

L'AUTODETERMINAZIONE TRA PATERNALISMO GIURIDICO E PRINCIPI FONDAMENTALI DELLA MATERIA PENALE.

The Principle of Self-Determination Between Legal Paternalism and Core Tenets of Criminal Law.

Rocco Luppino

Abstract [It] - Partendo dall'analisi della monumentale opera di Joel Feinberg, questo studio si occupa del principio di autodeterminazione in funzione di limite della responsabilità penale, valutandone la diversa incidenza, nelle sue più significative declinazioni, nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità. A dispetto del suo ruolo essenziale nella Costituzione e nel pensiero giusfilosofico, la giurisprudenza italiana è titubante nel riconoscere spazi seri ed effettivi alla rilevanza giuridico-penale del principio di autodeterminazione responsabile, fatte salve alcune importanti eccezioni. Il legislatore, invece, resta in eloquente silenzio.

Abstract [En] - Starting from the analysis of Joel Feinberg's monumental work, the study focuses on the self-determination principle as a limit to the criminal responsibility, considering the different incidence, in its most important declinations, in constitutional and case law jurisprudence. Despite its essential role in the Constitution and legal-philosophical thoughts, Italian jurisprudence is hesitant to grant genuine and effective recognition to the criminal relevance of the self-determination principle, with some important exceptions. The legislator, on the other hand, remains in eloquent silence.

Parole chiave: principio di autodeterminazione individuale; paternalismo giuridico; Joel Feinberg; autodeterminazione terapeutica; suicidio assistito; attività sportive montane ad alto rischio.

Keywords: principle of Individual Self-Determination; legal paternalism; Joel Feinberg; therapeutic self-determination; assisted suicide; high-risk mountain sports activities.

SOMMARIO [It]: 1. *Volenti non fit iniuria*: autodeterminazione individuale e diritto penale paternalistico. – 2. Paternalismo *hard* e *soft*: le ricadute sulla materia penale. – 3. Autodeterminazione terapeutica: il diritto di *lasciarsi morire* rifiutando le cure. – 4. Il principio di autodeterminazione in funzione di limite della responsabilità penale. Uno sguardo comparatistico. – 5. Il ruolo del principio di autodeterminazione nella giurisprudenza italiana. – 6. Considerazioni conclusive.

Summary [En]: 1. *Volenti non fit iniuria*: Individual Self-determination and Paternalistic Criminal Law. – 2. *Hard and Soft Paternalism*: implications for Criminal Law. – 3. *Therapeutic Self-Determination*: The Right to die by refusing medical treatment. – 4. *The Principle of Self-Determination as a*

limit to Criminal Liability: a comparative perspective. – 5. The Role of the Principle of Self-Determination in Italian case law. – 6. Concluding Remarks.

1. Volenti non fit iniuria: autodeterminazione individuale e diritto penale paternalistico.

Il principio di autodeterminazione guarda alla sincera ed effettiva volontà dell'individuo, quale essere umano dotato di ragione che sceglie il proprio agire responsabilmente, cioè rispondendo delle conseguenze dell'azione.

In una concezione liberale del diritto penale, esso legittima l'intervento penale solo se l'offesa, intesa quale lesione ovvero mera esposizione a pericolo, è rivolta a beni giuridici individuali altrui o beni collettivi «indispensabili per la pacifica convivenza e la conservazione dello Stato quale struttura comunitaria»¹, non anche ai beni giuridici individuali, i quali sono rimessi alla libera disponibilità del soggetto che ne è titolare. Il principio in questione implica, pertanto, che la tutela penale dei beni giuridici individuali sia subordinata alla condizione che sia effettivamente richiesta dal titolare. Se l'avente diritto, attraverso il consenso all'altrui azione offensiva - purché si tratti di un consenso giuridicamente valido, sostanzialmente volontario e avente ad oggetto beni liberamente disponibili -, vi rinunci, l'eventuale offesa al bene non legittima l'intervento penale.

L'idea illuministica di libertà individuale e autodeterminazione responsabile esclude la rilevanza penale delle condotte offensive di beni la cui titolarità compete al solo soggetto agente. Il ricorso al diritto penale trova la propria ragione giustificatrice nella violazione di un interesse composto dalla totalità delle porzioni di libertà individuale che ogni individuo ha ceduto anticipatamente e volontariamente allo Stato-persona, affinché trovi adeguata tutela. È l'individuo ad essere artefice dei rapporti tra l'ambito giuridico individuale e quello collettivo, arginando l'intervento protezionistico statale².

Sebbene molti tra gli ordinamenti giuridici odierni pongano a proprio fondamento tale concezione liberale, non tutti gli ambiti del diritto penale sono fedelmente rispettosi dei suoi criteri laici di legittimazione. Il principio di autodeterminazione, pertanto, è esposto al rischio di essere compresso da un diritto penale indebitamente "onnipresente" e tutt'altro che eccezionale.

Il presente studio si occupa della rilevanza del principio di autodeterminazione individuale in funzione di limite della responsabilità penale, tenuto conto della diversa profondità con cui tale principio, nelle sue declinazioni, penetra nella giurisprudenza italiana e in talune note sentenze costituzionali - prima fra tutte la pronuncia n. 242/2019 in tema di suicidio assistito.

La questione deve essere affrontata alla luce del rapporto antinomico tra principio di autodeterminazione individuale, quale valore assoluto, e paternalismo legale³.

Il quesito attiene all'ammissibilità di forme di «paternalismo legale», cioè di casi in cui lo Stato può legittimamente servirsi del diritto penale per interferire nell'autonomia dei singoli

¹ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in www.la legislazione penale.eu, 9 dicembre 2020.

² M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*. cit., p. 3.

³ M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, pp. 984 ss. (anche in *Estudios em Homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, I, Coimbra, pp. 521-542).

individui al «fine di proteggerli, anche contro la loro volontà, dalle loro stesse condotte auto-dannose ovvero dai danni causati da soggetti terzi, sia pure con il consenso del medesimo destinatario della tutela⁴». Si pone, pertanto, il problema della tutela dell'individuo da sé stesso, per il quale si registra un contrasto tra l'approccio giusfilosofico morale, volto a difendere l'atteggiamento paternalistico degli Stati, e il pensiero liberale che, nelle sue varie declinazioni, sostiene una visione antipaternalistica in virtù del valore incompressibile e supremo della libertà individuale.

Questo interesse del penalista occidentale per i "*liberty limiting principles*", cioè ai criteri di legittimazione del divieto penale, si spiega alla luce della crescente difficoltà per il concetto di bene giuridico di rappresentare l'infalibile bussola per il Legislatore penale⁵. In altri termini, in un contesto storico caratterizzato dall'incessante confronto con le sfide della modernità, si pensi ai notevoli progressi in campo medico e bioetico, il concetto di bene giuridico conosce una fase discendente, dove i suoi confini appaiono sempre più instabili e opachi⁶. Basti pensare, vista l'evoluzione tecnologica e medica, agli interrogativi sulla ampiezza concettuale del bene vita, quindi sull'effettiva estensione della sua tutela: quando comincia la vita? È possibile accelerarne il suo epilogo? Ci si può autodeterminare terapeuticamente lasciandosi morire attraverso il rifiuto delle cure? Se sì, a quali condizioni?

In questo quadro di acclarata crisi del bene giuridico, si riaccendono i riflettori su questioni che vedono la contrapposizione di due immancabili «componenti della nostra cultura»⁷: quella laica, cioè il pensiero liberale e antipaternalistico, e quella cattolica. A ben vedere, pertanto, «parlare di paternalismo o parlare di liberalismo, di *harm principle*, significa in qualche modo, parlare di "bene giuridico". Anche nell'ambito della tutela dei beni più classici vi potrebbero essere buone ragioni per non procedere alla penalizzazione»⁸.

Il pensiero liberale e antipaternalistico di Joel Feinberg, così come egregiamente delineato nella sua tetralogia "*The moral limits of Criminal law*"⁹, non può che rappresentare il punto di partenza nella disamina della questione.

Il rifiuto feinberghiano del c.d. paternalismo forte, racchiuso nel terzo volume, è logica conseguenza della teoria della criminalizzazione basata sui *liberty limiting principles* (principi di limitazione della libertà), quindi del liberalismo "cauto" esposto nei primi due volumi della tetralogia.

⁴ F. SERRAINO, *Questioni di fine vita e diritto penale. Tra liberalismo moderato e approccio costituzionale*, in *Itinerari di diritto penale* (Collana diretta da E. DOLCINI – G. FIANDACA – T. PADOVANI – F. PALAZZO), Torino, 2025, pp. 7 ss.

⁵ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1, p. 40.

⁶ A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e angloamericana a confronto*, a cura di G. FIANDACA e G. FRANCOLINI, Torino, 2008, pp. 83 ss.

⁷ Sul terreno della bioetica, in particolare, è sempre attuale il confronto tra la prospettiva laica e quella cattolica, riproponendo dibattiti e polemiche su temi «che sembravano ormai sopiti e assorbiti da tempo»: cfr. A. CADOPPI, *op. cit.*, pp. 83 ss. In riferimento al concetto di post-secolarizzazione, G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, p. 550.

⁸ A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 103.

⁹ J. FEINBERG, *The moral limits of the Criminal law*: vol. I, *Harm to Others*, New York-Oxford, 1984; vol. II, *Offense to Others*, New York-Oxford, 1985; vol. III, *Harm to self*, New York-Oxford, 1986; vol. IV, *Harmless Wrongdoing*, New York-Oxford, 1988. Si tratta di un'opera il cui quesito di fondo attiene alla esatta individuazione delle condotte che lo Stato può legittimamente criminalizzare.

Feinberg individua quattro possibili principi di limitazione della libertà, cioè principi astrattamente idonei a legittimare l'intervento penalistico invasivo della libertà dei singoli: *the harm to others principle*; *l'offense principle*; *il legal paternalism* e *il legal moralism*. Secondo l'Autore americano, solo i primi due principi rappresentano i criteri di legittimazione della criminalizzazione della condotta.

Harm to others principle è il principio in forza del quale l'intervento penale è legittimo solo se la lesione riguardi persone diverse dal soggetto agente; in altri termini, la legge penale deve essere idonea a prevenire un danno a persone diverse, sul presupposto *milliano* che la libertà individuale non possa non fermarsi davanti alla libertà altrui¹⁰.

La dignità umana si esprime, secondo l'approccio liberale prevalente, attraverso l'esercizio della propria libertà. L'individuo è libero di darsi le proprie regole e la sua azione può essere censurata solo se tale da interferire con la libertà altrui.¹¹

Il principio del danno ad altri, per il quale «è sempre una buona ragione a sostegno della legislazione penale il fatto che essa sia probabilmente efficace per prevenire o eliminare o ridurre un danno a persone diverse dall'agente e che non vi sia probabilmente nessun altro mezzo ugualmente efficace ad un costo che non sia più elevato per gli altri valori»¹², rappresenta l'argomento principale della teoria della criminalizzazione dei filosofi liberali. A tale buona ragione per il divieto penale Joel Feinberg rivolge il primo volume della propria tetralogia, *Harm to Others*¹³.

Feinberg ritiene che al principio del danno agli altri debba affiancarsi, quale criterio di legittimazione della criminalizzazione della condotta, quello speculare dell'offesa ad altri (*offense principle*): «è sempre una buona ragione a supporto di una legge penale il fatto che sia probabilmente necessaria per prevenire una grave *offense* ("disturbo" o "molestia") a persona diversa dal soggetto e che sarebbe un mezzo efficace ove introdotta»¹⁴.

Il filosofo americano esclude dal novero delle "buone ragioni per la proibizione penale" tanto il moralismo giuridico quanto il paternalismo legale.

¹⁰ J. S. MILL, *On liberty and other essays* (1859), Oxford, 1991, p. 14: è il principio del danno altrui come unica ragione giustificatrice dell'intervento (divieto) penale.

¹¹ F. SERRAINO, *op. cit.*, p. 10.

¹² Se per Feinberg rappresenta la principale ma non esclusiva buona ragione giustificatrice dell'intervento penalistico interferente con la libertà individuale, J. S. Mill ritiene, invece, si tratti dell'unico principio-cardine di criminalizzazione delle condotte dei consociati. Il liberalismo "estremo" di Mill, infatti, passa attraverso l'assunto secondo cui «la sola libertà che meriti questo nome» risiede nella libera scelta del consociato di perseguire a proprio modo il bene, senza che ciò ostacoli con la ricerca del bene da parte degli altri. Cfr. J. FEINBERG, *The moral limits of the Criminal law*: vol. I, *Harm to Others*, cit., p. 26. La Dottrina italiana sul principio del danno nel pensiero feinberghiano, v. G. FRANCOLINI, *L' harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1, pp. 276 ss.

¹³ Il solo aspetto della condotta di cui ciascuno deve rendere conto alla società è quello riguardante gli altri. J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 2002, *passim* (trad. it. di *On liberty and other essays*, 1859, Oxford, 1991).

¹⁴ M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 984 ss. L'Autore mette in discussione l'opportunità di distinguere tra danno e offesa, specie alla luce del fatto che "ciò che in un ordinamento penale è considerato danno, in un altro è invece offesa e in altro ancora non è né l'uno né l'altra". Sulla distanza concettuale tra "danno" e "offesa" nel linguaggio penalistico italiano, v. anche M. DONINI, "*Danno*" e "*offesa*" nella *c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell' "offense" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, pp. 1546-1593. In altri termini, Feinberg ritiene che siano legittimi gli interventi statali di criminalizzazione delle condotte offensive che ledono ovvero espongono a pericolo persone diverse dal soggetto agente (*harm principle*) e delle condotte che provocano ad altri «sensazioni mentali sgradite» (*offense principle*), come ad esempio le esibizioni pornografiche. Cfr. F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 10 ss.

Feinberg affronta criticamente la questione del *legal moralism* nel quarto volume (*Harmless Wrongdoing*) della propria monumentale opera, evidenziandone una duplice accezione.

Si tratta del principio per il quale “può essere moralmente legittimo proibire una condotta sulla base del fatto che essa è intrinsecamente immorale, anche se non causa né danno né offesa all’agente o ad altri». È evidente che, in questo caso, l’intervento penalistico pretende di imporre al consociato una scelta morale, ritenuta *a priori* prevalente sulla scelta dell’individuo di agire a proprio modo per il perseguimento del proprio bene.

Il moralismo in senso ampio, così come osservato da Feinberg, giustifica la repressione penale di condotte immorali in ragione dei possibili effetti dannosi per la collettività socialmente organizzata. Il moralismo in senso stretto giustifica la proibizione penale di condotte immorali in quanto tali¹⁵.

Secondo il filosofo americano, neanche il paternalismo giuridico può rappresentare un opportuno principio di limitazione della libertà. Tanto il moralismo giuridico quanto il paternalismo, infatti, giustificano l’intervento penalistico interferente con la libertà individuale anche laddove non si ravvisi alcun possibile rischio di offesa, lesione o mera esposizione a pericolo, di beni giuridici la cui titolarità compete a soggetto diverso da chi compie la condotta. Nel caso del paternalismo, infatti, si ammetterebbe il ricorso statale allo strumento penale in ragione dell’esigenza di tutelare il presunto interesse del soggetto agente, anche contro la sua libera volontà¹⁶.

Nella ricostruzione del pensiero antipaternalistico feinberghiano, allora, il paternalismo giuridico contrasta con la concezione assoluta e suprema dell’autonomia individuale tutte le volte in cui subordina la libera autodeterminazione individuale alla tutela del bene di riferimento: “è sempre una buona ragione a sostegno di una proibizione il fatto che essa sia probabilmente necessaria per impedire un danno allo stesso agente»¹⁷.

