

Bioetiche e diritto penale

Stefano Canestrari

Ordinario di diritto penale all'Università di Bologna, Membro del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail: stefano.canestrari@unibo.it.

1. La celebrazione del decennale della rivista *BioLaw Journal* offre l'occasione per riflettere su molti temi che credo meriterebbero una ricognizione.

In via preliminare, desidero testimoniare il mio entusiasmo per avere partecipato in questi anni ad un'autentica avventura intellettuale, ad un dialogo permanente con studiosi di alto profilo e di diversa provenienza che hanno animato, con impegno civile, un confronto che si è spinto oltre gli argini del ragionamento strettamente giuridico. Dunque, voglio rivolgere un ringraziamento sincero al mio amico Carlo Casonato e a tutta la comunità che ha animato – e anima – la nostra Rivista.

In effetti, è mia ferma convinzione che la ricerca di risposte ai complessi interrogativi posti dalla bioetica e dal biodiritto richieda un dialogo continuo – sebbene composito e difficile – tra competenze di varia matrice.

Deve ritenersi acquisito che, per quanto la sfera giuridica e quella etica conoscano inevitabili contatti e parziali sovrapposizioni, i rispettivi ambiti non possono essere assimilati o confusi. Si pensi all'uso maldestro del diritto penale quando è stato eretto a garante, attraverso la previsione di divieti assoluti e sanzioni afflittive, della salvaguardia della "naturalità" della procreazione: in questo, come in altri casi, la criminalizzazione di determinate condotte ha segnato l'affermarsi – e il simultaneo "legittimarsi" – di una controversa impostazione etica a discapito di altre.

Muovendo da tale presupposto, è compito del giurista penalista che intenda assumere un ruolo di coprotagonista nella discussione pubblica

sulle tematiche biogiuridiche affermare con forza la fallacia dell'equazione tra bioetica e biodiritto. Per attrezzarsi a esercitare una funzione propositiva – di individuazione e di soluzione dei problemi, nonché di indirizzo nei confronti del legislatore – il giurista non deve coltivare l'illusione dell'onnipotenza del diritto, ma cogliere la complessità di un eventuale intervento dello strumento giuridico.

In questa prospettiva, occorre essere pienamente consapevoli delle coordinate che delimitano il terreno del biodiritto penale: da un lato, va sottolineato senza ombre come non tutto ciò che appare eticamente riprovevole costituisca (o debba costituire) reato; dall'altro, si deve porre in evidenza come non tutto ciò che si afferma essere penalmente lecito rappresenti o fondi necessariamente un diritto.

Occorre riconoscere in modo netto l'identità "differenziata" dei tre ambiti delineati: a) la sfera del reato, che si interseca ma non coincide con un giudizio di rimproverabilità sul piano etico; b) la "terra di mezzo" del penalmente lecito che ricomprende due diversi contesti. In particolare, da un lato le condotte non criminose, dove l'astensione della sanzione penale non necessariamente significa rinunciare ad altre forme di regolamentazione, che possono anche prevedere illeciti civili, amministrativi o disciplinari. Dall'altro, la variegata realtà delle libertà di fatto; c) l'universo dei diritti.

Ciò detto, va rimarcato come dallo studio della bioetica in rapporto al diritto penale emerga una costante. Per tracciare il perimetro di tutti e tre i poli delineati occorre rendere operativo un "modello aperto e condiviso" di scienza giuridica, obiettivo peraltro perseguito con determinazione e dedizione dal nostro *BioLaw Journal*.

È auspicabile, ad esempio, che un giurista possa criticare o progettare – o soltanto immaginare – un intervento legislativo nelle situazioni di fine

vita se non è a conoscenza della complessità dei fenomeni e del funzionamento delle strutture sanitarie dei diversi Paesi? Se non ha dialogato in modo approfondito con i medici e con gli infermieri che lavorano nelle AUSL e negli hospice? Se non ha discusso con metodo autenticamente interdisciplinare come affrontare gli accadimenti che possono assumere rilevanza giuridica? No, non è auspicabile: seguendo un'impostazione classica – del giurista penalista che si limita ad osservare i fenomeni “dall'esterno” ed ex post – si rischiano interventi maldestri della legge, sovraregolazioni o “spazi liberi dal diritto”, avallati da giuristi che non hanno strumenti efficaci per opporsi agli arbitrii della politica “partitica” (alle sue esigenze simboliche, mediatiche ed elettorali), né per “sorvegliare” le proprie ideologie o riconoscere i propri “pre-giudizi”.

