

JOSÈ DE FARIA COSTA

LA FINE DELLA VITA ED IL DIRITTO PENALE

Estratto da L'INDICE PENALE
Nuova Serie - Anno VIII - N. 2 - Maggio-Agosto 2005



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI - PADOVA

La fine della vita ed il diritto penale (*)

§ 1. INTRODUZIONE

1. Avvicinamento al problema (suo nocciolo)

Il problema della fine della vita costituisce, a vario titolo, una di quelle materie che sollevano repulsioni ataviche nell'essere trattata, analizzata e studiata⁽¹⁾, oltre ad essere l'argomento in cui tutte le incomprensioni sono possibili⁽²⁾, indipendentemente dal punto di vista adottato che può essere di matrice etica, religiosa, giuridica o filosofica⁽³⁾. C'è come una ostina-

(*) Traduzione di Paolo Furlotti.

⁽¹⁾ Sottolineando peraltro – ed in modo chiaro – questo aspetto della materia; sottolineando un inevitabile orizzonte pre-giuridico, in questo contesto in cui la giuridicità è assolutamente determinante, vedasi in proposito GIUNTA, *Diritto di morire e Diritto Penale (I termini di una relazione problematica)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 40 (1997), p. 74-77. Per una visione della problematica dell'eutanasia a partire dall'antichità classica dell'ebraismo, giudaismo e della cristianità, si vedano le ben strutturate pagine de BENZEHOFFER, *Der gute Tod ?*, München: Beck, 1999, p. 13-60.

⁽²⁾ Una delle critiche che a volte, si muove a coloro che studiano la tematica della morte, si basa sulla spropositata e delegittimante valutazione per cui “chi si occupa di tale questione (l'eutanasia) propende per la cultura della morte”. Ora, sia ben chiaro – se è necessario – che si rigetta in limine qualunque tentativo di bollare questo studio nel segno di quella valutazione. Tutto al contrario. Sottolineiamo invece che il vero portico d'ingresso a questo studio devono essere le parole di Seneca. “Meditare mortem: qui hoc dicit meditari libertatem iubet” (SENECA, *Epistulae morales ad Lucilium*, III, 26, 19). In verità, si riconosce che qualunque riflessione degna di tale nome può anche essere esortazione a qualcosa di differente dalla libertà, ma di certo non si accetta l'assenza di riflessione e analisi del lato più oscuro, irrazionale e innominabile della nostra condizione umana. Porremo a base di questo studio, a ben vedere – e indipendentemente dalla posizione che si assuma – la tensione comprensiva che questo problema suscita, accende o, infine, fa balzare agli occhi dello studioso, con la libertà. Con questo pezzo di noi stessi che serve un solo “padrone”: la storicità.

⁽³⁾ Ci serviremo di un esempio recentissimo che riguarda alcuni tra i più attenti ed impegnati intellettuali che si sono cimentati con la problematica. Nel 1996, Anselmo Borges pubblicò un testo intitolato *Morrer dignamente. A obstinacao terapeutica*, dove si dice “L'eutanasia attiva forzata, che risveglia gli orrori del nazismo deve essere assolutamente condannata come assassinio esecrabile, se non si voglia scendere nella barbarie” (cf. BORGES, “Mor-

zione irrazionale di rifiuto, soprattutto oggi⁽⁴⁾, di tutto ciò che si dice rispetto alla fine della vita; di ciò che si dice rispetto alla morte. Non è necessario dichiararsi heiddegariani per comprendere che siamo esseri destinati alla morte⁽⁵⁾. Ossia: siamo esseri che sanno di muoversi entro un orizz-

rer dignamente. *A obstinação terapêutica* in *Bioetica* (Luis Archer, Jorge Biscaia e Walter Osswald, coord.), Lisboa: Verbo, p. 366). Nel 2002 João Lobo Antunes scrive, verso la fine di un saggio dal titolo "O dever esquecido", quanto segue: "la vita clinica mi ha insegnato a rifiutare con veemenza le condanne inappellabili di certi comportamenti, come quelli descritti in un manuale di bioetica che afferma esplicitamente: 'L'eutanasia attiva forzata, che risveglia gli orrori del nazismo deve essere assolutamente condannata come assassinio esecrabile, se non si voglia scendere nella barbarie'. Non l'ho mai praticata ma ora mi pento di non aver avuto, nemmeno una volta, il coraggio di aver alleviato la sofferenza di una persona in agonia di fronte ad un male incurabile". (Cfr. LOBO ANTUNES, *Memoria de Nova Torque e outros ensaios*, Lisboa: Gradiva, 2002, p. 176-7). Ora, ci pare che ciò che il primo autore volesse sottolineare fosse l'allontanamento di qualunque volontà di concepire una idea di eutanasia attiva forzata, si ripete, forzata. Una eutanasia attiva forzata che rapidamente potrebbe trasformarsi in una eutanasia attiva forzata e massiva. Ora, quel limite si posiziona molto oltre ciò che è desiderabile e che si vuole qui analizzare, ed è normale e perfettamente sostenibile che lo sia. Addirittura si può definire come esigibile in società democratiche, pluralistiche e iper-complesse come sono, felicemente, le nostre, dove prevale l'elemento centrale e determinante di tutta questa problematica, ossia l'autodeterminazione della persona. Esigibile, di conseguenza, che non ci siano eutanasi attive, forzate e massive. Comunque, al di fuori di eutanasi attive forzate e massive, il campo è aperto alla discussione. Aperto a tutte le sensibilità, a tutte le argomentazioni, a tutte le ragioni. Ossia: quello che Lobo Antunes lamenta non aver avuto il coraggio di fare, non trovava lo sfavore, così ci pare di capire, delle riflessioni di Anselmo Borges. Una incomprensione che, a ben vedere secondo il nostro pensiero, non ha nessuna ragion d'essere nel pensiero ultimo e autentico dei due autori che sono entrambi degni di studio, poiché in entrambi si incontra l'apertura seria e ponderata alla problematica dell'eutanasia.

⁽⁴⁾ Si tengano in debita considerazione le seguenti parole: "L'odierno occultamento della morte nasconde, in realtà, la nostra grande paura e smaschera l'impreparazione culturale di una società i cui membri si riconoscono incapaci di convivere con l'idea di finitezza e di transitorietà, l'idea che ciascuno di noi è implacabilmente destinato a scomparire", MACCELLARI, "la Morte tra medicina e filosofia", in *La fine della vita*, Bologna, Apeiron, p. 165.

⁽⁵⁾ Consideriamo, per esempio, sebbene in registri filosofici manifestamente differenti – e che qui si vogliono manifestamente differenti in quanto illustrazione di una differenza di pensiero, – Voltaire e Max Scheler. Il primo, nel suo "Dictionnaire Philosophique", sotto la voce *Homme*, scrisse: "L'espèce humaine est la seule qui sache qu'elle doit mourir" (VOLTAIRE, *Dictionnaire Philosophique*, Edition Touquet, Vol. V, Paris, 1821, p. 480); il secondo in uno studio «Tod und Fortleben», afferma «Ein Mensch wuste in irgendeinen Form und Weise, das ihn der Tod ereilen wird, auch wenn er das einzige Lebewesen auf Erde wäre» (cfr. SCHELER, *Schrifeten aus dem Nachlass*, I, Berlin: *Der Neue Geist*, 1933, p. 9). Comunque, quanto all'asserzione di Voltaire è bene aggiungere, molto rapidamente, qualcosa di più, perché di solito si riferisce solo la parte che si è appena trascritta. Cominciamo quindi ad enunciare tutto il paragrafo: "L'espèce humaine est la seule qui sache qu'elle doit mourir, et elle ne le sait que par experience. Un enfant élevé seul, et transporté dans un île déserte, ne s'en douterait pas plus qu'une plant et un chat» (idem). Con il risultato che, per Voltaire, la certezza della morte, come afferma lo stesso, è un dato che si acquisisce con la esperienza. E, nella sua enfasi demistificatrice e radicale, porta, come si è visto, a comparare l'assenza di dubbi del bambino che fosse

zonte ultimo⁽⁶⁾ che ha come linea di confine una porta, mai aperta o socchiusa, sempre chiusa ermeticamente. In essa si traduce la morte. Ma ciò che più rileva ed è particolarmente interessante, per proseguire in questa sorta di introduzione, è la abissale disparità di trattamento della problematica che possiamo percepire considerando, da un lato, la grande quantità di studi sulle conseguenze del fenomeno sociale della morte e, dall'altro, l'esiguità o addirittura inesistenza di lavori seri, fondati e razionalmente argomentati, che tentino di inquadrare la morte, non per le conseguenze sociali o socio-giuridiche⁽⁷⁾ che ne discendono necessariamente, ma per le semplici domande che pone il significato basilare della morte⁽⁸⁾.

La morte di certo si pone come un problema centralissimo, assiale, della nostra vita individuale e collettiva, ma se ne discute solo per ciò che essa provoca⁽⁹⁾. Tutto ciò che sta prima degli effetti, delle conseguenze giuridiche e sociali, e che non va confuso con le cause – cioè, ciò che si pone tra causa ed effetto, e si traduce nel vero e proprio fenomeno della morte – ha dato origine a riflessioni poetiche, ma è anche stato base per analisi, convinzioni, o sentimenti religiosi⁽¹⁰⁾ o, molto semplicemente, per il tentativo di

sopravvissuto su un'isola deserta, all'assenza di dubbi (circa la morte) di una pianta o di un gatto. Agli antipodi di questa valutazione sta Scheler, per quanto, come abbiamo visto, per l'autore è un dato indubitabile che un uomo, anche se fosse l'unico essere vivente sulla terra, saprebbe sempre che sarebbe, prima o poi, sorpreso dalla morte.

⁽⁶⁾ Su questo orizzonte – in ultima istanza, orizzonte culturale – e ciò che esso rappresenta di pre-formativo e di essenziale per l'umano si veda la sintesi di ASSMANN, *La morte come tema culturale*, Torino, Einaudi, 2002 (trad. Italiana di *Der todt als Thema der Kulturtheorie*), p. 6.

⁽⁷⁾ Atteniamoci solo, alle conseguenze strettamente giuridiche. Cominciamo col dire che la morte è un fenomeno talmente importante – ovvero, che ha conseguenza di tale rilevanza – che porta, in circostanze determinate dalla legge, a presumerla (vedansi gli artt. 114 e ss. del Codice Civile portoghese). Inoltre sottolineiamo, a titolo meramente esemplificativo, due delle conseguenze significative della morte: a) il momento dell'apertura della successione coincide con il momento della morte (art. 2031 c.c. Port.); b) la morte come causa di estinzione della responsabilità penale (artt. 127 e 128 c.p. Port.)

⁽⁸⁾ Per questo è molto significativo ciò che scrive Patricia S. Mann "We philosophers are always trying to get death, and always failing. Anthropologists and social historians are likely to do better than philosophers in their efforts to characterize death, insofar as they can investigate the many faces of death in different cultural contexts; death in battle may be heroic; death in youth may be tragic; death in old age benign" MANN, "Meanings of death" in: *Physician Assisted Suicide* (edited by Margaret P. Battin, Rosamond Rhodes, and Aita Silvers), New York / London, Routledge, 1998, p. 11.

⁽⁹⁾ Su ciò che provoca, ma anche su ciò che suggerisce, cfr. *Death Rites (Law and Ethics at the end of life)*, edited by Robert Lee and Derek Morgan, London/new York, Routledge, 1996.

⁽¹⁰⁾ È ovvio che qui non possiamo prendere nemmeno in considerazione gli straordinari mondi poetici, letterari, pittorici o religiosi. Una qualunque incursione in quei campi ci allontanerebbe dall'essenziale e, inoltre, per quanto intenso fosse l'impegno, si darebbe solo una pallida idea dell'immensità delle opere che hanno la morte come questione centrale. È

costruire artificialmente una riflessione trasparente e motivata. Tentando di rendere il più chiaro possibile il discorso, possiamo dire che una cosa è lo studio della morte per ciò che da essa deriva; altrettanto è lo studio della morte attraverso le cause che la determinano; altra cosa – ancora e ben diversa – è l'avventura dello studio della morte nella sua essenza.

2. L'intrinseca difficoltà teorica del tema

Per il momento, possiamo dire che l'essenza delle cose, in generale, non implica necessariamente una maggiore facilità nell'avvicinamento alla loro comprensione. Ciò significa che più ci avviciniamo alla essenza di un concetto, più ci allontaniamo, parallelamente, dalla sua globale comprensione⁽¹¹⁾. C'è come una resistenza strenua da parte dell'essenza ad essere violata attraverso l'analisi ad ampio spettro e sfaccettata che la comprensione comporta. Ma, allo stesso tempo e paradossalmente, quel rifiuto strenuo dell'essenza corrisponde alla volontà, ugualmente intensa, di conoscere il mistero in cui si traduce la morte. Ora, questa ambivalenza, se non fosse segnalata già in principio in tutta la sua ampiezza, potrebbe facilmente inquinare il pensiero che, in modo tenace e risoluto, si ostina a penetrare nella dimensione essenziale della morte. E di certo siamo attratti dall'intrinseca difficoltà teorica che lo studio della morte porta con sé, indipendentemente, come già riferito, dal punto di vista nel quale ci collochiamo, o dalla metodologia che utilizziamo.

È chiaro che la vastità del campo e tutte le difficoltà che esso cela potrebbero portare ad un altro atteggiamento e con ciò condurci ad abbandonare una tale problematica. E le buone ragioni non mancherebbero per abbandonarla, poiché, se non altro e in un'ottica del tutto pragmatica, di certo sarebbero infinitamente superiori gli sforzi intellettuali rispetto ai benefici teorici o pratici conseguenti alla completa comprensione della tematica⁽¹²⁾.

particolarmente interessante vedere, nonostante la ineludibile differenza di punti di vista, che, anche nei colloqui che si formano sotto una comune matrice confessionale, nel caso della religione cattolica, si sente il pulsare delle difficoltà di affrontare la molteplicità tematica che la morte può risvegliare "soprattutto quando ci poniamo a riflettere e a consultare opere e lavori sulla morte ci sorprende la molteplicità di approcci differenti al problema" RENAUD, "Morte e eutanasia perante a etica filosofica", *Broteria*, vol. 150 (2000), p. 223. Si aggiunga che il volume al quale ci siamo appena riferiti è monografico e tratta di eutanasia.

⁽¹¹⁾ E questo tipo di impostazione razionale è quindi comprensibile e sostenibile – e talvolta di più – anche se ci allontaniamo dal rigore della logica di matrice aristotelica.

⁽¹²⁾ Si segnala che un tale abbandono potrebbe essere basato non solo sulle ragioni indicate nel testo, ma anche, e ancor prima, sull'assioma secondo cui la morte, non essendo un fenomeno della vita, non appartiene alla vita, non appartiene all'immediatamente comprensibile e razionalizzabile. Wittengstein va proprio per questa via quando nel suo *Tractatus Logicus Philosophicus* (6.4311) afferma "A morte nao è um acontecimento da vida. Nao ha uma viven-

Ciò nonostante, ci pare che, senza dilungarci in ulteriori spiegazioni, sia scorretto abbandonare in questo modo una materia di tale interesse. In primo luogo, perché quando ci occupiamo di cose metafisiche, è bene non entrare nel gioco logico della pura utilità, soprattutto quando ciò che si vuole analizzare è lo spessore di un argomento che, nonostante il suo carattere spinoso e resistente all'analisi, si mostra senza dubbio particolarmente importante per la vita delle singole persone e della collettività. Così, ed in questo modo riprendiamo il filo della considerazione precedente per giungere alla seconda delle considerazioni di base. La questione della morte non è, né può qui essere intesa come una mera ed evanescente problematica di tipo manifestamente teorico: essa rappresenta una vera e propria questione pratica. Ciò che si vuole, è percepire la morte nella sua essenza per poterne dedurre conseguenze pratiche, a seguito della sua comprensione.

3. La morte, la fine della vita, come l'unico fenomeno della vita che ci è assolutamente impenetrabile

La percezione della realtà, la sua comprensione o, addirittura, la sua analisi essenziale, rendono assolutamente indispensabile un arsenale minimo e pre-comprensivo, che permetta di accedere alla realtà che si vuole studiare. Ossia: se non avessimo una quota, sia pur ridotta, di riferimenti oggettivi, la realtà che vogliamo studiare ci sarebbe completamente ignota, ostile, quasi inaccessibile. È evidente che i fenomeni, per essere compresi e percepiti, non debbono necessariamente essere vissuti da chi li studia o analizza. Altri possono riferirci un determinato fenomeno da loro vissuto in prima persona e noi, interiorizzandolo come un momento vissuto da terzi, possiamo accedere alla comprensione dell'aspetto del fenomeno che ci interessa, sia come semplici cittadini, sia come cultori di una determinata disciplina.

