

FONDAMENTO E LIMITI DEL DIVIETO DI AIUTO AL SUICIDIO: UN NUOVO STATUTO PENALE DELLE SCRIMINANTI NELL'ORDINANZA DELLA CONSULTA N. 207/2018 (*)

di Antonino Sessa

SOMMARIO: 1. L'ordinanza n. 207/2018 della Consulta e l'(in)costituzionalità differita dell'aiuto al suicidio ex art. 580 c.p.: dal delitto al diritto – 2. Diritti 'infelici' e tecniche di tutela: la scriminante procedurale come strumento di protezione primaria di beni nella recente giurisprudenza costituzionale. – 3. La scriminante procedurale nel dibattito dottrinale. – 3.1. Le linee 'teorico-generalì' della scriminante procedurale: la dommatica come garanzia. – 4. *Facit*.

1. L'ordinanza n. 207/2018 della Consulta e l'(in)costituzionalità differita dell'aiuto al suicidio ex art. 580 c.p.: dal delitto al diritto.

Nell'ordinanza n. 207 del 2018, relativa al procedimento penale a carico di M. Cappato, imputato di aiuto al suicidio prestato al DJ Fabo¹, la Consulta, aprendo alla (in)costituzionalità differita² del divieto di aiuto al suicidio³, si è inserita perfettamente

(*) Contributo destinato al volume *Il caso Cappato a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di Francesco Saverio Marini e Cristiano Cupelli, ESI, Napoli, 2019. Si ringraziano i curatori e l'editore per l'autorizzazione ad anticiparne la pubblicazione in questa *Rivista*.

¹ Per una compiuta ricostruzione di tale vicenda giudiziaria cfr. C. CUPELLI, [Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione della morte](#), in questa *Rivista*, 3 dicembre 2018; C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, 308 ss.

² Una panoramica di sintesi delle diverse posizioni è rinvenibile in A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircoacervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in [www.giurcost.org](#), *Consulta on line*, III/2018, 571 ss.; P.F. BRESCIANI, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli (Nota a Corte cost., ord. n. 207/2018)*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 12/2018, 1 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [www.questionegiustizia.it](#), del 19 novembre 2018, 1; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Rivista di BioDiritto* 3/2018, 153 ss.; M. PICCHI, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in [www.osservatoriosullefonti.it](#), n. 3/2018, 14 ss.; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"* in *Rivista di BioDiritto*, 3/2018, 149.

³ Perché tra i suoi possibili epiloghi neppure sembra escludersi una sentenza interpretativa di rigetto, cfr. F. CONSULICH – C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *Giurisprudenza penale web*, fasc. 1 bis 2019, 43

in un recente *trend* giurisprudenziale rivolto ad un evidente tentativo di recupero della funzione politica della legalità in materia penale⁴, e ciò soprattutto attraverso una legittima anche se ibrida tecnica di gestione del processo costituzionale che mira a rafforzare lo spirito “collaborativo e dialogico” tra Corte e Parlamento⁵.

Su tali basi, infatti, ed una volta che i giudici delle leggi hanno avuto chiaro il problema che li ha investiti – l’illegittimità costituzionale ovvero la conservazione del divieto “assoluto” di aiuto al suicidio ex art. 580 c.p. –, essi non hanno mancato di osservare che, a seconda dell’opzione ermeneutica prevalente, ne sarebbe derivata l’inesorabile presa d’atto della rispettiva e concorrente possibile lesione di interessi meritevoli di tutela: l’inviolabilità del bene vita e il diritto all’autodeterminazione terapeutica (artt. 2-3-13 e 32 Cost). Pertanto, facendo tesoro dell’incontrovertibile inesistenza di un diritto a morire (artt. 2 Cost. e 2 CEDU⁶), la Consulta, riorientando la visuale prospettica⁷ del giudice *a quo*⁸, non solo ha finito per avversare una “generale” pretesa inoffensività dell’aiuto al suicidio ex art. 580 c.p., ma è apparsa altrettanto ineccepibile nel sostenere che, solo attraverso la conservazione dell’incriminazione dell’aiuto “a morire”, a protezione dell’inviolabilità del bene vita, particolarmente per soggetti vulnerabili⁹, si sarebbe potuto garantire quel necessario presidio rivolto alla assoluta riduzione di abusi da facilitazione nell’accesso al suicidio (c.d. pendio scivoloso)¹⁰.

⁴ Sensibile ad una tale prospettiva M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, cit., 2 ss.; a conferma di quanto già avvertito in relazione ad un caso che ha presentato le stesse problematiche cfr. V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in Cass. pen. 3/2016, 1250 ss.; più in generale sul punto resta viva la lezione di S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, *passim*.

⁵ Cfr. ord. Corte Cost. n.207 del 16 novembre 2018, par. 11 del cons. dir.

⁶ Per tutte cfr. *Caso Pretty v. Regno Unito*, n. 2346/02, ECHR 2002-III [4 Sezione], Decisione del 29 aprile 2002.

⁷ Avverte la stessa necessità R. BARTOLI, [Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell’aiuto al suicidio](#), in questa *Rivista*, fasc. 10/2018, 109 ss.

⁸ La Corte d’Assise di Milano, infatti, solleva questione di costituzionalità, invocando una generica inoffensività della condotta di aiuto all’esecuzione del suicidio ex art. 580 c.p fondata sull’abbandono della tutela del diritto alla vita che, così, la priva di una lesione effettiva della libera e consapevole autodeterminazione individuale (2-13 e 117 Cost), per un assunto che anche nel diritto giurisprudenziale non appare univoco cfr. C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”?*, cit., 141

⁹ Cfr. Corte cost. ord. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 8 cons. dir.; in dottrina I. LEONCINI, *I reati contro la vita con la partecipazione della vittima*, in AA. VV., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino 2016, p. 62 ss.

