



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE  
CONTEMPORANEO

---

Fascicolo  
**3/2019**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

**COMITATO DI DIREZIONE** Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

**REDAZIONE** Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

**COMITATO SCIENTIFICO** Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

**Diritto Penale Contemporaneo** è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

#### **Peer review.**

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

#### **Modalità di citazione.**

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



3/2019

## UN POSSIBILE PRINCIPIO DI RISPOSTA LEGISLATIVA ALLE DOMANDE CONCERNENTI LA DIGNITÀ NELLA FASE FINALE DELLA VITA

*Spunti di riflessione sull'ordinanza 207/2018 e su un tempestivo disegno di legge. In particolare sull'estensione della "terapia del dolore" come valida alternativa al "diritto di morire"*

di Francesca Pia Bisceglia

**Abstract.** *Il contributo analizza il disegno di legge Marcucci, presentato all'indomani dell'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Cappato e recante «disposizioni in materia di terapia del dolore e dignità nella fase finale della vita, nonché modifiche all'art. 580 del codice penale». Pur non attualmente in discussione, si cercherà di dimostrare come lo stesso possa quantomeno costituire una prima risposta alle sollecitazioni della Consulta su un tema così eticamente sensibile.*

SOMMARIO: 1. La pronuncia della Corte costituzionale sul caso Cappato: brevi rilievi. – 2. Il disegno di legge sul fine vita Marcucci e l'enfasi posta sulla terapia del dolore. – 3. La valorizzazione del diritto a non soffrire quale succedaneo del diritto di morire: alcune considerazioni. – 4. Brevi note conclusive: un ulteriore (piccolo) passo verso il riconoscimento di "diritti infelici".

*"La morte non è una cosa così grave; il dolore, sì"*  
(André Malraux)

### **1. La pronuncia della Corte costituzionale sul caso Cappato: brevi rilievi.**

Ritenendo la previsione incriminatrice di cui all'art. 580 c.p. non in contrasto con i parametri costituzionali evocati nell'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise di Milano sul caso Cappato, la Corte Costituzionale ha in particolare dimostrato di non fare propria una declinazione assoluta del principio del diritto all'*autodeterminazione* individuale, collocandosi – in tema di decisioni concernenti il *fine vita* - nel solco di quel paternalismo c.d. debole<sup>1</sup>, in accordo al quale si suppone che la persona verso cui

---

<sup>1</sup> Il c.d. *soft paternalism* (o ancora *paternalismo tutorio*) costituirebbe proprio esplicitazione del principio liberale

l'intervento statale è diretto non sia del tutto «competente» nella propria azione, e cioè che quest'ultima non sia del tutto volontaria.

Ciò è parso particolarmente evidente nel momento in cui, nell'ordinanza 207/2018, si è affermato che la punibilità dell'aiuto al suicidio assolve alla funzione di proteggere soggetti deboli da decisioni in loro danno: «non ritenendo tuttavia di poter colpire direttamente l'interessato, gli crea intorno una *cintura di protezione* inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui»<sup>2</sup>.

Ciò nonostante, nella medesima pronuncia, la Corte ha individuato situazioni in cui potrebbero annidarsi profili di incostituzionalità: «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 situazioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali»<sup>3</sup>.

Il riferimento dell'ordinanza è ai casi come quello oggetto del giudizio *a quo*, in cui ad essere agevolata a procurarsi la morte sia una persona affetta da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli (dunque di "autodeterminarsi"): si tratta infatti di ipotesi in cui «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.».

Ha fatto poi notare la Corte come il malato in tali condizioni potrebbe "lasciarsi morire" richiedendo *l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale in atto e la contestuale sottoposizione a sedazione palliativa profonda continua*, opzione consentita dalla l. 22 dicembre 2017 n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*), nonché precedentemente riconosciuta dalla stessa giurisprudenza con riferimento al valore costituzionale del consenso informato del paziente.

Nel ricostruire la trama normativa della l. 219, è stata altresì evidenziata la possibilità di ricorrere alla «sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari». Tale disposizione – si evince proseguendo nella lettura dell'ordinanza – non può non riferirsi anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali, l'effetto

di autonomia individuale, che impone che la scelta del singolo, per essere meritevole di tutela, debba essere razionale, competente e consapevole. Per un approfondimento si rimanda a A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p.1210 ss.; con specifico riferimento all'istigazione e aiuto al suicidio v. R.E. OMODEI, [L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.](#) in questa *Rivista*, fasc. 10/2017, p. 143 ss.

<sup>2</sup> Ord. 207/2018 par. 4

<sup>3</sup> Per l'iter argomentativo e riflessioni a caldo sull'ordinanza della Corte Costituzionale si rimanda a C. CUPELLI, [Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte](#), in questa *Rivista*, 3 dicembre 2018.

delle quali è quello di innescare «un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte». Per contro, allo stato è preclusa al medico la pratica di trattamenti diretti a determinare la morte, cosicché i pazienti che versino nelle condizioni critiche sopra descritte sono costretti «a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care».