Ad esempio, è evidente che l'uomo, in quanto appartenente al genere maschile, non può vivere in prima persona il fenomeno dell'aborto, ma può sicuramente "comprenderlo", anche in tutta la sua profondità, sulla base delle esperienze riferitegli da donne che lo hanno vissuto. Il racconto di tali donne, sulla base di una comunicazione razionalmente fondata, permette a tutti gli altri membri della collettività di partecipare alla comprensione del fenomeno dell'aborto⁽¹³⁾ e, di conseguenza, di formarsi una opinione sul punto.

cia da morte" (cf. Wittengstein, *Tractatus Logico-filosofico e Investigaciones Filosóficas* (trad. e prefaz. Di M.S. Lourenco), Lisbona, Fondaz. Calouste Gulbenkian, 1987, p. 139).

⁽¹³⁾ Tuttavia ci si permetta di approfondire un po' di più questo punto. Infatti, nonostante ci sia consentito accedere alla comprensione del fenomeno attraverso la sensibilità e la razionalità femminile, non può essere smentito che all'uomo mancherà sempre una irriduci-

È comunque evidente che ci sono anche altri fenomeni della vita che presentano gradi profondissimi di impenetrabilità. Basta pensare, solo per fare alcuni esempi semplici e concreti⁽¹⁴⁾, alla vita umana durante la gestazione, o alla vita umana durante uno stato comatoso. È chiaro che questi due momenti sono radicalmente differenti: è opportuno, perciò, distinguere. Una cosa è la vita durante la gestazione, quando la coscienza di sé del nascituro è minima o tendenzialmente inesistente, ed altra cosa, totalmente diversa, è la vita durante uno stato comatoso. Infatti, tutti viviamo la gestazione, ma non tutti viviamo una esperienza comatosa. Di conseguenza, è necessario che la nostra attenzione si incentri, soprattutto, sulla nostra essenza simmetrica di "esseri nati per morire". Ciò significa: in un momento iniziale, gli uomini sono sicuramente e irriducibilmente "nati per vivere". Contrariamente alle cose che si limitano ad esistere, noi esseri umani "siamo". Il che implica che in quel momento, nel momento in cui nasciamo e diventiamo "esseri nati per vivere", anche l'impenetrabilità emerge, unica ed irripetibile⁽¹⁵⁾. Accade che, contrariamente alla morte, (ossia al "non-essere"), l'esperienza di essere apre uno spiraglio alla sua stessa comprensione. Questa esperienza può essere studiata e analizzata da terzi. La scienza nelle sue più distinte e specifiche discipline, ci dà e ci spiega, attraverso le relazioni tra i fenomeni, l'*iter* della fenomenologia della vita umana prima e durante la gestazione. Per questo siamo capaci di conoscerla e comprenderla. Comprensione che, pur non essendo auto-riflessiva, si precisa e si interiorizza, poiché è patrimonio di esperienza comune a qualunque essere umano. Tutti, in quanto soggetti individuali, soffriamo di

bile e inesprimibile dimensione dettata dalla peculiarità del genere. Comunque, siamo ben lungi dal pensare ad un qualunque allontanamento delle decisioni sull'aborto di tutti coloro che rientrano nel genere maschile. Le decisioni della polis, le decisioni politicamente impegnate, per essere prese non necessitano una tale profondità di radicamento soggettivo. Al contrario. Ciò che esigono – e questo requisito è soddisfatto dalla consegna razionale che le donne effettuino alla dialettica della polis – è quel momento di rigore e di comprensione su ciò di cui si discute. Allo stesso modo, tutti siamo capaci di comprendere – e perciò di ragionare, valutare e decidere in quanto cittadini e non solo – i fenomeni della droga o dell'omicidio anche se non si sono mai provati in prima persona questi fenomeni.

⁽¹⁴⁾ È chiaro che gli esempi potrebbero essere anche altri, senza però raggiungere la significatività di quelli portati nel testo. Di fatto anche la diffusissima anestesia totale è un'evidente esperienza umana che presenta tratti di oscurità.

⁽¹⁵⁾ Nella nostra opinione, il fenomeno della clonazione umana che, presto o tardi sarà inevitabilmente una realtà, non altera in alcun modo le considerazioni che stiamo illustrando. Il "duplicato" umano vivrà a sua volta un momento genetico dove tutto è oscuro che, peraltro, avrà luogo in un momento ed in un luogo diverso. Quindi, sulla base di questa considerazione, ci troveremo comunque di fronte ad un "altro" uomo, indipendentemente dal fatto che sia nato da una clonazione o da un parto naturale. Si aggiunge a tutto ciò, in quanto inquadramento globale di legittimazione sociale, serenità valutativa e accettazione etica, che Madre natura – che qui è natura naturans e non natura naturata – fu la prima a clonare. Si pensi ai gemelli omozigoti.

questo *deficit* di conoscenza auto-riflessiva ed è questa consapevolezza dell'assoluta uguaglianza nella condivisione di ciò che non si conosce, che ci porta a vivere, senza grosse preoccupazioni, di fronte ad una parte di noi che non conosciamo perché è oscura. O meglio: la conosciamo solo perché altri ce l'hanno descritta, ed ora siamo noi in grado di descriverla. Da quanto si è testè detto, emerge che c'è la possibilità di costruire una narrativa plausibile, composta da punti di intersoggettività apportati dal tessuto dei rapporti relazionali. Plausibilità questa che non è mera finzione, ma piuttosto realtà che si può porre come punto di partenza comune, sebbene nel contesto di parametri e opinioni estremamente differenziati. In sintesi: se è vero che ci sono fenomeni nella vita che presentano alti gradi di impenetrabilità, ma che comunque possono essere appresi conoscitivamente, analizzati scientificamente e abbracciati dalla comprensione, è anche vero che l'unico fenomeno ineluttabilmente impenetrabile della vita è la morte.

4. I vari orizzonti ove la questione può collocarsi. L'orizzonte giuridico-penale

È facile intuire che il problema della fine della vita si può collocare in diversi orizzonti⁽¹⁶⁾. Di certo ci appare preponderante l'orizzonte religioso. Indipendentemente dalla confessione, fede o credenza che ciascuno di noi sposi, la religione assume la morte come proprio punto cruciale, poiché esso rappresenta un rito di passaggio – il passaggio dal mondo dei vivi al mondo dei morti – che in ogni religione è essenziale e fondamentale⁽¹⁷⁾.

È ovvio che non è nostro proposito addentrarci nel campo della religione⁽¹⁸⁾. Nell'ambito del diritto è facile anche al profano intendere che c'è

⁽¹⁶⁾ C'è anche una comprensione storica dei problemi che la fine della vita pone. Questo significa che possiamo percepire l'eutanasia attraverso i tempi. Del resto, questo modo di inquadrare la problematica è quasi sempre utilizzato per tentare di legittimare l'eutanasia. Non discuteremo ora sulla validità di tale procedimento di legittimazione, ciò che si vuole, è chiarire – senza alcun intento legittimatore – che storicamente si sono conosciute pratiche eutanasiche socialmente sostenute (si veda per l'epoca Greca e per l'epoca Romana RAINER, "Zur eutanasie in der Greschiscen und romischen Antike", in: *Ethik und Recht an der Green zwischen Leben und Tod*, Graz: Leykam, p. 19 e s.)

⁽¹⁷⁾ In un confronto comparatistico, in questo campo, è straordinariamente significativo e illuminante considerare *Religioni e Bioetica* (a cura di Lorenzo Biagi e Renzo Pegoraro), Fondazione Lanza, Padova: Gregoriana, 1997.

⁽¹⁸⁾ Non cessa di essere interessante e anche molto curioso che un santo della Chiesa Cattolica – canonizzato, com'è noto, nel 1935 – parliamo di Tommaso Moro, abbia sostenuto, con una estensione veramente straordinaria, la pratica dell'eutanasia nella sua celebre opera *Utopia* (THOMAS MORE, *Utopia*, edited by Gorge M. Logan and Robert M. Adams, Cambridge: Cambridge University press, 1989). Non è questo il luogo adeguato per riflettere sul ruolo delle utopie e di ciò che rappresentavano e rappresentano nel nostro pensiero. Ma

tutto un continente normativo dedicato alla problematica della morte. Questo territorio è, senza alcun dubbio quello – fecondo – del diritto penale.

Pertanto, la nostra preoccupazione di penalisti non è ovviamente quella di effettuare un rigoroso studio sulla fine della vita. Dobbiamo riconoscere che la morte, usando parole povere, per motivi normativi o naturali ha conseguenze giuridiche, ma non ha conseguenze penalistiche. La morte sopravvenuta al normale ciclo della vita non entra nel campo penalistico. Essa vi entra solo quando, a causa di un comportamento umano e volontario di terzi – attraverso una omissione od una azione – si interrompe, in modo penalmente illecito, il comune ciclo della vita⁽¹⁹⁾. Il che equivale ad affermare: la morte è penalmente rilevante solo quando incarna una delle fattispecie di omicidio previste dalla parte speciale dei codici penali e, comunque, in assenza di una qualche esimente. Essa in sostanza corrisponde ad una “abbreviazione” della vita, anche quando tale accorciamento sia di solo due secondi rispetto al termine fisiologico ed inevitabile della vita⁽²⁰⁾.

§ 2. LA VITA UMANA ED IL DIRITTO PENALE

1. Il significato della vita (le finalità giuridico-penali espresse tramite la vita) ed il diritto penale

Il diritto penale individua gerarchicamente – al contrario di quanto avviene ad esempio nel diritto costituzionale – i valori o interessi che intende tutelare. Per questo, l'ordine sistematico delle varie aree di incriminazione che vediamo nelle parti speciali dei codici penali, assume rilevanza quando

perlomeno una cosa ci appare certa: non si può sottovalutare la forza di una idea solo perché appartiene al mondo fertile e complesso di una utopia. È da riferire anche che, per esempio, David Hume, nel suo celebre saggio in difesa del suicidio, in nota, giunge ad affermare: “sarebbe facile provare che il suicidio è tanto legittimo alla luce della rivelazione cristiana quanto lo era per i pagani. Non c'è un solo testo delle Sacre Scritture che lo proibisca”. (HUME, *Do suicidio*, in: *Ensaio Morais, Politicos e Literarios* (trad. J.P. Monteiro, S. Albieri, e P. Galvao), Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2002, p. 472, nota 4.

⁽¹⁹⁾ Particolarmente interessante, sottolineando l'idea che il divieto di uccidere incorpora un vero e proprio principio di ordine pubblico è BELEZA, *A ortotanàsia como problema juridico penal*, in: *As tecnicas modernas de reanimacao; conceito da morte; aspectos medicos, teologico-morais e juridicos*, Porto, 1973, p. 57.

⁽²⁰⁾ Come non si disconosce – ci troviamo di fronte ad un celebre esempio di scuola – che se il padre della vittima che assiste all'esecuzione dell'omicida del figlio preme la pulsante che aziona la sedia elettrica qualche istante prima che lo faccia il boia, egli commetterebbe il delitto di omicidio. Questo, nonostante il fatto che sappia in modo certo che, anche se non avesse posto in essere tale condotta, la morte dell'omicida si sarebbe comunque prodotta.

intendiamo capire la gerarchia normativa consacrata nell'opera del legislatore.

Così, il fatto che il nostro codice penale apra la sua parte speciale⁽²¹⁾ (*qui, come in tutti gli altri casi, l'autore si riferisce al Codice penale Portoghese. n.d.t.*) con la categoria dei crimini contro la vita, rivela, in modo chiaro ed inequivocabile, che il bene o valore giuridico penale più fortemente tutelato è la vita umana⁽²²⁾. Peraltro, è bene non dimenticare che, pur essendo la vita umana la soglia d'ingresso al campo dei beni giuridici tutelati dal legislatore, essa non è protetta in modo "monolitico", come avviene per gli altri beni: infatti, non vi è un solo tipo di illecito a tutela della vita umana. In realtà essa è difesa nei suoi vari e distinti momenti di sviluppo (vita umana intra-uterina e vita umana autonoma⁽²³⁾). Infatti il diritto penale individua i momenti specifici di tale tutela e le modalità, insieme alle circostanze nelle quali il bene giuridico vita è leso⁽²⁴⁾. In definitiva: ciò che è consacrato in tutta l'area sistematica dei reati contro la vita non è un solo crimine contro essa: al contrario risulta necessario, adeguato e proporzionale al valore del bene giuridico vita individuare varie fattispecie che tengano in debita considerazione non solo i momenti in cui la vita umana si sviluppa, ma anche i modi e le circostanze in cui la lesione di tale bene ha luogo.

⁽²¹⁾ Sulla nozione o categoria (e sui suoi significati normativi) che la cosiddetta "parte speciale" racchiude è da vedere il nostro studio "Relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do código penal", BFD 71 (1995), p. 117-144.

⁽²²⁾ Si veda in questo contesto ed in modo assolutamente coincidente con quanto si è appena considerato Auer, *Verfassung und Strafrecht im Kontext rechtphilosophischer Ethik*, Wien: Verlag Osterreich, 2000, p. 146 e s.

⁽²³⁾ Quanto a questo punto, per tutti, Figueiredo Dias, in annotazione all'art. 131 (§ 5), in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, diretto da Jorge de Figueiredo Dias, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 5.

⁽²⁴⁾ Se si pensasse, anche con il meno attento dei pensieri giuridici, al nostro codice penale, immediatamente ci renderemmo conto della verità di quanto affermato nel testo. In effetti la struttura sistematica dell'incriminazione all'interno della categoria dei delitti contro la vita autonoma (la cosiddetta tecnica legislativa di incriminazione) non lascia margini di dubbio: delitto fondamentale (omicidio semplice, art. 131 cp.) delitto qualificato (omicidio qualificato, art. 132 cp.); ed infine delitto privilegiato (omicidio privilegiato, art. 133 cp.). A ciò si aggiunge il trattamento assolutamente differenziato della tutela della vita intra-uterina (con tante specificità tra cui quella, non di poca rilevanza, per cui non è punibile l'aborto per negligenza), e quindi il veramente multiforme modo di prevedere, sia l'omicidio qualificato, sia, in modo particolarmente appariscente, l'omicidio privilegiato. In altre parole: ci sono vari modi o circostanze in cui la violazione della vita può assumere la forma dell'omicidio qualificato quante, allo stesso modo, sono le modalità e circostanze in cui la violazione del bene giuridico vita umana riveste la forma di omicidio privilegiato.

2. L'aumento della speranza di vita

Se già da parecchio tempo si è superata l'idea di bene giuridico quale bene grossolanamente materiale o empirico, non è meno vero affermare che sono superate le argomentazioni di tonalità neo-kantiana che vedono i beni giuridici penali in un orizzonte strettamente assiologico o valorativo. Oggi l'appello che il bene giuridico fa per la propria comprensione non trascura minimamente la realtà. In questo senso, i beni giuridico-penali sono frammenti di realtà, assiologicamente rilevanti, emergenti dal libero sviluppo della personalità umana⁽²⁵⁾. Ora, se la realtà che chiamiamo vita umana incontra modifiche, anche solo quantitative, ciò significa che dobbiamo ripensare al contenuto ed al significato del bene giuridico vita umana.

E qual è tale grande cambiamento? Non vi dev'essere alcun dubbio nell'affermare che la trasformazione che si è registrata negli ultimi decenni, in ciò che concerne la vita umana, è il notevole aumento della speranza di vita⁽²⁶⁾. Si vive più a lungo. La vita umana tende ad allungarsi quasi fino a "tempi biblici"⁽²⁷⁾, grazie alle migliori condizioni di vita, alla scoperta di antibiotici, ai trapianti, e grazie, soprattutto, allo straordinario sviluppo della medicina nel suo complesso. Aumento tanto marcato e visibile che oggi, in sociologia, non è raro parlare di una "quarta età". Di conseguenza è ovvio che questo allungamento della durata della vita umana propone nuovi problemi⁽²⁸⁾ non solo alla scienza medica⁽²⁹⁾ – nuove malattie che pretendono nuove terapie – ma, inevitabilmente, anche al diritto penale.

⁽²⁵⁾ Sulla nozione di bene giuridico penale si veda il nostro *O perigo em direito penal (contributo para a fundamentacao e comprensao dogmaticas)*, ristampa, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 183 e s.

⁽²⁶⁾ Speranza di vita (alla nascita) è il numero medio di anni che si prevede che un individuo viva verificati al momento della nascita i tassi di mortalità registrati in quell'anno (anno di osservazione). E solo per farsi un'idea dell'aumento della speranza di vita in Portogallo, è da riferire che, tra il 1990 ed il 1995, la speranza di vita degli uomini è cresciuta da 70,2 a 71,5 anni, e, quanto alle donne, la speranza di vita è passata, nello stesso periodo, da 77,3 a 78,6 (dati tratti dalla Enciclopedia Verbo, Ed. XXI, "voce: speranza di vita").