¹⁰ Per la stessa ricostruzione tesa alla riduzione del fenomeno di *slippery slope* secondo scelte etiche non legali, e sul dialettico rapporto tra “etica dei diritti” e “solidarismo del prendersi cura”, da ultimo S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico.*, cit., 160 e 169 ss.; F.P. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma 2013, *passim*.

Ed ecco perché i giudici delle leggi, rompendo ogni residuo argine minimalista¹¹, e senza credere fino in fondo alla illegittimità costituzionale di condotte eccipite nella loro assoluta irrilevanza penale¹², non solo, in ossequio alla legalità costituzionale (art. 2 Cost.) e convenzionale (artt. 2 e 8 CEDU), hanno recuperato la piena compatibilità multilivello delle ipotesi di incriminazione dell'aiuto "a morire"¹³, quale reato naturalisticamente plurisoggettivo, per quanto normativamente monosoggettivo¹⁴, ma, in via sistematica, ed in ossequio al pluralismo etico pure costituzionalmente riconosciuto¹⁵, e fuori da opzioni paternalistiche e solidaristiche non filtrate personalisticamente¹⁶, essi non hanno mancato di promuovere la razionale definitiva presa di coscienza – sotto la spinta anche della sentenza *Pretty v. Regno Unito* – dell'inaccettabile chiusura nel nostro sistema alle garanzie di un 'pieno' diritto al consapevole esercizio dell'autodeterminazione terapeutica (artt. 2-3-13 e 32 cost.), di cui gli stessi diritti 'infelici' – il diritto di (determinare il momento di) morire ovvero del diritto a lasciarsi morire e quello di aiuto "nel morire" – sembrano chiaramente destinatari¹⁷.

Alla luce di un tale assunto, dunque, la questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Assise di Milano sulla legittimità dell'art. 580 c.p., con l'ordinanza qui in

¹¹ Quello che vuole circoscrivere il reato di aiuto al suicidio alle sole condotte che ne agevolano l'esecuzione, evitando la punibilità delle condotte non funzionali al momento esecutivo dell'uccisione, ma ad essa meramente accessorie, cfr. C. TRIPODINA, *op. ult. cit.*, 149.

¹² La stessa Corte d'assise di Milano rafforza una tale presa di posizione, quando pone in via subordinata il problema della irragionevolezza della mancata differenziazione sanzionatoria tra condotte di istigazione e aiuto al suicidio, dal momento che appare ritenere come corretta l'istanza di superare l'omologazione sanzionatoria nel codice Rocco di due condotte connotate da disvalore, ma profondamente diverse: un conto è convincere qualcuno a togliersi la vita, sfruttando la sua debolezza psichica e la sua disperazione, altro è agevolare materialmente qualcuno fornendo mezzi utili di esecuzione del suicidio (armi, sostanze chimiche etc.), così già L. MASERA, *Delitti contro la vita*, in AA. VV., *Reati contro la persona*, a cura di F. Viganò, Torino 2015, p. 51.

¹³ Cfr. Corte cost. ord. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 8 cons. dir.; in dottrina I. LEONCINI, *I reati contro la vita con la partecipazione della vittima*, in AA. VV., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino 2016, p. 62 ss.

¹⁴ In cui le condotte morali e materiali di istigazione e aiuto al suicidio altrui tendono ad assicurare condizioni che, nell'ambito della valorizzazione di una relazione *ad alteros*, sono necessarie a proteggere la vittima da decisioni in suo danno; per una rilettura delle affermazioni della Consulta che, attribuendo all'art. 580 c.p. una valenza di fattispecie autonoma di reato, ne consenta una trattazione più lineare rispetto alle aporie legate ad una problematica disciplina di un concorso in atto "formalmente lecito", cfr. L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova 1981, *passim*; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Milano 2016, p. 133.

¹⁵ Per tutti cfr. da ultimo C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in AA. VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, p. 177 ss.

¹⁶ Sul punto cfr. D. PULITANÒ, [Il diritto penale di fronte al suicidio](#), in questa *Rivista*, fasc. 7-8/2018, p. 57 ss.; A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, p. 223 ss.; A. CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in www.i-lex.it, 20/2013, 421 ss.

¹⁷ Per gli opportuni approfondimenti, anche giurisprudenziali, sul punto cfr. la lucida ricostruzione di M. DONINI, [La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale](#), in questa *Rivista*, 15 marzo 2017, 1 ss.

commento, è destinata allora a spostare decisamente il suo baricentro sulla valorizzazione del rapporto tra diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica ex art. 32 Cost. e 'assolutezza' del divieto di aiuto al suicidio. Infatti, l'antinomia tra protezione della inviolabilità della vita e protezione della indisponibilità della persona può essere sottratta alla lesione di situazione meritevoli di tutela solo se recuperata, all'interno di un bilanciamento complesso¹⁸, ad una razionale risoluzione di conflitti tra valori personalissimi – inviolabilità della vita, salute e dignità (del vivere o nel morire) della persona¹⁹ – da affidare alla consapevole autodeterminazione del soggetto decidente nell'ambito di uno spazio di diritto libero cui la stessa 'relativa' neutralità di un ordinamento democratico è chiamata razionalmente ad assicurare una scelta che, nel rispetto di condizioni di controllo pubblicistico operanti *ex ante*, sia libera da ogni possibile ingerenza altrui ovvero di accertamento *ex post* di terzi²⁰.