Nell'ambito di questa prospettiva, che contempla una continua dialettica con le scienze empiriche di riferimento, il biodiritto penale si può misurare con tutti gli ambiti tematici, anche di recente emersione, relativi alla tutela della vita, dell'integrità del corpo e della salute. Con l'aspirazione di raggiungere un duplice obiettivo. Da un lato, quello di fornire un adeguato livello di elaborazione e di controllo critico, onde evitare una regolamentazione giuridica che minaccia di rompere gli argini della sussidiarietà penalistica. Dall'altro, quello di individuare i principi fondamentali nell'alveo di una teoria generale

(costituzionalmente e convenzionalmente) orientata del biodiritto penale¹.

2. Mi soffermerò brevemente su quest'ultimo aspetto, dedicando qualche considerazione alla declinazione contemporanea dell'*habeas corpus*.

La sovranità su sé stessi irradia il nucleo dei principi costituzionali: il personalismo e l'inviolabilità del corpo, figli del secolare *diktat* «che tu abbia il corpo», pervadono e nutrono le prerogative fondamentali dell'ordinamento. Posta a monte la centralità dell'individuo, l'*habeas corpus* si evolve, divenendo non più (solo) un'autolimitazione del potere statale, ma ancor di più un «trasferimento di potere, anzi di sovranità»² alla persona.

Nel ribadire che il diritto all'intangibilità del corpo e alla sovranità su di esso è un principio non contendibile, ritengo necessario sottolineare, oltre al suo carattere primario, la sua imprescindibile trasversalità: esso non può che rivolgersi ad *ogni persona* e ad *ogni corpo*.

In tali termini si è – condivisibilmente – espresso anche il legislatore nella l. del 22 dicembre 2017, n. 219 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»), dove – nel sancire per legge quanto ampiamente condiviso e già ribadito, prima di allora, a livello giurisprudenziale³ e dottrinale⁴ – ha

¹ Sul tema sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, 2ª edizione, Bologna, 2023.

² S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, vol. I, in S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 179. Secondo P. ZATTI, *Principi e forme del “governo del corpo”*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, tomo I, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, 123: «affermare un “principio” di sovranità riguardo

al “proprio” corpo significa affermare un “potere originario”, [vorrei dire] “naturale” nel senso in cui si connota una realtà che non è costituita dal diritto positivo».

³ Basti ricordare quanto asserito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 438/2008, dove, ribadendo che il consenso informato è un diritto della persona, se ne è ravvisato il fondamento costituzionale nei già menzionati artt. 2, 13, 32 Cost.

⁴ Nella letteratura penalistica cfr., tra gli altri, S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*,

previsto che, tanto il consenso informato alle cure quanto il diritto, in qualsiasi momento, a rinunciare ai trattamenti sanitari (o a rifiutarli), trovano il loro fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost., nonché negli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si è quindi sancito, nella legge, un diritto universale, che si rivolge a chiunque, indipendentemente dalla sua condizione o stato.

Dunque, a mio avviso, la legge n. 219 del 2017 non deve essere modificata, bensì applicata in tutte le sue previsioni normative. E va difesa con convinzione ed energia anche da recenti e temibili attacchi.

Si pensi al disegno di legge "Gasparri"⁵, laddove invoca una duplice modifica del testo: a) eliminare la chiara e condivisibile presa di posizione sulla qualificazione normativa della nutrizione artificiale e della idratazione artificiale come trattamenti sanitari (art. 1, comma 5), assunta dal legislatore del 2017 in piena sintonia con il parere delle principali società scientifiche dei professionisti della salute; b) introdurre l'obiezione di coscienza per i professionisti sanitari nei confronti dei contenuti della legge (DAT,

sedazione palliativa profonda continua, pianificazione condivisa delle cure, ecc.). Come appare evidente, l'accoglimento di tali proposte di riforma finirebbe per vanificare l'affermazione dei diritti della persona malata contenuti in una limpida ed efficace disciplina organica della relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente.