⁽²⁷⁾ Si noti per esempio che la speranza media di vita per gli uomini bianchi negli Stati Uniti nel 1900 era di 48,0 anni, mentre nel 1971 essa era già di 68,3 anni. In pratica, in 70 anni c'è stato un aumento della speranza di vita di ben 20 anni, un salto assolutamente considerevole (fonte: vedi nota 26).

⁽²⁸⁾ Uno di questi, che, in fin dei conti apre la strada ad altri problemi, è quello derivante dalle risorse economiche. Queste non sono inelastiche, il che presuppone, di conseguenza, priorità nella loro allocazione (cfr. *Etica e allocazione delle risorse nella sanità* (a cura di Elio Sgreccia e Antonio Spagnolo), Milano: Vita e Pensiero, 1996).

⁽²⁹⁾ È già oggi una disciplina medica ed in alcuni luoghi addirittura una specializzazione la cosiddetta *gerontologia*.

3. Le conseguenze anche sulla stessa nozione di vita

Prima di addentrarci nell'analisi, sono necessarie alcune considerazioni di principio, onde evitare fraintendimenti su ciò che concerne la nostra posizione etica sulla vita umana. La prima è che, per noi, la vita umana è inviolabile – e ciò non è in nessun modo straordinario – corrispondendo prima di tutto ad un imperativo costituzionale⁽³⁰⁾. La seconda è quella secondo cui quest'assioma sarà sempre l'orizzonte entro cui si delinearanno tutte le riflessioni alle quali giungeremo. La terza deriva dalla stessa natura del diritto penale, soprattutto quando prendiamo in considerazione le cosiddette cause di giustificazione, sia quando ci confronteremo con le cosiddette cause di esclusione della tipicità, sia quando analizzeremo le cause di esclusione della colpevolezza, sia quando ci imatteremo nella categoria residuale delle "altre cause di esclusione della responsabilità penale". Vale a dire: il diritto penale non esclude, ma anzi vede come un'esigenza di giustizia, che la violazione del bene giuridico vita in certe circostanze legalmente individuate, non sia punita (basti pensare all'esempio classico di Tizio che uccide Caio in una situazione di legittima difesa). Il diritto penale si mostra così estremamente sensibile alla ponderazione dei valori o dei beni in conflitto. Ed a tale ponderazione nessun valore o bene giuridico sfugge. Lo stesso vale per il bene giuridico vita che, come abbiamo visto, costituisce la pietra angolare dell'attuale ordine gerarchico di incriminazione. Detto questo, possiamo addentrarci nelle riflessioni.

Chiunque è in grado di notare che una modifica così rilevante della speranza di vita non può non lasciare segni, a loro volta rilevanti, sul significato etico e sociale della vita umana. Con ciò vogliamo dire che la società non avverte come privo di conseguenze questo mutamento in uno dei propri assi portanti: la normale durata della vita. Così, una nuova sensibilità si va creando rispetto a questa situazione. Paradossalmente, certo. Nella misura in cui, da un lato, la vecchiaia è sentita come un fattore di sviluppo e progresso, e nella realtà viene accolta da un giudizio chiaramente positivo, essa non manca, comunque, di costituire un problema complesso e profondo nella realizzazione dello stato sociale di diritto⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Art. 24 Costituzione Portoghese. Inoltre la tutela della vita umana riceve rinforzi, a nostro parere, attraverso l'art. 70 del Codice Civile, potendo affermare che la protezione della vita umana rientra anche in quella disposizione, senza riserva alcuna. (in questo senso cfr. CAPELLO DE SOUSA, RABINDRANATH, *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 203). Sull'importanza dell'art. 70 c.c. si veda il bellissimo studio (saggio) – soprattutto tenendo in considerazione il momento storico – di ORLANDO DE CARVALHO, *Os direitos do Homem no direito civil portugues*, Coimbra: Vertice, 1973, p. 41 e s.

⁽³¹⁾ Nel documento *Mulheres e homens em Portugal nos anos 90*, dell'Istituto Nazionale (portoghese n.d.t.) di Statistica, relativamente al 2002, nel paragrafo intitolato "Popolazione e invecchiamento" si legge quanto segue: "Il Portogallo ha vissuto alterazioni demo-

In verità, dati questi mutamenti, urge portare a termine una nuova definizione, per esempio della previdenza sociale. Ma non si esaurisce di certo in questo la complessità sociale che l'aumento della speranza di vita provoca.

Nella realtà, a differenza di quanto avveniva pochi decenni fa, la fine della vita coglie le persone sempre più spesso negli ospedali e non più nelle abitazioni dove la persona ha sempre vissuto⁽³²⁾. Non solo perché gli ospedali sono i luoghi deputati a realizzare terapie intensive o di sostentamento, ma anche perché nella dimora familiare, per ragioni tanto ovvie sulle quali non è necessario soffermarsi, è impossibile "tenere" la persona malata che si avvicina alla fine della propria vita. Da un lato, quindi, c'è l'aumento della durata della vita, e dall'altro l'allontanamento o anonimato o solitudine con la quale si muore. Anche per questo evolversi delle cose umane, se non si avverte il paradosso, comunque è innegabile che ogni giorno di più ci scontriamo con l'antagonismo di una società sempre meno solidale, perché sempre più individualista⁽³³⁾. E ciò che è da sottolineare, come conseguenza di quanto testé affermato, è la totale o quasi totale incapacità o incompetenza con la quale la collettività affronta questi nuovi problemi. Tutto tende ad accadere a una velocità vertiginosa. La coscienza collettiva è preparata, nel proprio DNA, per mutazioni più lente, per cui non ha una adeguata capacità di assorbire e di metabolizzare questo nuovo corso. È

grafiche negli anni 90. L'aggravamento del fenomeno dell'invecchiamento, i bassi tassi di nascite e l'inversione nei flussi migratori, influenzeranno la struttura della popolazione con conseguenze a livello economico e sociale".

⁽³²⁾ Ciò che si è appena detto è evidente, e, di conseguenza, non merita ulteriori osservazioni. Comunque, e proprio nell'ambito in cui ci si sta muovendo, a causa della stessa natura delle cose, come si vedrà, tutto indica un rinforzo della tendenza ad una morte sempre più ospedaliera. E perché? Ad esempio per la crescita di numero e di qualità delle cosiddette terapie palliative. Per poterne usufruire, essendo oramai esse una vera e propria specialità medica, è evidente che il paziente terminale sarà obbligato a recarsi presso un ospedale, dove poi morirà. Come è noto, *l'hospice movement*, nacque in Gran Bretagna nel 1967, grazie alla forza d'animo e materiale di Cecile Saunders, ed ha come orizzonte ultimo l'opporre il *Total care* al *total pain*. (BARCARO, *Le cure palliative: aspetti etici*, in: *La fine della vita*, Bologna: Apeiron, 2001, p. 153 e s.). Inoltre possiamo affermare, basandoci su dati considerati indiscutibili, che, nei cosiddetti paesi sviluppati, una percentuale oscillante tra il 70 ed il 90% delle morti avviene in centri di cure mediche (cliniche, ospedali, pronto soccorsi, case di cura ecc.) (cfr. BARBOSA, *Pensar a morte nos cuidados da saude, Analise Social* 38 (2003), p. 37.

⁽³³⁾ Una breve osservazione al fine di approfondire quanto appena riferito. Perché antagonismo, quando il discorso riferito non implica alcuna idea antagonista? In realtà, in una logica bipolare, se una società è meno solidale è perché essa è più individualista. Ciò nonostante, a nostro parere, c'è una ragione per l'antagonismo. Il fatto è che l'individualismo – o per lo meno alcune sue forme – sono nella nostra contemporaneità, delle espressioni di un modo di essere sociale solidale. Si ritiene che possiamo essere solidali solo se prima ancora fossimo radicalmente e ferocemente individualisti. Ossia: i registri e le declinazioni in cui tali prospettive sono oggi viste e valutate presentano sottigliezze e sfumature tali da poter dar luogo ad antagonismi

bene non dimenticare che oggi una persona di 80 o più anni ha visto nella propria vita succedersi una molteplicità di fenomeni, fatti e cambiamenti che in altre epoche sarebbero avvenuti in quattro o cinque generazioni. Ossia: l'esperienza accumulata da chiunque di noi in questi tempi, in alcuni casi non può essere contenuta in noi stessi. Il che, a vario titolo, ci lascia perplessi, ansiosi, spaesati. E quando i fatti si succedono in modo così turbolento è prudente che i passi avanti nella comprensione vengano fatti con cautela e ponderazione.

In altre parole: in questa come in tanti altri campi conoscitivi della nostra contemporaneità, è sommamente importante sottolineare l'importanza del principio di precauzione⁽³⁴⁾.

4. La qualità della vita

Lasciando ora l'argomento della durata della vita, che in alcuni casi è raddoppiata in meno di cento anni, il problema non è più quello posto dalla "quantità della vita"⁽³⁵⁾ – per esprimerci in parole povere ma suggestive. Attualmente il problema è di certo quello incentrato in una nuova categoria: la "qualità della vita".

Difatti, da tutti i punti di vista, le domande, gli interrogativi, i dubbi e le perplessità ci assalgono, non solo come persone che vivono in questo tempo, ma anche come cittadini impegnati che vogliono capire se stessi e la propria storia collettiva, ma soprattutto come giuristi preoccupati.

E questa preoccupazione non è in realtà, in alcun modo, una pura evanescenza teorica, priva di qualunque riflesso o riscontro nella dottrina penale. In effetti tutti convengono che, oggi, il consenso informato, nel campo del diritto penale medico, per essere legittimo non deve semplicemente essere il riflesso, secondo lo stato dell'arte, della probabilità di speranza di vita. È necessario molto di più. Il malato di fronte ad un intervento

⁽³⁴⁾ GODARD, *Le principe de precaution, une nouvelle logique de l'action entre science e democratie, Philosophie Politique*, 11 (2000), p. 17 e s. La precauzione, quanto a noi, non è collegata solo all'utilizzo della scienza, della tecnica o della tecnologia. Sosteniamo apertamente l'incidenza della precauzione anche nel campo legislativo. Ciò significa: quando si vuole operare qualunque alterazione legislativa, segnatamente, quando ciò avvenga in ambito penalistico, il procedimento legislativo deve svolgersi sullo sfondo della idea forte di precauzione che si traduce, in questo ambito, nel non abbandonare mai la valutazione approfondita e seria di tutti gli interessi in gioco. Comunque, poiché ci muoviamo in un'area normativa – dove non c'è, di conseguenza, la possibilità di immediato riscontro pratico, non si può essere "cauti" al massimo, poiché se così si pensasse o si agisse, in ambito legiferante, si bloccherebbe qualunque procedimento legislativo e qualunque avanzamento nella materia della produzione legale.

⁽³⁵⁾ Altri parlano apertamente di "invecchiamento demografico", cfr. BARBOSA, *op. cit.*, p. 36. Si veda anche quanto detto alla nota 31.

di tipo oncologico, ad esempio, per esprimere un consenso veramente informato, dovrà avere ben presenti davanti agli occhi diverse valutazioni. Dovrà sapere: quanto sopravviverà, in via probabilistica, senza l'intervento? Quanto sopravviverà, invece, a seguito dell'intervento? Se non si sottoponesse all'operazione, con quale qualità di vita termineranno i suoi giorni? E se si sottoponesse ad operazione chirurgica, come sarà, poi, la sua quotidianità? Queste sono alcune delle domande che esigono risposta affinché, oggi, si possa affermare chiaramente che il consenso è stato prestatato in modo informato.

Comunque, com'è facile capire, dobbiamo rivolgere particolare attenzione alla nozione di "qualità di vita" ⁽³⁶⁾. La stessa definizione di ciò che si intende esprimere con questo concetto non lascia margine a dubbi. Ci troviamo di fronte ad una realtà che è essa stessa di tipo qualitativo e che, di conseguenza, necessita a sua volta di criteri qualitativi. Ora, accade che non è facile trovare criteri qualitativi, quando ci poniamo sul terreno accidentato del soggettivo.

Però, nonostante queste difficoltà, possiamo sostenere che, in questo come in tanti altri campi, ci sono comunque frammenti di oggettività che ci permettono di esprimere un giudizio sulla qualità della vita. Di conseguenza, diminuzione a livelli minimi di alcune funzioni vitali; altissima probabilità di dover sopportare un continuo stato di dolore che può essere debellato solo attraverso analgesici sempre più forti; probabile degradazione mentale, quindi, un quadro oggettivo che permette di tracciare un giudizio sulla qualità di vita di un malato ⁽³⁷⁾.

È necessaria, peraltro, una precisazione. Il quadro che si è appena tracciato non deve, né può essere percepito come qualcosa di asettico, che l'uso della scienza medica faccia o elabori, in un circuito chiuso, per essere utilizzato all'interno della stessa scienza medica. La descrizione o il quadro di ciò che veramente possa corrispondere alle esigenze di una ragionevole o buona qualità di vita, deve essere percepito dal suo destinatario

⁽³⁶⁾ È necessario tenere in considerazione che stiamo parlando di qualità di vita e non di qualità dell'intervento medico, o, se vogliamo, di qualità dell'atto medico, anche se si riconosce agevolmente che tutti questi aspetti sono necessariamente collegati. Si può avere una buona qualità di vita, nel significato di cui al testo, solo qualora, parallelamente, si possa contare su una buona qualità dell'intervento medico. D'altro canto, la qualità dell'intervento medico si basa su altri fattori come le risorse economiche, la loro distribuzione e quindi anche sulla soluzione dei problemi da questi risultanti (su questo punto si veda KILNER, *Who Lives? Who Dies?*, New Haven /London: Yale University Press, 1990).

⁽³⁷⁾ Già oggi, si può notare un ampio consenso nel pensiero medico nel senso di sostenere che il livello minimo della cosiddetta qualità di vita si individua sulla base della capacità comunicativa, ossia della capacità di comunicare con il mondo esterno. Quando non si reagisce a nessuno stimolo esterno, nonostante la persona sia ancora clinicamente viva, la sua "qualità di vita" – che qualcuno già nemmeno chiama vita – sarà ridotta alla sua espressione di minimo livello.

principale: il malato, ossia colui che deve prendere decisioni a proposito della propria vita. È giocoforza, pertanto, che il linguaggio che si impiega in questo campo debba essere percettibile, secondo la cultura, l'istruzione, l'età, la sensibilità di colui al quale tale linguaggio è indirizzato.

Ciò che è importante sottolineare e non sottovalutare è che è "quel" malato che ha un nome, una famiglia ed una storia che ha la necessità di essere informato. Che ha la necessità di sapere ciò che sta per accadere. Perché si tratta di un problema di vita. Della sua vita⁽³⁸⁾.

5. La sofferenza oltre la sopportazione

Di nuovo ci troviamo di fronte a tematiche che fanno ineluttabile appello a elementi della più pura soggettività. Comunque, anche qui, come nel punto precedente, siamo capaci di trovare elementi referenziali di oggettività che, senza sforzo e con coerenza metodologica, possono essere elevati a criteri oggettivi di valutazione. Però, prima di addentrarci nella concreta esplicitazione di tali criteri, ci siano permesse, poiché fondamentali, alcune brevi riflessioni finalizzate ad un inquadramento generale di questa specifica questione⁽³⁹⁾.

Il dolore⁽⁴⁰⁾ e la sofferenza fisica dipendono da importantissime condizioni – parliamo strettamente di ciò che si definisce dolore fisico – di natura non fisiologica. Di modo che il limite di sopportazione al dolore fisico varia notevolmente da persona a persona. E oltretutto, varia a seconda dell'epoca storica.

La sensibilità al dolore fisico era, di certo, molto differente nel medioevo, rispetto a quella che si può percepire al giorno d'oggi⁽⁴¹⁾. Tuttavia,

⁽³⁸⁾ Sono qui da riferire le parole di Seneca: "Quae, ut scis, non semper retinenda est; non enim vivere bonum est, sed bene vivere" (SENECA, *Epistulae morales ad Lucilium*, VIII, 70, 4); quam bene vivas referre, non quam diu; saepe autem in hoc esse bene, ne diu" (idem, XVII-XVIII, 101, 15).

⁽³⁹⁾ Come testo di particolare rilevanza riguardo la questione che al momento si sta trattando, si segnala l'opera *La douleur et le droit* (Textes remis et présentés par Bernard Durand, Jean Poirier, Jean-Pierre Royer), Paris: Presses Universitaires de France, 1997; soprattutto il testo di LEGROS, «*La douleur comme fondement de l'euthanasie*», p. 389 e s., dove questo Autore nega, categoricamente, che il dolore possa essere il fondamento di una qualunque legalizzazione della eutanasia.