Breve: nella recente ordinanza n. 207 del 2018 è possibile cogliere due posizioni dommatiche nettamente distinte, ma sistematicamente corrette sul piano politico-criminale, in virtù delle quali la Consulta statuisce:

a) che l'aiuto al suicidio ex art. 580 c.p. si rivela costituzionalmente legittimo tutte le volte in cui assolve, proprio con la criminalizzazione dell'aiuto "a morire" necessaria alla tutela della inviolabilità del bene vita, anche alla funzione politico-criminale di provvedere alla salvaguardia di quei soggetti vulnerabili che sono maggiormente esposti ad un commiato dall'esistenza secondo forme speculativamente inquietanti di pendio scivoloso;

¹⁸ Con riferimento ad una composizione singolare di un contrasto tra beni confliggenti che ordinariamente nell'antigiuridicità fanno capo a centri di imputazione differenti; nel caso delle decisioni di fine vita (tanto in quello dell'art. 1 comma 6 della l. n. 219 del 2017, quanto rispetto all'aiuto al suicidio) i due interessi in contrasto appartengono al medesimo soggetto: al di là della disponibilità degli stessi da parte dell'individuo, è però chiaro che costui sia l'unico reale protagonista del bilanciamento, rispetto al quale la relativa 'neutralità' di un ordinamento democratico, limitandosi a pre-determinare le condizioni per la tutela del pluralismo etico espressione della crescente complessità sociale, è la cartina di tornasole della impossibilità di raggiungere un consenso largo sul diritto prevalente, cfr. O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.* 2018, 922 ss.; F. CONSULICH – C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita*, cit., 37; A. SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. pen.* 2004, 913.

¹⁹ Il riferimento è al diritto di vivere e in particolare di morire con dignità come consacrato nella Raccomandazione n. 779 del Consiglio d'Europa del 1976; seppur a livello costituzionale manchi un'espressa definizione della dignità umana, la sua rilevanza è ricostruibile nelle norme in cui è menzionata o alle quali è sottesa, riferendosi sempre ad una dimensione individuale garantita dal potere invasivo dell'autorità e finendo per identificarsi nel concetto stesso di persona e del fondamento dei diritti della personalità, con il conseguente rifiuto di ogni strumentalizzazione della persona e della sua libertà per scopi trascendenti o superiori, nell'ambito di una logica relazione capace di restituire alla persona la sua pienezza di vita, come confermato anche nelle Carte internazionali, cfr. per tutti S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari 2012, p. 191 ss. e 276 ss.

²⁰ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, p. 27 ss.; in giurisprudenza Corte cost. ord. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 9 e 10 cons. dir.

b) che lo stesso delitto di aiuto al suicidio, all'esito di una evolutiva ermeneutica teleologico-sistemica, può rivelarsi incostituzionale tutte le volte in cui, colto nella sua assolutezza lesiva di situazioni meritevoli di tutela, non definisca il limite del suo ambito di operatività senza invadere spazi di liceità riservati a soggetti malati terminali competenti ai quali ragionevolmente, nell'esercizio del diritto fondamentale alla consapevole autodeterminazione terapeutica, sia consentito porre fine a sofferenze ritenute assolutamente intollerabili sulla base di una scelta consapevole perché oggettivamente condizionata, ed alla quale subordinare l'esercizio di diritti 'infelici', come quello dell'aiuto "nel morire"²¹. Quest'ultimo, espressione della maturazione collettiva di una politica di un ordinamento da stato laico di diritto, capace di ispirare razionalmente il biodiritto penale²² e proteso alla tutela di valori fondamentali, si struttura nei termini di una scriminante relazionale²³ che, valorizzando l'alleanza sanitaria tra medico e paziente competenti²⁴, assicura la liceità di condotte di

²¹ Se per aiuto a morire si intendono tutte quelle forme illecite di intervento volte a far cessare la vita altrui, diverse sono quelle situazioni in cui la partecipazione, traducendosi in un lecito aiuto terapeutico 'nel morire, si caratterizza per la sua finalità di accompagnare il malato nella fase terminale della sua esistenza, alleviandone le sofferenze, sulla problematica dialettica tra il c.d. aiuto a morire ed il c.d. aiuto nel morire cfr. F. BRICOLA, *Vita, diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Scritti di diritto penale* (a cura di S. Canestrari – A. Melchionda), vol. II, Milano 1997, p. 2805 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001, p. 133 ss.; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, p. 30 ss.

²² Cfr. per tutti S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna 2015, *passim*; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino 2009, *passim*.

²³ Per una relazione non meramente contrattualistica, ma dialogica tra medico e paziente fuori dal ridimensionamento della persona cfr. A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano 1996, *passim*; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 277 ss.; da ultimo, non manca chi fa riferimento ad una scriminante relazionale che, pur nel limite reale della sua indeterminatezza, si fonderebbe sul combinato disposto degli artt. 2-32 Cost., tanto da porsi, attraverso l'autodeterminazione del malato, a tutela della non eterodeterminazione come libertà negativa, con una sua diretta operatività che consente di estendere proprio la natura di libertà negativa del suicidio anche al contributo del cooperante, in analogia con quanto previsto dall'art. 119 c.p., perché, salvo eccezioni legali ragionevoli, l'aiuto al suicidio mediato dal rifiuto di cure non è altro che il contributo al dispiegamento in concreto di un diritto fondamentale, per una necessaria sintesi dell'assunto cfr. F. CONSULICH – C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita*, cit., 37 ss. e 41 ss.; M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in Aa. Vv., *Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Torino 2012, p. 10; R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, p. 194 ss.