È paternalistica la norma di diritto penale che impone un obbligo di *facere* o *non facere* al soggetto titolare dell’unico bene che si intende tutelare penalmente, sanzionandolo per il caso in cui ometta di fare ciò che la norma ritiene necessario per consentirgli un vantaggio o per evitare un pregiudizio. Il legislatore penale interviene, come un padre, per il bene del consociato, interferendo con la libertà e l’autodeterminazione di quest’ultimo. Si tratta di un intervento giustificato dalla necessità di tutelare un interesse *presunto* del destinatario, anche contro la sua stessa volontà.

Se è vero che l’individuo è l’«autorità decisionale determinante per definire i confini tra l’ambito giuridico individuale e quello collettivo, e i rapporti tra questi¹⁸», stabilendo quali interessi cedere allo Stato affinché trovino adeguata protezione giuridica e quali interessi possono costituire oggetto di condotte offensive non penalmente rilevanti, occorre allora comprendere se ed entro quali limiti il legislatore possa sostituirsi al singolo per prevenire un danno esclusivo di questi attraverso fattispecie penali.

La questione del paternalismo concerne l’ammissibilità, quale ulteriore criterio di legittimazione della criminalizzazione delle condotte, di un principio in forza del quale dovrebbe-

¹⁵ In senso contrario P. DEVLIN, *The enforcement of Morals*, Oxford-New York, 1965 (e successive stampe), per cui il diritto penale può reprimere fatti semplicemente immorali, anche se non produttivi di danno ad altri.

¹⁶ F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 10 ss.

¹⁷ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 4.

¹⁸ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 3.

ro essere prodotte norme giuridiche che incriminano la condotta autolesiva o, comunque, la realizzazione del danno a sé stessi¹⁹.

Joel Feinberg affronta con atteggiamento antipaternalista la questione della autodeterminazione individuale, quindi il tema della tutela dell'individuo nelle ipotesi di "danno a sé stessi", nel volume terzo (*Harm to self*) della sua tetralogia.

Egli si riferisce ai casi in cui l'intervento paternalistico sia volto a proibire la scelta o condotta autolesiva (*paternalismo diretto*) ovvero la condotta del terzo lesiva del bene di chi vi acconsente (*paternalismo indiretto*).

Specie in quest'ultimo caso, la massima *volenti non fit iniuria* è tale da attribuire efficacia scriminante al consenso pienamente libero e consapevole prestato alla condotta offensiva tenuta da soggetti terzi, realizzata la quale il danno c'è ma è giustificato (manca il *wrong*, illecito o antigiuridicità)²⁰.

2. Paternalismo *hard* e *soft*: le ricadute sulla materia penale.

Feinberg risolve negativamente il quesito dell'ammissibilità di interventi paternalistici interferenti attraverso la distinzione tra *hard paternalism* e *soft paternalism*.

¹⁹ Prescindendo per un momento dalla soluzione negativa sostenuta da Feinberg, occorre guardare alle posizioni assunte dalle correnti dottrinali utilitaristiche e deontologiche. L'utilitarismo sembrerebbe ammettere delle legittime interferenze paternalistiche tutte le volte in cui, ravvisando nella «realizzazione del maggior benessere possibile per il maggior numero di consociati» l'obiettivo perseguito dal diritto, presta il fianco alla giustificazione di norme che, limitando l'autonomia del destinatario, perseguono l'effetto di accrescerne il benessere impedendogli di ledere i propri interessi, anche quando ciò corrisponda alla propria libera e consapevole volontà (F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 15 ss.). I principali argomenti antipaternalisti condivisi dalla corrente utilitarista sono desumibili dall'opera di J. S. Mill. L'argomento della "distanza paternalistica" muove dal presupposto secondo cui «l'individuo è colui che conosce meglio il proprio bene e i mezzi idonei a raggiungerlo»; «è molto più probabile che un determinato soggetto adulto dotato di normali capacità conosca meglio di ogni altro individuo il suo personale interesse (...) e sia molto più capace di gestire i suoi affari personali per il fine del suo stesso bene rispetto a un legislatore» (J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 58). Ne consegue che un intervento paternalistico, piuttosto che salvaguardare l'interesse del destinatario, finisca per causare dei danni, poiché potrebbe fondarsi su presupposti errati. L'argomento della "scelta come valore per lo sviluppo", invece, tiene conto della strumentalità dell'esercizio della libertà individuale rispetto allo sviluppo della propria personalità e al benessere collettivo. Impedire al consociato di compiere scelte anche irragionevoli, purché non dannose, significherebbe interferire col perseguimento di valori anche costituzionalmente rilevanti. Secondo la ricostruzione feinberghiana del pensiero di J. S. Mill, questi sembrerebbe ammettere degli interventi paternalistici nei rari casi in cui è evidente che l'esercizio della autonomia individuale andrà contro il suo interesse personale. Le dottrine deontologiche attribuiscono valore di diritto assoluto alla libertà individuale, anche se viene declinata in scelte folli, irragionevoli, autodannose o tali da non produrre alcun vantaggio sociale. Questa è un diritto inviolabile, se non per proteggere la libertà altrui (*Harm to others principle*). Si ammetterebbero, pertanto, degli interventi di limitazione paternalistica della libertà individuale solo quando non effettivamente tali quando: cioè ricorrono delle condizioni, si pensi al tema della involontarietà nel pensiero di Feinberg, per le quali la proibizione penale è solo apparentemente lesiva dell'autonomia individuale. Si tratta di interventi tutt'altro che paternalistici volti ad evitare che il soggetto agisca secondo scelte non proprie. Le molteplici definizioni del paternalismo giuridico suggeriscono di guardare, quale suo aspetto caratteristico, alla violazione della autonomia.

²⁰ In tema di *indirect paternalism*, rileva il consenso della persona, cui si rivolge la condotta offensiva del soggetto agente. Se il consenso è validamente prestato, è come se non ci fosse un danno, come se si trattasse di un danno lecitamente arrecato (manca la antigiuridicità, secondo i penalisti continentali). A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 95; J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., pp. 176 ss.

Il paternalismo forte si riferisce agli interventi penali volti a prevenire il danno a sé stessi «anche quando la scelta autodannosa del soggetto è perfettamente volontaria»²¹.

In altri termini, tale atteggiamento paternalistico, rivolgendosi esclusivamente al titolare del bene giuridico, subordina sempre e comunque la libera scelta autodannosa di questi al volere statale di proteggerlo. È evidente la derivazione di una grave violazione dell'autonomia individuale: «ogni volta che una persona è costretta ad agire o non agire in un certo modo per la ragione che deve essere protetta dal proprio cattivo giudizio, anche se nessun altro rischia di essere danneggiato, la sua autonomia è violata»²².

L'area del paternalismo vero, della cui ammissibilità si discute, coincide col solo paternalismo «hard», cioè con l'intervento penale che interferisce nelle scelte consapevoli dell'individuo dalle quali possa derivare un danno *esclusivamente* a sé stesso.

Il paternalismo morbido o *soft*²³ consente allo Stato di ingerirsi nella sfera di autonomia individuale proibendo la condotta autolesiva attuata senza l'effettiva consapevolezza del suo significato e delle sue conseguenze, cioè la condotta sostanzialmente non volontaria²⁴. «Lo Stato ha il diritto di impedire una condotta dannosa di un soggetto (solo) su sé stesso, se l'azione non è volontaria». Allo stesso modo, nei rapporti intersoggettivi, l'accordo avente ad oggetto «la condotta di uno a danno dell'altro regge solo in quanto il consenso di costui sia validamente presente. Quando non lo è, il paternalismo *soft* consente alla legge di impedire la condotta dannosa».

Se, però, il paternalismo morbido è volto a tutelare la piena consapevolezza delle conseguenze delle proprie azioni (autodeterminazione individuale), escludendo dall'area del penalmente rilevante la condotta autolesiva o la condotta altrui oggetto di consenso validamente prestato, è più che convincente la conclusione di Romano secondo cui «il paternalismo *soft* potrebbe indicarsi come la negazione stessa del paternalismo legale». Sarebbe, infatti, un intervento pienamente funzionale a tutelare il principio di autoresponsabilità come limite della responsabilità penale, dove «lo Stato interviene per proteggere l'individuo qualora questi - per mancanza di capacità intellettuale, per la sua minore età o per altre circostanze che limitino o escludano la sua capacità di prendere decisioni - abbia effettivamente *bisogno* di protezione»²⁵. Col paternalismo morbido lo Stato completa la volontà individuale, non la sostituisce.

Lo stesso Feinberg, infatti, ritiene che il *soft paternalism*, presupponendo il rispetto della volontà e dell'autonomia individuale, sia un principio liberale che, differentemente dal paternalismo rigido, rappresenta una buona ragione giustificatrice della proibizione penale. È corollario del principio del danno agli altri (*harm principle*)²⁶.

La scelta non sostanzialmente volontaria del consociato, infatti, è a lui «tanto estranea quanto le scelte di qualcun altro». L'*harm principle* e il *soft paternalism* legittimano l'intervento

²¹ F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 27 ss.

²² J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 68.

²³ M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 986 ss. L'Autore opera un'analisi della «moderazione dell'antipaternalismo di Feinberg» attraverso la descritta distinzione tra *hard* e *soft paternalism*.

²⁴ L'interferenza dello Stato sarebbe legittima solo quando la condotta sia sostanzialmente non volontaria ovvero l'intervento è necessario per stabilire se essa sia volontaria o meno. Cfr. F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 27 ss. e J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 12.

²⁵ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., pp. 3 ss.

²⁶ Lo stesso Feinberg, per ragioni di chiarezza concettuale, suggerisce l'impiego dell'alternativa espressione «antipaternalismo soft».

dello Stato volto a proteggere l'individuo dalle scelte altrui e dalle scelte che, non essendo genuinamente proprie, non sono meno estranee di quelle compiute da altri.

La questione del "danno a sé stesso", quindi della tutela dell'individuo anche contro la sua volontà, viene risolta da Feinberg attraverso la "*soft paternalism strategy*".

Il terzo volume (*Harm to self*) della sua imponente opera consente di individuare due strategie alternative di approccio al tema: *the balancing strategy* e *the soft paternalism strategy*.

La prima, aspramente criticata dal liberale americano, riconosce allo Stato il compito di bilanciare l'interesse alla tutela dell'autonomia individuale con quello alla tutela della persona anche contro la scelta sostanzialmente volontaria di quest'ultima (prevenzione del danno autoprodotta). Si tratta di un bilanciamento all'esito del quale è possibile considerare pienamente legittime delle interferenze paternalistiche²⁷.

Feinberg ritiene si tratti di un approccio moderatamente paternalistico, contrario alla concezione dell'autonomia individuale come diritto sovrano assoluto e non bilanciabile.

Il modello condiviso dai sostenitori della *balancing strategy* sostiene invece che, di regola, prevalga l'interesse alla tutela dell'autonomia individuale, salvo che si verifichino delle condizioni "arbitrariamente" disponibili dal paternalista²⁸.

La circostanza che tali presupposti vengano modificati *in corso d'opera* dal paternalista e la difficoltà di individuare un compiuto criterio che distingua tra condotte autolesive suscettibili di repressione penale e condotte esenti da interventi paternalistici inducono Feinberg a criticare l'opportunità della strategia²⁹. In ogni caso, si tratta di un'impostazione che nega l'esistenza di un diritto assoluto di autodeterminazione individuale tutte le volte in cui ne ammette la soccombenza in nome di una pretesa paternalistica.

La strategia del *soft paternalism*, invece, evidenzia il carattere «assoluto» dell'autonomia individuale, che non può essere oggetto di bilanciamento e «che ha sempre e necessariamente la precedenza morale su queste considerazioni (relative all'esigenza di prevenire o ridurre il danno autoinferto)». L'autonomia è più importante del bene sacrificabile: lo Stato non può pretendere di tutelarla a prescindere dalla scelta volontaria del titolare; interviene così solo per impedire il danno a sé stessi, sempre che esso sia conseguenza di una decisione non pienamente autonoma³⁰.

A fondamento di tale strategia risiede una concezione dell'autonomia individuale come "sovranità assoluta su sé stessi", «cioè il diritto di ognuno di scegliere come vivere la propria vita e, in particolare, quali decisioni prendere riguardo agli aspetti cruciali della propria esistenza»³¹. Non si tratta, allora, di bilanciare interessi e valori, la sfera di sovranità assoluta su sé stessi è intangibile, non può essere invasa.

²⁷ F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 35 ss. Per una lucida analisi delle diverse soluzioni giusfilosofiche volte ad ammettere la *balancing strategy* o, comunque, a ripudiare la nozione di autonomia personale come "sovranità assoluta" – che porta con sé, quale logico corollario, la *soft paternalism strategy* – si rinvia a A. CADOPPI, *op. cit.*, pp. 97 ss.

²⁸ Si fa, ad esempio, riferimento a delle condizioni-tipo, quali: danno a sé stessi estremamente grave; irreparabilità del danno; probabilità di verifica estremamente elevata; intervento con elevata probabilità di prevenire il danno senza essere eccessivamente invasivo. Cfr. F. SERRAINO, *op. cit.*, p. 38.

²⁹ La confutazione della critica feinberghiana si basa sul fatto che l'imprecisione del criterio non necessariamente importa l'inaffidabilità della strategia. Anche la *soft paternalism strategy*, come vedremo, si affida a criteri vaghi e sempre variabili per stabilire se la scelta sia o meno sostanzialmente volontaria.

³⁰ F. SERRAINO, *op. cit.*, p. 43.

³¹ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 54.

Questa sovranità «funziona solo quando la scelta del soggetto è *sostanzialmente* volontaria»³²; se così non fosse, se la scelta non fosse volontaria, non sarebbe una scelta propria, ma – riprendendo le considerazioni feiberghiane sul paternalismo morbido – una scelta estranea alla stregua della scelta altrui.

I confini concettuali della “sovranità su sé stessi” sono individuati attraverso la distinzione tra atti auto-referenti (“*self-regarding*”, che riguardano solo sé stessi) ed etero-referenti (“*other-regarding*”, che incidono primariamente e in via diretta sugli interessi altrui).

La categoria dei “*self-regarding acts*”, alla quale si rivolge il concetto di autonomia individuale, deve tenere conto delle implicazioni del *soft paternalism*. Se si ammettono interventi statali volti a prevenire il danno a sé stessi per il caso in cui la scelta non sia genuinamente volontaria, occorre riferirsi alle sole condotte auto-referenti «sostanzialmente volontarie» (territorio del dominio personale).

Feinberg analizza i vari fattori idonei ad escludere la volontarietà delle scelte o ad escludere il consenso. Tra questi, il filosofo liberale si sofferma sulla coazione, errore e incapacità. Oltre a questa analisi, condotta per mezzo di esemplificazioni, egli ammette una concezione variabile di volontarietà. Elaborando una sorta di schema generale, ritiene che le scelte si collochino, secondo una prospettiva di graduale intensità, tra i due poli opposti della “perfetta volontarietà” e della “completa involontarietà”³³.

In questo ampio arco si individua la soglia della «sostanziale volontarietà», al di sotto della quale gli atti (sostanzialmente non volontari) giustificano un intervento di *soft paternalism*.

Il filosofo, pur delineando taluni criteri guida, ammette l’inesistenza di una soglia standard utilizzabile in ogni contesto. A seconda delle situazioni concrete possono essere invocati criteri differenti, con la conseguenza che «la scelta che noi alla fine facciamo possa essere tanto pienamente volontaria quanto sia possibile nelle circostanze»³⁴.