⁽⁴⁰⁾ È importante sottolineare che, nel pensiero cattolico, nella sua pratica e nella sua, in un certo senso, gerarchia, si sostiene che: "Quand à la douleur, il paraît que le catholicisme se refuse désormais à lui accorder une valeur rédemptrice", POHIER, *La Mort opportune (Les droits des vivants sur la fin de leur vie)*, Seuil, p. 333.

⁽⁴¹⁾ "Nous envisageons la douleur comme une construction culturelle et sociale: Le rapport des hommes à la douleur est lié à la croyance modifiant la perception de la douleur infligée et ressentie (GALLIBOUR, «*Le médecin, le juriste et le sociologue face à la douleur: ap-*

ciò che non si deve dimenticare è che, per quanto resistente possa essere la persona sottoposta a dolore o sofferenza intensi, c'è sempre un limite fisiologico di sopportazione. In questo senso, il dolore è oltre la sopportazione quando, in un quadro di valutazioni di carattere fisiologico, la persona pare vicina o molto vicina a quel normale limite.

Pensando in questo modo, allontaniamo la possibilità che si possano individuare livelli ridicoli, dove il dolore possa o debba essere considerato insopportabile. In altre parole: non possiamo accettare che il dolore minimo possa essere individuato come insopportabile. Anche qui dobbiamo fare uso della clausola operativa generale che ha come riferimento il comportamento della persona comune o il cosiddetto uomo medio. Indipendentemente dal fine che si voglia associare o attribuire alla nozione di "dolore insopportabile", essa deve essere considerata, nella limpidezza della sua normatività, come un concetto giuridico-penale operativo. Questo significa che le considerazioni che stiamo elaborando non hanno niente a che vedere con le decisioni esistenziali o di vita, che chiunque può prendere sul proprio dolore o sulla propria sofferenza. Se qualcuno fa del sacrificio un mezzo di elevazione spirituale o religiosa, il diritto penale è tenuto a prestare il massimo e più profondo rispetto di fronte ad un tale comportamento o atteggiamento. La spiritualità e la ricchezza interiore sono virtù che rendono migliore la società, ma non possono ergersi a valori che meritino la protezione del diritto penale. Effettivamente, come già detto, il diritto penale vive di ragioni pratiche, vive ed esiste per la normalità dei cittadini e non può prendere come parametri, valori od atti di santità od eroismo.

6. Il "potere di fatto" che ognuno di noi ha sulla propria vita

La linea discorsiva che stiamo per affrontare in questo paragrafo, si collega con la questione relativa al significato che la vita incarna per ognuno di noi, nell'ordinamento giuridico penale, dato che una tale problematica si innesta in ciò che può costituire il punto cruciale delle nostre preoccupazioni.

Per il diritto penale è inevitabile che il bene giuridico vita sia disponibile quando la violazione dello stesso è realizzata dal suo titolare. In altre parole, e vedendo ora il problema con gli occhi di un terzo: il bene giuridico vita è indisponibile solo e quando la sua lesione è apportata da terzi. Il che significa, secondo la dottrina classica del consenso, che questa causa di

proche sociologique sur le rapport entre douleur et droit», in: La douleur et le droit, (Textes remis et présentés par Bernard Durand, Jean Poirier, Jean-Pierr Royer), Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 51.

giustificazione è sempre inapplicabile ed irrilevante quando si tratta del bene giuridico vita.

Ma un punto fermo si raggiunge in questo campo. Non punendosi penalmente il suicidio, l'autodistruzione della vita, esso si mantiene nell'ambito dei comportamenti penalmente irrilevanti⁽⁴²⁾. Esso resta assolutamente al di fuori del campo penale.

La relazione dell'"io" con la sua ragion d'essere od il suo supporto, ossia, la relazione tra l'"io" e la "vita", fu sempre estremamente difficile da concepire in un'ottica strettamente giuridica. Di conseguenza, più che posizionarsi dentro una logica normativa, ciò che dobbiamo fare necessariamente, da un punto di vista giuridico-penale, è tentare di inquadrare il bene giuridico vita nella sua purezza concettuale, senza preoccuparci troppo degli indizi che ci provengono dal campo normativo-positivo. In verità, non ci dilungheremo in argomentazioni e contro-argomentazioni sulla natura giuridica della relazione che intercorre tra la "persona" e la propria vita. Tutto ciò può apparire sterile, nella misura in cui, essendoci una totale identificazione tra soggetto e oggetto, è praticamente impossibile concepire un nesso giuridico relazionale che renda oggettivo sia il soggetto che l'oggetto. E perché? Perché, relativamente alle persone fisiche, siamo incapaci di concepire una persona senza una vita fisiologica, dal momento che è inconcepibile una vita umana che non si concretizzi in una persona. Da qui, l'impossibilità di concettualizzare quel nesso relazionale che è la condizione prima affinché un diritto possa sorgere. Ma si dirà: lo stesso non accade con l'integrità fisica? In effetti, si può anche giungere a sostenere che non è concepibile una integrità fisica che non sia umana, il che avrà come contrario che non può esserci una vita umana senza integrità fisica. Certo. Ma questa è solo una parte del problema, che tende a nascondere e oscurare l'essenziale della questione. Di fatto, concentrandoci ora sull'integrità fisica, relativamente a questa è intuitiva una oggettivazione. La "mia" integrità fisica non si confonde in alcun modo con il mio "io". Di più: poiché oggettivabile, possiamo, in ciò che riguarda l'integrità fisica, concepire contro essa attacchi parziali. In questo senso la sua importanza non attinge il limite della impossibilità. In altre parole: sebbene, se si lede il bene giuridico vita non si possono più controllare gli effetti di questa stessa lesione, nel caso della lesione all'integrità fisica, siamo ancora capaci di avere la percezione e la valutazione (poiché siamo ancora vivi) delle conseguenze. Quindi nella stessa linea: non sono ammissibili attacchi parziali alla vita. Tutto si gioca e si conclude quando vi è apportata una lesione, in un unico atto. Un'unica azione.

(42) Si veda, su questo punto, FIGUEIREDO DIAS, nella nota all'art. 131". (§ 29) in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, diretto da Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra editora, p. 15-16.

Così, proseguendo da questo punto di vista, ciò che dobbiamo chiederci è fino a dove arriva questo potere di fatto che abbiamo sulla nostra vita. Può il bene giuridico vita soffrire la costrizione massima, ossia il suo annullamento, quando sono in gioco altri valori, oppure il bene giuridico vita raggiunge, in queste circostanze, valore assoluto? Ha senso che il potere di fatto che indubbiamente abbiamo sopra la nostra vita possa essere trasferito ad altri? E possiamo trasferire un potere di fatto, oppure esso rappresenta, in natura, un elemento della nostra personalità e, di conseguenza, risulta intrasmissibile?

7. La autodeterminazione

Le ultime domande che ci siamo posti nel paragrafo precedente, ci lasciano intendere che ci troviamo alla porta d'ingresso di uno dei più affascinanti, ma anche dei più controversi punti cruciali del diritto penale. Per un diritto penale contemporaneo. E se volessimo essere rigorosi, senza essere ripetitivi o superflui, si potrebbe certo affermare che ci troviamo dinanzi ad uno di quei "dati" irrinunciabili che la nostra cultura giuridica ha costruito attraverso i millenni.

Il soggetto⁽⁴³⁾ (la persona) assunse un significato primario nel gioco complesso della costruzione dell'ordinamento giuridico. La coscienza giuridica, i testi costituzionali, le più varie legislazioni, individuano tutti il soggetto come categoria, figura o assioma irrinunciabile della struttura, articolazione e movimento di qualunque ordinamento giuridico contemporaneo o, più specificamente, di qualunque ordinamento giuridico-penale.

Ma qual è il potere giuridico di cui dispone il soggetto⁽⁴⁴⁾? Ora, quel potere giuridico altra cosa non è se non l'autodeterminazione.

Tutto ruota intorno, quando ci occupiamo del soggetto, alla nozione di autodeterminazione. Tentiamo, perciò di sintetizzare le linee portanti di tale relevantissima categoria giuridica che comporta tante conseguenze anche nel diritto penale. Queste linee possono riassumersi in due assi sui quali corrono due linee strutturali: quella verticale e quella orizzontale.

⁽⁴³⁾ Per una visione globale, complessiva e integrata del concetto di soggetto nella nostra civiltà sono di enorme importanza i due ponderosi volumi intitolati *Geschichte und Vorgesichte der modernen Subjektivität* (Herausgegeben von Reto Luzius Fetz, Roland Hagenbuchle und Peter Schultz), Berlin / New York: Walter de Gruyter, 1998.

⁽⁴⁴⁾ Il soggetto di cui qui si parla non si identifica minimamente con il soggetto, quasi onnipotente, che il liberalismo costruì. Per questo, ha perfettamente ragione Castanheira Neves quando in una sintesi particolarmente riuscita ci dice "l'individuo non può essere senza la comunità, la ragione senza lo spirito, e l'uomo senza la persona" ("Os elementos de direito natural" di Vicente Ferrer Neto Paiva, in: CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, vol. 1°, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 342).

La linea verticale di coscienza dell'autodeterminazione – e non è un caso che si parli di linea verticale – si basa sull'idea secondo cui è il soggetto e solo il soggetto che, in auto-riflessione, deve trovare il proprio modo di esistere e vivere con se stesso e, soprattutto, deve in ciò essere la unica istanza decisoria⁽⁴⁵⁾ del suo comportamento con gli altri. È chiaro che questa autodeterminazione passa, altresì, attraverso il rispetto che tutti gli altri le devono garantire. Comunque quest'ultima linea o coordinata orizzontale, non ha, è da precisare, la stessa importanza di quella verticale nella nozione di autodeterminazione⁽⁴⁶⁾. Inoltre, l'autodeterminazione porta con sé, soprattutto, una nozione di immunità⁽⁴⁷⁾. È il soggetto che vuole se stesso immune – immune dall'esterno – e che esige dallo Stato e dal diritto, la preservazione della propria immunità⁽⁴⁸⁾. È presente, ci piaccia o no, una certa idea, non esente da pericoli terribili, di autosufficienza che, se non fosse ben temperata da una rigorosa autoriflessione, sarebbe o potrebbe essere essa stessa distruttrice della autodeterminazione e, di conseguenza, del soggetto stesso. Il soggetto che decide, che decide in totale autonomia, non deve essere individuato necessariamente come un

⁽⁴⁵⁾ È ovvio che stiamo qui presupponendo una istanza di decisione etica, di conseguenza sostenuta nell'autonomia della persona. Altra cosa è invece la istanza eteronoma di decisione. Essa rientra interamente nel diritto.

⁽⁴⁶⁾ Teniamo, tuttavia, presente una delle quattro tesi di Ach: "Sterben ist als Teil des Lebens auch Teil der Persönlichkeitsverwirklichung eines Menschen" apud SHAFER, *Patientenverfügungen (Krank – aber entscheidungsfähig)*, Lage: Hans Jacobs, 2001, p. 29. Ora, se per la realizzazione completa e globale della "mia" personalità, la "mia" morte è un elemento essenziale, gli "altri" hanno il dovere di creare le condizioni perché la "mia" personalità si realizzi integralmente. Questo modo di argomentare dà senso e consistenza al segmento orizzontale di cui trattiamo. O, dicendola con Pinto Bronze, "la persona reale è costituita dalla dialettica di un io individuale con un "io sociale" (cfr. BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 479). Se la "mia" morte è sicuramente una parte del mio "io individuale", il mio "io sociale" pare esigere, in quella stessa tensione dialettica, dialettico-normativa, la soddisfazione della sua pienezza. Comunque, questo modo di percepire la realtà della morte collide frontalmente con la posizione di Wittgenstein [n. 12]. Di conseguenza, per il filosofo del *Tractatus* la "mia" morte, non potrà mai essere "mia", in quanto nell'esatto momento in cui muore si crea una assenza, l'assenza della mia stessa morte. Ora, questo, a ben vedere, è logicamente inattaccabile, ma materialmente claudicante. Sono "io" chi muore. Il fatto di essere indecifrabile, poiché inenarrabile, anche da me stesso, non significa che l'esperienza della "mia" morte non resti collegata con il mio "io". Ci pare, pertanto, che l'"io" possa voler dire alcune cose anche sulla morte.

⁽⁴⁷⁾ Riteniamo particolarmente denso e significativo il concetto di immunità, visto con gli occhi del soggetto giuridico. La sfera ultima di autodeterminazione deve essere immune a tutto il gioco esterno di pressioni, poiché è solo così che essa si realizza compiutamente. E una società è tanto più solidale, quanto più è capace di conferire "immunità" a quel luogo ultimo di decisione.

⁽⁴⁸⁾ "La funzione immunitaria che il diritto svolge nei confronti della comunità è di evidenza immediata e come tale universalmente riconosciuta anche al di fuori della letteratura giuridica" (cfr. ESPOSITO, *Immunitas*, Torino: Einaudi, 2002, p. 25).

soggetto che decide egoisticamente. L'obnubilamento, l'effettiva e reale scomparsa del soggetto, si registra, paradossalmente, quando questo, per fenomeni di corruzione autistica, crede che il mondo intero si centri e ruoti intorno a quel "io" ideale e astratto che egli stesso ritiene di rappresentare in pieno. Non c'è niente di più falso. E questo è uno dei peggiori pericoli – se non il peggiore – di una errata comprensione di cosa sia l'autodeterminazione.

8. Approfondimento

Arriviamo ad un punto in cui si sono già tracciate le coordinate essenziali di ciò che ci preoccupa. Ossia: si è cercato di disegnare e di sottolineare l'orizzonte giuridico – ma anche l'orizzonte di addensamento problematico – nel quale la questione di cui ci occupiamo non può cessare di essere inquadrata. E cosa ci spinge ad una tale esigenza di rigoroso inquadramento? Il percorso finora effettuato permette non solo di meglio percepire ciò che costituisce il piano teorico di discussione, ma, altresì, ci permette di comprendere la molteplicità e lo scontro di valori che una qualunque decisione, soprattutto in questo campo, sempre provoca.

Da tutto ciò deriva che la questione che ci è servita come sfondo è a sua volta un *definitional stop*⁽⁴⁹⁾. In verità, tentando di scoprire ciò che è preponderante e determinante non possiamo dimenticare, in nessun caso, che ci muoviamo su una zona limite, che si lavora con un *definitional stop*.

Quindi la cosa più importante, percepite le varie fratture, i differenti segmenti argomentativi, le diverse posizioni valutative, è non dimenticare che il problema del trattamento giuridicopenale della fine della vita, quando è richiesto che questa fine venga provocata, e questa richiesta è presentata in forma seria, esplicita e consapevole, scatena un *definitional stop*. Vale a dire: una delle soluzioni del problema – la soluzione che ammetta la non punibilità penale di colui che pone termine alla vita di chi glielo chieda in modo serio, chiaro ed esplicito – accetta di assumere il rischio che la decisione di chi richiede questo atto abbia un carattere assoluto⁽⁵⁰⁾. Ed è essa stessa densa di insidie. Il che si traduce in un *definitional stop*. Tuttavia, se si ammette che la situazione attuale è quella che deve per-

⁽⁴⁹⁾ Questa categoria non è nostra. È di Hart. Prendiamola in prestito in questo campo, in quanto, attraverso essa, riusciamo a tradurre, pensiamo in modo esaustivo, l'idea della barriera insormontabile, l'idea del limite presente in molte e molte occasioni quando discorriamo su questa specifica problematica.

⁽⁵⁰⁾ Definendo l'"assoluto" della protezione della vita (ad ogni modo collocando l'assoluto tra virgolette) si veda LABER, Jorg, *Der Schutz des Lebens im Strafrecht*, Frankfurt am Main/ Berlino/New York/Parigi/Vienna: Peter Lang, p. 115 e s.

manere, risulta che anche qui non siamo meno immersi nell'assoluto. L'assoluto che la vita rappresenta anche per coloro che in modo onesto, serio e lampante non vogliono più vivere. Dobbiamo ammettere e accettare che ci troviamo di fronte ad un assoluto impositivo. Anche qui siamo di fronte al dramma di un limite, di un *definitional stop*, che non cessa di accompagnarci dolorosamente. È giocoforza che il problema si incentri su questi due assi. Ci saranno ragioni, ragioni forti e profonde, per optare per l'asse che privilegi la non punibilità, in ristrettissime circostanze, o le stesse ragioni forti, profonde ed umanitarie continueranno a privilegiare l'assoluto della vita?

§ 3. LA FINE DELLA VITA UMANA

1. L'eutanasia: tentativo di individuazione – ossia di definizione – di diverse forme di “eutanasia”

Una prima osservazione si impone di certo. Il richiamo alla fine della vita è stato da noi effettuato, come già detto nel § 1, 4, non per esercizio di pura riflessione teorica o di speculazione filosofica, ma piuttosto come questione centrale del diritto penale. E ancora di più. Come questione centrale del diritto penale che si collega alla pratica dell'eutanasia. Per questo, è nostro primario dovere percepire, in tutti i suoi aspetti, la fenomenologia dell'eutanasia. Tentiamo, pertanto, di apprenderla concettualmente e di tracciare un insieme di considerazioni necessarie sul reale e vero senso della cosiddetta determinazione concettuale.