Come si evinceva già dal comunicato del 24 ottobre 2018, la Consulta ha escogitato una soluzione definita da taluno “pilatesca”<sup>4</sup> ma in verità non priva di pregio, come si tenterà di spiegare.

I Giudici Costituzionali hanno sollecitato il Legislatore «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale» ad introdurre una disciplina volta a considerare le situazioni *supra* elencate, non solo mettendo in evidenza i profili in relazione ai quali un’esigenza di regolamentazione appare fondamentale, ma finanche spingendosi a suggerire delle linee guida d’intervento.

Tra i primi si annoverano, in via esemplificativa, *le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l’aiuto; la disciplina del processo medicalizzato; l’eventuale richiesta esclusiva di “somministrazione” di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale; la possibilità di un’obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura.*

La Corte si è spinta fino ad indicare l’ambito nel quale calare l’auspicata normativa: «anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all’art. 580 c.p. inserendo la disciplina stessa nel contesto della l.219/2017 in modo da iscrivere anche questa opzione nella relazione del quadro della relazione di cura e fiducia tra paziente e medico.

Ha suggerito inoltre il collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata procedura, nonché l’introduzione di una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse; infine, l’adozione di opportune cautele affinché l’opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza.

A ben vedere, la regolamentazione auspicata dalla Corte sembra rispondere alla richiesta di “proceduralizzazione”, ovvero alla rinuncia ad una valutazione in astratto e ad una predeterminazione legislativa, «abdicando alla funzione di comporre il conflitto una volta per tutte (e per tutti) e di orientare nel mondo dei valori». La qual cosa implica dunque l’abbandono della tradizionale logica binaria del diritto penale vietato/consentito al fine calarsi nelle peculiarità (nonché nella drammaticità) del caso concreto e degli interessi che vengono in gioco in ogni richiesta di aiuto a morire<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Così A. RUGGERI, *Pilato alla consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato, in Consulta on line, 26 ottobre 2018.*

<sup>5</sup> Quello della “proceduralizzazione” è un tema antico di discussione nel diritto penale. Il suo principale teorico fu W. HASSAMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für Mahrenholz*, Baden-Baden, 1994,

E, volendo restare in tema di *aut aut* scampati, la soluzione escogitata ha consentito ai Giudici di sfuggire all'alternativa – insoddisfacente in entrambi i termini di scelta – tra una pronuncia di inammissibilità e una declaratoria secca di incostituzionalità, «*così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale*».

## 2. Il disegno di legge sul fine vita Marcucci e l'enfasi posta sulla terapia del dolore.

“Riesumata” in occasione dell'intervento della Consulta, a distanza di 5 anni dalla data di presentazione, il 30 gennaio è stato avviato in Parlamento l'iter della proposta di legge di iniziativa popolare dal titolo “*Rifiuto dei trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia*”<sup>6</sup>, il cui punto focale della proposta è la possibilità di richiedere mediante «atto scritto, con firma autenticata dall'ufficiale di anagrafe del comune di residenza o domicilio» l'applicazione dell'eutanasia (espressamente nominata).

Verrebbe in tal modo introdotta nel nostro ordinamento l'eutanasia *attiva* ricomprendente, come noto, «le situazioni in cui la morte del paziente è da ricollegare causalmente, in concorso con un processo patologico in atto, ad una condotta materiale del medico che si attiva a favore del suo paziente»<sup>7</sup>.

Naturalmente, il riconoscimento del diritto al “fine vita” è dalla proposta di legge condizionato ad una serie di requisiti tassativi, il cui rispetto da parte del sanitario esonera lo stesso dall'applicazione nei suoi confronti delle fattispecie di *omicidio, omicidio del consenziente, istigazione o aiuto al suicidio e omissione di soccorso*<sup>8</sup>.

---

pp.731 ss. Più di recente, anche con riguardo alle questioni concernenti il fine vita, O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009; EAD., *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi in astratto alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 913 ss.

<sup>6</sup> Per il testo della proposta di legge nonché per lo stato di avanzamento dei lavori parlamentari il rimando è a [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>7</sup> «Tali possibilità di intervento non escludono, in via di principio, una collaborazione da parte dello stesso paziente che, ad esempio, assume da sé il farmaco che potrà cagionare la morte (c.d. *suicidio assistito*)». Così M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 98 ss.

<sup>8</sup> «Art. 3. 1. Le disposizioni degli articoli 575, 579, 580 e 593 del codice penale non si applicano al medico e al personale sanitario che hanno praticato trattamenti eutanasi, provocando la morte del paziente, qualora ricorrano le seguenti condizioni: a) la richiesta provenga dal paziente, sia attuale e sia inequivocabilmente accertata; b) il paziente sia maggiorenne; c) il paziente non si trovi in stato, neppure temporaneo, di incapacità di intendere e di volere, salvo quanto previsto dall'articolo 4; d) i parenti entro il secondo grado e il coniuge, con il consenso del paziente, siano stati informati della richiesta e, con il consenso del paziente, abbiano avuto modo di colloquiare con lo stesso; e) la richiesta sia motivata dal fatto che il paziente è affetto da una malattia produttiva di gravi sofferenze, inguaribile o con prognosi infausta inferiore a diciotto mesi; f) il paziente sia stato congruamente e adeguatamente informato delle sue condizioni e di tutte le possibili alternative terapeutiche e prevedibili sviluppi clinici e abbia discusso di ciò con il medico; g) il trattamento eutanasi rispetti la dignità del paziente e non provochi allo stesso sofferenze fisiche. Il rispetto di tali condizioni deve essere attestato dal medico per scritto e confermato dal responsabile della struttura sanitaria ove sarà praticato il trattamento eutanasi». Art. 4. 1. Ogni persona può redigere un atto scritto, con firma