²⁴ In una razionale dimensione relazionale ex art. 32 Cost., le competenze private presuppongono un terzo-garante competente (medico-sanitario) in grado di fornire adeguata informazione per una decisione che porta all'offesa di un bene giuridico sul piano della teoria del lecito, cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.* 2007, p. 902 ss.; W. HASSEMER *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit. Festschrift für Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel, H. Meyer, H. Simon, Baden Baden 1994, *passim*; per un inquadramento, anche a seguito della legge 219/2017, della relazione fiduciaria paziente-medico in termini diversi da quelli di un rapporto meramente contrattuale e tale da investire anche la fonte dell'informazione solo così in grado di determinare decisioni terapeutiche vincolanti, ma al riparo dalla assolutizzazione della volontà del paziente cfr. L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art.*

agevolazione del suicidio medicalmente assistito da esercizio del diritto al consenso informato ex artt. 2-3-13-32 Cost.²⁵.

2. Diritti ‘infelici’ e tecniche di tutela: la scriminante procedurale come strumento di protezione primaria di beni nella recente giurisprudenza costituzionale.

Facendo tesoro della premessa di cui appena sopra, quindi, risulta facile comprendere come la stessa Corte costituzionale, con l’ordinanza qui oggetto di studio, abbia avvertito, anche per esigenze di uguaglianza sostanziale, la necessità di spostare la protezione primaria di un bene dal terreno tradizionale dell’incriminazione a quello delle cause di giustificazione, e ciò soprattutto in quanto rispetto alla tutela dei diritti ‘infelici’, come nel caso del diritto all’aiuto “nel morire”, solo la dommatica delle scriminanti, ed in particolare di una nuova idea delle stesse, può garantire, sul piano politico criminale, anche un ordinato vivere civile²⁶.

Ed ecco perché con il provvedimento in materia, la Consulta ha dovuto rivedere, nel sistema penale dello stato sociale di diritto²⁷, l’assolutezza del divieto di aiuto al suicidio ex art. 580 c.p. che, di fronte a determinate condizioni, come quelle ricorrenti nel caso sottoposto a giudizio della Corte remittente, è destinato ad un’evidente ricognizione di confini del suo ambito di operatività. Pertanto, in presenza di una persona affetta da una patologia irreversibile; fonte di sofferenze psichiche e fisiche assolutamente da essa ritenute intollerabili; tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma che resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli il giudice delle leggi, razionalmente lontano da pronunce ablatorie²⁸, sollecita il Parlamento a considerare profili di diritto sostanziale che rivelano la chiara funzione di impedire all’incriminazione del divieto di aiuto al suicidio di ledere situazioni pure meritevoli di tutela. Si tratta, in verità di condizioni proprie che si muovono all’interno di un “processo medicalizzato” e che, ispirandosi al c. d. modello discorsivo a completamento di indicatori legali tassativamente predeterminati²⁹, sono

580 c.p., in *Riv. it. med. leg.* 2018, p. 417 ss.; O. DI GIOVINE, *Procreazione medicalmente assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale*, cit., p. 923.

²⁵ Cfr. Corte cost. ord. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 8 e 9 cons. dir.

²⁶ Tale assunto, da ultimo, è condiviso da F. CONSULICH – C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita*, cit., p. 37 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2018, p. 96 ss.

²⁷ Per una rigorosa ricostruzione di un sistema penale orientato all’integrazione sociale anche nella ridefinizione dei rapporti tra diritto e morale cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*, spec. p. 215 ss.; da ultimo e per una recente ricognizione del dibattito sul tema D. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Bari 2017, p. 98.

²⁸ Che pure avrebbero avuto il problema di creare paradossali vuoti di tutela, questa volta riconducibili alla inviolabilità del bene vita, cfr. S. PRISCO, *op. cit.*, 156 ss.

²⁹ Sul rapporto tra modello dell’indicazione legale e “notlageorientiertes Diskursmodell” cfr. M. ZANCHETTI, *Introduzione ai profili penalistici della interruzione volontaria della gravidanza*, in A. Crespi – F. Stella – G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Padova 1992, p. 1308 ss.; W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, pp. 731 ss.

inequivocabilmente destinate a legittimare l'assistenza medico-sanitaria al suicidio sulla base di controlli pubblicistici *ex ante* in grado di verificare l'informata consapevolezza del competente soggetto decidente in rapporto all'esercizio, solo così vincolante, del diritto all'autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine vita³⁰, quali scelte libere e 'condizionatamente' lecite in quanto dettate da un'etica individuale al riparo da danni ad altri³¹.

Nel teleologismo complessivo dei valori costituzionali, dunque, sembra affermarsi, anche con il conforto della Consulta, una forma di stato in cui la consacrazione della laicità come metodo mira a superare ogni possibile strumentalizzazione dell'individuo in nome di un *revirement* paternalistico sempre in agguato e teso alla consacrazione di una pubblicistica indisponibilità del bene vita. Con il rinnovato riconoscimento del diritto alla consapevole autodeterminazione terapeutica, infatti, l'ordinanza n. 207 del 2018 apre a forme di eutanasia impropria comprensive non solo del diritto "infelice" di morire – come del resto già avvenuto, anche se in via 'affievolita', nella legge n. 219 del 2017³² – ma anche, e con particolare riferimento al caso in esame, del diritto all'aiuto "nel morire", e cioè a pratiche di suicidio medicalmente assistito. Esse, lungi dal legittimare una richiesta di morte *tout court*, hanno come riferimento una morte dignitosa, in quanto limitata da condizioni legislativamente pre-determinate e rivolte ad assicurare controlli pubblicistici atti a verificare e riconoscere in via anticipata la responsabilità di una scelta che, come anche nei casi di aborto – art. 5 della legge 194 del 1978³³ –, è destinata a muoversi nell'ambito di uno spazio di diritto libero in cui l'ordinamento, sulla base di una 'relativa'

³⁰ Corte cost. ord. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 10 cons. dir.