La determinazione concettuale deve essere assunta e vista non come semplice esercizio logico dell'affermazione dell'esigenza di cesure secche e nitide tra varie nozioni, ma prima ancora come una cosa che abbia un senso e uno spessore metodologici che vadano oltre quell'orizzonte primario che si lega normalmente ad ogni definizione. Definiamo non per una stretta necessità di “sistemare le cose” – anche perché mai si dimostrò che le cose “non sistemate” valgono meno di quelle “sistematiche” – ma perché il “sistemare”, il definire, l'essere capaci di tracciare frontiere, significa sicuramente schiarire l'orizzonte nel quale il problema, i problemi, possono essere visti meglio e analizzati. La sistematizzazione dell'assiologia non è una cosa differente da una espressione essa stessa assiologia. Ora, di fronte ad uno sfondo esplicito e chiaro, tutto risulta più nitido e afferrabile. E risultando più chiaro e percettibile, tutti, con maggior profitto e facilità, possiamo vedere gli errori e le imperfezioni di ciò che riteniamo essere il cammino più giusto per trovare la soluzione corretta ed adeguata.

Alla luce di ciò, consideriamo che, in questo campo, si possono e si devono distinguere due grandi categorie di eutanasia: l'eutanasia attiva e

l'eutanasia passiva⁽⁵¹⁾. Lasciamo da parte così, ovviamente, sia la perversa ed eticamente inconcepibile eutanasia di tipo collettivo o collettivistico⁽⁵²⁾, sia la cosiddetta eutanasia indiretta. In questo modo, quanto alle prime due, solo ammettere la possibilità della loro esistenza rappresenta manifestamente una involuzione morale di tale intensità da farci avvicinare alla più pura e sfrenata barbarie, da farci scendere al grado zero del valore della dignità umana. Ci fa confrontare con uno degli aspetti di ciò che era chiamato "il male assoluto". Per quanto concerne la eutanasia indiretta, essa può da subito essere accantonata, perché, in realtà, non si tratta di eutanasia. La definizione della cosiddetta eutanasia indiretta consiste in nulla più che nell'accettazione di un comportamento, da quasi tutti ritenuto lecito, che si verifica quando la somministrazione di un qualunque farmaco analgesico – assolutamente imprescindibile in quanto il paziente presenta dolori insopportabili, oltre il ragionevole – provoca o può provocare un leggero accorciamento del tempo stimato di vita⁽⁵³⁾.

D'altro lato, l'eutanasia passiva, nonostante costituisca un caso inequivocabile di eutanasia, non sarà al centro delle nostre riflessioni. O meglio: ci sarà solo in quanto possa anche costituire un comportamento, sebbene omissivo, che porti alla morte la persona che lo richieda in modo esplicito, chiaro e fermo, e che tale omissione sia realizzata da un medico. Nell'effettuare questa riduzione concettuale tentiamo, soprattutto, di far risultare chiara la questione e non ci lasciamo coinvolgere da ridondanze che non abbiano niente ad aggiungere a ciò che è il punto centrale. In altre parole: quando oggi la questione dell'eutanasia affiora, se ne discute o si disciplina, non si prendono in considerazione tutte le modalità dell'eutanasia, ma solo, nell'ambito della discussione pubblica, la figura centrale, con tutte le sue ramificazioni, adiacenze e implicazioni, dell'eutanasia attiva.

⁽⁵¹⁾ Un avvicinamento a queste categorie può rinvenirsi nello studio di MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *L'Indice Penale*, nuova serie, 1 (1998), p. 474 e s.

⁽⁵²⁾ Per una comprensione di questa categoria si veda MANTOVANI, voce: *Eutanasia* in: *Digesto delle Discipline Penali*, Torino: UTET, IV, p. 423.

⁽⁵³⁾ Conosciuta anche come la dottrina del "doppio effetto" (elimina o attenua il dolore, ma provoca altresì un leggero accorciamento del tempo di vita). Vi fa riferimento, comunque, Capelo de Sousa, quando sostiene, ci par di capire, che, di fronte alla situazione descritta, sussiste il delitto di omicidio (cfr. CAPELO DE SOUSA, *op. cit.* [n. 30], p. 204, nota 393). Già interamente in accordo con quanto detto si veda COSTA ANDRADE, *Consentimento e accordo em direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 411, e, più recentemente, Figueiredo Dias che considera che la condotta del medico che agisce nel modo descritto, si svolge nell'ambito di una causa di giustificazione (cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Jorge*, in nota all'art. 131 del cp. (§ 26)), in *Commentario Conimbricense do Co Código Penal*, diretto da Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra editora, 1999, p. 14.

2. L'accettazione dell'eutanasia e i rischi che comporta (soprattutto, il cosiddetto effetto dei "passi successivi")

L'accettazione dell'eutanasia, in particolare dell'eutanasia attiva, suscita problemi di enorme complessità, non solo nel campo dei principi, ma, allo stesso tempo, anche nell'ambito di una prospettiva di limitazione e di contenimento dei rischi in relazione a situazioni che, per principio, giammai potrebbero giungere ad essere considerate come suscettibili di rientrare nel quadro dell'eutanasia penalmente non punibile. Guardiamo, quindi, alla problematica dell'eutanasia partendo da quelle due coordinate.

Come già abbiamo avuto occasione di rilevare (§ 2, 8), l'accettazione dell'eutanasia – dell'eutanasia attiva, consentita e richiesta – corrisponde ad una alterazione sostanziale, radicale, del paradigma di ciò che si considera un valore assoluto, un *definitional stop*. L'assoluto della vita⁽⁵⁴⁾ si contrappone all'assoluto di un "io" che assume l'autodeterminazione nella pienezza⁽⁵⁵⁾ del suo annullamento.

Ora, questa mutazione, questa voragine, non può essere vista solo come una semplice operazione teorica priva di conseguenze nel campo pratico.

Questa alterazione rappresenta qualcosa di talmente profondo che provoca, si può dire, modifiche nello stesso spessore del problema. L'accettazione del valore assoluto dell'autodeterminazione, per quanto strettamente collegato a parametri rigorosissimi, attinenti alle circostanze esse stesse manifestamente peculiari e legalmente definite, dissolve lo spessore del *definitional stop*, ed apre le porte a nuove prospettive di allargamento dell'eutanasia. E non si giudichi che questo argomento, l'argomento dell'"effetto trascinamento" o dei "passi successivi"⁽⁵⁶⁾ non abbia rilevanza o consistenza.

La sociologia del diritto e l'esperienza comune insegnano che la caduta di una qualche barriera può portare al trascinamento di situazioni che giammai sarebbero rientrate nell'orizzonte di quelle che connotarono l'orizzonte del primitivo e irriducibile limite.

Accettiamo, per puro gioco accademico, la possibilità che una eutanasia attiva consentita e richiesta, entro stretti limiti legali preventivamente

⁽⁵⁴⁾ L'assoluto della vita è normalmente sostenuto da correnti del pensiero religioso, attribuendogli, comprensibilmente, un carattere di sacralità (cfr. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, Giapichelli, p. 26, soprattutto nota 38).

⁽⁵⁵⁾ Si veda quanto detto in nota 46.

⁽⁵⁶⁾ Posto in rilievo il pericolo dei "passi successivi" o dell'"effetto trascinamento", sia in studi di ispirazione religiosa, sia a partire da una prospettiva laica, si veda lo studio di SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1995, p. 717.

definiti, non sia punita penalmente. Ma quindi, dobbiamo chiederci: chi ci garantisce che la non punibilità, per questo tipo di azioni, non possa essere allargata, per esempio, a situazioni meno rigorose nella loro definizione legale? E, di seguito, passo a passo, si potrà arrivare all'intollerabile eutanasia attiva non consentita.

Questa, in estrema sintesi, l'argomentazione sostenuta dalla dottrina cosiddetta dei "passi successivi".

Come già abbiamo avuto l'occasione di chiarire in precedenza, la ponderazione e l'argomentazione guidata dall'idea del trascinamento incontenibile sono elementi di enorme rilevanza nella consolidazione dell'assoluto della "vita". È chiaro che i pericoli sono reali e consistenti⁽⁵⁷⁾. Tuttavia, a ben vedere, la negazione di un qualche spazio di legittimità alla cosiddetta eutanasia attiva consentita, richiesta ed effettuata da medici, non può trovare ragion d'essere solo ed esclusivamente nei rischi dei "passi successivi". Con l'effetto che tutta l'evoluzione è fatta nel presupposto dell'assunzione di rischi, e da ciò deriva che la forza di un tale proposito perda molto della sua apparente validità. Il che non significa, è necessario precisare, che non sia un argomento da tenere in debita considerazione. Inoltre, riteniamo che il fondamento di una qualche negazione alla possibilità di aprire spazi di non punibilità penale relativamente all'eutanasia attiva, consentita, richiesta ed effettuata da medici è, soprattutto e sicuramente, una questione che tocca il senso di accettazione dell'assoluto della vita.

⁽⁵⁷⁾ Un altro pericolo che non può, in alcun modo, essere sottovalutato è quello che si potrebbe scatenare attraverso la perversa idea di "peso" per terzi (cfr. HARDWIG, *Is there a duty to die?*, New York/Londra: Routledge, 2000); LEGROS, *La douleur comme fondement de l'Euthanasie* in *La douleur et le droit* (Textes remis et présentés par Bernard Durand, Jean Poirier, Jean-Pierre Royer), Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 391 e s. C'è chi sostiene che la legalizzazione dell'eutanasia attiva a richiesta susciterebbe un disumano e intollerabile squilibrio morale, nella misura in cui tutti coloro che si trovassero in una situazione terminale si sentirebbero quasi in dovere di procurarsi la morte. Pensiamo che un tal giudizio, nonostante si riconosca un minimo di sostenibilità argomentativa, sia affetto da vizi materiali che si possono facilmente riassumere in questo modo: a) valutare la realtà ed i rapporti sociali partendo da un'ottica di sfiducia e di puro egoismo è sostenere ciò che in realtà è insostenibile, soprattutto ciò che è manifestamente contrario a qualunque idea di non punibilità di atti eutanasi; b) pur sapendo che il suicidio non è penalmente punito e non vediamo quale motivo o suggestione indichi che i malati terminali, in quanto pesi sociali o familiari, si dovrebbero suicidare; e c) infine, attirare come controargomento l'eventuale e pernicioso conseguenza non ci sembra moralmente sostenibile, dato che, se si rimane in questo campo di etica delle intenzioni – e normalmente chi sostiene l'assoluta proibizione di qualunque forma di eutanasia parte da una profondissima convinzione del valore in sé dell'etica dell'intenzione –, non possiamo abbandonare, se non a pena di contraddirci, un'etica della responsabilità, a favore di un'etica di risultati.

3. La tragica esperienza dell'olocausto (e non solo) e il suo riflesso sulla presente problematica

Sappiamo – e il non saperlo sarebbe di per sé impossibile, come già abbiamo affermato, pensando al nostro tempo dal punto di vista filosofico o etico (o anche giuridico, aggiungerei noi) – che l'esperienza dell'olocausto fu qualcosa di così profondo e brutale che, senza cadere nel radicalismo dell'impossibilità prima denunciata, lasciò segni indelebili ed insanabili nell'anima e nel cuore di tutti⁽⁵⁸⁾. Inoltre, in altri quadranti geografici e ideologici, la tentazione, ma anche la realizzazione di programmi eutanasi non fu solo una parentesi di follia collettiva o di perversione. No. È bene che si dica che i Gulag, i campi di concentramento dei Khmer rossi furono a loro volta esperienze dove l'idea di *Euthanasieprogramm* fu presente e fiorì. E questo effetto espansivo può portare a pensare che ci troviamo di fronte ad un male⁽⁵⁹⁾ originario talmente intenso che tutto ciò che, al giorno d'oggi, riporti anche lontanamente a quelle inqualificabili e innominabili esperienze, pare soffrire dell'anatema della contaminazione violenta che non ammette alcuna forma di salvezza. Ciò nonostante, se la storia non si fermò e se la redenzione è un elemento essenziale della vita umana, è bene poter pensare nuovamente a determinati problemi senza sentirsi limitati dal dolore infinito di una pagina nera, inenarrabile ed oscura della nostra civiltà. L'atteggiamento libertario del pensiero e tutto ciò che esso moralmente implica è un modo semplice, ma significativo per onorare la memoria di quelle vittime innocenti. Se si accettasse l'anestesia castrante della inibizione di pensare ad alcune cose, poiché rappresentano una immagine dell'olocausto, questo sarebbe un modo ancora più perverso di ammettere che il nostro pensiero non è pienamente libero.

Pensiamo, perciò, a tutto, rimettiamo in discussione tutto. Ad una condizione: mai dimenticare il passato. Conservare la memoria, in quanto, senza di essa, tutto il presente, e soprattutto tutto il futuro, sarebbe un'amalgama indifferenziata di fatti disparati.

4. L'art. 24, n.° 1, della Costituzione della Repubblica

L'art. 24, n.° 1, della Legge Fondamentale rappresenta una pietra mi-

⁽⁵⁸⁾ Tra vastissima letteratura si veda HASIBA, "Euthanasie im Dritten Reich", in: *Ethik und Recht an der Grenzen zwischen Leben und Tod*, Graz: Leykam, p. 27 e s.; RIQUELME, *Medizinische Ethik in Krisenzeiten*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 108 e s.

⁽⁵⁹⁾ Tra vastissima letteratura si veda HASIBA, "Euthanasie im Dritten Reich", in: *Ethik und Recht an der Grenzen zwischen Leben und Tod*, Graz: Leykam, p. 27 e s.; RIQUELME, *Medizinische Ethik in Krisenzeiten*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 108 e s.

liare di tutta l'architettura dell'ordinamento giuridico portoghese. Di conseguenza, pronunciandosi il nostro legislatore in forma così chiara e suggestiva sulla vita – “*la vita umana è inviolabile*” – non può negarsi che abbia voluto che si producessero conseguenze giuridiche di primo piano. Ciò significa: siamo ben lontani dal poter anche solo pensare che tale imperativo costituzionale abbia solamente le deboli caratteristiche di norma programmatica. La norma che si contempla nell'art. 24, n.º 1, della Costituzione presenta le caratteristiche di un *definitional stop*, sebbene, come si vedrà più avanti e come si è già accennato, siamo lontani dal poterlo considerare, nell'ambito dell'ordinamento giuridico portoghese, come in tutti gli altri, un *definitional stop* assoluto. Certamente il campo di interpretazioni che la norma permette è ridottissimo. Ma esiste ed ha una rilevanza pratica. Vediamo, di conseguenza, un po' più da vicino, questo specifico punto.

Così, l'invulnerabilità che essa propugna si estende al campo dei poteri pubblici. In questo modo è assolutamente impensabile qualunque idea di previsione della pena di morte⁽⁶⁰⁾. Allo stesso modo la disposizione svela l'importanza della vita come bene giuridico essenziale di tutto l'ordinamento penale. Che fa sì che il diritto penale – contrariamente a quanto avviene nel diritto costituzionale dove non esiste una vera e propria gerarchia di valori costituzionalmente riconosciuti – collochi la sua protezione nel portico d'entrata dei crimini della parte speciale del codice penale. Ma – e in questo modo cominciamo ad entrare nel campo specifico delle difficoltà interpretative attinenti al diritto penale – è assolutamente impensabile, a pena di insanabile contraddizione logica, che la vita di terzi non possa essere violata quando la nostra stessa vita è in pericolo poiché attaccata. Una volta in più si richiama il dibattito, in quanto “*topos*” centrale della ermeneutica della vita, nella dialettica del diritto penale, suscitato dalla figura della legittima difesa. Inoltre, la dottrina più accreditata non cessa di sottolineare che la vita, presupposto ed oggetto di tutela da parte dell'art. 24, n.º 1, della Legge Fondamentale, non può essere vista e studiata partendo da una ottica assiologica di interpretazione monolitica. Una cosa è la tutela della vita intra-uterina, altro e ben diverso è la difesa e protezione della vita autonoma⁽⁶¹⁾. Il che dimostra chiaramente l'effetto della frammentazione dei diversi livelli di protezione e, nello specifico, di protezione penale. Questa precisa e ben nitida discontinuità della protezione del bene giuridico vita umana può essere superata, ed in modo particolarmente significativo, se prestiamo attenzione, per esempio, al mo-

⁽⁶⁰⁾ Sul male si veda *Il male*, Milano: Cortina, 2000; POREE, *Le mal (Homme coupable, homme souffrant)*, Paris: Armand Colin, 2000.