3/2019

Non ci si soffermerà in questa sede su tale proposta, i cui pregi ma anche i cui difetti non tarderanno ad essere esaminati, soppesati e valutati.

Preme invece evidenziare che una risposta del tutto diversa all'invito della Corte è stata quella ipotizzata con sollecitudine dal disegno di legge – predisposto in collaborazione con l'Associazione Luca Coscioni – presentato dal Capogruppo del partito democratico al Senato Andrea Marcucci in data 29 novembre 2018, recante «*disposizioni in materia di terapia del dolore e dignità nella fase finale della vita, nonché modifiche all'art. 580 del codice penale*»<sup>9</sup>.

L'aspirante *novum* legislativo – per il momento accantonato – si propone di garantire «un'adeguata tutela alle persone affette da patologie inguaribili o degenerative, fisicamente totalmente invalidanti, anche non terminali, o con disabilità irreversibili, anche non terminali, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari», intendendo porsi interamente nel solco dei principi enunciati dall'Ordinanza n. 207/2018 (richiamati nel corso della relazione d'accompagnamento, a dimostrazione del fatto che ad essi viene improntata ogni disposizione).

Entrando nello specifico dell'elaborato, esso consta di quattro articoli.

L'art. 1 andrebbe a modificare l'art. 580 del Codice penale, «distinguendo in modo netto tra le condotte di istigazione e quelle di aiuto al suicidio»: si prevede pertanto una differenziazione delle pene della reclusione per le due diverse fattispecie<sup>10</sup>.

In realtà proprio questa disposizione si pone oltre i *dicta* della Corte Costituzionale in quanto il disegno di legge, pur confermando la doppia incriminazione di cui all'art. 580 c.p., riprende l'idea espressa nell'ordinanza di rimessione nonché precedentemente in dottrina, per cui «le condotte di istigazione sono certamente più incisive anche sotto il solo profilo causale, rispetto a quelle di chi abbia semplicemente

---

autenticata dall'ufficiale di anagrafe del comune di residenza o domicilio, con il quale chiede l'applicazione dell'eutanasia nell'ipotesi in cui egli successivamente venga a trovarsi nelle condizioni previste dall'articolo 3, comma 1, lettera e), e sia incapace di intendere e di volere ovvero di manifestare la propria volontà, nominando contemporaneamente, nel modo indicato dall'articolo 1, un fiduciario perché confermi la richiesta, ricorrendone le condizioni. 2. La richiesta di applicazione dell'eutanasia deve essere chiara e inequivoca e non può essere soggetta a condizioni. Essa deve essere accompagnata, a pena di inammissibilità, da un'autodichiarazione, con la quale il richiedente attesta di essersi adeguatamente documentato in ordine ai profili sanitari, etici e umani ad essa relativi. 3. La conferma della richiesta da parte del fiduciario, ai sensi del comma 1, deve essere chiara ed inequivoca, nonché espressa per scritto. 4. Ove siano rispettate le condizioni di cui al presente articolo, unitamente a quelle dell'articolo 3, comma 1, lettera g), al medico e al personale sanitario che hanno attuato tecniche di eutanasia, provocando la morte del paziente, non si applicano le disposizioni degli articoli 575, 579, 580 e 593 del codice penale».

<sup>9</sup> Il testo del d.d.l. è disponibile sul sito del Senato a questo [link](#).

<sup>10</sup> Questa la formulazione precisa: «Art. 1-(*Modifiche all'articolo 580 del codice penale*). All'articolo 580 del codice penale il primo comma è sostituito dal seguente: "Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Chiunque agevola l'esecuzione del suicidio è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da due a sei anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima».

contribuito al realizzarsi dell'altrui autonoma determinazione e nonostante del tutto diversa risulti nei due casi la volontà e la personalità del partecipe»<sup>11</sup>.

Per contro, ad altri "ritocchi" dell'art. 580 – il riferimento è soprattutto all'auspicata limitazione delle condotte di agevolazione punibili a quelle manifestazioni che si pongano in maniera prossima alla condotta della vittima (soluzione, come ampiamente noto, già proposta già in via interpretativa)<sup>12</sup> – si sarebbero opposti i principi enunciati dalla Corte. In accordo a questi ultimi, come precisato in apertura, risponde alla summenzionata esigenza di protezione di soggetti deboli la punibilità di *qualunque* interferenza o partecipazione (sia di natura psichica che materiale) da collocarsi sia nella fase ideativa, sia nella realizzazione del proposito suicidario espresso da altri.