³¹ Sarebbe questa una delle condizioni essenziali per l'affermazione di quella laicità come metodo nell'ambito di un sistema penale che vive la criticità della criminalizzazione in rapporto a diritti controversi cfr. C.E. PALIERO, *op. ult. cit.* p. 192; AA. VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. CADOPPI, Milano 2010, p. 164 ss.; si tratta di fondare così l'intervento punitivo attraverso l'affermazione del principio del danno ad altri, cfr. per tutti J. FEINBERG, *Harm to Others*, New York-Oxford 1984, p. 3 ss.

³² V. *infra*.

³³ Si tratta di una affermazione che affonda le sue radici nella rilettura sistematica di una tale norma. Essa, come ulteriore limite scriminante lascerebbe intatto il fatto tipico, guardando alle modalità procedurali su cui si struttura la soluzione consultiva, quali condizioni di liceità, che in funzione non servente, ma costitutiva non parteciperebbero alla individuazione di un diritto prevalente, quanto piuttosto ad una valutazione di non anti giuridicità di un fatto che, in funzione di limite alla precettività penale, verrebbe imposta dall'esercizio consapevole di un diritto fondamentale, quello all'autodeterminazione terapeutica, (artt. 2-3-13-32 Cost.), cfr. C. CASSANI, *La disciplina della interruzione volontaria della gravidanza*, in *I delitti contro la vita e l'incolumità personale, Trattato di diritto penale parte speciale*, Vol. VII, diretto da A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, Torino 2011, p. 561 ss. e p. 569 ss.; U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in www.forumcostituzionale.it, 23 novembre 2018, 9; per una valorizzazione del modello discorsivo, di cui all'art. 5 della legge n. 194 del 1978, capace di ridimensionare la funzione degli indicatori legali attraverso un'etica del dialogo che favorisca la qualità delle regole, si pronuncia così da ultimo L. EUSEBI, *Vincoli legali nell'attività sanitaria, considerazioni economiche e un quarantennale. Profili di attualità del dialogo in bioetica*, in *Riv. it. med. leg.* 2108, 781 ss.

neutralità, si ritrae³⁴, rispettando così la decisione che, assunta come la migliore possibile in quel momento³⁵, è capace pure di sottrarre il soggetto decidente a possibili ingerenze ovvero all'accertamento *ex post* di terzi (il giudice)³⁶.

I giudici delle leggi, allora, in nome di una chiara opzione dommatica, sembrano voler così risolvere anche quei noti problemi che, legati alla mobile concretizzazione dottrinale e giurisprudenziale del diritto di cui all'art. 32 Cost. nell'art. 51 c.p.³⁷, troverebbero, proprio sulla base anche del ricorso ad una invocata riserva di legge da parte della recente giurisprudenza costituzionale³⁸, una loro razionale soluzione nell'avere come riferimento un istituto la cui struttura pure risulterebbe ancora sconosciuta al diritto penale della parte generale³⁹. Infatti, in via di eccezione alla regola di condotta *ex art.* 580 c.p., la nuova idea di giustificazione affiderebbe la complessa risoluzione del conflitto tra inviolabilità del bene vita, salute e dignità della persona ad una procedura, non meramente dichiarativa⁴⁰, ma costitutiva⁴¹

³⁴ Per un razionale solidarismo del prendersi cura, anche nell'accompagnare alla morte, cfr. da ultimo S. PRISCO, *op. ult. cit.*, p. 160 ss. e p. 169 ss.; più ampiamente M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 33 ss.

³⁵ Entrando per questa via nell'operatività del principio consolidato *ultra posse nemo obligatur*, per la garanzia di libere scelte d'azione e per soluzioni anche libere da contrasti cfr. J. NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, München 1992, pp. 142-147; P. KIRCHHOF, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, Heidelberg 1978, p. 8 e 30 ss.

³⁶ Così, autorevolmente, W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 739 ss.

³⁷ Per la ricostruzione di un tale dibattito, sul punto cfr. il nostro *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 102 ss.

³⁸ Che significa il riconoscimento del diritto alla dignità nel morire come limitato e circoscritto a determinati presupposti prefissati legislativamente, cfr. U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in *www.diritticomparati.it*, 23 novembre 2018, 1; M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 6; C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit.; in giurisprudenza, per tutte Corte cost. ord. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 10 cons. dir.; sarebbe, infine, anche questa la strada per eliminare quei deficit reali di indeterminatezza che investono la scriminante relazionale dell'autodeterminazione del malato (artt.2 e 32 Cost.), così come ricostruita da ultimo da F. CONSULICH – C. GENONI, *Intervento penale e decisioni di fine vita*, cit., p. 41 ss.

³⁹ Sembra di poter riprendere qui le lucide affermazioni sulla soluzione giurisprudenziale adottata dal *Bundesverfassungsgericht* in Germania nel giudizio di costituzionalità sul par. 218a StGB, cfr. W. HASSEMER, *op. ult. cit.*, p. 731 ss.

⁴⁰ Così F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, 95 ss.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1281 ss.; in giurisprudenza per tutte GUP Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in *Cass. pen.* 2008, p. 1806; *Cass. civ.*, sez. I, sentenza 16 ottobre 2007 n. 21748, in *Foro it.* 2007, I-58, 3025 ss.