Quanto alle condotte autoreferenti, Feinberg definisce la libertà individuale e il suo ambito di autonomia (*right of autonomy*) come “assimilabili alla sovranità degli Stati”. Il singolo ha una libertà sovrana impenetrabile a terzi in relazione agli atti *self-regarding*, gli atti che non incidono cioè sulla sfera di soggetti terzi. Le condotte autoreferenti, che si riferiscono soltanto a chi le realizza, sono quantitativamente esigue. Difficilmente si individuano norme che vietino condotte potenzialmente offensive per il solo autore, e alle quali la dottrina applica “in ogni caso” il principio del danno ad altri per ammetterne la legittimità. Feinberg contesta, ad esempio, la validità della giustificazione paternalistica della norma che impone ai motociclisti di indossare il casco, richiamando più opportunamente i costi psichici che graverebbero sull’intera comunità se si ammettesse la pretesa libertà del singolo di non indossarlo. Per Romano quella di cui parliamo è e rimane una norma paternalistica ove la imposizione statale, se suffragata da statistiche sulla riduzione dei danni da scontri o da cadute, non può conside-

³² A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 94.

³³ F. SERRAINO, *op. cit.*, p. 55.

³⁴ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 116. La questione dei confini territoriali della sovranità personale, però, presenta una *nota stonata*: il filosofo americano, distinguendo tra irragionevolezza e manifesta irragionevolezza (scelta irrazionale), ammette l’intervento paternalistico in presenza di una decisione talmente irragionevole da *non essere pienamente volontaria*. Tale affermazione, al di là della difficoltà di distinguere tra le due misure di irragionevolezza, contrasta con l’approccio antipaternalistico feiberghiano per il quale lo Stato non può interferire con le scelte che, sebbene irragionevoli, sono sostanzialmente volontarie.

rarsi irragionevolmente intollerabile. Il legislatore, allora, può limitare la libertà altrui purché ne offra valide motivazioni, basate su una previa analisi di costi e benefici³⁵.

Un altro criterio di definizione dei confini territoriali del dominio personale seleziona, nell'ambito delle condotte auto-referenti sostanzialmente volontarie, i soli atti davvero cruciali ed importanti, consentendo talune piccole restrizioni paternalistiche come in tema di sicurezza stradale (si pensi all'obbligo di indossare le cinture di sicurezza o il casco)³⁶.

Le ipotesi in cui il legislatore impone al singolo di rompere l'inerzia e agire per soccorrere chi ne ha bisogno, fattispecie comuni di omissione di soccorso che prescindono da eventuali posizioni di garanzia, rappresentano un argomento forte a dimostrazione della esiguità numerica delle condotte *self-regarding*. Feinberg ne ammette la validità in ragione del principio del danno ad altri, «in forza del riscontro di un nesso causale tra l'omissione del soggetto e il danno non scongiurato dal mancato intervento», superando la prospettiva illuministica secondo cui la norma penale ordinaria vieta di agire e non impone un *facere*. Da qui le perplessità di Romano: «se lo Stato avalla le restrizioni dell'autonomia del singolo per prevenire un danno significativo ad altri, diviene difficile negare che le medesime restrizioni possano valere per evitare il medesimo danno a sé stessi»³⁷.

Se le riflessioni sull'omissione di soccorso riducono ancor di più i confini entro i quali è possibile individuare atti autoreferenti, ci si chiede allora quando l'individuo possa ritenersi liberamente autonomo. C'è un'area costituzionalmente protetta per l'individuo, ove però talvolta rileva il difficile compito legislativo di bilanciare gli interessi in gioco, tutti costituzionalmente rilevanti ed eterogenei. Si pensi al tema del suicidio assistito, al quale Feinberg riserva parte della sua opera e sul quale sarà necessario soffermarsi.

3. Autodeterminazione terapeutica: il diritto di *lasciarsi morire rifiutando le cure*.

Notevole banco di prova per la sostenibilità del pensiero liberale e antipaternalistico di Joel Feinberg è il tema della «eutanasia volontaria³⁸», ove la concezione dell'uomo come «sovrano assoluto» delle sue azioni e scelte autoreferenti condurrebbe al pacifico riconoscimento

³⁵ M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 994 ss. Sull'obbligo di indossare il casco o di allacciare le cinture di sicurezza per gli utenti della strada, cfr. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, pp. 112 ss. L'Autrice si occupa delle «ipotesi che con maggiore frequenza vengono additate di manifestazione del principio paternalistico»: tra queste, la normativa che prescrive l'obbligo di indossare il casco o di allacciare le cinture di sicurezza. La questione, oggetto di una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, attiene alla *ratio* di tutela delle disposizioni, «e cioè se oggetto della tutela sia solo ed esclusivamente la salute dello stesso soggetto – e dunque si sia in presenza di disposizioni che tutelano l'individuo da sé stesso – ovvero se siano riscontrabili altri interessi rilevanti di rango tale da poter prevalere sulla libera autodeterminazione dell'individuo». La Corte ritenne manifestamente infondata la questione di incostituzionalità, per contrasto all'art. 2, della disposizione codicistica che, prescrivendo l'obbligo di indossare il casco, finiva per consentire allo Stato – a detta del ricorrente – di proibire ai cittadini condotte potenzialmente autolesive. Individuata una soglia di rilevanza al di sotto della quale la limitazione della sfera personale non è da considerarsi lesione del diritto fondamentale, la Corte evidenziò che il «fastidio provocato al soggetto dall'indossare il casco non determinava affatto il superamento di tale soglia». Al tempo stesso, venne individuata, quale ragione giustificatrice dell'intervento normativo, «la lesione (potenziale) di interessi di terzi e della collettività in genere»: tra questi, l'interesse pubblico suscettibile di essere leso dai costi che «un incidente con gravi lesioni alla testa comporterebbe e che, indirettamente, graverebbero sulla collettività».

³⁶ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 92.

³⁷ M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 994 ss.

³⁸ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 102.

della liceità dell'eutanasia a condizione che la decisione "finale" sia sostanzialmente volontaria³⁹.

L'analisi del pensiero feinberghiano è funzionale alla comprensione del modo con cui il principio di autodeterminazione individuale, declinato nel diritto dell'individuo alla autodeterminazione terapeutica costituzionalmente rilevante ex art. 32 della Costituzione, penetra nelle spiegazioni dottrinali e nei passaggi motivazionali di recenti e note sentenze costituzionali in tema di "suicidio assistito", ove prevale la necessità di bilanciare i due opposti valori della tutela della vita e del diritto del paziente di scegliere liberamente e consapevolmente di non voler più vivere.

La legge 22 dicembre 2017 n.219 – recante norme in materia di «consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» - e la sentenza costituzionale n. 242/2019 (preceduta dall'ordinanza n. 207/2018) rappresentano i principali interventi normativi e giurisprudenziali in tema di diritto del paziente di lasciarsi morire rifiutando le cure anche salvavita, quale estrinsecazione del diritto di autodeterminazione in materia terapeutica e corollario del principio del consenso informato immediatamente riconducibile al diritto costituzionale a non essere sottoposto a trattamenti sanitari contro la propria volontà⁴⁰.

La legge in tema di consenso informato e D.A.T., a sua volta, è stata preceduta dalle pronunce giurisprudenziali sui casi "Welby" ed "Englaro", sentenze che si inserirono in un contesto storico-giuridico e dottrinale particolarmente frastagliato e non disposto ad accettare pacificamente l'idea di bilanciare il valore assoluto e indisponibile del bene vita con la tutela dell'autonomia individuale⁴¹.

Occorre rilevare che, da un lato, il principio del consenso informato in materia terapeutica e il suo corollario del diritto a rifiutare le cure trovano già da tempo affermazione nella legislazione interna (art. 1 della legge istitutiva del S.S.N., per cui «la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona») e nelle fonti sovranazionali (Convenzione di Oviedo del 1997 in tema di biomedicina e art. 3 CEDU); dall'altro, però, questo principio di autodeterminazione terapeutica⁴² deve fare i conti con l'impostazione dottrinale e giurisprudenziale anteriore al 2007, per la quale il rifiuto consape-

³⁹ Feinberg ritiene che il consenso non adeguatamente informato, nell'ambito della relazione terapeutica, sia insufficientemente volontario e invalido. Sulla valutazione del grado di "volontarietà sufficiente" nel consenso informato del paziente, cfr. F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 64 ss.

⁴⁰ Fatta eccezione per i trattamenti sanitari obbligatori «per disposizione di legge»: art. 32, co. II, Cost.

⁴¹ In tema di rifiuto di cure salvavita da parte di pazienti consapevoli e coscienti, prima delle pronunce relative ai casi Welby ed Englaro si registrava un orientamento rigorista per il quale il diritto di rifiutare le cure, costituzionalmente rilevante ex art. 32, co. II, Cost., fosse soccombente rispetto al valore supremo della indisponibilità della vita, desunto dagli artt. 579-580 c.p. e 5 c.c., tutte le volte in cui si tratti di cure necessarie per il mantenimento in vita. «Il diritto a non curarsi, seppur fondamentale, incontrerebbe un limite invalicabile nelle superiori esigenze di salvaguardia della vita umana, concepita come il valore supremo del nostro ordinamento.» Ne discenderebbe l'equivalenza tra il rifiuto di cure salvavita e la «richiesta di morte non consentita». In Dottrina, L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, pp. 525 ss.; ID., *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in AA. VV., *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri* (a cura di L. Fioravanti), Milano, 2001, pp. 131 ss.; F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, vol. II, pp. 219 ss.; ID., *I delitti di omicidio*, Torino, 1997, p. 294. Tesi sostenuta anche dal Tribunale di Roma nell'ordinanza sul caso "Welby": in tema, cfr. i puntuali rilievi di F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 122 ss.

⁴² Dalle forti analogie con la concezione di «sovranità personale», posta a fondamento del *Soft paternalism strategy* feinberghiano. Cfr. F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 117 ss.

vole e adeguatamente informato di iniziare le cure è lecito solo se ha ad oggetto un trattamento non essenziale per la salvaguardia della vita del malato. Dibattuta era la liceità del rifiuto del malato di proseguire le cure “di sostegno vitale” già in atto, ritenuto da parte della dottrina come una forma di «eutanasia passiva consensuale» che si traduce nella richiesta al medico di omettere il trattamento salvavita interrompendolo⁴³. Altro orientamento dottrinale autorevole, invece, ha più opportunamente inteso il rifiuto di cura come estrinsecazione del diritto costituzionale a non essere sottoposto a trattamenti sanitari non voluti⁴⁴.

Il passaggio dal diritto di rifiutare trattamenti sanitari “non necessari per il mantenimento in vita” alla piena valorizzazione della libertà di autodeterminazione terapeutica come corollario del diritto costituzionale di non subire trattamenti sanitari non voluti (salvo quelli obbligatori «per disposizione di legge») è stato reso possibile dai casi giurisprudenziali “Welby” ed “Englaro”, prima che dalla legge n. 219/2017.

Il G.u.p. di Roma⁴⁵, nel prosciogliere l’anestesista che ha assecondato la libertà di rifiutare le cure salvavita di Piergiorgio Welby attraverso lo spegnimento della macchina di ventilazione artificiale, afferma che il «diritto della persona di rifiutare o interrompere le terapie mediche», desumibile dall’art. 32 Cost. e inquadrabile tra i diritti inviolabili di cui all’art. 2 Cost., non corrisponde al «diritto al suicidio, bensì soltanto (al)l’inesistenza di un obbligo a curarsi» contro la sua volontà. Diritto che «nasce perfetto», non abbisognando di alcuna disciplina attuativa, e che ha «pari dignità formale e sostanziale» del diritto alla vita. Esclusa l’esistenza di diritti tiranni⁴⁶, il Giudice considera il tema del bilanciamento un «falso problema» superabile all’esito di una interpretazione armonizzatrice dei diritti in questione⁴⁷ e afferma la non punibilità di chi asseconda il lecito rifiuto di cure salvavita in virtù della scriminante di cui all’art. 51 c.p.⁴⁸ Tale pronuncia, così come la sent. cost. 242/2019, dimostra un approccio della giurisprudenza italiana alla questione dell’autonomia individuale basato sul bilanciamento di diritti in conflitto, diverso dalla feinberghiana *soft paternalism strategy*⁴⁹.

⁴³ Il rifiuto delle cure vitali non si differenzia dalla eutanasia passiva, se non per delle «ragioni tattico-comunicative» che portano a preferire una espressione piuttosto che l’altra. C. BRIGNONE, *Orientamenti giurisprudenziali recenti e prospettive future in tema di rifiuto di cure*, in *Riv. pen.*, 2009, 9, p. 921. Cfr. anche F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1, p. 89.

⁴⁴ «Che non è altro che il correlato del principio di autodeterminazione del malato»: F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 61. In tema, v. anche L. RISICATO, *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in www.statoechiese.it, 1 marzo 2009, p. 8.

⁴⁵ G.u.p. Trib. Roma 23 luglio 2007, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1791, con commento di C. CUPELLI, *Il “diritto” del paziente (di rifiutare) e il “dovere” del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1805 ss. Cfr. anche M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 902 ss.

⁴⁶ Negata, cioè, l’esistenza di un rapporto di gerarchia per cui il diritto alla vita prevale sempre e comunque sull’autodeterminazione terapeutica.

⁴⁷ Sulle perplessità del ragionamento, senza mettere in discussione la opportunità della soluzione sul piano giuridico-formale, si rinvia a F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 140 ss.

⁴⁸ Adempimento del dovere: se il rifiuto delle cure è un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, sussiste il dovere giuridico di consentirne l’esercizio. Se il medico, in ottemperanza a tale dovere, dovesse contribuire a determinare la morte del paziente, sarebbe esente da responsabilità penale in ragione della causa di giustificazione. F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 140 ss.

⁴⁹ La quale invece, muovendo dal presupposto che la autodeterminazione individuale sia valore assoluto equiparabile alla sovranità statale, esclude qualunque forma di bilanciamento e richiede la incondizionata

In riferimento al caso “Englaro”, la Cassazione⁵⁰ affronta il tema della interruzione di trattamenti di sostegno artificiale su persona incosciente, ammettendola tutte le volte in cui sia possibile accertare il carattere irreversibile dello stato vegetativo permanente e l’istanza del tutore corrisponda alla presumibile volontà del paziente⁵¹.

La legge n. 219/2017 recepisce i principi affermati dalla giurisprudenza ordinaria (“Welby” ed “Englaro”) e costituzionale, escludendo qualsiasi apertura al diritto di morire. Viene, piuttosto, formalizzato il «diritto di rifiutare tutte le cure (anche vitali), in ossequio al principio secondo cui si può essere sottoposti a una determinata terapia solo in presenza di un consenso informato»⁵².

La Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina la condotta di chi agevola materialmente l’altrui suicidio senza condizionare la scelta libera e consapevole di quest’ultimo, affronta il tema della effettività del diritto di lasciarsi morire di chi si trova in particolari condizioni clinico-patologiche e di percezione del dolore. Come è noto, il Giudice delle Leggi, dopo un primo intervento (ordinanza n. 207/2018) volto (inutilmente) ad “attivare” il legislatore, dichiara la illegittimità costituzionale parziale dell’art. 580 c.p. in relazione all’incriminazione di condotte di agevolazione materiale del suicidio di chi è «affetto da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psichiche da lui ritenute intollerabili, tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli»⁵³.

Se per Feinberg e i sostenitori del liberalismo - quanto meno «cauto» o «moderato» - conta la ferma volontà dell’individuo di porre fine alla sua vita, prescindendo dal contesto “clinico” eccezionale ed estremo, quale volontà *sovrana* che giustifica e scrimina sempre e comunque l’eventuale agevolazione esecutiva dell’altrui proposito suicida⁵⁴, la Consulta accoglie una forma di liberalismo «molto cauto» ove preminente è il ruolo del bilanciamento tra valori.