Dall'analisi congiunta degli artt. 2 e 3 si ricava il nucleo fondamentale del disegno di legge, ovvero la possibilità di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua prevista anche per i malati *non terminali*, ovvero al di fuori dei casi in cui non vi sia per il paziente "condizione di reversibilità"<sup>13</sup>.

Precisamente, l'art. 2 si propone di incidere sulla legge 15 marzo 2010, n. 38 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*)<sup>14</sup>. Così, d'ora in

<sup>11</sup> In dottrina, valga per tutti il riferimento a S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 670 ss. Si preferisce in questa sede sorvolare sul fatto che, benché l'attenzione sia al momento catalizzata sull'agevolazione materiale al suicidio, l'incriminazione di condotte di determinazione e rafforzamento dell'altrui proposito suicidario pongono problemi ancora maggiori nella misura in cui – onde poter asserire la sussistenza del nesso di causalità – bisognerebbe verificare che la condotta del soggetto attivo sia stata condizione indispensabile o che abbia, almeno, agevolato il compimento del suicidio aumentandone il rischio di produzione (sul punto: L. CORNACCHIA, *I problemi della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali* in Canestrari-Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, p. 187 ss.; L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007). Dunque, la summenzionata differenziazione sul piano sanzionatorio potrebbe essere meno ragionevole di quanto si ritenga: tale ultima questione è stata di recente ventilata da D. PULITANO, *Il diritto penale di fronte al suicidio* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 7, 2018, p. 57 ss.

<sup>12</sup> V. P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato* in questa *Rivista*, 22 maggio 2018, p. 26, che fa riferimento al concetto di *agevolazione* adottato «dalla sentenza del GUP di Vicenza del 2 marzo 2016, assertiva della necessità di un'incidenza causale dell'agevolazione prestata rispetto al praticato suicidio. Il GUP vicentino, infatti, ha affermato che in tema di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), integra una agevolazione penalmente rilevante la sola condotta che sia direttamente e strumentalmente connessa all'attuazione materiale del suicidio»

<sup>13</sup> Si parla di *fase terminale* della malattia quando «la morte viene prevista entro un lasso di tempo [...] si tratta di individui colpiti da patologia inguaribile che determina in modo più o meno rapido il progressivo deterioramento dello stato di salute e la perdita dell'autonomia personale e sociale». Così ZILLI- PAGNI – PIAZZA, *Il malato terminale* in *Caleidoscopio italiano*, n. 28, Genova, 1987, p. 3.

<sup>14</sup> «Art. 2 (*Modifiche alla legge 15 marzo 2010, n. 38, in materia di terapia del dolore*). 1. Alla legge 15 marzo 2010, n. 38, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 2, comma 1, la lettera b) è sostituita dalla seguente: "b) terapia del dolore: l'insieme di interventi diagnostici, terapeutici e di accompagnamento fino alla morte volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi per il controllo e la soppressione del dolore, anche mediante il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua ai sensi di quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, della legge 22 dicembre 2017, n. 219"; b) all'articolo 2, comma 1, la lettera c) è sostituita dalla seguente: "c) paziente: la persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se



3/2019

avanti, «la terapia del dolore» dovrebbe consistere «nell'insieme di interventi diagnostici, terapeutici e di accompagnamento fino alla morte volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi per il controllo e la soppressione del dolore, anche mediante il ricorso alla sedazione palliativa profonda ai sensi di quanto previsto dall'art. 2 comma 2 della legge 22 dicembre 2017 n. 219». Lo stesso articolo introdurrebbe – tra le altre novità – una nozione ampia di “paziente” (volta a sostituire la parola “malato” di cui all'attuale formulazione dell'art. 2 co.1 lett. c della l. 38/2010), ricomprendendovi non più soltanto «la persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita e la persona affetta da una patologia dolorosa cronica da moderata a severa», ma anche «la persona affetta da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari».

L'art. 3<sup>15</sup> andrebbe poi ad integrare l'art. 2 della l. 219/2017, nella misura in cui contempla la possibilità di effettuare la sedazione palliativa profonda continua fin al sopraggiungere della morte in favore di soggetti con gravissime patologie o disabilità irreversibili, inguaribili e totalmente invalidanti, *anche non terminali*, la cui condizione clinica causa sofferenze fisiche e psichiche costanti refrattarie a qualsiasi trattamento

---

esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita, la persona affetta da una patologia dolorosa cronica da moderata a severa, nonché la persona affetta da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari.”; c) all'articolo 5, comma 3, le parole "ai malati in fase terminale" sono sostituite dalle seguenti "ai pazienti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c); d) all'articolo 8, comma 2, le parole "alle malattie neoplastiche e a patologie croniche e degenerative" sono sostituite dalle seguenti "alle malattie neoplastiche, a patologie croniche e degenerative, nonché a patologie inguaribili o degenerative, fisicamente totalmente invalidanti, anche non terminali, o a disabilità irreversibili, anche non terminali, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari"; e) all'articolo 9, commi 1 e 2, le parole "alle malattie neoplastiche e a patologie croniche e degenerative" sono sostituite dalle seguenti "alle malattie neoplastiche, a patologie croniche e degenerative, nonché a patologie inguaribili o degenerative, fisicamente totalmente invalidanti, anche non terminali, o a disabilità irreversibili, anche non terminali, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari».