⁽⁶¹⁾ E i dubbi relativi alla impossibilità di una tale conseguenza spariscono completamente con la consacrazione costituzionale della norma imperativa prevista dal n. 2. dello stesso art. 24.

mento primario della protezione penale della vita autonoma. Di conseguenza, per il diritto penale, si ha già la protezione della vita autonoma quando inizia il travaglio del parto o comincia l'intervento chirurgico del parto cesareo, in quanto, per il diritto civile la personalità – corrispondente concettuale, come sappiamo, del diritto civile per ciò che il diritto penale designa come vita autonoma – avviene solo a partire dalla nascita completa e con la vita. Ossia ed in definitiva: la rappresentazione normativa della tutela costituzionale della vita umana è tutto tranne un *definitional stop* assoluto.

§ 4. LA FINE DELLA VITA UMANA: GLI "ALTRI" E "NOI" VISTI DAL DIRITTO (PENALE)

1. Le esperienze straniere (soprattutto le esperienze belga ed olandese)

Nessuno disconosce che il diritto è sempre stato una costruzione reale e che la compenetrazione tra i differenti ordinamenti giuridici è sempre stata una delle più forti realtà giuridico-sociologiche. L'isolamento e la purezza degli ordinamenti giuridici può essere stata una tentazione totalitaria che, nel frattempo e felicemente, portava nel suo stesso marchio la propria negazione. I sistemi giuridici più sviluppati e dogmaticamente più consistenti si sono imposti nella storia. E ciò è stato bene, nella misura in cui le relazioni – e la loro conflittualità – tra gli uomini si sono costruite entro parametri o a partire da parametri più elevati. Ma ciò non impedisce, mai impedi, né mai impedirà, che le caratteristiche particolari di ogni popolo, così come la sua storia e il suo futuro, si riflettano nel diritto di un determinato tempo e luogo. Ciò nonostante, ciò che qui vogliamo evidenziare non è tanto l'identità giuridica di un ordinamento e ciò che essa rappresenta socialmente o culturalmente, ma ancor prima il fenomeno, ugualmente costante, per cui mai ci furono ordinamenti giuridici immuni dall'influenza di altri ordinamenti. La complessità del diritto conduce al confronto teorico, al dibattito, alla valutazione comparatistica, alla sottile e capillare compenetrazione di dati, di soluzioni, ma anche di regole e norme giuridiche.

Ora, se, come abbiamo appena visto, da sempre il diritto di un popolo, di una nazione, di uno Stato si è lasciato penetrare dalle influenze di altri diritti e simultaneamente ha arricchito altri ordinamenti giuridici, in un momento di globalizzazione un tale fenomeno guadagna importanza. Di più. La percezione di questi fenomeni deve essere compresa entro due parametri: i periodi lunghi o brevi e l'esistenza o meno di famiglie giuridiche culturalmente simili. Così, i fenomeni di compenetrazione si vedono, in modo limpido e chiaro, nei periodi lunghi, ma si percepiscono facilmente anche nei periodi brevi quando si resta entro la

compenetrazione attinente ad ordinamenti chiaramente appartenenti alla medesima tradizione.

In questo quadro di riflessione ci pare di chiara evidenza che il fatto che i Paesi Bassi⁽⁶²⁾ – con la legge relativa all'Eutanasia ed al suicidio assistito del 28 Novembre del 2000, che entrò in vigore il 1 Aprile 2002 – ed il Belgio – Legge del 28 Maggio 2002, con entrata in vigore il 20 di settembre del 2002 –, stati dell'Unione Europea di certo provenienti da una medesima tradizione culturale, giuridica ed economica alla quale apparteniamo anche noi, abbiano permesso che, in certe circostanze rigorosamente definite dalla legge, si realizzi, da parte di medici, l'eutanasia attiva consentita e richiesta, non può cessare di provocare stupore nella coscienza collettiva, nel pensiero giuridico ed in particolare nel pensiero penalistico. Siamo lungi dal pensare che tutte le soluzioni politico-criminali sperimentate da altri popoli aventi altra cultura, sebbene identica alla nostra, debbano essere per forza seguite: nulla di ciò. Quello che ci pare rilevante, in quanto giuristi, in quanto penalisti, è stare attenti ai segnali del tempo. Essere sensibili all'apertura e alla discussione seria e umanamente impegnata, ma anche non accettare a cuor leggero la bontà di ciò che abbia il profumo di "straniero". E tutto ciò dentro un'ottica che non sia esclusivamente la stessa base dottrinale o dogmatica che la cultura giuridica europea solidificò nei secoli. A tutto ciò si aggiunga che, d'altro canto, istanze europee, e precisamente la Corte Europea dei diritti dell'uomo⁽⁶³⁾, vanno precisamente nel senso contrario di quelle seguite dai Paesi Bassi e dal Belgio. Ciò dimostra la conflittualità che questo tema suscita.

2. L'"homicidio privilegiado a pedido da vitima" (art. 134 c.p.) e la "ajuda ao suicidio" (art. 135 c.p.) come affioramenti o prelude alla rilevanza della morte assistita

È evidente, sotto molti aspetti, che la tematica di cui ci occupiamo rileva ai fini degli art. 134 e 135 del c.p. Ma questo è poca cosa, in quanto il contenuto di questi tipi legali di crimini presuppone ed indica la forza e l'orientamento politico-legislativi che si estendono in quei campi di semplice e tenue attinenza giuridica. Di fatto, a ben vedere, queste norme in-

⁽⁶²⁾ La ripetizione di questa idea – già effettuata nel testo riferito alla nota 23 – è voluta, in quanto rappresenta un punto assiale della argomentazione che si spande lungo questo studio.

⁽⁶³⁾ Per una visione allo "stato dell'arte" del pensiero e della dottrina olandesi preoccupati della problematica dell'eutanasia prima dell'entrata in vigore dell'attuale legge vedasi "Eutanasia and the law in the Netherlands", Amsterdam: Amsterdam University Press, 1998.

criminatici vogliono significare una cesura nella valutazione dei cosiddetti crimini di omicidio, una frammentazione nella protezione del bene giuridico vita umana che si traduce, in termini di dogmatica penale, in un privilegio. Il legislatore ha voluto che certi comportamenti, lesivi del bene giuridico vita umana, realizzati entro certi presupposti definiti dalla legge, meritassero una minor censura penale. Ora, la diminuzione di questa censura penale – chiaramente visibile nelle ridotte pene edittali se comparate con l'omicidio volontario (art. 131 c.p.) – mostra, da un lato, che la violazione del bene giuridico-penale vita umana non è sempre punita con la stessa intensità e riflette, d'altro lato, che la possibilità di mancanza di una punizione a seguito di una tale violazione della vita umana, soprattutto entro questo preciso contesto normativo di ponderazione, non è un dogma inespugnabile.

3. (cont.) Riflessione su queste norme incriminatici

La lettura, anche se non penalmente compromessa, delle norme che al momento sono al centro della nostra attenzione non cesserà di impressionare, nella misura in cui esse sono quasi un preludio all'affioramento della problematica che lega indissolubilmente la fine della vita al diritto penale. Effettivamente, quando si dice che colui "che uccide un'altra persona determinato da una richiesta seria, espressa e consapevole che gli è stata fatta dalla medesima è punito con la pena della reclusione fino a 3 anni" (art. 134, n. 1 c.p.) o quando si prescrive che colui che presti aiuto al suicidio "è punito con la pena della reclusione fino a 3 anni" è impossibile pensare che il programma politico-legislativo individuabile da queste norme non avesse già presente la problematica dell'eutanasia.

Comunque, superando questa prima considerazione interpretativa ed entrando, definitivamente, nel campo giuridico-penale, tutto si mostra ancora più nitido nel senso di suffragare l'inclinazione politico-legislativa precedentemente accennata. La morte determinata da una richiesta seria, consapevole e espressa⁽⁶⁴⁾ rappresenta, senz'ombra di dubbio, un elemento del tipo legale del crimine costitutivo di una architettura delle attuali legislazioni che permettono la non punibilità dell'eutanasia attiva entro ristrettissime condizioni. Di conseguenza questo segmento normativo svela le

⁽⁶⁴⁾ Stiamo accennando alla celebre sentenza impugnata dalla signora Diane Pretty – sposata e madre di due figli, sofferente di una malattia degenerativa che la ridusse ad una situazione di tetraplegia, mantenendo tuttavia la lucidità – contro la Gran Bretagna. La Corte di Strasburgo (n.° 2346/02 del 29/4/2002) considerò che non ci fosse, da parte della Gran Bretagna, violazione degli art. 2.° e 3.°, tra gli altri, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

tracce essenziali di ciò che deve essere il presupposto di base della figura che qui si studia. In primo luogo, una richiesta. Il che mostra la rilevanza dell'autodeterminazione del soggetto che presta il proprio consenso. Anzi, di colui che richiede. In seguito, le qualità che la richiesta deve possedere confermano il rigore con il quale il legislatore necessariamente vuole ricoprire la legittimità di quella medesima richiesta. Infine, l'aiuto al suicidio, essendo equiparata, attraverso la medesima pena astratta, all'omicidio del consenziente, rende nitida l'indicazione di essere dinnanzi, in entrambe le situazioni, ad un medesimo disvalore. Identità questa che si spinge fino al punto che le due condotte penalmente punibili, potrebbero essere contemplate sotto una medesima norma incriminatrice. Metodo o tecnica legislativa che, evidentemente, il legislatore non ha adottato. E secondo noi, ciò è corretto, giacché, nonostante il simile disvalore, la forma ed il modo con cui si rileva quello specifico disvalore di evento, cristallizzato nell'illecito tipico, non possono cessare di essere considerate come radicalmente diversi.

4. L'attività medica. Abbandono del modello paternalista

In questa riflessione deve risultare chiaro che l'eutanasia attiva, sostenuta da una richiesta seria, consapevole ed espressa⁽⁶⁵⁾, non può essere praticata da chicchessia. È indiscutibile che tale atto debba essere realizzato soltanto da parte di un medico. E non si pensi che questa esigenza sia una forma insidiosa di trasferimento della responsabilità della collettività in generale sulla professione medica. È bene, in ogni modo, non dimenticare che è lo stesso pensiero medico e in particolare la effettiva e reale pratica di alcuni medici – con fortissime contrapposizioni nell'ambito della comunità medica – che individuano questa esigenza come qualcosa di naturale⁽⁶⁶⁾. Di conseguenza, se oggi questo tema si presenta come centrale tra le preoccupazioni, perplessità e angustie attinenti alla nostra contemporaneità ciò avviene, tra le varie altre cause e ragioni, a causa dell'impatto delle riflessioni mediche e, soprattutto, a causa della pratica reale ed effettiva che alcuni medici, sfidando tutto e tutti – tra cui la stessa legge penale

⁽⁶⁵⁾ Su questi elementi del tipo-oggettivo dell'art. 134 del c.p. si veda COSTA ANDRADE, nella nota all'art. 134 (§§ 20-24) in: *Commentario Conimbricense do Código Penal*, t. I, diretto da Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, p. 64-66.

⁽⁶⁶⁾ Consideriamo che gli elementi del tipo di illecito previsto nella norma incriminatrice contenuta nell'art. 134 c.p. sono già talmente pregni di analisi dogmatica, e presentano un tale spessore di significati consolidati, che sarebbe semplicemente stolto non approfittare di questo indubitabile patrimonio. Da qui la nostra opzione di riportare nella realtà della eutanasia attiva consentita quegli elementi, come presupposti minimi per la eventuale legittimità della stessa.

con la conseguente minaccia di reclusione – hanno sempre sostenuto. Ben sappiamo – e ciò è per noi un punto di particolare importanza – che non è per il fatto che le cose avvengono che dobbiamo valorizzare il senso o i lati positivi che esse presentano. Non è per il fatto che una minoranza di medici sostiene⁽⁶⁷⁾ e pratica l'eutanasia attiva, basata sulla richiesta, seria, consapevole ed espressa che dobbiamo, perciò stesso, acriticamente riconoscere la bontà, di tali atti⁽⁶⁸⁾. Sicuramente no. Ma ciò che non è accettabile – questa volta, al contrario, secondo un rifiuto acritico e parimenti immotivato – è rifiutare, non voler pensare, né vedere, e non voler decidere quando attorno a noi, la realtà muta a velocità vertiginosa.

Ora, in questa linea di pensiero, è evidente che è cambiato – ed in modo radicale – l'atteggiamento paternalista che connotava l'attività medica. In verità è inequivocabile che al giorno d'oggi nessuno sostiene un modello paternalista di attività medica. Di certo la medicina – in quanto arte e scienza che guarisce e si prende cura del paziente – individua come proprio diritto un nuovo e primario modello onto-antropologico di relazione di cura⁽⁶⁹⁾. Accade, perciò, che la cura a cui oggi ci si riferisce, per il mondo della medicina, sia lungi dal poter essere esclusivamente percepita come la cura rivolta alla esasperata conservazione della vita. Ma non fu questo ripensamento ciò che più fece passare in secondo piano il modello paternalista dell'esercizio dell'attività medica. Ciò che alterò sostanzialmente il senso dell'attività medica fu l'introduzione, nella relazione medico/paziente, della idea forte della autodeterminazione del malato. Quest'ultimo cessò di essere inteso come un soggetto meramente passivo di quella relazione di sovra/infra-ordinazione, per passare ad essere un soggetto detentore di diritti che, in una relazione dialettica-prasseologica-

⁽⁶⁷⁾ Serva a questo proposito come riferimento bibliografico, tra tanti altri, lo studio di RHODES, "Physicians, Assisted Suicide, and the Right to Live or Die", in: *Physicians, Assisted Suicide*, (edited by Margaret P. Battin, Rosamond Rhodes, and Anita Silvers), New York/London, Routledge, 1998, p. 165 e s.

⁽⁶⁸⁾ È bene pensare, tuttavia, che il campo della difesa di pratiche eutanasiche non è dominio di personalità di scarso spessore teorico. Si pensi, per esempio, ad Engelhardt che afferma: "If life is not always better than death, it may be beneficent to expedite death rather than to let "nature take its course". This is the case even when the death is not freely chosen, either personally or in advance, by the dying individual", cfr. ENGELHARDT, *The foundation of bioethics*, New York / Oxford: Oxford University press, 1986, p. 316.

⁽⁶⁹⁾ Allontaniamoci, pertanto, dalla tendenza semplicistica di aderire ad una qualunque idea che si avvicini, anche se di poco, ad atti come quelli realizzati dal dott. Kevorkian. Per il momento, non possiamo ignorare voci che, in determinate circostanze, non hanno alcun dubbio nel sostenere "dann ist der Artz moralisch vollig berechtigt, nicht nur durch sogenannte passive, sondern auch durch aktive Eutanasie das Leiden der Person auf deren Wunsch hin zu beeden", cfr. LENZEN, *Wem konnte Bioethik nutzen oder schaden?*, in *Herausforderung der Bioethik* (Hrsg. Johann S. Ach / Andreas Gaudt), Stuttgart – Bad Cannstatt: Frommann – Holzboog, 1993, p. 210.

mente dialettica e non, di certo, scientificamente dialettica – con il medico, è sovrano capace di costruire la propria vita. Si può affermare che il centro di gravità di questa relazione dialettica e complessa, qual è la relazione medico/paziente, si è attestato più che altro sul paziente, sulla persona inferma. In definitiva: al modello paternalista è succeduto, in tempi di accelerazione nei cambiamenti della coscienza sociale, il modello di autonomia. Con tutte le conseguenze del caso.

5. Discussione circa il rilievo del cosiddetto *living will* (testamento biologico; testamento di vita)

La questione che stiamo valutando e analizzando non può non incrociarsi con la problematica del "*living will*" (testamento biologico; testamento di vita)⁽⁷⁰⁾. In verità, una volta compreso che l'*io* che si autodetermina è passato ad essere il centro della discussione sulla e nella dialettica giuridica, era evidente che questo presupposto avrebbe trascinato con sé i relativi effetti. Avrebbe originato la conseguenza di dover considerare come elemento rilevante – o per lo meno degno di discussione – del diritto alla manifestazione della volontà, non atti circoscritti al presente, ma atti che si sarebbero realizzati nel futuro. Al classico ed indiscutibile testamento circa l'"*avere*", l'"*io*" rivendicava e rivendica, ora, un analogo trattamento sulla questione dell'"*essere*". Per ciò, indipendentemente dalla discussione che si possa radicare sul significato, il valore e l'importanza del testamento biologico è un dato di fatto, riconosciuto da chiunque, che interferisce, manifestamente, con la tematica dell'eutanasia. Ma vi è di più. Esso interferisce non solo con la eutanasia passiva, ma anche con la eutanasia attiva. Con l'eutanasia passiva, se il testamento biologico determina, per esempio, l'omissione di qualunque trattamento che abbia come finalità la preservazione della vita del testatore. Con l'eutanasia attiva, se nel *living will* si richiede espressamente che – sussistenti le condizioni estreme di impossibilità di manifestazione di volontà e valutata la presenza, inoltre, di tutte le altre circostanze che in principio portano alla non punibilità della eutanasia attiva – si ponga termine alla vita di colui che fece il testamento. Ci sia permessa però, anche se di sfuggita, una breve e contigua riflessione a questo proposito.

