvolti richiede che il paziente possa ricorrere anche all'eutanasia attiva e al suicidio assistito – di nuovo: salvo che si trovino altre ragioni per consentire la prima pratica e vietare le altre.

Ricapitoliamo, brevemente, i principali criteri proposti per distinguere tra causare un danno e lasciare che accada: *doing harm* consiste (sempre o quasi) in un'azione, mentre *allowing harm* consiste in un'omissione e le omissioni non hanno potere causale; *allowing harm*, a differenza di *doing harm*, non innesca un processo causale autonomo, ma l'agente che si limita a permettere che una data catena causale faccia il suo corso; la rilevanza dell'agente è positiva in *doing harm*, negativa in *allowing harm*; *doing harm* viola diritti morali negativi di non interferenza, mentre *allowing harm* viola diritti morali positivi. Ebbene, se consideriamo un comportamento come l'interruzione del trattamento di ventilazione assistita è facile vedere come, secondo tutti i criteri di cui sopra, questo consista in *doing harm*. Tale comportamento è un'azione, non un'omissione; tale comportamento innesca un'autonoma catena causale che determina la morte del paziente – se il medico che distacca il respiratore non fosse esistito (e nessun altro avesse compiuto questa azione), il paziente sarebbe ancora in vita; il medico ha avuto una rilevanza positiva rispetto alla produzione dell'evento in quanto la maggior parte dei modi in cui avrebbe potuto agire, in *t*, non avrebbero condotto alla produzione dell'evento in *t*; infine, se non avesse avuto il consenso del paziente, il medico avrebbe violato dei diritti morali negativi di non interferenza e non dei diritti positivi ad una certa prestazione.

⁴² Cfr., ad esempio, oltre alla letteratura precedentemente citata, W. CARTWRIGHT, *Killing and letting die: a defensible distinction*, in *British Medical Bulletin*, 52, 1996, 354-361; E. GARRARD, S. WILKINSON, *Passive Euthanasia*, in *Journal of Medical Ethics*, 2005, 31, 64-8; H.V. MCLACHLAN, *The ethics of killing and letting die: active and passive euthanasia*, in *Journal of Medical Ethics*, 34, 2008, 636-638.

Tra le affermazioni precedenti la più discussa è, senza dubbio, la seconda: spesso, infatti, si assume che l'interruzione del trattamento non abbia un'autonoma efficacia causale, in quanto il paziente non è morto a causa di tale rimozione, ma a causa della malattia preesistente, che ha determinato l'insufficienza polmonare. In questo senso si sostiene che l'interruzione dei trattamenti non causa la morte, ma fa sì che la malattia faccia il suo corso. Questa tesi sotto il profilo giuridico è piuttosto sorprendente: il *killer* che stacca il respiratore causa la morte del paziente – certo non si limita a permettere che accada – e, allo stesso modo, la causa il medico⁴³. Così, se mia madre sostituisce sistematicamente le mie pastiglie di insulina con delle caramelle allo zucchero senza che io me ne accorga, mia madre causa la mia morte, mentre il diabete semmai è una concausa necessaria, ma non sufficiente. Al riguardo, si immagina, però, che il medico che stacca il respiratore sia lo stesso che l'ha originariamente attivato: qui si potrebbe sostenere che, se il medico non fosse esistito (e nessun altro medico avesse attaccato il respiratore), allora il paziente sarebbe morto comunque, e, quindi, il medico si è limitato a permettere che il danno accadesse. Così anche mia madre potrebbe sostenere di essersi limitata a farmi morire, visto che, se lei non fosse esistita, nemmeno io sarei nata. Questo argomento, però, non funziona. Per rendersene conto, immaginiamo che io abbia donato del midollo osseo a mio fratello salvandogli la vita; se dopo di ciò gli sparo, uccidendolo, sarebbe piuttosto bizzarro sostenere che mi sono limitata a permettere che morisse, dal momento che se io non fossi nata, lui sarebbe morto comunque.