<sup>15</sup>Art. 3 (Modifiche alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita). 1. All'articolo 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 2, dopo le parole "con il consenso del paziente" aggiungere le seguenti ", anche su richiesta dello stesso"; b) dopo il comma 2 è aggiunto il seguente: "2-bis. Le disposizioni di cui al presente articolo e di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b e c), della legge 15 marzo 2010, n. 38, si applicano anche a soggetti maggiorenni, capaci di intendere e di volere, affetti da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari”.



3/2019

sanitario. In più, la medesima disposizione riconosce la possibilità per il medico di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua non solo con il consenso del paziente, ma «anche su richiesta dello stesso».

Come noto, la l. 38/2010 costituisce già normativa tra le più avanzate in Europa nel campo delle cure palliative e della terapia del dolore, che aveva sostanzialmente recepito e formalizzato quanto disposto dalla Carta sui diritti del dolore inutile promossa dal Tribunale per i diritti del malato nel 2005<sup>16</sup>. Dalla sua introduzione infatti, il dolore e la sofferenza iniziarono ad esser considerati in maniera molto diversa: compito del sistema sanitario nel suo complesso e dei suoi operatori singolarmente diviene quello di limitare il più possibile l'impatto del dolore e della sofferenza, restituendo così *qualità di vita* alla persona.

Tuttavia, nella summenzionata normativa non si riscontra alcun riferimento alla sedazione palliativa; ciò non significa che la stessa non fosse praticata in Italia fin all'entrata in vigore della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento. Il fatto che non fosse espressamente prevista dalla legge faceva però sì che, da una parte, il paziente non la potesse richiedere, dall'altra che pochissimi centri del territorio italiano la ricomprendessero tra i loro trattamenti.

L'inserimento della sedazione palliativa all'interno della recente legge 219/2017 fu dovuto principalmente all'iniziativa del dr. Mario Riccio, anestesista rianimatore presso l'ospedale di Cremona e medico di Piergiorgio Welby che, proprio attraverso l'associazione Luca Coscioni, lanciò pubblicamente la *Carta dei Medici e degli operatori sanitari*, Carta subito sottoscritta da altri mille medici italiani<sup>17</sup>.

Nell'appello al Parlamento ivi contenuto, oltre alla richiesta di includere nel testo la prevalenza del valore del malato su quello del medico e la possibilità di rinunciare a qualunque misura terapeutica senza eccezione, vi era già la precisa istanza di «specificare la possibilità per il medico *su richiesta del paziente*, di operare una sedazione palliativa profonda continua, con sospensione delle terapie, in modo da accompagnare il paziente a morire senza soffrire».

Infine, l'art. 4<sup>18</sup> introduce una *causa di non punibilità* per il delitto di agevolazione dell'esecuzione del suicidio per chi, anche precedentemente all'entrata in vigore della

---

<sup>16</sup> La Carta sanciva innanzitutto, all'art.1, «il diritto a non soffrire inutilmente», per cui «ciascun individuo ha il diritto a vedere alleviata la propria sofferenza nella maniera più efficace e tempestiva possibile». Da tale diritto ne derivavano altri: quello al riconoscimento del dolore (art.2), per cui tutti gli individui hanno diritto ad essere ascoltati e creduti quando riferiscono del loro dolore; il diritto di accesso alla terapia del dolore (art.3); il diritto ad una assistenza qualificata, nel rispetto dei più recenti e validati standard di qualità (art. 4); il diritto ad una assistenza continua, in tutte le fasi della malattia (art.5); il diritto ad una scelta libera ed informata, in modo da poter partecipare attivamente alle decisioni sulla gestione del proprio dolore (art.6).

<sup>17</sup> Tale iter è ripercorso da M. MAINDARDI, *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre*, Torino, 2018, p. 15 ss.

<sup>18</sup> "Art.4 (*Causa di non punibilità*). Non è punibile per il delitto di cui all'articolo 580 del codice penale, primo comma, periodi terzo e quarto, chi, anche prima dell'entrata in vigore della presente legge, abbia direttamente o indirettamente contribuito a cagionare la morte di una persona che si trovi nelle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e c) della legge 15 marzo 2010, n. 38, e all'articolo 2, comma 2-bis, della legge 22 dicembre 2017, n. 219".

legge, abbia direttamente o indirettamente contribuito a cagionare la morte di una persona che si trovi nelle condizioni descritte in precedenza.

L'espressione "causa di non punibilità", di per sé idonea a ricomprendere un dedalo di situazioni accomunate soltanto dalla mancata assoggettabilità a sanzione penale, potrebbe essere in astratto inquadrata – anche tenendo conto delle sollecitazioni della Corte - nel meccanismo delle c.d. scriminanti procedurali<sup>19</sup>.