⁴¹ Cfr. M. DONINI, *Il posto delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in AA. VV., *Il penale della società dei diritti*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2010, p. 262 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.* 2007, 1564 ss.; A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 223 ss.; RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., p. 73 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Cappato*; M. PICCHI, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento, cit., p. 10; O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale*, cit., p. 913 e 921 ss.; in giurisprudenza Corte cost. ord. n. 207 del 16 novembre 2018, punto 10 cons. dir.; le norme secondarie procedurali, lungi dal limitare la loro funzione dichiarativa nella specificazione di elementi per la verifica del rispetto e della violazione della norma primaria, possono essere rivolte ad assolvere anche ad una funzione costitutiva della regola di condotta (norma primaria), per una commistione tra norme primarie e secondarie in cui queste ultime, di

di uno spazio di diritto libero in cui l'accertamento anticipato del diritto all'aiuto "nel morire" viene subordinato a condizioni legalmente prefissate con la finalità, neppure malcelata, di limitarne la praticabilità lungo un pendio solo così non scivoloso, ma razionalmente controllato tra la tipicità dell'art. 580 c.p. e la licitizzazione dell'aiuto al suicidio ad opera della scriminante relazionale riconducibile all'art. 32 Cost.

3. La scriminante procedurale nel dibattito dottrinale.

Con il conforto del diritto penale provvisorio emergente dalla giurisprudenza costituzionale qui oggetto di studio, pertanto, la struttura della scriminante così come sopra ricostruita⁴², sembra presentare evidenti caratteri che, non più solo induttivamente, finiscono per segnare il primo 'formale' riconoscimento anche nel nostro sistema di quella nuova idea di giustificazione che, a completamento di quella tradizionale ovvero sostanziale, è stata definita come procedurale⁴³.

Elaborata dalla dottrina tedesca, critica verso un'incoerente soluzione del giudice delle leggi d'oltralpe sulla non punibilità dell'interruzione volontaria di gravidanza⁴⁴, la scriminante procedurale ha rappresentato il tentativo di sistematizzare una casistica problematica che, non solo sul terreno originario del biodiritto penale⁴⁵, ha presentato da sempre la forte esigenza di una sua razionalizzazione valorizzando, nella risoluzione di conflitti tra interesse individuali e o collettivi socialmente significativi, il contributo del c.d. modello discorsivo integrato.

Infatti, diversamente dal bilanciamento proprio della giustificazione sostanziale, essa consente di ricercare negli elementi gradati di un concetto di proceduralizzazione costitutiva i presupposti necessari, da un punto di vista dommatico, alla legittimazione *ex ante* del risultato lesivo come conseguenza di una decisione solo così non impedibile in ragione della tutela primaria di ulteriori beni e,

carattere evidentemente procedurale, individuano ambiti di co-decisione sui limiti in concreto del lecito e dell'illecito, laddove gli spazi di autodeterminazione a livello di norme primarie sono co-definiti da meccanismi che vedono l'ingresso di attori pubblici in funzione di garanzia e controllo cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 908; HERBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di M.A. Cattaneo, Torino 2002, p.108 p. ss.

⁴² Appare condivisibile qui la felice intuizione che riconduce la risoluzione di problemi dommatici, non ad una revisione strutturale degli elementi del reato, ma alle opzioni di valore che su di essi può operare il legislatore cfr. S. MOCCIA, *Una brevissima notazione in tema di struttura e fenomenologia del reato*, in Aa. Vv., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995, p. 248 ss.

⁴³ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 27 ss.; W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 731 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit.

⁴⁴ Cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, loc. ult. cit.; in Italia per tutti M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali*, cit., p. 1269 ss. e spec. 1279 ss.

⁴⁵ Per una concretizzazione casistica della giustificazione procedurale di una prognosi privilegiata statale per la tutela di valori solidaristici cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 744 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 342 ss.

da un punto di vista politico criminale, sistematicamente rivolta a garantire un ordinato vivere civile tanto da scongiurare situazioni giuridicamente caotiche⁴⁶.

La giustificazione procedurale, allora, è destinata, non solo a segnare il superamento dell'incriminazione come strumento tradizionale di tutela primaria da riferire alla lesione di un bene giuridico, ma, con la peculiare esaltazione di elementi contenutistici di norme permissive, si propone di aprire la dommatica delle cause di giustificazione alla conformità al diritto dell'offesa di un bene in nome della protezione primaria di altro o altri beni, in modo tale che, a differenza di quanto avviene per le ipotesi di rischio consentito e di quelle sostanzialmente giustificate⁴⁷, la lesione sia da ritenersi autorizzata sin dal momento iniziale della realizzazione della condotta che solo così resta, pertanto, non impedibile in virtù dell'espletamento di una procedura di controllo pubblico *ex ante* capace di consentire alla scriminante di intervenire non *ex post*, ma proprio in costanza della realizzazione del comportamento tipico, privato così anche della sua precettività penale⁴⁸.

E nel sistema penale italiano, infatti, a prescindere dalla ripresa di tali elementi strutturali nell'ordinanza della Consulta qui in commento, non sono mancate, come del resto pure evidenziato⁴⁹, forme normative e giurisprudenziali di apertura alla giustificazione procedurale che, ispirate da un antipaternalismo giudiziario, hanno sicuramente incentivato il dibattito dottrinale sulla verifica della tenuta della elaborazione di una dimensione dommatica autonoma della nuova idea di giustificazione già proposta anche nella dottrina tedesca.

Facendo proprie, allora, le critiche che in Germania sono state sollevate verso una possibile concretizzazione della giustificazione procedurale – il riferimento è alla teoria dello spazio libero dal diritto⁵⁰, ma anche a quella delle cause di esclusione dell'illecito penale⁵¹ che, portando alla definitiva traduzione della nuova idea di giustificazione nella teoria dello spazio di diritto libero⁵², hanno posto le basi per il

⁴⁶ Derivanti dalla non esclusione di diritti di intervento lecito, anche nei limiti molto ristretti di una resistenza attiva 'limitata' sulla base delle regole dello stato di necessità in favore di chi venga minacciato da comportamenti pur conformi al diritto cfr. per tutti le illuminanti pagine di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano 2017, p. 84 ss.; C. ROXIN, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1996, p. 84 ss.; più in generale, sulle linee teorico-generalistiche che fondano un tale assunto v. *infra*.