3. Con energia e preoccupazione segnalo dunque il pericolo di vedere affievolirsi le conquiste che abbiamo raggiunto con molta fatica e in tanti anni. L'assolutezza di un principio, quale quello dell'*habeas corpus*, vive solo se questo "sopravvive" alla realtà dei fatti e se si ha la forza di "pretenderne" la vigenza.

È questo il cuore argomentativo della minoritaria posizione (B) del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica relativo ai quesiti ministeriali concernenti il cosiddetto "caso Cospito", dove si è espressa una ferma opposizione al tentativo di "aprire una crepa" nell'applicazione della legge n. 219 del 2017, con riferimento alla drammatica questione dello sciopero della fame nelle carceri⁶.

tomo I, *Il governo del corpo*, cit., 189 ss. e in quella giuspubblicistica, si veda, per tutti, P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, *ivi*, 137 ss.

⁵ Il riferimento è al disegno di legge n. 1464 presentato al Senato nel 2019 (XIX legislatura) e recante «Modifiche all'articolo 580 del codice penale e modifiche alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di disposizioni anticipate di trattamento e prestazione delle cure palliative». Il testo della bozza, ancora in corso di esame in Commissione, è liberamente consultabile su <https://www.senato.it>.

⁶ Si veda la posizione (B) del parere del CNB, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia*, 6 marzo 2023, liberamente accessibile e consultabile su <https://bioetica.governo.it>. Il documento del CNB – con la parte relativa alle *Riflessioni condivise* e alle diverse posizioni (A) maggioritaria, 19 voti, (B), 9 voti, (C), 2 voti – è stato pubblicato anche su *Sistema penale*, 7 marzo 2023. Sottolineo che, oltre ai nove

membri del CNB che hanno sottoscritto la posizione (B), redatta da chi scrive, la stessa ha ricevuto l'adesione dei membri invitati permanenti della Federazione degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, dell'Istituto Superiore di Sanità e della Federazione Nazionale Ordini Veterinari Italiani. Cfr., in senso conforme alla posizione (B), ad es., le considerazioni di C. CASONATO, A. PUGIOTTO, *Il caso Cospito come sineddoche e il controverso parere del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in *Quad. cost.*, 2, 2023, 414; L. RISICATO, *Il confine tra ciò che è giusto e ciò che è consentito. Considerazioni a margine del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul caso Cospito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2023, 77 ss. Concorda invece con la Posizione (A) del documento, redatta da M. RONCO, L. EUSEBI, *Sciopero della fame: è possibile intervenire per evitare la morte?*, in *disCrimen*, 21 aprile 2023. Secondo la maggioranza del CNB, nel caso di imminente pericolo di vita,

Occorre infatti ribadire con nettezza che il carattere trasversale del diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà, avendo una derivazione logica dal diritto all'intangibilità della sfera corporea di ogni essere umano, si traduce in un'area di libertà "insindacabile", il cui esercizio non può essere limitato da terzi sulla base di una contestazione delle motivazioni che hanno portato il singolo ad operare la sua scelta, né tantomeno in virtù della condizione in cui si trova a vivere.

Intraprendere la nutrizione artificiale forzata in carcere, dinnanzi al pericolo di morte di un detenuto che rifiuta liberamente e consapevolmente di nutrirsi, non può dunque dirsi un'opzione accettabile, perché contrasta, in primo luogo, con il diritto del detenuto di non essere sottoposto a trattamenti sanitari coattivi (artt. 2, 13, 32 Cost.; art. 1, l. 219 del 2017). Inoltre, si pone in antitesi con il diritto alla vita privata tutelato, a livello sovranazionale, dall'art. 8 CEDU – che va letto considerando la consolidata interpretazione della Corte EDU in materia – oltre che, guardando al diritto dell'Unione, con l'art. 3 della Carta di Nizza. Pertanto, risulta impossibile configurare eventuali "doveri di intervenire" in capo ai medici chiamati a nutrire artificialmente⁷.

quando non è si è in grado di accertare la volontà del detenuto, il medico non è esonerato dall'attuare tutti quegli interventi atti a salvargli la vita (sempre secondo la posizione (A), le DAT sono incongrue, e dunque inapplicabili, ove siano subordinate all'ottenimento di beni o alla realizzazione di comportamenti altrui, in quanto utilizzate al di fuori della *ratio* della l. n. 219/2017).