Probabilmente l'aspirante legislatore ha deciso di compiere un primo passo (almeno nelle intenzioni, salvo ciò che si dirà in seguito) nel solco del modello olandese, il cui codice penale – che pure continua a prevedere sia la punibilità dell'omicidio su richiesta, sia dell'istigazione o aiuto al suicidio – contiene una *causa di non punibilità* specifica per il caso in cui uno dei fatti ivi previsti sia stato commesso da un medico «seguendo i criteri indicati dall'art.2 dalla legge sulla legge sul controllo dell'interruzione della vita dietro richiesta e sull'assistenza al suicidio»<sup>20</sup>. Tra dette condizioni procedurali assumono particolare rilievo la genuinità, spontaneità e ponderatezza della decisione del paziente.

Tralasciando la controversia interpretativa circa l'ammissibilità di siffatta categoria nel nostro ordinamento<sup>21</sup>, è certo che in tal modo voglia tracciarsi una "via d'uscita": una condotta che lede un interesse fondamentale ed al contempo tutela un bene di pari valore viene legittimata non a seguito di un giudizio di bilanciamento degli interessi che assegni ad uno dei due –in via definitiva e in astratto – una posizione sovraordinata all'altro, bensì in base al rispetto di una procedura che, partendo dal

<sup>19</sup> Si tratta di una categoria elaborata nell'ambito della dottrina tedesca e ripresa recentemente in Italia proprio con riguardo a questioni "eticamente" sensibili e controverse, come l'interruzione della gravidanza e l'eutanasia. Su questo concetto M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1646 ss. Più di recente, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

<sup>20</sup> Criteri che possono essere così riassunti: a) un consenso libero da parte di una persona totalmente capace di intendere e di volere b) sofferenze insopportabili per il paziente e non alleviabili in altro modo; c) informazione sulla malattia e sull'impossibilità di miglioramento; d) l'insussistenza di altra soluzione ragionevole; e) la consultazione di un altro medico indipendente (art. 2 l. 136/2001). Il medico è poi tenuto a comunicare il decesso (e le sue cause "non naturali") al necroscopo comunale; il medico necroscopo redige un referto in cui effettua un primo controllo circa la sussistenza dei requisiti e invia la propria e la relazione del medico a una delle cinque Commissioni regionali di Controllo. Queste hanno il compito di esprimere un giudizio sul caso, controllandone gli aspetti giuridici, medici, etici. Se la Commissione ritiene che l'estinzione della vita del paziente abbia soddisfatto i criteri di diligenza posti a carico del medico, il caso viene immediatamente archiviato, senza che venga coinvolto il PM. Se, invece, la Commissione valuta negativamente il comportamento del medico, poiché questi non si è attenuto ai parametri di diligenza richiesti dalla legge, il rapporto viene inviato al PM che avvia l'azione penale. In tal caso sarà compito del giudice, poi, di valutare se nel caso specifico sussistano gli estremi della forza maggiore (artt. 3-10).

<sup>21</sup> Una autorevole critica rileva infatti che tali scriminanti procedurali non potrebbero trovare cittadinanza nel nostro sistema penale e non dovrebbero incarnare una nuova e diversa categoria rispetto alle cause di giustificazione dal momento che «la procedura, per quanto significativo sia il ruolo assegnato dalla norma ai diversi effetti chiamati ad operare resta servente rispetto al rilievo del bene che la legge ritiene nel conflitto prioritario; per sua natura cioè non pare in grado di giustificare per sua natura in via esclusiva». Così M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1273 ss.



3/2019

riconoscimento della pari e contemporanea inviolabilità degli interessi in gioco, razionalizzi la prevalenza, limitata al caso di specie, di uno dei due beni.

### **3. La valorizzazione del diritto a non soffrire quale succedaneo del diritto di morire: alcune considerazioni.**

Resta a questo punto da verificare se l'aspirante *novum* legislativo sarebbe idoneo a colmare la lacuna della legislazione vigente la quale, stando alle parole della Consulta, «non consente al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. In tal modo, si costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care».

Di primo acchitto, il disegno di legge Marcucci sarebbe ben lontano dall'assolvere al compito delineato dalla Corte: come rilevato in un commento a caldo, «sono infatti solo diminuite le pene per l'aiuto al suicidio indicando fattispecie di non punibilità eccessivamente vaghe/imprecise, cioè senza indicare in quali condizioni un determinato tipo di malati avrebbe il diritto ad essere aiutato a porre fine alla propria vita. Così facendo, la proposta Marcucci lascerebbe punibile, seppure con una pena più ridotta, l'aiuto fornito ai malati affetti da sofferenze insopportabili nel quadro di una malattia irreversibile che scegliessero di accedere a una iniezione letale per terminare la propria vita»<sup>22</sup>.

Per contro, l'unica sostanziale novità sarebbe<sup>23</sup> costituita dall'estensione del campo applicativo della sedazione palliativa profonda continua, cui potrebbero ricorrere anche i malati *non terminali*<sup>24</sup> fin al sopraggiungere della morte.