La Corte costituzionale, già con l’ordinanza n. 207/2018, ammette la compatibilità con l’ordinamento costituzionale del divieto di aiuto al suicidio, in quanto «funzionale alla tutela del diritto alla vita soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili», e riconosce che dall’art. 2 Cost. discenda il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo. Non c’è spazio per il diritto di morire o di essere aiutati a morire incondizionatamente; ci sono però

prevalenza della tutela della volontà, purché libera e consapevole, sulla tutela del bene (vita) oggetto di *self-regarding acts*. Per le principali differenze tra *Soft paternalism strategy* e *Balancing strategy*, v. *supra* § 2.

⁵⁰ Cassazione Civile 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, p. 3025.

⁵¹ La Cassazione delinea un «vero e proprio statuto del consenso informato al trattamento medico» che valorizza la volontà presunta del paziente, alla quale deve corrispondere la richiesta di interruzione delle cure presentata dal rappresentante legale, e che funge tutt’oggi da valido criterio-guida in mancanza di disposizioni anticipate di trattamento. Cfr. F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 147 ss.

⁵² C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione e disposizioni anticipate di trattamento*, in *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie* (a cura di B. Romano), Pisa, 2019, p. 156. La Legge n. 219/2017 afferma, infatti, che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». L’art. 1 co. 6 esclude la responsabilità civile e penale del medico che, su richiesta del paziente capace e responsabile, interrompe trattamenti necessari alla sua sopravvivenza in vita. Le norme sulle disposizioni anticipate di trattamento, invece, affrontano il tema della interruzione di trattamenti di sostegno vitale praticati su sostegno incosciente.

⁵³ Corte Cost., (25 settembre 2019) 22 novembre 2019, n. 242, disponibile su: *cortecostituzionale.it*.

⁵⁴ Il giudice *a quo*, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., muove da una impostazione *radicalmente* liberale. Cfr. F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 166 ss.

condizioni sostanziali e procedurali in presenza delle quali «la preoccupazione paternalistica per i più vulnerabili» lascia il posto ad un bilanciamento di opposti valori ove «deve ritenersi prevalente il diritto di autodeterminazione sulla contrapposta esigenza di tutela della vita del soggetto».

Poiché l'art. 1 co. 5 della Legge n. 219/2017 riconosce già il diritto di lasciarsi morire rifiutando o interrompendo qualsiasi trattamento sanitario «ancorché necessario alla propria sopravvivenza», per la Consulta sarebbe incostituzionale un incondizionato divieto di aiuto al suicidio che costringa il paziente «a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità del morire e più carico di sofferenze per le persone» a loro care.

In altri termini, la Corte costituzionale ritiene che, in presenza delle condizioni sostanziali e procedurali individuate fin dalla ordinanza n. 207/2018, il diritto di autodeterminazione terapeutica (cioè il diritto di rifiutare le cure) sia prevalente sull'esigenza di tutelare il bene della vita anche contro la volontà di chi ne è titolare. Riconosciuta la prevalenza di tale diritto, non già il diritto di disporre della propria vita in maniera assoluta ed incondizionata, occorre garantirne un pieno ed effettivo esercizio. Il concetto della dignità⁵⁵ del morire interviene per evitare qualunque forma di condizionamento nell'esercizio del diritto. Il soggetto, affetto da patologia irreversibile - per lui fonte di sofferenze intollerabili - e tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, potrebbe "lasciarsi morire" esercitando il diritto di rifiutare le cure salvavita⁵⁶, ma tali condizioni sostanziali lo esporrebbero al rischio di andare incontro ad una morte lenta, dolorosa e non dignitosa per sé e per i propri cari. Per evitare che il soggetto rinunci alla scelta, sebbene voluta, di lasciarsi morire rifiutando le cure in ragione del timore di andare incontro ad una morte non decorosa, occorre riconoscergli la valida alternativa rappresentata dal diritto ad essere aiutato a morire.

Il diritto ad essere aiutato a morire, in questo modo, rileva quale condizione necessaria affinché si garantisca effettività e pienezza all'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica.

Nell'impostazione della Corte costituzionale, allora, l'autodeterminazione terapeutica, declinata in termini di diritto di rifiutare le cure *anche* salvavita, rappresenta il presupposto sostanziale che legittima, in via del tutto eccezionale, il diritto al suicidio assistito⁵⁷.

Solo in questo modo si consente al paziente, che si trovi nelle condizioni descritte dalla Corte, di essere l'«unico *dominus* del suo destino terapeutico»⁵⁸.

⁵⁵ Che in tal sede rileva quale «*il diritto di morire nel modo più corrispondente alla propria idea di morte*». Tra l'ordinanza 207/2018 e la sentenza costituzionale 242/2019 si registra un ridimensionamento del riferimento al concetto di dignità, complice la differente accezione (soggettiva e oggettiva) che la giurisprudenza costituzionale ha offerto negli ultimi anni. Cfr. F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 204 ss.

⁵⁶ Sempre che sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli e che tutte queste condizioni vengano apprezzate attraverso una "procura medicalizzata" che vede l'intervento di strutture del S.S.N. e del comitato etico competente.

⁵⁷ «La sola ragione per cui un malato può avere accesso al suicidio assistito, nell'impostazione della Corte, sta nel fatto che questi può già liberarsi dai propri mali rifiutando i trattamenti da cui dipende». R. D'ANDREA, *La vita come "controlimite" all'autodeterminazione responsabile: denegata giustizia?*, in *Sistema Penale*, 17 dicembre 2024, pp. 16 ss. Il diritto al suicidio assistito è ammesso soltanto laddove è funzionale ad assicurare il pieno e incondizionato esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica (diritto di lasciarsi morire rifiutando le cure, *sul presupposto che tu abbia delle cure da rifiutare*).

Se non lo si riconoscesse in questi casi eccezionali, si ammetterebbe una irragionevole disparità di trattamento di situazioni sostanzialmente omogenee tra chi, rifiutando le cure, si lascia morire dignitosamente e chi, invece, potrebbe decidere di rinunciare al proprio volere pur di non andare incontro ad una morte indecorosa e atroce. «Se – infatti - Il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione di trattamenti sanitari - anche quando ciò richiede una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o spegnimento di un macchinario) - non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente alla predetta interruzione dei presidi di sostegno vitale⁵⁹».

La Corte costituzionale, con sent. cost. 242/2019, non si è limitata ad individuare i confini di una scriminante procedurale conforme alla sensibilità culturale odierna sul tema della dignitosa morte *pietatis causa*, suggerendo al legislatore nazionale di inserirla nell'ambito della legge 219/2017. L'inerzia legislativa non è stata in alcun modo turbata, neppure dalla richiesta di referendum abrogativo "parziale" dell'art. 579 c.p. cui è seguita la pronuncia di inammissibilità con sent. cost. 50/2022⁶⁰.

L'iniziativa referendaria era finalizzata alla depenalizzazione della fattispecie di omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p., fatta eccezione per i casi di consenso invalido di cui al comma terzo. L'eventuale accoglimento del quesito referendario avrebbe determinato una normativa di risulta basata sulla liceità dell'omicidio di chiunque acconsenta validamente alla propria morte, anche per ragioni che nulla hanno a che vedere con la necessità di dare dignità alla morte lenta, estenuante e dolorosa del paziente le cui condizioni clinico-patologiche siano irrimediabilmente compromesse. Si trattava, allora, di una richiesta di referendum abrogativo che prospettava esiti tutt'altro che ancorati al tema della morte pietosa, richiedendo uno smisurato ampliamento dei margini di operatività di una scriminante procedurale che la giurisprudenza costituzionale riconosce al solo fine di garantire piena effettività alla libertà di autodeterminazione terapeutica di chi si trova in condizioni patologiche oggettivamente gravi.

La dottrina più attenta ha ritenuto che si tratti di un quesito referendario eccedente rispetto al fine, che si «sposa con il cuore ma non necessariamente con la ragione»⁶¹. È evidente che si tratti di una iniziativa coerente con la sensibilità giuridico-culturale espressa anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale. Si tratta, nondimeno, di comprendere se la portata della pretesa referendaria sia ragionevole ovvero eccessiva nell'ottica della tutela del bene vita - tenuto conto del bilanciamento che vede prevalere la scelta libera e consapevole di por-

⁵⁸ L. RISICATO, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini e C. Cupelli, Napoli, 2019, p. 290.

⁵⁹ Corte cost., (24 ottobre 2018) 16 novembre 2018, ord. n. 207, disponibile su: cortecostituzionale.it.

⁶⁰ Corte cost., (15 febbraio 2022) 2 marzo 2022, n. 50, disponibile su: www.cortecostituzionale.it. La Corte si dimostra consapevole delle reali intenzioni dei promotori del referendum, considerando l'iniziativa referendaria «nata quale reazione all'inerzia del legislatore nel disciplinare le materie delle scelte di fine vita». Per una preziosa e abile disamina delle principali questioni attinenti alla richiesta referendaria e alla successiva sentenza costituzionale di inammissibilità si richiama L. RISICATO, *Il diritto di morire tra cuore e ragione. Riflessioni postume sul quesito referendario*, in *disCrimen*, 27 marzo 2022, disponibile su: www.discrimen.it.

⁶¹ L. RISICATO, *Il diritto di morire tra cuore e ragione*, cit., p. 3.

vi fine solo se l'alternativa è la morte pietosa. Chiaramente si tratta di un mezzo eccedente rispetto al fine se prospetta la liceità dell'omicidio del consenziente anche non malato. «Si può essere favorevoli al diritto di morire senza essere favorevoli a una draconiana soluzione referendaria» che finisca per andare oltre le esigenze di tutela dei soggetti deboli - esigenze oggi trasfuse nella lettura costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. - prospettando una disciplina che, da un lato, autorizza l'uccisione del consenziente - deciso a morire in ragione di mere situazioni di disagio che nulla hanno a che vedere con la malattia grave ovvero in ragione del *taedium vitae* - e, dall'altro, non consente l'istigazione o aiuto al suicidio fuori dalle ipotesi individuate dalla sent. cost. 242/2019⁶².

Nel valutare tale richiesta referendaria, la dottrina ha introdotto più voci: l'inammissibilità della questione fu sostenuta sulla base dell'assoluta indisponibilità del bene vita⁶³; i sostenitori della diversa tesi della ammissibilità hanno invece fatto leva sull'«insindacabilità di una scelta estrema presa in piena coscienza e libertà» - tenuto conto che sarebbe rimasta la piena punibilità dell'omicidio di chi presta un consenso invalido (co. 3)⁶⁴ - e sul carattere non autoapplicativo della normativa di risulta - che avrebbe richiesto un successivo intervento parlamentare⁶⁵.

La Corte costituzionale argomenta la pronuncia di inammissibilità della richiesta di referendum abrogativo parziale sulla base del fatto che l'eventuale liceizzazione della condotta di omicidio del consenziente si sarebbe estesa ben oltre i casi di malattia grave «per abbracciare anche le situazioni di disagio di natura del tutto diversa, sino al mero *taedium vitae*». Soluzione, questa, che avrebbe portato ad una non punibilità non subordinata ad alcun limite, neppure alla qualifica «professionale» del soggetto attivo.

Il Giudice delle Leggi tiene conto della «natura di legge costituzionalmente necessaria, ancorché non a contenuto vincolato, dell'art. 579 c.p.» che quindi «può solo essere modificata o sostituita dal legislatore con un'altra disciplina, ma non potrebbe puramente e semplicemente essere abrogata facendo venire meno le istanze di protezione della vita a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale»⁶⁶.

La Consulta, sul presupposto che il bene vita sia tendenzialmente *indisponibile*, afferma che «la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela della vita, risultando al contrario sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima».

Se la risposta al quesito referendario, visti gli esiti cui avrebbe portato l'eventuale accoglimento, non può che essere nel senso dell'inammissibilità⁶⁷, la dottrina più attenta ha, comun-

⁶² Cfr., in particolare, F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 215 ss. e L. RISICATO, *Il diritto di morire tra cuore e ragione*, cit., p. 6. Per le opinioni favorevoli all'ammissibilità del referendum, T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito dell'art. 579 c.p.*, Atti del Seminario Ferrara, 26 novembre 2021, *Forum di quaderni costituzionali Rassegna*, 2022, 1, pp. 20 ss., consultabile al link: <https://www.forumcostituzionale.it/>.

⁶³ Per tutti, R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in AA. VV., *La via referendaria al fine vita*, cit., p. 14.

⁶⁴ T. PADOVANI, *op. cit.*, pp. 8 ss.

⁶⁵ M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., p. 121.

⁶⁶ Puntuale descrizione dei passaggi motivazionali della sent. cost. 50/2022 citata da F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 215 ss., consultabile su giurcost.org.

⁶⁷ E la inammissibilità del referendum sarebbe potuta discendere dalla natura incondizionata dell'abrogazione dell'omicidio del consenziente proposta dal Comitato. L. RISICATO, *Il diritto di morire tra cuore e ragione*, cit.,

que, ritenuto che la Corte abbia fatto un *passo indietro* rispetto agli approdi giurisprudenziali del 2019. Considerando la vita un bene a tutela “costituzionalmente necessaria”⁶⁸ che preclude la strada dei referendum abrogativi, la Corte tradisce quanto di buono la giurisprudenza anche costituzionale ha realizzato negli ultimi anni – attraverso il riconoscimento di un necessario bilanciamento tra opposti valori costituzionalmente rilevanti, all’esito del quale si ammette la prevalenza della libertà di autodeterminazione terapeutica di chi versa nelle condizioni tristemente note.

Dalla sent. cost. 242/2019 ad oggi, la Dottrina penalistica italiana⁶⁹ si è occupata della opportunità di continuare a “limitare” il diritto ad essere aiutati a morire ai soli casi in cui il soggetto sia “tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale”. Si tratta della questione – sottoposta all’attenzione del Giudice delle Leggi - di andare *oltre* la stringente condizione della sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale, consentendo l’accesso al suicidio assistito anche a chi, pienamente capace di autodeterminarsi, sia “soltanto” affetto da patologia irreversibile che gli procuri intollerabili sofferenze. È un tema che, come ben evidenziato da Autorevole Dottrina all’indomani della sent. cost. 242/2019, non può non tenere conto delle plurime implicazioni che il requisito c) («tenuta in vita a mezzo di trattamento di sostegno vitale») comporta, nella struttura argomentativa della storica sentenza⁷⁰. Tale requisito, infatti, consente alla Corte costituzionale italiana di risolvere – o meglio non affrontare – questioni emergenti dal dibattito internazionale relative alla depenalizzazione del suicidio assistito e delle condotte eutanasiche di chi, trovandosi nelle stesse condizioni clinico-sostanziali de-

pp. 13 ss.

⁶⁸ Sarebbe stato più opportuno parlare della vita come bene “a contenuto costituzionalmente vincolato”, il cui nucleo normativo delle leggi non può venire alterato o privato di efficacia «senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici della Costituzione stessa». Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost., sent. 7 febbraio 1978, n. 16, in www.giurcost.org; in dottrina, v. L. RISICATO, *Il diritto di morire tra cuore e ragione*, cit., pp. 13 ss.