Il punto è che il respiratore, così come le pastiglie di insulina e il trapianto di midollo innescano una nuova sequenza causale che neutralizza, annulla, la sequenza causale prodotta dalla malattia⁴⁴: la malattia non è più sufficiente alla produzione dell'evento, ma occorre un ulteriore contributo causale⁴⁵. Se si volesse sostenere che l'interruzione dei trattamenti non costituisca un caso di *killing* occorrerebbe dimostrare che la presenza di una concausa naturale, necessaria ma non sufficiente, è di per sé in grado di trasformare il comportamento in questione in un caso di *allowing harm*. Ciò, però, non è affatto semplice: vi sono, infatti, moltissime ipotesi in cui la morte sopravviene anche per una concausa naturale, ma il comportamento costituisce un caso indubbio di *killing*⁴⁶: tra questi anche il caso della sostituzione delle pastiglie di insulina, che pare davvero contro-intuitivo classificare come un'ipotesi di

⁴³ Ovviamente, se il medico causa la morte con il consenso del paziente, la valutazione morale del suo comportamento sarà diversa da quella del comportamento del *killer*. Questa però è un'altra questione. Bisogna cioè tener separato il problema di qualificare una condotta come un caso di *killing* o *letting die* dal diverso problema di valutarne il valore morale.

⁴⁴ Così, ad esempio, J. MCMAHAN, *Killing, letting die, and withdrawing aid*, in *Ethics*, 103, 1993, 250-79; W. CARTWRIGHT, *Killing and letting die: a defeasible distinction*, cit.

⁴⁵ Sotto questo profilo si tratta di casi diversi da quelli spesso discussi sotto l'etichetta di "*Safety Net*", per il fatto che, in molti di questi ultimi, il dispositivo di sicurezza non è mai davvero attivato: si pensi all'esempio classico della persona che, a causa di un incendio, sta per buttarsi dal V piano, un pompiere la vede e mette una rete di sicurezza, che poi, però, viene rimossa dal nemico della persona in questione o, a seconda delle varianti, dallo stesso pompiere o da un terzo ignaro. In questa ipotesi la rete poteva salvare la persona, ma non l'ha fatto: la sequenza causale non è mai davvero mutata. Il tema richiederebbe ovviamente ulteriori approfondimenti che, purtroppo, non mi è possibile sviluppare in questa sede. Sul punto rinvio a J. MCMAHAN, *Killing, letting die, and withdrawing aid*, cit.; T. HALL, *Doing Harm, Allowing Harm, and Denying Resources*, in *Journal of Moral Philosophy*, 5, 2008, 50-76; F. WOOLLARD, F. HOWARD-SNYDER, *Doing vs. Allowing Harm*, cit.

⁴⁶ Supponiamo, ad esempio, che tu non sappia nuotare e sia in mare con un salvagente: se io te lo buco e tu anneghi, la tua morte è sicuramente causata (anche) da un evento naturale come l'annegamento, ma ciò non toglie che il mio comportamento integri un'ipotesi di *killing*.

allowing harm. È vero che nell'ipotesi della sostituzione delle pastiglie manca il consenso del soggetto, ma la presenza del consenso incide solo sulla rilevanza morale dell'azione e non sulla sua qualificazione come *killing* o *letting die*.

In sintesi, la tesi diffusa secondo cui il distacco del respiratore e, in generale, l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale costituiscono casi di lasciar morire rappresenta, a mio giudizio, il frutto di un'intuizione errata, non giustificabile alla luce dei parametri comunemente impiegati per distinguere tra *doing* e *allowing harm*.

Per concludere, occorre precisare che il fatto che l'interruzione di un trattamento di sostegno vitale costituisca un caso di *killing* non implica che, per ciò solo, tale condotta debba essere valutata negativamente sotto il profilo morale⁴⁷. Come già emerso, non tutti i casi di *killing* sono moralmente condannabili, né moralmente peggiori di qualsiasi possibile caso di *letting die*, in quanto esistono diversi elementi che possono rilevare al riguardo, e tra questi sicuramente rientrano il consenso del soggetto della cui morte trattasi, la condizione di tale soggetto, la finalità principale dell'agente⁴⁸. L'unica tesi che qui sostengo è che l'idea secondo cui esisterebbe una differenza rilevante tra interrompere un trattamento, da un lato, e ricorrere a pratiche quali il suicidio assistito e l'eutanasia attiva, dall'altro, non può fondarsi sulla distinzione tra *killing* e *letting die*, perché tutte le condotte in questione rappresentano casi di *killing*. Ciò, però, non esclude che la differenza morale possa eventualmente ravvisarsi in altri elementi.

⁴⁷ Ringrazio uno dei miei anonimi revisori per avermi fatto notare l'importanza di questo punto.

⁴⁸ Ciò peraltro richiama il complesso tema della dottrina del doppio effetto (*double effects*), la cui analisi ovviamente trascende l'oggetto del presente lavoro. Per un'introduzione al tema cfr. P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect*, in *Oxford Review*, 5, 1967, 5-15; J.M. BOYLE JR., *Toward Understanding the Principle of Double Effect*, in *Ethics*, 90, 1980, 527-538.