---

<sup>22</sup> Così GALLO-RICCIO, *Fine vita: la legge dei senatori Pd non risponde alle sollecitazioni della consulta* in [www.associazionelucacoscioni.it](http://www.associazionelucacoscioni.it), 29 novembre 2018.

<sup>23</sup> Sempre secondo il commento di cui alla nota *supra*, il condizionale è d'obbligo in quanto «non esiste già adesso alcun limite alla sedazione palliativa profonda e alla sospensione o non inizio di una terapia anche se salvavita (principio già affermato dalle sentenze Welby ed Englaro. Ricordiamo in particolare l'ultima decisione in materia prima della legge 219 del 2017: il giudice tutelare Maria Luisa Delitala del Tribunale di Cagliari che ha accolto con sentenza del 16 luglio 2016 la richiesta di interruzione delle terapie (compresa la ventilazione artificiale) presentata da Walter Piludu, affetto da Sla, affermando la responsabilità del Servizio Sanitario Nazionale di prendere in carico il malato affinché fosse protetto dalle sofferenze connesse alla sospensione delle terapie di sostegno vitale tramite sedazione. Walter Piludu, già Presidente della Provincia di Cagliari, chiedeva da tempo, tramite direttive anticipate e la nomina di un amministratore di sostegno, la sospensione di ogni trattamento sanitario per potersi congedare secondo quella che lui stesso riteneva la propria dignità. Walter Piludu è deceduto il 3 novembre, proprio nel rispetto delle sue volontà come richiesto dal giudice».

<sup>24</sup> Pur se, «in verità non esiste sempre una semplice e facile separazione del periodo in cui l'individuo continua a vivere, sia pur sotto il peso della malattia e delle minorazioni ad esse conseguenti, dalla fase in cui il processo si fa rapidamente evolutivo e la fine compare». Per tali rilievi e concreti ZILLI-PAGNI-PIAZZA, *Il paziente terminale*, cit., pp. 6 ss.

In effetti, la differenza con l'eutanasia (c.d. *attiva* di cui al disegno di legge attualmente in discussione) è abissale: l'intervento palliativo è un trattamento sanitario al quale si può ricorrere per consentire ad un paziente di non provare più dolore e sofferenza una volta che tutte le altre possibili terapie si siano rivelate inefficaci, mentre ben diverso è il porre fine alla vita attraverso un farmaco, su richiesta del malato.

Le ricerche scientifiche avrebbero infatti dimostrato che «la sedazione palliativa profonda non anticipa né accelera la morte. Al massimo può solo allungare i tempi di sopravvivenza, non certo accorciarli. In certi casi infatti, il malato sedato, tende a vivere un po' più a lungo di quello non sedato»<sup>25</sup>.

Tuttavia, è anche vero che eutanasia e sedazione palliativa profonda hanno uno scopo comune, quello di contrastare la sofferenza: anche le cure palliative, in ultima analisi, hanno infatti la finalità di garantire una “buona morte”, in un contesto di cura adeguato, con il controllo dei sintomi ed in presenza delle persone che si desidera avere accanto; la collaborazione tra i componenti dell'equipe medica e il paziente e la famiglia di quest'ultimo garantirà la qualità della (restante) vita della persona malata.

Almeno in tempi precedenti all'approvazione della legge 219/2017, non si sarebbe poi potuto nemmeno sottacere il fatto che, da un punto di vista ideologico, la sedazione terminale si ponesse in un punto di comune «confine» fra due filoni antitetici, ovvero la bioetica denominata della «qualità della vita», da una parte, e quella appellata della «sacralità della vita», dall'altra, per limitarsi alle correnti che maggiormente impegnano l'odierno dibattito italiano. Ed ancor oggi, con ogni probabilità, sarebbe più semplice l'agglomerarsi – almeno nel breve termine – di consensi intorno alla stessa piuttosto che a forme di eutanasia attiva<sup>26</sup>, allentando altresì le preoccupazioni di chi ritiene che, proprio come l'esempio olandese dimostra, il pericolo del “pendio scivoloso” sia dietro l'angolo<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Per questa osservazione e la successiva, cfr. L. ORSI, *Le cure palliative*, in Lenti, Palermo, Fabbris, Zatti, *I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 608 ss.

<sup>26</sup> Infatti, «per la posizione che considera prioritaria la qualità della vita, da valutarsi esclusivamente dal punto di vista del malato, e che si richiama di conseguenza al principio di piena autodeterminazione individuale rispetto alle scelte che riguardano il corpo, la salute e la vita, applicare la sedazione palliativa costituisce uno dei vari modi, non diversamente dall'eutanasia, per onorare la volontà, ritenuta moralmente accettabile, di rifiutare una sofferenza che il malato terminale ritiene inutile e lesiva della propria dignità, contribuendo, così, ad assicurare allo stesso infermo, anche negli ultimi giorni che lo separano dal decesso, un'esistenza conforme al suo concetto di qualità della vita. Per la diversa ottica che considera sacro il bene della vita, rispetto al quale l'individuo non può esercitare un illimitato potere di signoria, la bontà morale della sedazione terminale non si fonda tanto sul riconoscimento di una piena autodeterminazione individuale sul «tipo» di vita da vivere negli ultimi giorni, quanto piuttosto sulla circostanza che tale intervento, giacché elimina completamente la percezione del dolore alla fine della vita senza comportare alcuna forma di soppressione dell'esistenza, consente pienamente di alleviare il patimento del malato senza mettere in discussione l'assunto dell'indisponibilità del diritto alla vita, rappresentando così un'alternativa più che valida all'atto eutanasi per garantire un decesso senza sofferenze». Per questi ed altri rilievi si rimanda alla lucida analisi di F.G. PIZZETTI, «*Ai confini delle cure*»: la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire in *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili, clinici, giuridici ed etici*. Atti del Convegno di Asti, 11 novembre 2011, Napoli, 2012, p. 135 ss.