⁶⁹ Cfr., G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in AA. VV., *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani* (a cura di D’Alessandro e Di Giovine), Torino, 2020. Sul tema, v. A. MANNA, *Ancora sul diritto a morire*, in *disCrimen*, 26 gennaio 2023, disponibile su: www.discrimen.it. L’Autore, valutate le distanti “concezioni del mondo” che consentono di comprendere – in chiave comparatistica – le principali differenze tra le, pressoché simultanee, pronunce della Corte costituzionale italiana e del *Bundesverfassungsgericht*, auspica una revisione del *dictum* da parte della Corte costituzionale, per svincolare la liceità dell’aiuto al suicidio dalla sussistenza di “mezzi artificiali di sostegno vitale”. Solo con un intervento di questo genere, sostiene l’Autore, la Corte può sganciare «doverosamente il *dictum* dalle caratteristiche del caso concreto», ampliando i casi di liceità dell’aiuto al suicidio a patologie particolarmente gravi che non abbisognano necessariamente di strumenti di sostegno vitale, come l’*Alzheimer* e la SLA. Sui tratti salienti della sent. cost. 242/2019 in una valutazione comparata, cfr. G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell’aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sistema penale*, 11 giugno 2020, disponibile su: sistemapenale.it.

⁷⁰ S. CANESTRARI, *Ferite dell’anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021, pp. 36 ss. L’autore mette in evidenza il ruolo del requisito c), anche in funzione di semplificare la interpretazione degli altri requisiti richiesti dalla Corte. Il riferimento al trattamento di sostegno vitale, infatti, consente di individuare lo stato patologico terminale nella fase in cui si entra solo dopo aver rinunciato all’«uso di tecniche strumentali di sostegno delle funzioni vitali». Quanto al tema della disgiuntiva “o” – piuttosto che la congiuntiva “e” – nel requisito b) (fonte di sofferenze fisiche o psichiche per lui intollerabili), la compresenza della condizione c) consente di evitare eccessive dilatazioni dell’ambito applicativo del suicidio assistito, ancorando le sofferenze fisiche alla condizione di chi sia sottoposto al dominio delle tecnologie biomediche.

scritte dalla Consulta – quindi affetto da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psichiche da lui ritenute intollerabili, e pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli -, non sia, però, in grado di poter rifiutare o rinunciare alle cure salvavita, proprio perché non sottoposto a trattamento di sostegno vitale. Richiedendo la sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale, la Corte ha escluso «dall’oggetto della sentenza quelle malattie che si prestano ad un accertamento di estrema difficoltà in relazione alla capacità decisionale della persona malata». Il requisito c), in altri termini, è funzionale rispetto ad un effettivo accertamento della “piena capacità di autodeterminarsi terapeuticamente”: «trattandosi necessariamente di pazienti medicalizzati è agevole identificare nel medico il soggetto che deve comunque essere coinvolto nella procedura di accertamento di tale capacità di prendere decisioni libere e consapevoli»⁷¹. La questione della *imprescindibilità* del riferimento al requisito c) deve essere affrontata tenendo conto della validità della richiesta e dei modi – non sempre agevoli – di accertarla, oltre che della intensità della sofferenza.

La Corte costituzionale, con sent. cost. n.135/2024⁷², dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. come modificato dalla sent. cost. 242/2019 sollevata dal G.i.p. di Firenze⁷³. Il passaggio motivazionale più importante attiene al fatto che la giurisprudenza costituzionale, così come delineatasi negli ultimi anni⁷⁴, «non riconosce un generale diritto di terminare la propria vita in ogni situazione di sofferenza intollerabile (...)», ma ritiene, piuttosto, irragionevole precludere l’accesso al suicidio assistito di soggetti che (...) già abbiano il diritto» di lasciarsi morire rifiutando le cure «riconosciuto dalla legge n. 219/2017». Se il paziente non si trova nelle condizioni descritte dalla Consulta, perché non ha un trattamento di sostegno vitale da rifiutare per lasciarsi morire, non può accedere al «regime di non punibilità dell’assistenza medica al suicidio introdotto dalle sentenze costituzionali»⁷⁵. Tale pronuncia, inoltre, offre una lettura estensiva della nozione di «trattamento di sostegno vitale» e stabilisce una equivalenza tra chi è già sottoposto al trattamento e chi si trovi in una condizione clinica per la quale è medicalmente indicata l’applicazione di un trattamento di sostegno vitale (potendolo rifiutare a priori senza ricorrere all’espedito della sottoposizione ai fini dell’immediato rifiuto)⁷⁶.

La scelta di continuare a subordinare la operatività della non punibilità dell’aiuto al suicidio al requisito della sottoposizione a trattamento di sostegno vitale trova conferma nella recente sentenza costituzionale n. 66 del 2025, ove il Giudice delle Leggi, reiterando le considerazioni svolte dalla sent. 135/2024, conferma che il requisito in questione venga integrato an-

⁷¹ Si evidenzia, pertanto, l’esigenza di «non banalizzare le difficoltà nell’accertamento di una “libera”, “autentica” e “stabile” richiesta di aiuto medico a morire da parte di una persona malata che non dipende da trattamenti di sostegno delle funzioni vitali e può “uccidersi da sola”». S. CANESTRARI, *op. cit.*, pp. 38 ss.

⁷² Corte cost., (1 luglio 2024) 18 luglio 2024, n. 135, disponibile su: www.cortecostituzionale.it.

⁷³ Ordinanza del 17 gennaio 2024, abilmente descritta in F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 291 ss.

⁷⁴ La Corte, anziché confutare i profili concernenti la questione di legittimità costituzionale, si limita a ritenere “indiscutibili” le motivazioni che la sorreggono. Il giudice delle Leggi, in altri termini, si limita a ribadire la propria posizione (così come delineatasi a partire dalla sent. cost. 242/2019), «senza neppure rimetterla in discussione alla luce delle considerazioni sviluppate dal ricorrente». Cfr. R. D’ANDREA, *La vita come “controlimite” all’autodeterminazione responsabile*, cit., pp. 23 ss.

⁷⁵ F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 315 ss.

⁷⁶ Sulla evoluzione giurisprudenziale, specie di merito, della nozione di «trattamento di sostegno vitale», v. G. STEA, *Suicidio assistito. Storia, tipicità e metamorfosi di un positivismo etico*, in *disCrimen*, 21 maggio 2025, pp. 28 ss., disponibile su: www.discrimen.it.

che quando vi sia la sola «indicazione medica della necessità di un tale trattamento allo scopo di assicurare l'espletamento delle funzioni vitali». La Corte, ostinatamente, ribadisce «con forza l'auspicio, già formulato nell'ordinanza n. 207 del 2018, nella sentenza n. 242 del 2019 e da ultimo nella sentenza n. 135 del 2024, che il legislatore e il Servizio sanitario nazionale intervengano prontamente ad assicurare concreta e puntuale attuazione a quanto stabilito dalla sentenza n. 242 del 2019⁷⁷».

La disamina dei profili principali del tema del suicidio assistito, così come affrontati dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche costituzionale, dimostrano il ruolo assolutamente centrale del principio di autodeterminazione (terapeutica), quale valore costituzionalmente rilevante riconducibile nel novero dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.).

Contrariamente alle pretese filosofiche del liberalismo, anche "moderato", l'autodeterminazione individuale è un valore che ha «pari dignità formale e sostanziale» del diritto alla vita: è soggetto al bilanciamento e quando, in presenza di determinate condizioni, risulta prevalente ne deve essere assicurato il pieno ed effettivo esercizio.

4. Il principio di autodeterminazione in funzione di limite della responsabilità penale. Uno sguardo comparatistico.

Il principio di autodeterminazione individuale, nel caso in cui si traduca nelle scelte *self-regarding*, interagisce con il tema della responsabilità penale del terzo (soggetto agente), escludendo o attenuando le conseguenze giuridico-penali di questi.

L'evoluzione giurisprudenziale e normativa del tema dell'autodeterminazione terapeutica dimostra che, in presenza della scelta consapevole del paziente di rifiutare le cure *anche* salvavita, il medico è tenuto ad osservarla e rispettarla – art. 1 co. 6 legge n.219/2017 - e l'eventuale condotta di agevolazione materiale dell'altrui suicidio, non incidendo sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, non è tale da comportare la sua punibilità, in presenza delle note condizioni individuate dalla Consulta.

Il principio di autodeterminazione individuale, nelle varie declinazioni assunte, è da sempre oggetto di riflessioni dottrinali, volti a comprendere il modo in cui esso interviene nell'ordinamento giuridico penale allo scopo di "rivendicare" uno spazio di autonomia della «vittima del reato» idoneo ad escludere ovvero limitare la responsabilità del terzo.

Fuori dai casi in cui si lede il proprio bene della vita⁷⁸, occorre tener conto dell'ipotesi in cui il titolare acconsenta alla mera esposizione a pericolo del bene, non già anche alla lesione. Col consenso, il soggetto «non può ritenere nessun altro se non sé stesso responsabile delle conseguenze che ne derivino», anche laddove la violazione sia stata commessa da persona diversa dal titolare del bene offeso⁷⁹.

Il consenso ha ad oggetto la condotta pericolosa altrui, non rilevando l'evento lesivo *ex* art. 50 c.p. Si pone, allora, una questione di esatta allocazione del rischio tutte le volte in cui un soggetto terzo concorra nel fatto, ad esempio limitandosi ad agevolare l'altrui esposizione a pericolo⁸⁰, e dal fatto derivi la concretizzazione del rischio medesimo (evento lesivo). Il con-

⁷⁷ Corte costituzionale, (27 marzo 2025) 20 maggio 2025, n. 66, disponibile su: www.giurisprudenzapenale.com.

⁷⁸ Le fattispecie di reato incriminano l'offesa di beni altrui e, pertanto, la condotta contro sé stessi rimarrebbe impunita. Cfr. M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*. cit., pp. 5 ss.

⁷⁹ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*. cit., p. 3.

⁸⁰ Helfer ricorre all'esempio del noleggiatore di slittini che, fornendo alla futura vittima lo slittino, consente l'esposizione a pericolo del bene (integrità psico-fisica) del terzo.

senso alla mera esposizione a pericolo del bene della vita può riguardare, altresì, beni individuali della cui libera disponibilità si discute, come la vita⁸¹. «Acconsentire alla messa in pericolo del bene giuridico non significa in automatico acconsentire alla sua lesione», altrimenti dovrebbero essere vietate tutte le attività socialmente utili che presuppongono necessariamente delle condotte pericolose (come l'attività medico-chirurgica e la circolazione stradale). In questo modo, il principio di autodeterminazione escluderebbe la responsabilità penale del terzo valorizzando l'agire autoresponsabile della persona offesa e la conseguente mancata configurazione, in capo al terzo, di posizioni di garanzia o regole precauzionali di condotta.

Occorre comprendere quali siano i requisiti, da stabilire *ex ante*, in presenza dei quali il principio di autodeterminazione esclude la responsabilità altrui⁸².

L'analisi del principio di autodeterminazione individuale in funzione di limite della responsabilità altrui impone di volgere lo sguardo al panorama giuridico continentale, specie in Germania e Austria, prestando attenzione a soluzioni dottrinali e giurisprudenziali già accolte.

Di poco successive alla *nostra* sent. cost. 242/2019 sono le pronunce delle Corti costituzionali tedesca e austriaca con cui venne dichiarata l'illegittimità costituzionale del divieto penale di aiuto al suicidio (*totale* nel caso della sentenza del *Bundesverfassungsgericht*; *parziale* nel caso della pronuncia austriaca)⁸³.

La *Bundesverfassungsgericht* ritiene costituzionalmente illegittima la norma sull'aiuto al suicidio (§217 *StGB*), sul presupposto che una disciplina di tal genere contrasti col diritto alla libera autodeterminazione nelle scelte fondamentali della propria esistenza, tra le quali rientrano le decisioni sul «come e quando morire».

Il Legislatore tedesco del 2015 aveva introdotto – per la prima volta dal 1871 – la fattispecie di aiuto al suicidio, subordinando il divieto penale alla condizione che la condotta provenisse da soggetti “esercenti un'attività commerciale”, sul presupposto che in un quadro normativo caratterizzato dalla persistente liceità della condotta individuale di aiuto al suicidio (ad esempio posta in essere dai parenti o persone care all'intenzionato suicida) occorra vietare la creazione di cliniche professionali sul modello svizzero. Quello del carattere commerciale delle condotte finalizzate a favorire il suicidio di un altro è, a ben vedere, l'elemento che, più di tutti, ha generato contrasti interpretativi, attirando l'attenzione di chi, in un'ottica comparatistica, ne ravvisa una novità nel panorama giuridico. Tenuto conto dell'esigenza di prevenire, a fronte dell'«intensificarsi dell'attività di associazioni favorevoli all'eutanasia che spingevano per un riconoscimento estremo del diritto di autodeterminazione sull'onda del modello svizzero», il rischio di “banalizzazione del suicidio assistito”, si ritiene che l'avverbio «commercialmente» si riferisse, non solo alle condotte necessariamente orientate al profit-

⁸¹ Sottratti, invece, all'efficacia scriminante del consenso di cui all'art. 50 c.p.

⁸² Senza che l'esito infausto dell'esposizione a pericolo porti ad affermare la responsabilità del terzo in ragione di una sopravvalutazione *ex post* delle conoscenze e possibilità di controllo del rischio di questi. M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 3.

⁸³ Per un'approfondita analisi dei percorsi argomentativi (finalizzati al riconoscimento di un'ampia nozione di «autodeterminazione responsabile») prospettati dalle pronunce del *Bundesverfassungsgericht* (26 febbraio 2020 sul §217 *StGB*) e della Corte costituzionale austriaca (G-139/2019-71 dell'11 dicembre 2020 sul §78 *StGB*), cfr. F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 237 ss.; L. RISICATO, *La scelta di morire come atto di libertà. Leggendo il diritto di andarsene di Giovanni Fornero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 4, pp. 1622 ss.; F. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *Sistema Penale*, 12 gennaio 2023, pp. 28 ss.

to, ma anche a quei comportamenti ripetuti nel tempo e, comunque, «riferibili ad associazioni organizzate, tra le quali possono ben rientrare anche quelle che esercitano attività di volontariato»⁸⁴.

Il Tribunale costituzionale tedesco ritiene che la norma confligga con il diritto alla personalità (libera autodeterminazione individuale nello sviluppo della propria personalità), quale diritto fondamentale che si estende a tutte le libertà implicitamente contemplate dall'ordinamento costituzionale, tra le quali rileva il «diritto a una morte autodeterminata». Quest'ultimo, declinandosi anche nel diritto al suicidio⁸⁵ (quindi, nella libertà di chiedere aiuto a terzi), non può essere circoscritto a particolari condizioni clinico-patologiche, dovendo essere riconosciuto *anche* a prescindere dalla malattia. Solo attraverso un'effettiva e incondizionata tutela del diritto di autodeterminarsi nello sviluppo della propria personalità, anche attraverso decisioni che attengono al come e quando morire, si esprime la propria dignità⁸⁶.

La Corte, riconosciuto che la fattispecie delittuosa perseguiva una legittima finalità di tutelare la vita e l'autodeterminazione individuale, censura la disposizione, in quanto trattasi di un mezzo inidoneo ed eccessivo rispetto allo scopo che sacrifica completamente ed indebitamente la libertà di porre fine alla propria vita.

Le differenze tra la soluzione accolta dalla sent. 242/2019 della Corte costituzionale italiana e la pronuncia della Corte tedesca sono evidenti: seppur coeve, al metodo della "giustificazione procedimentale" – per cui l'aiuto al suicidio è lecito solo in presenza di ben quattro condizioni clinico-sostanziali – adottato dalla Nostra Consulta, si contrappone il riconoscimento del diritto a morire, senza limitazioni di sorta⁸⁷.