⁴⁷ Infatti, se nelle prime, l'evento resta illegittimo, e pertanto impedibile, a fronte della esclusiva autorizzazione ad una condotta pericolosa, nelle seconde, invece, caratterizzate dalla legittimazione operante *ex post* di un risultato lesivo, pure è evidente che la legittimazione della condotta recuperata *ex post* la rende *ex ante* sempre impedibile, è quanto in via di sintesi è possibile riprendere dalla lezione di M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, p. 47 ss.

⁴⁸ Limpidamente e per ulteriori approfondimenti M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 48 ss.

⁴⁹ Cfr. S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.* 2007, 1561 ss.

⁵⁰ Cfr. KAUFMANN ART., *Rechtsfreier Raum und eigenwortliche Entscheidung*, in *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe 1972, p. 327 ss.

⁵¹ Cfr. GÜNTHER H.L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln 1983, *passim*.

⁵² Cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 731 ss.

riconoscimento di uno spazio libero dall'illecito⁵³ –, anche in Italia, resistendo ai tentativi di svuotamento della scriminante procedurale⁵⁴ ovvero al ritorno alla giustificazione sostanziale⁵⁵, le teorie orientate alla non punibilità da legittimazione procedurale *ex ante* di condotte lesive hanno trovato spazi di affermazione, ora anche giurisprudenziale, per la presa d'atto della licitizzazione sin dal momento della loro realizzazione di aggressioni generatrici di un'offesa 'proceduralmente non vietata', e ciò non solo per garantire in via anticipata e indiretta la protezione di altri beni, ma anche perché solo così l'ordinamento la tollera in virtù di prescrizioni legislative pre-determinate e poste a garanzia di una decisione consapevolmente ovvero fiduciarmente qualificata e necessitata⁵⁶.

3.1. Le linee 'teorico-generalì' della scriminante procedurale: la dommatica come garanzia.

Alla luce delle acquisizioni di cui sopra, allora, è sembrato corretto interrogarsi sulle possibili linee teorico-generalì che una dommatica di garanzia, partecipando anche ad una evidente genesi evolutiva della teoria del lecito⁵⁷, è stata chiamata a fornire nella elaborazione delle coordinate strutturali essenziali atte a riconoscere la nuova fattispecie di eccezione nelle costellazioni casistiche ad essa riconducibili⁵⁸.

Appare chiaro, quindi, che, rimanendo fedeli al metodo, se è vero che la sistemazione concettuale del dato normativo nel teleologismo dei valori costituzionali deve investire anche gli aspetti problematici del rapporto regola-eccezione⁵⁹, per norme scriminanti che non hanno carattere specificamente penale⁶⁰, è anche vero che la dommatica della giustificazione non consente di pensare ad una disciplina di tali fattispecie affidata all'arbitrio del legislatore. Tutto questo, a maggior ragione, rileva soprattutto quando la risoluzione di un conflitto tra interessi viene affidata non ad un bilanciamento *ex post* ed in concreto rimesso all'accertamento di un terzo – il giudice –, ma ad una procedura costitutiva della qualifica di liceità tassativamente pre-

⁵³ Cfr. PRIESTER J.M., *Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch*, in AA. VV., *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, p. 499 ss.

⁵⁴ Cfr. M. MANTOVANI, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in AA. VV., *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 185 ss.

⁵⁵ Cfr. per tutti M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., p. 1269 ss.

⁵⁶ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 27 ss.; A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 25-27.

⁵⁷ Un tale suggestivo aspetto è rilevato da F.C. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in AA. VV. *Il penale nella società dei diritti*, cit., p. 293 ss.; G. MARINUCCI, *Agire lecito in base ad giudizio ex ante*, in AA. VV. *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Napoli 2011, p. 1097.

⁵⁸ Ci sia consentito rinviare sul punto a A. SESSA, *op. ult. cit.*, p. 247 ss.

⁵⁹ Cfr. per tutti la fine ricostruzione di D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961, p. 304 ss.

⁶⁰ Perché se non necessariamente subordinate al principio della riserva di legge, devono uniformarsi a criteri di determinatezza da riferire anche all'illecito penale complessivo, cfr. per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 191 ss.; F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, p. 71 ss. e 481 ss.

determinata che, riferita a condotte lesive di determinati soggetti, anche qualificati, di cui provvede a controllare la consapevolezza o l'ineccepibile correttezza prognostica di una decisione, è destinata a vincolare una valutazione di non anti-giuridicità di un fatto all'adempimento di condizioni di legittimazione *ex ante* garantite da riserva di legge. Esse, nel porsi a presidio di delicati bilanciamenti, limitano la stessa precettività penale in funzione della protezione primaria di ulteriori beni costituzionalmente garantiti, legittimando il sacrificio di questi ultimi attraverso la concretizzazione di un rinnovato meccanismo tipico di fattispecie di eccezione che, nell'autorizzare interventi anche nei diritti individuali, consentano alla giustificazione ed all'incriminazione di partecipare dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico⁶¹.