⁽⁷⁰⁾ L'atto di prendersi cura di qualcuno è, per noi, la base comune di fondamento del diritto e della medicina. In entrambe le scienze la relazione di cura, la relazione onto-antropologica del prendersi cura degli altri di fronte al pericolo è presente. Ma vi è di più. È la loro ragion d'essere. Su questa specifica e "reale" relazione di cura di fronte al pericolo, si veda ciò che scrivemmo, già più un decennio fa, nella nostra tesi di dottorato *O perigo em direito penal*, op. cit. (n. 25), p. 400, nota 89.

La critica che normalmente si rivolge alla validità del testamento di vita si basa soprattutto sulla distanza cronologica che intercorre tra la manifestazione della volontà ed il momento in cui quella volontà deve essere percepita, interpretata e realizzata. Se oggi, ad esempio, si fa un testamento di vita e se questo dovesse essere materialmente realizzato tra vent'anni, si potrà dire che la volontà "attuale" è sempre quella che si manifestò allora? È o non è vero, soprattutto quando ci occupiamo di questioni relative all'"essere", che l'attualità è un elemento assolutamente essenziale per valutare la validità della volontà? Le critiche fondate che questi due interrogativi portano con sé, non possono farci desistere dal riflettere con attenzione. In verità, la bontà e la suggestività della critica sono enormi e indubbie. Però, delle due l'una: o si accetta il testamento di vita o lo si rifiuta. Ciò che non è possibile è voler ammettere il testamento di vita con limitazioni che allontanino quelle critiche. Di conseguenza, ammettendo l'esistenza del testamento di vita, le critiche precedentemente suscitate provano troppo, in quanto la loro pertinenza sarebbe la manifestazione della stessa impossibilità del testamento di vita.

§ 5. LA FINE DELLA VITA UMANA E IL "CESSARE DI VIVERE"

1. L'orizzonte di autonomia. L'aiuto al "cessare di vivere": significato e contenuto etico-giuridico

L'orizzonte di autonomia⁽⁷¹⁾, dell'autodeterminazione, che si profila come decisivo nelle questioni dell'"essere" e che, di conseguenza, è stato uno dei fattori, come abbiamo visto, della mutazione radicale del modello paternalista dell'atto medico nel modello dell'autonomia o del consenso (come già recentemente si sostiene) è, altresì, ciò che ci permetterà di pensare alla fine della vita partendo da un altro registro.

Le condizioni in cui viviamo modificano, non poche volte, la sensibilità con la quale intendiamo e valutiamo la vita, le sue circostanze ed il suo significato. Tutto ciò si intende, quindi, in modo più completo e denso di significato se teniamo in considerazione che i progressi della medicina, soprattutto della medicina del sotentamento, come abbiamo visto, spingono la vita verso età fino a pochi anni addietro impensabili. Ora, se si continua ad attribuire un gran significato all'ipotesi secondo cui la morte è la fine della vita umana, in quanto diagnosi di un certo fenomeno, già il quadro

⁽⁷¹⁾ Sulla questione e le sue implicazioni, attentamente esposte e ponderate, si veda LOUREIRO, "Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal?", in: *Cadernos de Bio - Ética*, 8, Coimbra, CEB, p. 39 e s.

si mostra ben più complesso quando il centro della prospettiva cessa di essere esterno e si posiziona a partire dallo stesso soggetto.

Per costui la morte è un "cessare di vivere", soprattutto se è egli stesso che si "disinteressa" al vivere, piuttosto che un termine, una fine. Di conseguenza, quando la speranza di vita è nulla, secondo i dati scientifici, quando la qualità di vita si avvicina a livelli di umiliazione, quando la sofferenza è oltre il ragionevole, allora il "cessare di vivere" non è indegno di essere visto come una alternativa, una via d'uscita. Perciò, il contenuto ed il senso etico-giuridico del potere di colui che rivendica per sé stesso il "cessare di vivere" è un valore – anche se forse di tenue intensità – di fronte al quale l'ordinamento giuridico non può restare indifferente. Spieghiamo anche con maggiore chiarezza: l'assunzione di un tale comportamento può non essere una virtù, lo ammettiamo, ma ciò che non si può dire è che non sia un atteggiamento morale "apofantico"⁽⁷²⁾ o che possa essere un atto che assiologicamente sia irrimediabilmente privo di valore. Ora, se ciò che si è appena affermato presenta qualcosa di buono e saggio, allora, ripetiamo, l'ordinamento giuridico, l'ordine giuridico-penale deve trarre le proprie conseguenze.

2. Accentuazione del rigore del regime giuridico che consenta tale pratica

In questo incontro di sensibilità, di contrasti aspri e quasi insuperabili, di emergenza atavica, di confluenza di disaccordi, una cosa può essere detta e ritenersi dato acquisito: l'eventualità della accettazione della non punibilità penale della pratica dell'eutanasia attiva realizzata da parte di un medico, implica la definizione di un rigorosissimo regime procedurale per la sua concretizzazione. Di un regime giuridico che, in via generale, escluda a priori ogni possibilità di aprire uno spiraglio al perverso effetto di trascinamento che i passi successivi rappresentano⁽⁷³⁾.

Ben sappiamo che la vita e la realtà sono sempre più fertili nell'immaginazione e creazione di casi concreti e nuovi che non il più potente ed ingegnoso dei legislatori. Da ciò, come si è già sottolineato, i pericoli, i pericoli reali ed effettivi dell'effetto trascinamento. Comunque, ciò che vogliamo qui riferire, ciò che ci preoccupa, non è l'effetto trascinamento

⁽⁷²⁾ Per una comprensione dell'autonomia che riguardi il diritto e la filosofia, si veda BARUZZI, *Freiheit, Recht und Gemeinwohl: Grundfragen einer Rechtsphilosophie*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990, p. 8 e s.; p. 32 e s.

⁽⁷³⁾ È ovvio che qui il termine "apofantico" è utilizzato in senso traslato. Usiamolo intenzionalmente, può essere utile. E perché? Perché consideriamo che l'atteggiamento morale che vogliamo qui delineare, più che neutra, dovrebbe esprimere un luogo simmetrico identico a quello che risulterebbe da enunciati verbali con un senso che può essere vero o falso.

cui può condurre l'attività legislativa nella sua volontà di andare più lontano. Per questo effetto la coscienza critica e vigilante di una società democratica rappresenta un limite insuperabile. E dicendo ciò è implicito che, in quanto barriera al "trascinamento", tutto l'arsenale di garanzia (ad esempio, le Corti Costituzionali) di cui le stesse società dispongono, sono schierate a tal fine. Quindi, in questa sede, è nostra preoccupazione tentare di formulare una definizione concreta, rigorosa ed inattaccabile per la regolamentazione di una pratica che porti all'eutanasia non punibile. È questo il *punctum dolens*. E, a ben vedere, questo compito non è per niente facile.

3. (cont.) Tentativo di una definizione

Tuttavia, sarebbe quasi pericoloso tentare di individuare la rigorosa definizione di pratica di eutanasia attiva non punibile. E lo è per varie ragioni. Enunciamone alcune.

In primo luogo, siamo lontani, lontanissimi, nel nostro spirito, dall'averne una chiara posizione su un tema così difficile. E se si osasse tentare una definizione legale di questo regime ciò potrebbe essere, legittimamente, interpretato come una adesione o per lo meno una inclinazione all'adesione all'eutanasia attiva. In secondo luogo, le riflessioni qui esposte debbono essere percepite nel tempo e nella storia. Nel tempo e nella storia del Portogallo. Ora, il tessuto e lo spessore di questi problemi, di fronte alla realtà portoghese, devono essere visti ed analizzati con particolare attenzione per non ferire legittime sensibilità. Ma attenzione. Questo medesimo grado di tolleranza deve sussistere su tutta la linea per coloro che si pongono il problema dell'eutanasia, ma soprattutto per tutti coloro che hanno un posizione diametralmente opposta alla nostra. Infine, l'inquadramento universitario nel quale ci stiamo muovendo, l'economia dello studio e l'intenzionalità argomentativa con la quale lo portiamo avanti, sono ragioni più che sufficienti per giustificare l'inesistenza di una minuziosa spiegazione della definizione che abbiamo in mente.

Tuttavia, questo non ci impedisce di enucleare sei punti che debbono costituire le coordinate basilari di una eventuale definizione di eutanasia attiva, basata su una richiesta seria, consapevole ed espressa, nonché praticata da un medico. Così: a) l'eutanasia attiva basata su una richiesta seria, consapevole ed espressa non può essere praticata se non in circostanze inequivocabilmente eccezionali e giustificate; b) tale pratica si giustifica solo nella fase terminale di malattie gravi ed incurabili; c) l'offerta di vere e proprie cure palliative è un procedimento assolutamente indispensabile; d) in nessun caso l'eutanasia potrà essere praticata su minori, nemmeno emancipati, né su infermi di mente, anche se una tale volontà sia espressa in un

momento di lucidità; e) solo un medico può praticare l'eutanasia; f) il medico può sempre far valere il proprio diritto di obiezione di coscienza. A tutto ciò si devono aggiungere procedimenti interlocutori che dimostrino e garantiscano, in modo ineluttabile, che la volontà del paziente è inequivocabilmente quella di "cessare di vivere".

4. L'atto di cessare di vivere, sempre e comunque un atto medico

Tra tutte le condizioni di garanzia nella realizzazione dell'eutanasia attiva si segnala, per quanto ci riguarda, l'imprescindibile necessità che tale pratica sia realizzata solo ed esclusivamente da personale medico. L'accentuazione di questo punto si basa su due motivi che, incrociandosi, si potenziano mutuamente. Vediamoli in modo conciso.

Uno dei motivi si fonda sull'importanza ed il rilievo sociale che l'atto medico comporta nelle società moderne. Come è noto, il medico, colui che cura e si prende cura, è sempre stato un personaggio di primaria importanza in qualunque comunità, in qualunque epoca storica. La sua relazione con il malato oggi, come già si è visto, è cambiata profondamente. Tuttavia, si può dire, senza sofismi, che, riequilibrandosi la relazione medico/paziente, su un modello di autonomia, il medico ha riguadagnato la propria dignità di eguale e, con ciò, la propria umanità.

Anche se il malato viene spesso trattato come un numero dal punto di vista "amministrativo", il medico sa che il paziente è *dominus* di diritti e che, per ciò stesso, la sua dignità è preservata e difesa. E ciò vale anche per il medico. Può darsi che il servizio clinico si contraddistingua – e ciò è doveroso – per la sua estrema professionalità, dal che, in alcune circostanze, può discendere un certo anonimato. Ma il medico, al giorno d'oggi, lasciandosi indietro la veste di taumaturgo, agisce ed assume la dimensione di "persona" che tratta con "persone". Anche se – per ragioni funzionali e nell'interesse del malato – agisce nascosto dietro una relazione che non è totalmente dialettica.

L'altro motivo si basa su una inoppugnabile necessità che la società debba rappresentare una idea di sicurezza e garanzia. Questo significa: la necessità che si sia certi che atti di tale rilevanza e gravità siano realizzati da persone, in primo luogo, altamente competenti nel giudizio scientifico che attuano; secondariamente, da persone con una esperienza e sensibilità tali da permettere di distinguere il futile dall'essenziale; in terzo luogo da persone che si rappresentino e percepiscano puntualmente il senso morale che lo stesso paziente assume quando decide, in questo contesto, in un certo modo.

È facile, quindi, percepire che l'incrocio di questi due motivi scateni forze di mutuo potenziamento.

5. (cont.) Alterazione paradigmatica dell'atto medico (cfr. § 4, 4)

Abbiamo raggiunto il punto cruciale di questo studio. Si è visto che la relazione tra il medico ed il paziente si è alterato profondamente con conseguenze giuridicopenali di non poca rilevanza. Si pensi, per esempio, agli art. 150 e 156 del cp Portoghese, in quanto specchio senza distorsioni, nel campo del diritto penale, del nuovo modello di autonomia. Ma le cose si sono modificate, altresì, a nostro giudizio, pure se partiamo da una prospettiva interna allo stesso pensiero medico. Ci sia permesso fare una piccolissima incursione in quel campo al fine di descrivere a chiari contorni i vari aspetti del problema che ci accompagna.

La cultura della vita e l'esaltazione dei suoi valori costituiscono un dato ed un patrimonio spirituale della nostra contemporaneità che noi, in quanto meri esseri di passaggio, abbiamo il dovere di potenziare ed arricchire.

Uno dei modi di adempiere a questa finalità è percepire la realtà. È fare uno sforzo intenso di comprensione di fronte a dati contraddittori, zone oscure o anche di fronte a cose che ci appaiono, alla luce di preconcetti stabili ed interiorizzati, assurde, pericolose o addirittura deleterie. Così, se l'atto medico è un atto di cura è altrettanto indubbio che è necessario oggi capire cosa si intende per "curare". Curare non è sicuramente, secondo tutti, realizzare una esasperazione o accanimento terapeutico. Curare è, ai giorni nostri, per esempio, realizzare cure palliative.

Realizzare cure che, per propria natura, sono agli antipodi di ciò che si possa considerare come conservazione della vita. La medicina stessa sa, secondo lo stato attuale dell'arte, che in molte circostanze non c'è più niente da fare. Ma non c'è più nulla da fare secondo una concezione tradizionale dell'atto medico⁽⁷⁴⁾. Potremmo, di fronte ai nuovi dati scientifici e di fronte all'approfondimento dello stesso pensiero medico, pensare che ci sia comunque qualcosa in più da fare. Dobbiamo realizzare atti medici. Atti medici palliativi. Ed in questo modo, ciò che stava fuori da una nozione di atto medico entra, con tutta la legittimità e dalla porta principale, nel campo dell'attività medica. Un atto medico con uguale dignità scientifica e deontologica rispetto a quelli che si riscontrano nella più complessa e difficile operazione chirurgica.

6. Riflessione su cosa si voglia tutelare con l'atto di "cessare di vivere"

Nella dogmatica penale, la nozione di tutela è, principalmente, legata

⁽⁷⁴⁾ Si veda ciò che si disse alla nota 56.

all'attività legislativa espressa attraverso una norma incriminatrice. Questo significa: la tutela è, di conseguenza, intesa come una protezione che può essere conseguita solo attraverso la creazione di un crimine. Il rilievo che si possa dare alla tutela si traduce in via generale: proteggere un determinato bene giuridico, a mezzo di un tipo legale di crimine. Così, il tipo legale del reato di omicidio tutela il bene giuridico "vita umana". Ciò nonostante, questa è, a nostro giudizio, una individuazione riduttiva delle potenzialità della nozione di tutela. Possiamo e dobbiamo andare più in là.

Perciò, è chiaro sotto tutti i punti di vista che si sta tutelando una realtà, un pezzo normativo di quella medesima realtà, quando attraverso di essa, e a causa di essa, abbassiamo i limiti di punibilità. Così, quando l'art. 34 cp ci dice che "*non è illecito il fatto realizzato come mezzo per allontanare un pericolo attuale che minacci interessi giuridicamente protetti dell'agente o del terzo*", tali interessi giuridicamente protetti vengono comunque ed effettivamente tutelati, in quanto, è a causa della loro importanza che l'ordinamento giuridico, al verificarsi di determinati presupposti, considera che le azioni adeguate ad allontanare i pericoli attuali per quegli interessi non siano illecite. In altre parole ed in linea di massima: nel gioco normativo binario che si sviluppa nella dogmatica penale – vedasi per esempio, lecito/illecito –, l'accettazione di certi atti offensivi, penalmente offensivi, come non illeciti, corrisponde ad una idea forte di protezione di certi interessi o valori. Si proteggono, di conseguenza, tali beni, interessi o valori, non solo attraverso il meccanismo di fabbricazione di norme incriminatrici, ma anche attraverso le cause di giustificazione. Di qui, ha pienamente senso, in questo contesto, porci domande sulla tutela dell'atto del "cessare di vivere".