Se la pronuncia della *Bundesverfassungsgericht* afferma inequivocabilmente l'assoluta preminenza dell'autodeterminazione sulla vita anche in assenza di malattia, la sentenza del Tribunale costituzionale austriaco (11 dicembre 2020) ammette la liceità del suicidio assistito come scriminante procedurale, per la quale il Legislatore nazionale ha il dovere di disciplinare condizioni e modalità.

La sentenza austriaca G-139/2019-71 dichiara l'illegittimità costituzionale parziale della disposizione (§78 *StGB*) nella parte in cui incrimina e punisce l'aiuto materiale al suicidio. La Corte valorizza il diritto alla vita, negandone la declinazione in termini di dovere di conti-

⁸⁴ G. FORNASARI, *op. cit.*, pp. 3 ss.

⁸⁵ Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), 26 febbraio 2020, nn. 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 e 2 BvR 2527/16, § 210, disponibile consultabile al link: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html.

⁸⁶ F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁷ La distanza tra la Corte costituzionale italiana e quella tedesca, in tema di suicidio medicalmente assistito, è particolarmente ampia e tiene conto di "concezioni del mondo" troppo diverse. Le differenze tra i due approcci sono radicate nel tempo e si ritiene, all'esito di un'indagine storica, risalgano ai diversi percorsi religiosi e, in senso ampio, etico-morali intrapresi dalle comunità a partire dalla riforma protestante e dalla conseguente controriforma cattolica. Per un approfondito sguardo comparatistico, v. A. MANNA, *op. cit.*, pp. 4 ss.; Cfr. anche G. FORNASARI, *op. cit.*, pp. 6 ss. L'Autore evidenzia l'approccio di *soft paternalism* della Corte italiana, dove le principali critiche - tempestivamente mosse dalla Dottrina italiana - attengono al fatto che, con tale decisione, la Consulta si sia «eccessivamente appiattita sulle particolarità del caso giudiziario», avendo dovuto, piuttosto, sganciare la libera scelta di morire dal requisito della dipendenza da uno strumento artificiale: si possono immaginare facilmente «situazioni di grande sofferenza lasciate fuori senza giustificato motivo dal nuovo regime di esenzione da pena». Dall'altro lato, la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, aderendo ad una visione nettamente antipaternalistica, «impone di astenersi da ogni forma di repressione penale dell'aiuto al suicidio».

nuare a vivere. La disciplina censurata, inoltre, scontava una contraddizione: la incriminazione del suicidio assistito (somministrazione del farmaco che provoca la morte, accelerando il normale decorso della patologia) mal si conciliava, infatti, con la generale disciplina delle decisioni di fine vita già vigente nell'ordinamento austriaco, disciplina che regola e autorizza tanto l'eutanasia passiva (diritto di *lasciarsi morire* rifiutando le cure *anche* salvavita, come riconosciuto dalla *nostra* L. 219/2017) quanto l'eutanasia indiretta (somministrazione di cure palliative).

Il riconoscimento, dottrinale e giurisprudenziale, del principio di autodeterminazione responsabile in funzione di limite della responsabilità del terzo incontra talune incertezze. La dottrina tedesca è, infatti, divisa circa l'attualità della soluzione giurisprudenziale tradizionalmente applicata, basata sulla distinzione tra casi di *autoesposizione* al pericolo e ipotesi di *consenso* al pericolo altrui⁸⁸.

L'autoesposizione al pericolo è quella forma di partecipazione autoresponsabile della vittima al reato in cui quest'ultima, e non l'autore, mantiene il dominio sul fatto, potendo mettersi fine in qualunque momento. Si pensi al caso in cui la vittima assuma la dose letale di sostanze stupefacenti, condotta dannosa autoreferente resa possibile dal contributo di agevolazione del terzo che, ad esempio, le procuri le siringhe. In questo caso il terzo è responsabile penalmente solo se «si sia accorto che la futura vittima non comprendeva appieno le conseguenze della propria decisione di mettere in pericolo sé stessa e non agiva pertanto consapevolmente e autoresponsabilmente». La responsabilità del terzo, allora, interviene per il caso in cui occorra assicurare pienezza alla consapevolezza della vittima, in una prospettiva non così lontana dalle ragioni del paternalismo *soft* (che paternalismo non è, per Feinberg). Se la scelta di esporsi ad un pericolo è accompagnata dalla piena consapevolezza delle conseguenze derivanti dall'eventuale concretizzazione del rischio, si tende a escludere la responsabilità del terzo.

Nel caso di consenso al pericolo altrui il terzo ha il dominio sul fatto, rispondendo della eventuale concretizzazione del rischio lesivo nei confronti della vittima. Il consenso della vittima avrebbe ad oggetto la mera esposizione a pericolo, condotta pericolosa, e non l'evento lesivo.

Il caso Memel⁸⁹ supera questo orientamento, ma non definitivamente⁹⁰. L'assoluzione del traghettatore che aveva accettato la richiesta dei due passeggeri di attraversare il fiume, attraversamento conclusosi tragicamente con il rovesciamento dell'imbarcazione e la morte di questi, ha consentito alla dottrina di desumere il riconoscimento del principio di autoresponsabilità quale limite o causa di esclusione della responsabilità del terzo.

Questa impostazione giurisprudenziale, basata sulla differenziazione dei casi di autoesposizione e consenso al pericolo altrui, viene messa in discussione alla luce delle fattispecie concrete in cui il dominio sul fatto compete ad entrambi i soggetti, vittima e terzo-agente. Si guarda, allora, all'opportunità di favorire un'altra via per la quale, fuori dai casi di consenso quale scriminante, l'evento lesivo verificatosi non possa essere imputato al terzo coinvolto se

⁸⁸ M. HELFER, *op. cit.*, pp. 8 ss.

⁸⁹ Reichsgericht, 3 gennaio 1923, AZ IV 529/22 (*Memel-Fall*), in *openJur* 2012, p. 3239.

⁹⁰ Nelle ipotesi di consenso al pericolo altrui, si continua ad affermare la responsabilità penale del terzo agente che ha mantenuto il dominio esclusivo sul fatto.

la vittima abbia consapevolmente e autoresponsabilmente esposto direttamente o indirettamente i propri beni a pericolo⁹¹.

La dottrina italiana si affaccia al tema della autodeterminazione individuale quale limite della responsabilità penale altrui nel tentativo di offrire al suddetto principio una univoca collocazione sistematica nella struttura dogmatica del reato. Si prospettano, però, diverse soluzioni.

Un primo orientamento dottrinale guarda alla tipicità delle condotte dei terzi. Sulla linea del caso Memel, infatti, si richiede l'esclusione della rilevanza penale «sia nei casi di autoesposizione al rischio, sia nei casi di consenso al rischio creato da altri»⁹².

Il concorso colposo della vittima è stato ritenuto inidoneo a rappresentare quell'evento eccezionale ed imprevedibile suscettibile di escludere il nesso causale.

Sul piano della anti giuridicità, non manca la tesi per la quale il consenso prestato dalla vittima è tale da giustificare l'offesa in concreto verificatesi⁹³.

Diversa soluzione dottrinale⁹⁴ ritiene che il principio di autodeterminazione individuale sia tale da escludere o limitare la responsabilità altrui – la “vittima del reato” ha partecipato alla realizzazione dell'evento lesivo del proprio bene - laddove l'inosservanza della regola cautelare ad opera del terzo non sia sufficiente a spiegare la verificazione della lesione. L'Autrice, infatti, muove dal presupposto che la condotta della vittima del reato, sebbene dotata di apprezzabile efficacia causale rispetto all'evento dannoso, non sia tale da privare dell'analogo carattere di necessità il comportamento del soggetto agente, configurandosi semmai quale una “concausa” ai sensi dell'art. 41 co. 1 c.p. Quello del rapporto di causalità della condotta tipica, pertanto, non è il terreno entro cui far valere la rilevanza penale del principio di responsabile autodeterminazione individuale quale limite della responsabilità altrui (del soggetto agente)⁹⁵. In altri termini, il contributo della vittima troverebbe la sua na-

⁹¹ M. HELFER, *op. cit.*, pp. 8 ss; H. OTTO, *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung*, pp. 157 ss.; C. ROXIN, *Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende?*, in *GA*, 2018, pp. 251 ss.

⁹² O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 maggio 2019, p. 6.

⁹³ La tesi secondo cui l'anti giuridicità e, in particolar modo, la scriminante del consenso dell'avente diritto rappresenterebbero il primo e principale ambito del diritto penale in cui viene in rilievo il principio di autoresponsabilità non è priva di difficoltà di ordine teorico-concettuale. A tale proposito si rinvia alle autorevoli considerazioni di G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, pp. 115 ss. I confini concettuali dell'autoresponsabilità appaiono esorbitanti rispetto al limitato perimetro del consenso dell'avente diritto: in particolare, il principio in questione pare operare anche in relazione a beni assolutamente o relativamente indisponibili della “vittima” (come, ad es., la vita o l'incolumità fisica), rispetto ai quali non si riconosce efficacia scriminante al consenso; inoltre, se l'istituto del consenso richiede l'esistenza di un qualche atto di volontà (anche tacito) da parte della vittima, l'autoresponsabilità sembra operare anche senza che sia necessario accertare la sussistenza di un espresso atto d'assenso da parte del soggetto che si sia auto esposto alla fonte di pericolo oggettivo. La critica tiene, altresì, conto del fatto che nel caso del consenso dell'avente diritto, il c.d. “dominio causale” rimane nelle mani del terzo agente, mentre l'autoresponsabilità si riconosce nei casi in cui il governo eziologico del fatto permane in capo alla stessa “vittima”.

⁹⁴ O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., pp. 12 ss. Ricostruzione della propria soluzione dottrinale ampiamente sostenuta in O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2002. Tesi alla quale guarda, con particolare favore, anche G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, pp. 107 ss.

⁹⁵ O. DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., p. 326.

turale collocazione nella teoria della colpa: la condotta irregolare del soggetto passivo determinerebbe un «assottigliamento dei margini di prevedibilità e di evitabilità dell'evento dannoso (alla stregua dell'agente modello), ed incide pertanto sulla fisionomia della regola oggettiva da rispettare». Occorre, pertanto, procedere alla ricostruzione dello spettro cautelare della regola precauzionale di condotta «di cui l'evento dovrebbe rappresentare la concretizzazione», nel caso di colpa specifica⁹⁶.

In presenza di disposizioni scritte dal contenuto preventivo e modale, sarebbe possibile comprendere se la regola precauzionale di condotta violata sia volta alla tutela di chiunque o di determinate categorie di soggetti (anche contro sé stessi) e quale sia l'evento lesivo che si intenda prevenire attraverso la sua osservanza.

Ove non sia possibile la ricostruzione dello scopo della regola cautelare di fonte scritta (colpa specifica), si propone di «volgere la prevedibilità dell'evento (misura oggettiva della colpa) nella relativa doverosità, (...) insuscettibile di operare in presenza di eventi eccezionali, che cioè hanno basse possibilità statistiche di verificarsi» (tra i quali, certamente, rientrano le condotte *contra se* della vittima). *Giudizio* che verrebbe "corretto" dalla c.d. misura soggettiva della colpa, per il caso in cui «il concreto soggetto agente fosse stato a conoscenza di particolari circostanze che indiziassero l'inclinazione della vittima a realizzare» condotte autolesive⁹⁷.

La riconosciuta difficoltà di individuare una «univoca collocazione sistematica dell'autoresponsabilità all'interno della struttura dogmatica del reato⁹⁸», tenuto conto del fatto che nessuna di queste soluzioni ha fatto «particolarmente breccia nella giurisprudenza⁹⁹», spinge l'indagine verso la casistica giurisprudenziale, per comprendere come il principio di autodeterminazione individuale si estenda concretamente all'interno del diritto vivente.

5. Il ruolo del principio di autodeterminazione nella giurisprudenza italiana.

Sul piano dei giudizi di responsabilità, il principio di autodeterminazione trova la «più coerente declinazione» nell'autoresponsabilità («sotto forma di consapevole esposizione a pericolo, a prescindere dal mantenimento del dominio materiale del fatto») ¹⁰⁰. Occorre guardare al differente modo con cui la giurisprudenza italiana, nei vari contesti, riconosce un ruolo effettivo a tale diritto.

Il settore medico-chirurgico, essendo una attività socialmente utile e pericolosa, rappresenta uno dei contesti prediletti dall'illecito colposo. Il principio di affidamento, quale corollario più significativo del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale,

⁹⁶ Tenuto conto dell'ineliminabile discrezionalità interpretativa del giudice.

⁹⁷ L'autore, per sostenere la propria soluzione, si serve del caso giurisprudenziale che vede la condanna del datore di lavoro a seguito della morte di un minore che, introducendosi illecitamente e di sera nel cantiere, era precipitato dal tetto di un garage interno. (Cass., 15 ottobre 2014, n. 43168 in *D&G* 2014, pp. 26 ss. con nota di L. PIRAS, *Il ragazzino curioso muore in un cantiere: quali obblighi per il responsabile della sicurezza?*). nel tentativo di definire il ruolo del datore di lavoro, Di Giovine suggerisce di chiedersi se l'ingresso abusivo di un bambino nel cantiere fosse statisticamente probabile (e quindi prevedibile dall'ipotetico agente modello) e se il concreto datore di lavoro fosse a conoscenza di elementi tali da rendere a lui prevedibile l'intrusione dei ragazzini del quartiere.

⁹⁸ M. HELFER, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁹ O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., p. 16.

¹⁰⁰ M. L. MATTHEUDAKIS, *Prevedibilità e autoresponsabilità della "vittima": uno sguardo critico e propositivo alla casistica*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 25 ottobre 2022, pp. 1 ss.

«non finisce qui per sovrapporsi con quello di autoresponsabilità». Esso, infatti, non si rivolge al rapporto medico-paziente (soggetto «attivo» e soggetto «passivo»), viene semmai riferito alla necessità di accertare ovvero escludere la responsabilità penale individuale nei casi in cui la lesione sia prodotta dall'interazione di più persone. È limite al dovere obiettivo di diligenza che delinea «il confine oltre il quale sussiste la compartecipazione criminosa del fatto colposo»¹⁰¹, consentendo al consociato di non preoccuparsi dell'attività altrui e di confidare sull'altrui correttezza.

Nell'attività chirurgica di *équipe*, allora, ciascun sanitario risponderebbe del corretto svolgimento delle mansioni specificamente assegnate (divisione del lavoro come fattore di protezione del bene della vita, per cui ognuno si dedica al meglio alla propria fase), senza curarsi dell'operato altrui¹⁰².

Il principio generale di affidamento, quale limite del dovere obiettivo di diligenza, incontra due eccezioni ogni qualvolta vi siano circostanze concrete che rendano fin da subito evidente la incapacità del terzo di osservare la regola cautelare (conclamata inaffidabilità del terzo; eccezione di carattere "occasionale") ovvero sussista un obbligo giuridico di impedire l'evento *ex art. 40 cpv c.p.* (eccezione di carattere "funzionale").

Tali eccezioni vengono ampiamente valorizzate dalla giurisprudenza in tema di attività chirurgica di *équipe*, portando alla concreta esclusione applicativa del principio. Si ritiene che, quella del principio di affidamento, sia la storia di un «promessa non mantenuta»¹⁰³.

La giurisprudenza di legittimità, infatti, è costante nel ritenere che ogni sanitario, nel contesto di *équipe*, sia tenuto ad osservare obblighi «derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico»¹⁰⁴. Quanto al capo di *équipe*, la giurisprudenza, negando l'operatività del principio di affidamento, ravvisa delle eccezioni "funzionali" negli obblighi di verifica dell'apporto altrui – spiegabile alla luce dei poteri di direzione e coordinamento del gruppo.