La giustificazione procedurale, quindi, più che per la affermazione di un diritto si caratterizza per una struttura votata al riconoscimento anticipato dello stesso, e questo secondo modalità procedurali che, seppure possono richiamare quelle fondanti la giustificazione sostanziale, se ne differenziano nettamente per la loro natura costitutiva dell'accertamento *ex ante* dello stesso, sulla base di condizioni oggettive – il consapevole esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica – e soggettive – finalità di alleviare le sofferenze attuando la volontà terapeutica del paziente competente – proprie della liceità di quella autonoma e nuova forma di scriminante capace da sola di porre argini alla crescita esponenziale di irragionevoli aporie sistematiche tendenti a modificare l'equilibrio 'laico' tra necessità di controllo sociale di un fenomeno ed esercizio di diritti fondamentali individuali, anche 'infelici'. Si tratta di condizioni, quindi, che, in particolare per situazioni esistenziali tipiche del biodiritto, presentano il tratto comune della riduzione dell'alto rischio etico di illiceità penale che le connota⁶² e che, solo mediante una struttura disciplinare di legittimazione *ex ante* di condotte lesive, destinata a giustificarle proceduralmente, è possibile assicurare alla responsabilizzazione di una libera e consapevole autodeterminazione degli individui nella tutela di diritti fondamentali ai quali nessuno intende rinunciare.

Breve: nel rispetto del modello discorsivo-relazionale orientato da situazioni necessitate ed in presenza di un deficit assoluto di conoscenza, diversamente dalle verifiche di proporzione *ex post* affidate all'accertamento di terzi (il giudice) – come nella giustificazione sostanziale – si è venuto, allora, enucleando uno spazio libero dall'illecito come spazio di diritto libero in cui condizioni tassativamente predeterminate per legge possono rendere lecita l'ottemperanza di un trattamento

⁶¹ Per una suggestiva rivisitazione dei rapporti tra giustificazione e incriminazione nello specchio del moderno costituzionalismo penale cfr. F.C. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., p. 294 ss.; del resto, così come nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico si assiste a norme penali che limitano norme attributive di diritti – si pensi a quanto avviene con la incriminazione dell'incendio di cosa propria (art. 423 c.p.) –, allo stesso modo non si vede perché una norma giustificante non possa limitare la precettività penale di una regola di condotta, si tratta di argomentazioni che portano a ragionevoli conseguenze le stimolanti osservazioni di G. FIANDACA–E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014, p. 285.

⁶² Ma anche solidaristico per decisioni assunte da soggetti fiduciarmente qualificati nella limitazione di diritti individuali, ai quali proprio per questo l'ordinamento assicura come conseguenza giuridica non sanzionatoria un indennizzo autonomo a ristoro di un atto lecito, ma dannoso, per una ineccepibile prognosi privilegiata statale cfr. il nostro *Le giustificazioni procedurali*, cit., p. 253 ss.

terapeutico sulla base, ex art. 32 cost., dell'esercizio consapevole del consenso/dissenso informato di cure, anche vitali, in paziente cosciente, ma anche incosciente, in virtù di criteri da ricondurre ad un consenso presumibile così come maturato tra antipaternalismo giudiziario e limiti normativi⁶³, la cui correttezza va verificata nel rispetto di una procedura giustificante in modo che venga garantita in maniera neutra la migliore tutela possibile dell'interesse coinvolto⁶⁴.

4. *Facit.*

La nuova idea di giustificazione, così come sopra ricostruita, dunque, tanto sul piano dommatico quanto su quello politico-criminale, sembra trovare sempre più una sua ragion d'essere che, anche alla luce della recente ordinanza n. 207 del 2018 della Consulta, esce rafforzata nella misura in cui, in ossequio alla funzione di prevenzione integratrice del diritto penale, essa tende a garantire un ordinato vivere civile attraverso la valorizzazione proprio del suo fondamento dommatico, quello di una legittimazione *ex ante* di condotte lesive che, minate nella loro precettività penale, solo così possono rivelarsi in grado, attraverso la loro non impedibilità, di porre il sistema penale al riparo da possibili situazioni giuridicamente caotiche. E tutto questo sicuramente anche in virtù di una struttura scriminante che, nel completare i tradizionali criteri di giustificazione presenti nel diritto penale della parte generale, sappia concorrere ad affermare la prevalenza in situazioni concrete di un diritto mite e aperto ad una valutazione dei fatti concreti nel rispetto di ragionevoli regole fondamentali e funzionali alle garanzie dell'individuo⁶⁵. Pertanto, alla luce delle riflessioni svolte, appare evidente che il diritto giurisprudenziale costituzionale di recente affermazione non può non avere come naturale epilogo quello di porsi a chiaro punto di riferimento per una pure sollecitata e quanto mai coerente revisione complessiva della normativa di fine vita⁶⁶, in cui finalmente porre le basi fondanti di quel diritto penale dell'eguaglianza al quale solo l'evoluzione della dommatica delle cause di giustificazione è in grado di assicurare un razionale contributo, anche per un ordinato vivere civile nel quale la forza del diritto sappia imporsi al diritto della forza.

⁶³ Cfr. per tutti D. MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence*, in *Criminalia*, 2011, p. 275 ss.; S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, p. 55 ss.

⁶⁴ Cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 731 ss.

⁶⁵ Cfr. S. SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. pen. proc.* 2004, 537.

⁶⁶ Cfr. da ultimo A. MASSARO, *Questioni di fine vita: i riflettori tornano ad accendersi con il "caso Cappato"*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1 bis, 1 ss. in cui l'A. non esclude, al fine di fuoriuscire dalla giustizia del caso concreto, una soluzione legislativa che, mettendo mano alla legge n. 219 del 2017, si caratterizzi per la previsione di meccanismi e procedure capaci di assicurare un effettivo accertamento della "reale volontà" (terapeutica – n.d.r.) del paziente (*op. ult. cit.* 8-9).