§ 6. IL DIRITTO PENALE E LA DIGNITÀ UMANA

1. Il ruolo del penalista

Il penalista, come qualunque altro giurista, assume sempre un ruolo che, non poche volte, non è facile da definire. In primo luogo, la riflessione e lo studio di qualcuno che si dedica ad una disciplina dello spirito, impongono sempre le regole del rigore, della serietà e del rispetto assoluto dei canoni interpretativi e valutativi della sua disciplina dogmatica. Ma, in secondo luogo, al penalista, in quanto cultore del pensiero globale del diritto penale, si chiede anche che rifletta sui temi nuovi che la realtà impone, che ponderi sul significato di soluzioni che la comunità discute e che presenti, o per lo meno accenni, soluzioni credibili e degne al legislatore all'interno di un quadro di legalità e di corretta valutazione dei beni o dei valori in questione. Per questo ed in definitiva, il penalista non può assumere un ruolo passivo di interprete, per quanto stimolante possa essere la sua interpreta-

zione del diritto positivo. Gli si chiede di più. È nella sua natura, senza mai rinunciare a ciò che la dogmatica ha consolidato, andare più lontano: aprendo nuove vie di riflessione, scoprendo segnali di nuovi significati, partendo dai dati dell'attuale diritto positivo, basandosi sempre, sulla ponderazione, sull'equilibrio e sull'adeguamento alla realtà. Il penalista deve avere l'umiltà, un'umiltà razionalmente ancorata, di sapere che il suo ruolo sociale non è quello di voler trasformare il mondo, ma quello di voler rendere il mondo umanamente più vivibile. Dal penalista si deve esigere, quindi, la virtù della moderazione, della pazienza e dello studio equilibrato.

2. Cosa possiamo chiedere oggi al diritto penale

La storia ci insegna che, nel corso dei millenni precedenti, si richiesero cose diverse al diritto penale, a seconda dei tempi, delle condizioni sociali e delle ideologie. Sarebbe fuor di tema, in questo momento, procedere ad una analisi minuziosa di tali richieste e delle relative risposte che il diritto penale diede di volta in volta. Ad ogni modo, riteniamo che si possa apprendere una lezione. Ogni volta che si richiese al diritto penale di essere garante, difensore e promotore di una ideologia, di una morale, la storia ci ha purtroppo lasciato i risultati di una tragedia profonda e dolorosa. E non dobbiamo andare molto in là nel tempo. Pensiamo solo al secolo appena trascorso. Quando il diritto penale è stato strumento al servizio della ideologia nazional-socialista o comunista, la tragedia ha toccato l'"essere". Perciò, continuiamo a pensare che il diritto penale debba mantenere la sua funzione di "*extrema ratio*". Da ciò deriva che gli si debba chiedere poco, o meglio, l'essenziale.

In quest'ottica deve rimanere chiaro che al diritto penale⁽⁷⁵⁾ non mancano gli strumenti dogmatici necessari all'analisi della cosiddetta eutanasia attiva, basata su una richiesta seria, consapevole ed espressa, in presenza delle condizioni precedentemente delineate come presupposti *sine quibus non* di una sua concretizzazione (cfr. § 5, 3). Così, in un'ottica strettamente teorica, l'esclusione della punibilità di atti di eutanasia attiva, nelle condizioni già più volte enunciate, si può fondare, seguendo le categorie tradi-

⁽⁷⁵⁾ E anche questa considerazione non è totalmente corretta perché, per esempio, Francis Bacon già precedentemente stigmatizzava il pensiero ippocratico secondo cui, in nessun caso il medico avrebbe dovuto provocare la morte di un paziente quando sostiene, in modo veemente, quanto segue: "I esteem it likewise to be clearly the office of a phisician, not only to restore health, but also to mitigate the pains and torments of diseases; and not only when such mitigation of pain, as of a dangerous symptom, helps and conduces to recovery; but also when, all hope recovery being gone, it serves only to make a fair and easy passage from life", (BACON, *The works of Francis Bacon*, London, 1860 (si è consultata l'edizione fac-simile uscita dai tipi della Freidrich Fromman di Stuttgart - Bad Cannstatt, 1962), vol. IV, p. 387.

zionali, o come non conformità ad alcun tipo legale, o come sussistenza di una causa di giustificazione, o come sussistenza di una causa personale di esclusione della responsabilità. Ognuna di queste soluzioni, a ben vedere, ha delle conseguenze. Procediamo quindi ad una riflessione, per quanto rapida, delle conseguenze che l'adozione di ciascuna di queste figure dogmatiche presenterebbe, e ci si permetta di invertire la trattazione: cominciamo dall'ultima per arrivare alla prima.

Considerare tali atti come coperti da una causa personale di esclusione della responsabilità penale avrebbe il vantaggio, non indifferente in una materia così fragile, sensibile e complessa, di poter continuare ad affermare che tali atti meritano, su tutta la linea, lo stigma giuridico più profondo, ossia quello del diritto penale. Continuerebbero a integrare il fatto tipico del delitto di omicidio, ma la responsabilità penale del medico sarebbe esclusa. Però, questo modo di allontanare la responsabilità penale del medico sarebbe poco convincente in termini di affermazione della dignità di coloro che realizzano tali atti medici. Su questi, infatti, ricadrebbe sempre l'anatema di praticare atti che l'ordinamento giuridico penale non cessa di considerare illeciti e suscettibili di rimprovero.

L'altra soluzione risiede nella possibilità di considerare che, di fronte a situazioni definite per legge, il medico che realizzi una tale condotta sarà coperto da una causa di giustificazione. Cosa che allontanerebbe le critiche precedenti e restituirebbe unità normativa e coerenza alla problematica.

Ciò nonostante – e già stiamo, di certo, superando i problemi dati da questo secondo possibile inquadramento – come tutti sappiamo, gli atti medici, realizzati con l'intenzione di prevenire, diagnosticare, debellare o alleviare un'infermità, una sofferenza, una lesione corporea, od una malattia mentale, non sono considerati come offese all'integrità fisica (art. 150 c.p.)⁽⁷⁶⁾. Questa norma individua in modo inconfutabile un privilegio medico. Gli atti medici, realizzati con le intenzioni di cui sopra, non rientrano nemmeno nel tipo legale dei crimini offensivi dell'integrità fisica. Ora, in questa architettura normativa, non avrebbe senso, o ne avrebbe poco, scindere la unità concettuale dell'attività medica.

Quindi, alla luce di tutto ciò che si è appena considerato, pensiamo che abbia senso e significato giuridico penale accettare – e questo significa

⁽⁷⁶⁾ E i penalisti, così come i medici, soprattutto all'interno del pensiero germanico, si sono preoccupati ed hanno riflettuto accuratamente su tale importante problematica. Ci riferiamo, anche se solo nominalmente, per non sovraccaricare questa nota, a coloro i quali furono favorevoli alla pratica eutanasia in certe circostanze ristrettissime e ben definite: A. Koller, Biniding – Hoche, M. E. Mayer, Von Hippel, K. Englisch, V. Von Weiszacker. Manifestamente contrari: L. Ebermayer, J. Heymberger, E. Schmidt, R. Maurach, J. Barman. In modo dubitativo. E. Beling, *apud*, SCWINGE, "Die angelaschische Welt und die sog. Strebehilfe", in *Erinnerungsgabe für Max Grunhut*, Marburg: N. G. Elwert, 1965, p. 159 nota 24.

non disconoscere che il problema non si confina al campo strettamente giuridico – che tali atti, gli atti finalizzati al cessare di vivere, nell'ambito del pensiero medico, sono dunque sempre atti medici *ai sensi dell'art. 150 c.p.*, (corsivo del traduttore).

2. La incommensurabile finitezza dell'uomo

Non ci dilungheremo eccessivamente sulle considerazioni relative alla incommensurabile finitezza dell'uomo. Confessiamo apertamente che, nell'economia del lavoro, questo aspetto, talmente importante quanto scontato al punto da non averlo nemmeno preso in considerazione, è sempre stato un "rinforzo" argomentativo, un contrafforte necessario alla stabilità dell'edificio principale. È stato il supporto ideologico a tutto quanto detto anteriormente, una piattaforma di sostegno della nuova idea di atto medico⁽⁷⁷⁾.

Il fatto che siamo esseri destinati alla fine è di tutta evidenza. Il richiamo a questo dato non rappresenta, in questo momento, nulla più che l'avvertimento per il fatto che, a volte, ancora non si traggono da esso tutte le debite conclusioni ed, in particolare, quelle che si devono trarre dai nuovi contenuti che l'atto medico può e deve implicare.

Non pensando in poche righe di ribaltare e superare millenni di pensiero critico e stratificato che la nozione di atto medico rappresenta, riteniamo che il nostro contributo possa in qualche modo tracciare l'area entro cui il problema potrà essere concretizzato e studiato.

Il mistero della vita costituisce, da sempre, un *topos* di riferimento per tutti coloro che, più da vicino si occupavano della sua fine, che si occupavano della morte. Di conseguenza l'atto medico, ancorato al giuramento ipocratico, si è solidificato come sfondo per quel mistero⁽⁷⁸⁾. La cura, il prendersi cura del prossimo, giammai potrebbe presupporre un atto che

⁽⁷⁷⁾ Per un'analisi di questa norma si veda COSTA ANDRADE, nella nota all'art. 150 c.p. in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, diretto da Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, p. 302 e s.

⁽⁷⁸⁾ Di una nuova idea di atto medico che deve ancora fare molta strada. Mostriamo, sebbene solo di passaggio, dato che non è questo lo scopo del presente studio, che la trasformazione della realtà è difficile da operare. È oggi punto assolutamente indiscutibile nella congiuntura delle relazioni medico/paziente che incombe sul primo il dovere di fornire al paziente, tra le altre informazioni, quelle relative ai metodi diagnostici o terapeutici che si vorrebbero applicare. Questo significa: il medico *ha il dovere* di informare il paziente. Quindi vediamo cosa afferma l'art. 38 del Codice Deontologico dei Medici: "il medico deve fare in modo di chiarire al paziente...". Formulazione, a ben vedere, molto meno efficace ai fini dell'imposizione di un dovere. Alla luce del codice deontologico pare che il medico debba solo fare in modo di chiarire al paziente ed informarlo, e non ha il dovere, più semplice e diretto, di chiarire e informare il paziente. Formula insidiosa che induce ad una svalutazione etica del dovere di informare. Formula che, nonostante le intenzioni criptiche, in nessun modo, dimi-

porti alla distruzione della vita. La cura rappresenta sempre l'esaltazione della vita. Era impensabile supporre che il curare o il prendersi cura⁽⁷⁹⁾ del prossimo potesse essere un atto così profondo da implicare l'allontanamento della sofferenza e del dolore attraverso la morte.

Ben di più. Quel mistero si congiungeva – a volte addirittura si fondeva in perfetta unità – con la forza trascendente della divinità in tutta la sua pienezza. E per ciò non è un caso che l'espressione "la scienza medica non può più fare niente", di fronte a casi terminali, era ed è, anche oggi, l'affermazione non solo di limiti insuperabili del sapere medico, ma anche manifestazione di un pensare complice con il misterioso e l'impetrabile che la fine della vita rappresenta. Inoltre, questa cosa sacra, il sacro della vita era come presupposto dal medico. E tutto ciò si traduceva nel modello paternalista. Si riproduceva, anche nella struttura del pensiero medico, con tutte le differenze che indiscutibilmente si sono sempre rinvenute, il modo di vedere e di valutare del sacerdote relativamente al credente. Così, amalgamati nella medesima credenza, distanziati dalla relazione di sovra/infra ordinazione, differenziati da conoscenze infinitamente distinte, il medico ed il paziente non erano "uguali". E poiché non "uguali", l'accettazione del fatto che il medico giammai avrebbe potuto praticare atti che portassero alla distruzione della vita, costituiva la garanzia per rasserenare il paziente. Di conseguenza, in una relazione tra diseguali, se si ammettesse che il più potente di questa relazione possa praticare tali atti, ciò implicherebbe, giustamente, una tale rappresentazione collettiva della distruzione di questo stare a due che, nonostante tutto, solo potrebbe sopravvivere, anche tra diseguali, se tra il medico ed il paziente esistesse il cemento forte della fiducia. Il "curare" limitato che la proposizione ippocratica sosteneva aveva pieno significato solo nel modello paternalista dell'attività medica.

3. (cont.) La trascendenza della sua finitezza per l'assunzione del "prossimo" come *frater, hospes e amicus*. La responsabilità sociale e la solidarietà

Ora, è con questo insieme di preoccupazioni, con questo patrimonio

nuisse la responsabilità penale del medico che ha tentato, ha fatto in modo di chiarire al paziente, invece di avere effettivamente chiarito.

⁽⁷⁹⁾ Il mistero della morte, in quanto limite, racchiude una frontiera che è, anche per la divinità, insuperabile. Esculapio, dio della medicina, di fronte alla morte affermò di poter curare tutte le malattie e resuscitò un morto. Perciò fu fulminato da Zeus. Il che mostra, in modo ineluttabile che "la morte rappresenta[...] un limite invalicabile, anche per le divinità" ROSELLI, "I medici greci e la morte", in: *La fine della vita*, Bologna: Apèiron, 2001, p. 71).

di esperienze, con questa considerazione di relazioni tra pari, che l'atto medico deve essere valutato. Per quanto complesso e difficile possa essere un atto medico, per quanto anonimo ed indifferenziato possa essere l'atto medico, per quanto tecnico e robotico possa essere l'atto medico, una cosa oggi è certa: esso si basa su un consenso informato e prende spunto dalla congiunzione di volontà tra eguali. Per questo, la coscienza – ossia l'interiorizzazione morale – dei presupposti che fanno, nel mondo attuale, la vita medica, non può cessare di tradursi nell'accettazione che l'atto medico può e deve andare molto al di là del "curare". Possiamo essere o non essere d'accordo, possiamo quasi per stessa propria natura, avere difficoltà nell'accettare certe forme degli altri di stare al mondo, ma ciò che non possiamo fare, in onore della tolleranza, è non ammettere che ci siano altri che pensano in modo diverso e che il loro agire, conformemente al loro pensiero, non causa danni a terzi. Questo è, di conseguenza, un buon punto di partenza. In alcuni casi un punto di arrivo. Per questo l'atto medico guadagna lo spessore⁽⁸⁰⁾ – che non ha niente di straordinario, ma è anzi una conseguenza di tutto ciò che si è tentato di dimostrare – di portare con sé l'idea di *frater*, di *hospes*, di *amicus*, quindi, tutti, ma proprio tutti, ci arricchiamo spiritualmente. Si arricchisce la collettività, perché sappiamo che i valori della fratellanza, ospitalità e amicizia, si riflettono per intero nell'atto medico, senza che questo voglia significare che nel modello precedente non si riflettessero o non fossero presenti nella maggioranza dei casi, solo che, ora, li apprezziamo nella limpidezza di una relazione tra "eguali". Si arricchisce il pensiero medico, la pratica medica, i medici, perché esercitano il nobilissimo atto di curare oltre la terapia. E lo fanno in modo solidale tra fratelli, ospiti e amici. Apriamoci e percorriamo i primi passi in un mondo nuovo al quale il diritto penale non può restare alieno. Il mondo della "pathosofia"⁽⁸¹⁾.

§ 7. CONSIDERAZIONI FINALI

Alcune considerazioni finali che non sono di chiusura ma, ancor prima, di apertura

È tempo di concludere. Se un lavoro scientifico è per sua natura, ci si permetta, scrivendo con toni da *dejà-vu*, un'"opera aperta", un'opera che procura sempre altri interessi, altri contributi o, addirittura, la sua nega-

⁽⁸⁰⁾ Si veda, tuttavia, quanto detto alla nota 69.

⁽⁸¹⁾ È bene dire che siamo molto lontani dall'attingere una tale densità riflessiva. È bene che si dica, che si sottolinei, che il codice deontologico dei medici, all'art. 47, n. 2 individua come grave illecito deontologico la pratica dell'eutanasia.

zione per essere superata, è evidente che il trattamento di un tema come quello che si è appena concluso si mostra alquanto precario, dolorosamente aperto. Precario, poiché lo spessore, la complessità e l'importanza della questione di cui ci si occupa non ammette la presunzione, né la superbia intellettuale o morale di ritenere di possedere la verità o di possedere qualcosa di molto vicino ad essa. Precario perché i problemi giuridico penali che suscita nell'architettura di quello che si dà per consolidato, mostrano irrimediabilmente, e giustamente, le lacune di cui la dogmatica soffre in questi casi. Precario, infine, perché il compito assegnato dai segnali che la società lancia non è facile da eseguire a causa dell'assenza di strumenti teorici di percezione, il che accresce la sensazione di rumore indefinito in cui talvolta appaiono tali segnali. Rumore indefinito della condizione umana.

Ma, attenzione, ci si permetta un richiamo: precarietà, con il significato che si è testé espresso, vuol dire tutto, ai nostri occhi, ma non insufficienza sintetica, teorica o didattica. Vuole anzitutto e recisamente richiamare il mondo accademico al rigore del dubbio, alla semplicità tagliente del sì o del no e alla chiarezza ampia, diversificata e basata sulla dialettica dei presupposti razionali che permettono le decisioni collettivamente impegnate. Può darsi che sia poco. Può darsi. Pensiamo, tuttavia, che è da qui che si trovano l'ala e la radice del nostro vivere collettivo.

JOSÈ DE FARIA COSTA