I contesti della circolazione stradale e della sicurezza del lavoratore consentono di apprezzare la diversa sensibilità con cui la giurisprudenza riconosce spazi al principio di affidamento, in tal caso coincidendo col tema del concorso colposo della "vittima".

La sicurezza sui luoghi di lavoro rappresenta un tema particolarmente sentito nelle latitudini italiane, specie alla luce di sconcertanti riscontri statistici in tema di "caduti del lavoro". Negli ultimi decenni, si è delineata una crescente «responsabilizzazione» diretta del lavoratore sul piano normativo, alla quale la giurisprudenza non ha mai, salvo eccezioni, dato seguito valorizzando il principio di autoresponsabilità.

¹⁰¹ L. RISICATO, *Lezioni di diritto penale*, Pisa, 2023, pp. 356 ss.

¹⁰² Dovere reciproco di affidamento come versione più avanzata della divisione del lavoro come fattore di sicurezza. Cfr. L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, in *Riv. it. medicina legale*, 1 gennaio 2013, p. 1231.

¹⁰³ L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino 2013, pp. 71 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, pp. 155 ss.

¹⁰⁴ Ogni sanitario è tenuto a conoscere e controllare l'attività degli altri e, eventualmente, rimediare agli errori di questi se riconoscibili e rimediabili dal professionista medio (non specialista); come se si trattasse di un principio di diffidenza (non affidamento). Cfr. M. L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, p. 6. Riferimenti giurisprudenziali: Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2005, n. 18548; Cass. pen., sez. IV, 5 novembre 2009, n. 43958; Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2015, n. 30991; Cass. pen., sez. IV, 19 luglio 2018, n. 39733. Tutte le sentenze sono reperibili sulla banca dati giuridica: www.dejure.it.

In letteratura si parla di passaggio da un sistema basato esclusivamente sulla «prevenzione oggettiva», caratterizzato dalla imposizione di obblighi in capo al solo datore di lavoro senza tener conto dei possibili comportamenti inosservanti del preposto, ad un sistema fondato *anche* sulla «prevenzione soggettiva». A partire dal d. lgs. 626/1994, infatti, il legislatore stabilisce un rapporto maggiormente dialettico tra datore di lavoro e prestatore di lavoro subordinato, ove quest'ultimo diviene destinatario, oltre che di diritti di sicurezza, di obblighi di formazione e informazione¹⁰⁵.

La giurisprudenza, però, non ha dimostrato la stessa sensibilità del legislatore, negando spesso e volentieri la concreta applicazione del principio di autoresponsabilità. Questa, infatti, non esclude quasi mai la responsabilità del datore di lavoro, anche in presenza di incidenti rispetto ai quali la condotta inosservante (colposa) del lavoratore coinvolto ha avuto un'efficacia causale, in ragione di una *illimitata* posizione di garanzia derivante dall'art. 2087 c.c.¹⁰⁶.

Un primo filone giurisprudenziale esclude (astrattamente) la responsabilità del datore di lavoro in presenza di una condotta del preposto *eccezionale e abnorme*¹⁰⁷. In questo modo, la condotta sarebbe tale da escludere il rapporto di causalità, innescando un rischio (concretizzatosi nell'evento) diverso ed eterogeneo rispetto a quello derivato dalla condotta del datore di lavoro¹⁰⁸. Successivamente, la giurisprudenza ha posto l'attenzione sui caratteri della *imprevedibilità, eccentricità ed esorbitanza*. In tal modo, la questione della autoresponsabilità del lavoratore (quindi, anche, del principio di affidamento a vantaggio del datore di lavoro) si inserisce nell'ambito dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo e di concretizzazione del rischio sotteso alla violazione della regola precauzionale di condotta.

Il vero "tallone d'Achille" è, in ogni caso, rappresentato dalla pretesa di ricavare *a posteriori*, cioè a seguito della verifica dell'evento lesivo, una regola cautelare violata dal datore di lavoro, pretendendo tanto e troppo da un datore di lavoro che finisce per essere gravato da un'immensa posizione di garanzia. «Lo scopo della norma violata viene ricostruito a posteriori in termini meramente astratti, deducendo vincoli di tutela non solo tra datore di lavoro e lavoratore, ma tra datore di lavoro e terzi entrati (anche) furtivamente nel cantiere»¹⁰⁹. È

¹⁰⁵ Il lavoratore che non ottempera a tali obblighi posti a tutela della propria sicurezza va incontro alla realizzazione di reati di mera condotta. Egli è, pertanto, *anche* debitore di sicurezza. Cfr. M. L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, pp. 9 ss.

¹⁰⁶ L'art. 2087 c.c. dispone: «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

¹⁰⁷ Il datore di lavoro, destinatario delle norme antinfortunistiche, è esonerato da responsabilità penale soltanto nel caso in cui il comportamento del dipendente «sia *abnorme*, per tale dovendosi intendere: la condotta imprudente del lavoratore, compiuta dal medesimo in modo del tutto autonomo, in un ambito estraneo alle sue mansioni affidategli e, pertanto, al di fuori di ogni prevedibilità per il datore di lavoro; il comportamento rientrante nelle mansioni proprie del lavoratore ma consistito in "qualcosa di radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro".» Cfr. L. RISICATO, *Lezioni di diritto penale*, Pisa, 2023, pp. 356 ss.

¹⁰⁸ Ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale sulla base delle sentenze Cass. pe., sez. I, 17 settembre 2004, n. 36804, in *www.dejure.it*; Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2014, n. 22249, Cass. pen., in *Cass. pen.*, 2015, p. 1208, ad opera di M. L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, pp. 9 ss.

¹⁰⁹ L. RISICATO, *Lezioni*, cit., pp. 356 ss. Le estreme conseguenze di una impostazione giurisprudenziale del genere conducono a soluzioni eccessivamente paternalistiche, come nel caso della condanna del datore di lavoro per la morte del fanciullo che, introducendosi illecitamente e di sera nel cantiere, era precipitato dal tetto di un garage interno. (Cass., 15 ottobre 2014, n. 43168, in *D&G*, 2014, 26 ss. con nota di L. PIRAS, *Il ragazzino*

evidente, pertanto, la necessità di stabilire *ex ante* i parametri in presenza dei quali il principio dell'autoresponsabilità possa efficacemente escludere la responsabilità altrui, evitando che la verifica della lesione venga ricondotta al deficit di informazione in capo alla vittima e consenta *ex post* di affermare che il terzo agente (datore di lavoro) doveva e poteva prevedere ed evitare la realizzazione del pericolo (sopravvalutazione postuma delle sue conoscenze e possibilità di controllo del rischio)¹¹⁰. In questo modo, «la divergenza tra agente modello e agente reale diventa così incolumabile, con buona pace del principio di colpevolezza, mentre la diligenza del lavoratore tende per converso ad essere ridotta al minimo sindacale»¹¹¹. Si avrebbe, in altri termini, una «doppia deformazione dell'agente modello», estensiva per il datore di lavoro e restrittiva per il lavoratore¹¹².

In tempi più recenti, il principio di autoresponsabilità del lavoratore (e affidamento del datore di lavoro) trova positivo riconoscimento in alcune pronunce del giudice di legittimità che, valorizzando il sistema dialettico e collaborativo delineato dalla disciplina più recente, pongono l'accento sulla ripartizione degli obblighi tra datore di lavoro e lavoratore, escludendo che il primo abbia un obbligo di vigilanza assoluta rispetto al lavoratore, e sull'esclusione della responsabilità del datore se l'evento è derivato da condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore. Nel tentativo di "correggere" il giudizio di responsabilità colposa del datore di lavoro, adeguandolo alle concrete circostanze, si assiste ad una progressiva valorizzazione della misura soggettiva della colpa¹¹³.

In riferimento al contesto della circolazione stradale, il principio di affidamento sull'altrui osservanza delle regole cautelari viene spesso invocato ma considerato «concretamente inapplicabile» dalla giurisprudenza, specie alla luce della valorizzazione dell'opposto principio in forza del quale l'utente della strada è responsabile del comportamento imprudente altrui, *purché rientri nei limiti della prevedibilità*¹¹⁴. Quali siano i limiti della prevedibilità è dato saperlo solo all'esito della valutazione del caso concreto e, comunque, dell'apprezzamento – talvolta paternalistico- del giudice, il quale tende a ricondurre «nell'ambito dello spettro protettivo delle regole cautelari coinvolte anche gli eventi determinati, seppur in parte, dalla condotta del pedone»¹¹⁵.

Se il principio di affidamento viene eluso dalla riconosciuta prevedibilità del comportamento scorretto altrui, specie del pedone, sulla base del fatto che la verifica di un comportamento del genere non può mai essere escluso nel contesto della circolazione stradale, allora tale principio riceverebbe una applicazione illusoria finendo per "operare" solo quando non ce n'è bisogno, cioè nei casi di assoluta imprevedibilità della condotta imprudente altrui¹¹⁶. Ma quando la condotta imprudente del soggetto con cui si interagisce nel contesto della circolazione stradale, *in primis* il pedone, è assolutamente imprevedibile? La giurispru-

curioso muore in un cantiere: quali obblighi per il responsabile della sicurezza?); v. § 4 per l'analisi della "soluzione dottrinale" di O. DI GIOVINE, op. loc. ult. cit.

¹¹⁰ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., pp. 5 ss.

¹¹¹ L. RISICATO, *Lezioni*, cit., pp. 356 ss.

¹¹² M. L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, pp. 9 ss.

¹¹³ M. L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, pp. 9 ss.

¹¹⁴ M. L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, pp. 16 ss. Si riferisce a note pronunce, tra le quali Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 2019, n. 138, in www.dejure.it.

¹¹⁵ G. MARINO, *Il contributo contra se della vittima, con particolare riferimento all'investimento del pedone imprudente*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17 gennaio 2020, p. 16.

¹¹⁶ M. L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, pp. 16 ss.

denza, con fare protettivo che prescinde dalla considerazione per cui anche i pedoni sono destinatari di regole precauzionali di condotta di fonte *anche* scritta, ritiene che chi si pone alla guida del veicolo debba essere consapevole del fatto che i pedoni attraversano la strada improvvisamente, poiché è un «rischio tipico e quindi prevedibile della circolazione stradale». Il guidatore non va incontro ad alcuna responsabilità penale se, «per motivi estranei ad ogni suo obbligo di diligenza, si sia trovato nell'oggettiva impossibilità di notare il pedone e di osservarne tempestivamente i movimenti, attuati in modo rapido, inatteso e imprevedibile»¹¹⁷. Occorre notare, però, che chi si trova nell'oggettiva impossibilità di tener conto del prevedibile comportamento *anche* imprudente del pedone non si sta affidando all'altrui correttezza ma è costretto a farlo, agisce piuttosto in un contesto di affidamento forzato.

Ci sono pronunce che, senza menzionarla espressamente, riconoscono all'autoresponsabilità dei soggetti incidentati la capacità di escludere la responsabilità penale dell'automobilista, sul presupposto che il pedone che procede al buio e in tuta mimetica contromano in piena notte tiene una condotta che fuoriesce dalla sfera di prevedibilità¹¹⁸.

Atteggiamento fortemente paternalistico è assunto dalla giurisprudenza in tema di cinture di sicurezza. Si riconosce, infatti, una posizione di garanzia del guidatore tale per cui deve imporre a tutti gli occupanti del veicolo di indossare le cinture di sicurezza. Laddove non ottemperino, deve interrompere la corsa, andando altrimenti incontro a responsabilità penale per il danno eventualmente subito dal passeggero senza cintura, anche se cagionato da colpa esclusiva altrui. Come suggerito dalla miglior dottrina, sarebbe più rispettoso del principio di autodeterminazione individuale, in generale, aprirsi a soluzioni che valorizzino la scelta consapevole – “sostanzialmente volontaria”, riprendendo la terminologia feinberghiana – del passeggero, già invitato a indossare la cintura dal conducente.

Maggiormente incline a riconoscere spazi effettivi al principio di autoresponsabilità è la giurisprudenza di merito e di legittimità in tema di attività sportive montane ad alto rischio.

Essendo chiaro che lo sport in questione è accessibile a tutti, dall'atleta olimpionico a chi è animato dalla sola passione per la neve, occorre comprendere se e in che misura il comportamento di chi si espone volontariamente e consapevolmente al pericolo insito nell'attività sportiva possa escludere la responsabilità dei soggetti su cui gravano obblighi di protezione, ad esempio la guida alpina o il gestore della pista sciistica¹¹⁹.

La giurisprudenza di merito, nel corso degli anni, ha dimostrato di essere particolarmente sensibile al principio di autodeterminazione individuale in funzione di limite della responsabilità penale altrui. Nel caso della “guida di fatto”¹²⁰, il Tribunale di Sondrio esclude la configurazione di un obbligo di protezione e controllo a carico della guida di fatto, cioè lo sciatore

¹¹⁷ Cass. pen., sez. IV, 27 gennaio 2021, n. 7094; Cass. pen., sez. IV, 6 maggio 2021, n. 24414; Cass. pen., sez. IV, 19 maggio 2021, n. 20912, disponibili su: www.dejure.it. In dottrina, cfr. G. MARINO, *op. cit.*, pp. 16 ss.

¹¹⁸ G.U.P. Trib. Bologna, 9 luglio 2020, pubblicata assieme al commento di M. L. MATTHEUDAKIS, *Regole cautelari elastiche in ambito stradale e prevedibilità in concreto dell'evento*, in *Sistema penale*, 29 gennaio 2021, pp. 87 ss., disponibile su: sistemapenale.it; Cass. pen., sez. IV, 14 aprile 2016, n. 35834, disponibile su: www.dejure.it.

¹¹⁹ M. HELFER, *Autoresponsabilità versus posizione di garanzia: quali spazi applicativi in materia di sport invernali ad alto rischio?*, in *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, a cura di A. MELCHIONDA, S. ROSSI, Napoli, 2019, pp. 49 ss.

¹²⁰ G.U.P. Tribunale Sondrio 10 marzo 2005, riportato in S. ROSSI, *Le posizioni di garanzia nell'esercizio degli sport di montagna. Alla ricerca di nuovi equilibri in tema di obblighi precauzionali e gestione del rischio*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2013, pp. 9 ss.

più anziano del gruppo di sciatori esperti. Lo sciatore che, nella discesa, va incontro alla morte a causa della valanga da lui provocata era, a parere dei giudici, uno sciatore esperto e pienamente consapevole dei rischi legati all'attività intrapresa. «Non sussistendo nei suoi confronti alcuna necessità di tutela da parte di un terzo, in capo alla guida di fatto non era configurabile alcuna posizione di garanzia»¹²¹. In tale pronuncia non si fa esplicito riferimento al parametro della autoreponsabilità della vittima, ma si esclude comunque la rilevanza del fatto sul piano oggettivo.

Il caso "snowpark" e le pronunce sui "gestori delle piste da sci", ancora, conducono all'assoluzione dei gestori delle strutture, sul presupposto che lo *snowboarder* si sia esposto sotto la sua esclusiva responsabilità ad un pericolo eccessivo¹²² (salto particolarmente difficile) ovvero che i cumuli di neve, posizionati a margine della pista (al di fuori delle traiettorie generalmente percorse), rappresentino un pericolo tipico e prevedibile¹²³.