<sup>27</sup> È infatti importante osservare, sul piano empirico, che i Paesi che legalizzano l'eutanasia manifestano molto presto «sintomi di inquietante lassismo. Il caso olandese è, in tal senso, esemplare. Si deve, insomma,

Per contro, al di là dei summenzionati rilievi critici circa la mancata specificazione dei presupposti operativi della causa di non punibilità, ci si potrebbe domandare se la disposizione sia davvero necessaria o se la disciplina positiva delle condizioni legittimanti le cure palliative non possa già di per sé sortire un effetto quantomeno scriminante.

#### 4. Brevi note conclusive: un ulteriore (piccolo) passo verso il riconoscimento di “diritti infelici”<sup>28</sup>.

Allo stato, si ritiene che la proposta Marcucci aggiungerebbe, mercè l’enfasi posta sulla terapia del dolore e sulle cure palliative, un (sia pur non decisivo) tassello al mosaico composito della *dignità* della persona nella fase finale della vita.

“Dignità” intesa dall’ordinanza della Corte costituzionale in senso alquanto soggettivo e che dunque a maggior ragione presta il fianco a quella critica dottrinale che, qualificando la dignità come costruito storico – aperto a plurime ricostruzioni alla luce delle diverse visioni dell’uomo e del mondo – mostra un certo scetticismo sull’idea di attribuire alla stessa un ruolo di *supremitas* per le questioni concernenti il biodiritto penale<sup>29</sup>.

Eppure, a prescindere dal fatto che non è assolutamente detto che l’affiorare nel diritto penale della componente “etico-emozionale” sia sempre un male<sup>30</sup>, è difficile mettere seriamente in discussione quell’“esigenza di fioritura”<sup>31</sup> che identifica sostanzialmente la non riducibilità dell’essere umano al dato di natura, da cui discenderebbe altresì la possibilità di determinare la vita in base a preferenze e convinzioni morali e personali.

Concetto al quale si potrebbe altresì ricondurre quella definizione olistica ed oggi in voga di “dolore” («esperienza sensoriale ed emotiva spiacevole associata a un effettivo o potenziale danno tissutale o comunque descritta come tale»<sup>32</sup>) che vi

sapere che legalizzando l’eutanasia, si sa dove si comincia, non si sa dove si finisce, anche se si può facilmente intuirlo». Così M. REICHLIN, *L’etica e la buona morte*, Torino, 2002, p. 164 ss.

<sup>28</sup> Si tratta dell’espressione coniata da M. DONINI, [La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale](#), in questa *Rivista*, 15 marzo 2017 (tuttavia, secondo l’Autore, in conclusione, «che alcuni diritti siano infelici è comunque più discutibile del fatto che siano comunque diritti»).

<sup>29</sup> «in cui la vaghezza di tale concetto si scontra con una componente etico-emozionale che si manifesta nella tendenza a una “idealizzazione” e a una “spiritualizzazione” degli oggetti e degli obiettivi di tutela, in evidente contrasto con i principi penalistici di determinazione/tassatività e di materialità/offensività»: così S. CANESTRARI, *I fondamenti del diritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n.2019* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, p. 55 ss. Su ruolo, portata e limiti del concetto di dignità nel diritto penale il riferimento è a A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, p. 1 ss.

<sup>30</sup> O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico*, cit., *ibidem*.

<sup>31</sup> Tale approccio è preponderante in M. NUSSBAUM, *Woman and human development. The capabilities approach*, Cambridge, 2000.

<sup>32</sup> Si tratta della definizione offerta dall’*International Association for the Study of Pain* nel 1979: «Pain: An unpleasant sensory and emotional experience associated with actual or potential tissue damage, or described in terms of such damage» ora consultabile alla sezione *Iasp Terminology* del sito [www.iasp-pain.org](http://www.iasp-pain.org).



3/2019

individua non soltanto la componente legata alla percezione anatomica e neurofisiologica dello stimolo ma anche quella propriamente “emozionale”, rappresentata dalla percezione soggettiva dell’individuo e dunque proiezione della sua personalità.

In conclusione, sebbene la proposta di modifica non sia stato in grado di attuare un’individualizzazione delle risposte sulla base dell’effettiva volontà dell’“infelice”, verso quest’ultimo muove pur sempre un piccolo passo e potrebbe preludere a più significative innovazioni legislative.