⁷ Su punto, cfr. anche il documento, frutto delle considerazioni maturate da alcuni componenti del Gruppo di Lavoro *Un diritto gentile* e coordinato da L. BUSATTA, M. PICCINI, D. RODRIGUEZ, G. MARSICO, P. ZATTI, *Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione*, in

In proposito, si deve porre in evidenza – come sottolinea anche la recente sentenza della Corte EDU dell'8 marzo 2023, *Yacovlyev c. Ukraine* (ric. n. 42010/18) – che, diversamente, esiste l'obbligo di accertare una piena comprensione, da parte del paziente detenuto, delle conseguenze mediche dello sciopero dell'alimentazione (*hunger strike*), il quale si accompagna al dovere di rispettare il principio di una comunicazione continua tra medico e paziente durante lo sciopero, nonché quello di verificare la volontarietà della scelta (tenendo conto che tale accertamento può risultare particolarmente complesso in situazioni di scioperi della fame collettivi dove la pressione di altri detenuti può essere un fattore determinante). Ciò posto, ribadisco che la condizione di detenzione non può essere richiamata per giustificare interventi coattivi, in quanto non implica di per sé una riduzione della capacità di esprimere un rifiuto informato e consapevole di trattamenti sanitari anche salvavita⁸.

È imprescindibile, dunque, che la persona detenuta che decida di rifiutare di nutrirsi sia sempre assistita dal personale sanitario con ogni azione di sostegno e, qualora si dovesse giungere ad una fase terminale, non sia costretta ad una nutrizione forzata artificiale, ma venga accompagnata verso una morte dignitosa con un'appropriata

www.quotidianosanita.it, 22 febbraio 2023, ove si evidenzia correttamente che, anzitutto, «il medico ha il dovere di pianificare con la persona detenuta come procedere; ciò è possibile ricorrendo alla pianificazione condivisa delle cure (PCC), prevista dall'art. 5 della legge n. 219 del 2017».

⁸ La dottrina penalistica più sensibile si oppone con nettezza al ricorso allo stato di necessità per sottoporre la persona detenuta ad una nutrizione artificiale forzata: nell'ambito degli scritti più recenti, F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale*, 13 marzo 2023, 13; A. CAVALIERE, *"Diritti" anziché "beni giuridici" e "principi" in diritto penale?*, *ivi*, 16 ottobre 2023, 78; L. RISICATO, *op. cit.*, 77 ss.

terapia del dolore e l'erogazione di tutte le cure palliative praticabili⁹.

A chiusura della presente riflessione, dunque, non può che ribadirsi quanto *l'habeas corpus*, così come i diritti che da esso discendono,

attenga al legame inscindibile tra un *corpo* e il suo *titolare*: il giurista penalista deve avvertire la necessità di affermare con forza la vigenza di un principio che costituisce una delle fondamenta dello Stato di diritto.

⁹ Ritengo fondamentale riportare l'articolo 53 del Codice di Deontologia medica (2014) inerente direttamente al tema: «Il medico informa la persona capace sulle conseguenze che un rifiuto protratto di alimentarsi comporta sulla sua salute, ne documenta la volontà e continua l'assistenza, non assumendo iniziative costrittive né collaborando a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale» (sul punto,

cfr. anche le chiare considerazioni di C. CASONATO, *Salute e carcere: la posizione del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI (a cura di), *Salute e carcere*, Napoli, 2023, 50 ss.). Di estrema importanza anche i punti 5, 6 e 23 della Dichiarazione di Malta (1991, aggiornata al 2017) della *World Medical Association* sull'alimentazione forzata.