In relazione al caso del conducente di una motoslitte che, con a bordo altra persona, decise di fuoriuscire dalla pista da sci e "cavalcare" consapevolmente le depressioni del terreno limitrofo e aperto al pubblico incontrando rovinosamente la propria morte, la Corte di legittimità¹²⁴ esclude la condanna del legale rappresentante della società titolare del terreno («il fatto non sussiste») per effetto della disciplina dell'art. 41 co.2 c.p. (teoria del rischio): il rischio innescato dalla condotta di chi ha volontariamente affrontato gli inghiottitoi del terreno è ben diverso da quello, relativo alle cadute accidentali, per il quale sussiste l'obbligo di recintare il fossato.

Il principio di autoreponsabilità della vittima emerge anche da una ancora recente pronuncia della Cassazione, ove, escludendo la responsabilità per omicidio colposo a carico del gestore della pista da sci, viene affermato che «nessun obbligo di garanzia della sicurezza dello sciatore graverebbe sul gestore con riguardo ai pericoli esterni all'area sciabile, rispetto ai quali, in quanto pericoli tipici, la tutela dello sciatore è rimessa alla sua stessa prudenza e perizia»¹²⁵.

La sensibilità giurisprudenziale al tema, giustificata da parte della dottrina in ragione del fatto che i giudici «dispongono di competenze scientifiche essendo loro stessi appassionati di sport invernali»¹²⁶, è motivo di auspicio affinché, nel prossimo futuro, venga prestata maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale della vittima nella valutazione delle responsabilità in gioco.

La valorizzazione del principio di autoreponsabilità della vittima nell'esercizio dell'attività sportiva montana assume una dimensione normativa con il d. lgs. 40/2021, che stabilisce

¹²¹ M. HELFER, *Autoreponsabilità versus posizione di garanzia*, cit., pp. 60 ss.

¹²² Tribunale di Bolzano, sez. distaccata di Silandro, 28 gennaio 2005, n. 56, cit. in M. HELFER, *Autoreponsabilità versus posizione di garanzia*, cit., pp. 61 ss.

¹²³ Tribunale di Aosta, 15 marzo 2004, *inedita*; Tribunale di Bolzano, 14 dicembre 1987, n. 860, cit. in M. HELFER, *Autoreponsabilità versus posizione di garanzia*, cit., pp. 61 ss.

¹²⁴ Cass. pen., sez. IV, 2 luglio 2014, n. 36920, disponibile su: www.dejure.it.

¹²⁵ Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio 2017, n.14606, in *Cass. pen.*, 2018, 1, p. 254: «appare corretto riconoscere in capo al gestore l'obbligo di recintare la piste ed apporre idonee segnaletiche e protezioni o, in alternativa, rimuovere possibili fonti di rischio, anche esterne al tracciato, ma solo in presenza di un pericolo determinato dalla conformazione dei luoghi che determini l'elevata probabilità di un'uscita di pista dello sciatore, mentre appare eccessivo pretendere dal gestore che tutta la pista sia recintata oppure che tutti i massi ed i pericoli situati nelle sue prossimità siano rimossi».

¹²⁶ M. HELFER, *Autoreponsabilità versus posizione di garanzia*, cit., p. 62.

una «fisiologica associazione» tra l'esercizio libero e consapevole di scelte nell'ambito dell'attività montana e le «implicazioni sul piano della propria responsabilità per un danno riportato»¹²⁷.

6. Considerazioni conclusive.

Il principio di autodeterminazione individuale è un valore fondante della cultura giuridica liberale che, a seconda della diversa audacia del pensiero liberale di volta in volta considerato, dimostra la sua innata capacità di confrontarsi e bilanciarsi con valori ad esso equiparati, si pensi al rapporto tra autodeterminazione terapeutica e tutela del bene vita.

È un principio "trasversale" che rileva nei vari settori dell'ordinamento giuridico – non solo nella materia penale – manifestando la sua naturale tendenza a declinarsi sotto più profili. In riferimento a ciascuno di questi, il principio in questione tende ad atteggiarsi quale valore costituzionalmente rilevante, relativo e bilanciabile.

Contrariamente alla *Soft paternalism strategy* di matrice feinberghiana¹²⁸, il principio di autodeterminazione individuale non si impone, quale valore assoluto *necessariamente prevalente*, su ogni tentativo di bilanciamento.

Guardando all'autodeterminazione terapeutica come declinazione del principio, infatti, la giurisprudenza costituzionale italiana esclude l'esistenza di «diritti tiranni» che sovrastano su ogni pretesa di tutelare opposti valori costituzionalmente rilevanti. Il giudizio di bilanciamento tra opposti interessi costituzionalmente rilevanti non si risolve a priori né con la necessaria prevalenza della tutela del bene vita né con l'incondizionata affermazione della libertà di autodeterminazione terapeutica: ci sono casi in cui il divieto di aiuto al suicidio non può essere apprezzato in termini assoluti, dovendosi piuttosto riconoscere il diritto di essere agevolato nell'esecuzione del proprio proposito suicida al fine di garantire piena effettività alla scelta libera e consapevole di rifiutare le cure lasciandosi morire (quale naturale estrinsecazione della libertà di autodeterminazione terapeutica). La Corte costituzionale, con indirizzo giurisprudenziale ampiamente consolidato e confermato dalle più recenti pronunce¹²⁹, evidenzia il fondamento costituzionale del principio di libera autodeterminazione terapeutica rinvenibile nell'art. 32 Cost. e ammette la eccezionale prevalenza del principio all'esito del bilanciamento tra opposti valori. La legge 219/2017 recepisce parte di questa cultura giuridica liberale improntata al principio di autodeterminazione individuale, riconoscendo al paziente il diritto di rifiutare le cure *anche* salvavita purché il consenso sia «sostanzialmente volontario»; l'esercizio di tale diritto è "fonte" di un dovere del sanitario il cui adempimento scrimina la condotta attiva.

Cogliendo il buono da taluni indirizzi giurisprudenziali, è evidente la opportunità delle soluzioni giurisprudenziali in tema di autodeterminazione terapeutica, ove il principio esclude la responsabilità penale del terzo che si limiti ad agevolare sul piano meramente fattuale l'estrinsecazione di una scelta consapevole e «sostanzialmente volontaria» di chi versa in condizioni che, se si continuasse a negare la via del suicidio medicalmente assistito, lo esporrebbero alla alternativa tra lasciarsi andare verso una morte non dignitosa rifiutando le cure

¹²⁷ L'art. 18 recita: «lo sciatore è responsabile della condotta tenuta sulle piste da sci (...)». In tema, v. M. L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, pp. 24 ss.

¹²⁸ F. SERRAINO, *op. cit.*, pp. 43 ss. Serraino si occupa abilmente della ricostruzione delle strategie feinberghiane, il cui riferimento costante è J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit.

¹²⁹ Tra le quali, Corte cost., (1 luglio 2024) 18 luglio 2024, n. 135, disponibile su: www.cortecostituzionale.it.

ovvero non esercitare liberamente il proprio diritto di autodeterminazione terapeutica a causa del timore di una morte indecorosa, dolorosa e atroce per sé e i propri affetti.

Se l'attuale giurisprudenza costituzionale è particolarmente sensibile al tema del suicidio assistito, non può dirsi lo stesso per il legislatore. Quest'ultimo, infatti, non risponde ai moniti della Consulta e al consenso sociale trasversale che ormai caratterizza queste tematiche¹³⁰.

Evitare che «l'esistenza biologica si traduca nella condanna di vivere comunque e in qualsiasi condizione»¹³¹ è possibile, la più attenta dottrina e l'odierna giurisprudenza costituzionale lo dimostrano, ma richiede anche uno sforzo in più del legislatore, da sempre passivo spettatore delle vicende (e delle sollecitazioni) giurisprudenziali.

È notizia abbastanza recente l'approvazione (e la successiva promulgazione), da parte del Consiglio regionale della Toscana, di una legge che, strutturata in sei articoli, regola la procedura con cui a determinate condizioni ci si può autosomministrare un farmaco letale. Si tratta della prima legge, sebbene regionale e non parlamentare, che dà seguito agli approdi della giurisprudenza costituzionale in tema di suicidio assistito. La legge, approvata con 27 voti favorevoli e 13 contrari, ha già conosciuto insidie di non poco conto: attraverso un tempestivo ricorso al collegio di garanzia statutaria¹³², le forze politiche dissenzienti hanno cercato di impedirne la promulgazione. Il Collegio di garanzia statutaria della Regione Toscana ha rigettato il ricorso, consentendo al Presidente dell'Ente Regione di promulgarla tempestivamente. Superato questo primo ostacolo, però, ne segue un altro: il Governo italiano ha deciso di impugnare la legge regionale di fronte alla Corte costituzionale, motivando il ricorso alla luce di un presunto conflitto di competenze.

Il Legislatore nazionale, quasi nel tentativo di voler difendere la propria *libertà di autodeterminarsi nell'inerzia* dalle iniziative legislativo-regionali che sprigionano una maggiore sensibilità (oltre che serietà) sul tema, sta iniziando a preparare un intervento di *presunto* accoglimento delle linee guida dettate dalla ormai consolidata giurisprudenza costituzionale. Proprio in questi giorni, infatti, le forze politiche si stanno scontrando in merito alla opportunità di imbastire un testo di legge che, offrendo una sintesi dei vari Ddl susseguitesesi nel tempo, si conformi – per definizione, oggetto e finalità- alla sent. cost. 242/2019¹³³. Questo tentativo di risposta alla reiterata richiesta di intervento da parte della Consulta si è tradotto in uno schema che, a ben vedere, ripropone l'eterno ritorno dell'atteggiamento paternalistico. Nel perseguimento dei preannunciati principi di inviolabilità e indisponibilità del diritto alla

¹³⁰ Ancora una volta, si faccia riferimento all'interpretazione delle ragioni sottese alla iniziativa referendaria («nata quale reazione all'inerzia del legislatore nel disciplinare le materie delle scelte di fine vita») offerta dalla Consulta. Cfr. Corte cost., (15 febbraio 2022) 2 marzo 2022, n. 50, disponibile su: www.cortecostituzionale.it. In tema, in dottrina, v. L. RISICATO, *Il diritto di morire tra cuore e ragione*, cit.

¹³¹ G. SILVESTRI, *La vita: "dono" o diritto?*, relazione al XVIII° Congresso dell'Associazione Luca Coscioni, Roma 8-9 ottobre 2021, cit. in L. RISICATO, *Il diritto di morire tra cuore e ragione*, cit., pp. 4 ss.

¹³² I promotori del ricorso ritengono che la Regione non abbia la competenza in materia. La questione del rispetto del principio costituzionale di riserva di legge (statale) in materia penale potrebbe essere risolta positivamente alla luce del fatto che, sebbene l'ordinamento penale è materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato (la giurisprudenza costituzionale da tempo discute di «statualità a doppio titolo del diritto penale»), il legislatore regionale si sta limitando a specificare i presupposti fattuali per la operatività di una scriminante "procedurale" già riconosciuta dalla Corte costituzionale attraverso una sentenza di incostituzionalità parziale della norma penale. La Regione, inoltre, interviene legittimamente in materia di «tutela della salute», osservando i principi generali dell'ordinamento giuridico che, nel caso di specie, sono stati fissati dalla Consulta.

¹³³ Per una prima e immediata comprensione della direzione che il Legislatore intende imprimere allo schema, v. https://www.quotidianosanita.it/lettere-al-direttore/articolo.php?articolo_id=128267.

vita ed eccezionalità del ricorso al suicidio assistito, si offre uno testo che introduce un'ulteriore condizione di accesso al percorso di fine vita assistito: oltre ai ben noti presupposti individuati dalla Corte costituzionale, si fa riferimento alla circostanza che la persona "sia già inserita in un programma di cure palliative." Che si tratti di un tentativo paternalistico di proteggere il bene vita dalle scelte – più che sofferte ma comunque sostanzialmente volontarie – di chi ne è titolare, lo si può desumere dall'evidenza scientifica, la quale dimostra che laddove vengono praticate le cure palliative, il ricorso al suicidio assistito o all'eutanasia si riduce drasticamente¹³⁴.

Questo improvviso e sorprendente «passo in avanti» potrebbe, però, essere solo apparente: come osservato all'interno del confronto dialettico tra forze politiche, non viene offerta adeguata ed effettiva tutela al diritto di autodeterminazione. L'inerzia legislativa, visti i reiterati richiami della Consulta, non va bene, ma si finirebbe per rimpiangerla se questo è il risultato.

La trasversalità del principio di autodeterminazione individuale consente di guardare alle differenti ampiezze assunte dalle sue declinazioni, affidamento e autoresponsabilità fra tutte, nella casistica giurisprudenziale.

Allo stato attuale, la giurisprudenza italiana è restia ad ammettere degli spazi seri ed effettivi alla rilevanza giuridico-penale del principio di autodeterminazione individuale in funzione di limite della responsabilità altrui. Il settore della sicurezza nei luoghi di lavoro, ad esempio, dimostra le diverse tendenze giurisprudenziali, spesso volte ad ignorare le più importanti novità legislative in tema di rapporti tra datore di lavoro e prestatore di lavoro subordinato. La casistica, in ogni caso, conferma l'opportunità di attribuire rilevanza al principio di autodeterminazione individuale in funzione di limite della responsabilità penale altrui attraverso un'attenta ricostruzione dello scopo della regola precauzionale di condotta violata dal datore di lavoro. Il limite della prassi applicativa, però, risiede nella generalizzata pretesa di ricavare *a posteriori*, una volta verificato l'evento lesivo, la regola cautelare asseritamente violata *ex ante* dal datore di lavoro, esigendo tanto e troppo da un datore di lavoro che finisce per essere gravato da una sconfinata posizione di garanzia¹³⁵.

Se i contesti della sicurezza nei luoghi di lavoro e della circolazione stradale dimostrano un atteggiamento giurisprudenziale piuttosto "disorientato", generalmente animato da atteggiamenti paternalistici – si pensi alla protezione accordata al pedone, al di là del fatto che ogni utente della strada è destinatario di regole precauzionale di condotta- e solo sporadicamente incline a valorizzare il principio di autodeterminazione individuale, diversa è la posizione assunta dal giudice di merito – e di legittimità – in relazione al contesto delle attività sportive in alta montagna.

Il principio di autodeterminazione individuale, nelle sue declinazioni in affidamento e autoresponsabilità della vittima, trova delle interessanti prospettive nella giurisprudenza, anche di legittimità, in tema di pratiche sportive montane, ove il contributo autoresponsabile della vittima esclude o attenua la tipicità del fatto di reato. Il quadro giurisprudenziale e normativo attuale sembra promuovere l'idea che chi pratica sport ad alto rischio debba essere

¹³⁴ A.D. COLOMBO - G. DALLA-ZUANNA, *Data and Trends in Assisted Suicide and Euthanasia, and Some Related Demographic Issues*, in *Population and Development Review*, 2024, 50, pp. 233 ss., disponibile all'indirizzo telematico: <https://doi.org/10.1111/padr.12605>.

¹³⁵ Tema della «doppia deformazione dell'agente modello», per il quale si rimanda ai §§ 3 e 4.

consapevole delle implicazioni delle proprie azioni e prendersi la responsabilità delle conseguenze, riducendo il peso delle responsabilità su chi gestisce le strutture sportive.

Se il principio di autodeterminazione individuale, nelle sue diverse declinazioni, è valore costituzionale “relativo” ma pur sempre *costituzionale*, deve riconoscersi il merito ad una cultura giusfilosofica liberale che, seppur con fatica, si sta lentamente imponendo nella giurisprudenza ordinaria e costituzionale, senza tuttavia prendere corpo in norme di legge deliberatamente (e colpevolmente) assenti. Nel silenzio del legislatore, l’auspicio non può che essere rivolto ad una sempre maggiore sensibilizzazione degli operatori del diritto, specie di chi è *dominus* delle scelte in materia penale.